

La igualdad en el Estado Social después de la gran recesión¹

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. PERFILES DEL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.—III. LA IGUALDAD Y EL ESTADO SOCIAL.—3.1. Derecho fundamental de carácter formal a la igualdad en el artículo 14.—3.2. La igualdad formal del artículo 14, puede desdoblarse conforme a la doctrina y la jurisprudencia del TC en tres perspectivas.—IV. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL.—V. EL PRECEDENTE DE PORTUGAL EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE AJUSTE.—VI. REFLEXIONES SOBRE LA VIABILIDAD DEL ESTADO SOCIAL.— 6.1. La reformulación del concepto de servicios públicos esenciales.—VII. EPÍLOGO.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El presente trabajo, producto de la Comunicación presentada al Congreso Internacional sobre “los Retos del Principio de Igualdad en el Estado Social y Democrático de Derecho” celebrado en Las Palmas de Gran Canaria en Octubre de 2013, constituye una reflexión sobre el alcance que el principio constitucional de la igualdad material, como garantía y objetivo del Estado Social definido en la Constitución de 1978, se ha visto amenazado por la gran recesión que padecemos desde 2008. Así como las contradicciones que pueden producirse en España, como ya ha sucedido en Portugal, entre las medidas de ajuste impuestas por los organismos internacionales que facilitan la financiación necesaria para salir de la crisis y el control de la constitucionalidad de las mismas con el parámetro del umbral mínimo de calidad de los servicios públicos, exigido por nuestro texto constitucional y el derecho comunitario europeo y, por último, unas propuestas, a someter a debate, de medidas que pudieran servir como alternativa,

* Profesor Titular de Derecho Constitucional en la ULL.

¹ Así ha denominado acertadamente a la actual crisis económica Díez J. C., “Hay vida después de la crisis”. Ed. Plaza y Janés 2013.

para seguir ajustando en los sectores más rápidos y fáciles, para el poder político, con el fin de poder continuar manteniendo un Estado Social sostenible y financiable.

PALABRAS CLAVE: Igualdad material, Estado Social, crisis, gran recesión, servicios públicos esenciales.

ABSTRACT

The present communication is a reflection on the extent to which the constitutional principle of material equality as collateral and purpose of the rule of Social State defined in the Constitution of 1978, has been threatened by the great recession we are suffering since 2008. The contradictions that can occur in Spain, as has happened in Portugal, between the adjustment measures imposed by international agencies that provide funding to overcome the crisis and control of the constitutionality of the same with the threshold parameter quality of public services required by our Constitution and EU law, and finally, proposals to be submitted to debate measures that could serve as an alternative, to continue to adjust in the most quick and easy, for the political power in order to continue maintaining a sustainable and fundable Social State.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado Social de Derecho como producto del constitucionalismo de entreguerras, implantado con carácter general en la Europa occidental a partir de la finalización de la segunda guerra mundial y, en concreto en nuestra nación, por medio de la Constitución de 1978, debemos convenir que ha entrado en un radical desfallecimiento, que se venía avizorando por la doctrina desde hace años, pero que la gran recesión ha precipitado respecto a la efectiva atención de los poderes públicos a los servicios públicos, intervenciones públicas en la economía, así como aquellas políticas sociales que han venido identificándose con el estándar de calidad de vida y prestaciones del Estado del Bienestar.

El Estado Social en las democracias occidentales europeas, no fue producto ni aspiración de ninguna utopía revolucionaria, sino el pragmático decurso del capitalismo liberal hacia una sociedad más justa e igualitaria en oportunidades y sufragadora de las necesidades básica de los ciudadanos según el estándar de calidad de vida autoimpuesto por esas sociedades, como reacción a la revolución rusa y al reparto de Europa en áreas de influencia de la post segunda guerra mundial. Como expresa Balaguer Callejón², es el producto afortunado —para los ciudadanos de Europa occidental, frente a los europeos del Este, que han tenido que sufrir cuarenta años de dictadura

² BALAGUER CALLEJÓN, F. “El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, Alcance y vinculación de la clausula del Estado Social”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Ed. Comares 2002, p. 89 y ss.

comunista— de la síntesis consensuada entre los grupos que propugnaban la transformación social y los que defendían la limitación de la actividad estatal.

II. PERFILES DEL ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Los derechos económicos, sociales y culturales conforman, junto con las libertades públicas, los dos polos sobre los que gira el entero sistema de los derechos fundamentales en las Constituciones democráticas posteriores a la de Weimar. Estos derechos se dirigen a explicitar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad, de igual modo que las libertades públicas concretan y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana.

Los derechos sociales³ en su acepción estricta —en la acepción amplia esta denominación se utiliza como sinónimo de los derechos económicos, sociales y culturales— se refiere a aquellos derechos fundamentales dirigidos a tutelar al ser humano en su condición de eslabón más débil del sistema económico, garantizarle una procura mínima existencial o mínimo nivel de vida ciudadano y promover su desarrollo armónico y sostenible en todos los órdenes, velando por la cohesión social o incluso en algunos casos para impedir los riesgos de exclusión social.

Surgen en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, en este los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos, las prestaciones y servicios públicos adecuados para satisfacer sus mínimas necesidades vitales, es decir, velan por lo que la doctrina germana ha calificado de “procura existencial” (asistencia frente al paro, la enfermedad, la falta de vivienda o la degradación del medio ambiente). De ahí que se le haya denominado de varias formas como Estado asistencial o de providencia, prestacional y desde el campo de la economía como Estado de bienestar (Welfare State). Estas actividades proclamadas en los textos constitucionales han sido el fruto histórico de un largo y trabajoso proceso de adaptación del estado liberal a las reivindicaciones sociales en las constituciones de entreguerras (Constitución mexicana de 1917 en el ámbito americano y por la de Weimar en 1919), pero con carácter definitivo en las posteriores a la Segunda Guerra Mundial la mayor parte de los textos fundamentales suelen contener una serie de normas relativas a la ordenación constitucional del sistema económico.

En España, además de cómo valor superior en el artículo 1.1 de la Constitución, los elementos del Estado Social se encuentran en los artículos 6, 7 así como el 9, el 10 y en el conjunto de los derechos económicos

³ Que hay que diferenciar de las garantías institucionales, como instituciones organizativas o jurídicas definitorias del Estado Social según MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., “*Los Derechos sociales*” en *Bases del conocimiento jurídico, Derecho Constitucional III*, IUSTEL.

y sociales del Título I de la misma, en especial en su Capítulo III, pero no solo en él como se verá.

En efecto, los derechos sociales se hallan diseminados, además de en los distintos capítulos y secciones del Título I, en otros preceptos de la Constitución, por lo que su ámbito no coincide exactamente con él “*De los principios rectores de la política social y económica*” del Capítulo III, si bien el núcleo fundamental de nuestro catálogo de derechos sociales se halla en dicho Capítulo.

Debemos diferenciar, porque frecuentemente aparecen confundidos, los derechos económicos, la denominada Constitución Económica, de los Derechos Sociales; aunque estos, desde luego, están imbricados a aquellos, pues son consecuencia del modelo diseñado por dicha Constitución.

El modelo económico de la Constitución Española,⁴ está constituido, en suma, por el juego articulado del Preámbulo cuando se refiere al objetivo de un “*orden económico justo*” y los siguientes preceptos: artículos 1.1, 33, 38 y 51 que como principio constitucional y derechos fundamentales de libertad⁵ anudan la democracia al sistema de libre mercado y por ende de libre empresa y por el otro los preceptos que habilitan la intervención pública en el decurso de aquellas libertades, en nombre del Estado Social, como los artículos 9, 128 y 131. Todos ellos articulan un modelo flexible que, respetando la libertad de empresa y la propiedad privada, permite la intervención pública para la satisfacción de los intereses generales con el fin de alcanzar los valores del artículo 1 y los objetivos del artículo 9 de alcanzar la igualdad material, mediante la reserva al sector público, la planificación, la ordenación, regulación o la intervención-control de los diversos sectores de la economía. Como dice Guillén Caramés⁶, la Constitución Económica, se asienta sobre el principio de competencia económica en el mercado. Es un derecho fundamental económico-social y al tiempo una garantía institucional que protege el modelo frente a inmisiones y perversiones del mismo. Ya frente a intervenciones desproporcionadas de los poderes públicos en los sectores económicos que anulen a la iniciativa privada, ya en la entrada de las empresas públicas a competir en el mercado en condiciones preferentes a las de iniciativa privada pervirtiendo el libre mercado. En todo caso, ha de respetarse el núcleo duro (Guillén) o contenido esencial del modelo, que puede definirse como la libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio en él y la libertad de cesación en el mercado en aquellos sectores en los que la iniciativa privada crea mercado, sin perjuicio de la necesaria ordenación del mismo desde el Estado.

⁴ La STC 1/1982 de 28 de enero, la define como el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica.

⁵ Aunque el derecho de propiedad, como hemos subrayado antes, está constreñido por un condicionamiento del ejercicio de su contenido de un modo social, o mejor dicho, condicionado por los intereses generales. El paradigma de ello es el completo sistema normativo del planeamiento urbanístico.

⁶ GUILLÉN CARAMÉS, *Reflexiones críticas acerca de la intervención de las autoridades de la competencia en el procedimiento de concesión de licencia comercial*, en REDA núm. 143 p. 389.

Este modelo de economía de mercado inserta en la Europa occidental capitalista, se complementa, armónica y coherentemente, con la constitucionalización de los denominados derechos sociales, que si bien en la génesis y una primera etapa del desarrollo constitucional se consideran únicamente mandatos al legislador para la corrección puntual de las disfunciones del libre mercado, en el devenir de la consolidación y progreso del estado del bienestar, se han ido tornando en verdaderos derechos subjetivos exigibles y garantizados en su vinculatoriedad para el legislador ordinario, incluso en algunos casos por los Tribunales.

En las ponencias y comunicaciones del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España⁷, la doctrina científica ha constatado el avance en la concepción del carácter de derechos fundamentales y la vinculatoriedad de los derechos sociales. En este sentido, aquel mandato al legislador no es incondicionado, ni en el contenido ni en el tiempo ni en la forma, pues como expresó el profesor Cascajo Castro⁸ en la conferencia inaugural de dicho Congreso, la constitucionalización del Estado Social impide al legislador disponer autónomamente, sin límite, de la configuración legal de los citados derechos. Es más, penaliza con la inconstitucionalidad, la omisión legislativa absoluta o relativa del desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales, como ha expresado Tajadura Tejada⁹.

En consecuencia el modelo económico se completa con la vertiente social constituido por el mandato constitucional a los poderes públicos para que, sobre la base de los artículos citados antes del Título Preliminar (1.1¹⁰, 9, 10), promuevan las *“condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica (art. 40.1).*

Como expresa Martínez Sospedra¹¹ los derechos sociales se caracterizan por: i) entrañar para el Estado obligaciones de hacer que integran el núcleo esencial del derecho mismo; ii) dichas obligaciones pueden consistir en el desempeño de tareas públicas (la intervención en la economía), la prestación de servicios públicos (sanidad, educación), o el suministro de bienes (pensiones, dependencia, subvenciones); iii) la centralidad de la prestación pública conlleva que el derecho social pueda atraer a su seno opciones organizativas (la Seguridad Social) y por ultimo iv) los derechos sociales gozan de virtualidad limitante de los derechos de autonomía por la voluntad del Estado Social de usar de la acción pública para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (discriminación positiva).

⁷ Actas del IX Congreso de la ACE sobre los derechos sociales de febrero de 2010, publicada en Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.

⁸ *Op. cit.* Actas, p. 23.

⁹ TAJADURA TEJADA, J. *“crisis del estado social y justicia constitucional”*, pp. 80 y ss., en I Foro Andaluz de los Derechos Sociales. Los Derechos Sociales en el S. XXI, dir. M. Terol Becerra, Ed. tirant lo Blanch. 2009.

¹⁰ TENORIO PEDRO en, *“El TC, la cláusula del Estado Social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno”* (Actas del IX Congreso ACE, 2011) para el que el artículo 1.1 tiene gran relevancia pues es un principio de primer orden que impregna todo el texto constitucional.

¹¹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *op. cit.* *“Los Derechos sociales”*.

Como se avanzó antes, los derechos sociales, se encuentran repartidos¹² entre los derechos fundamentales (Sección 1.^a del Cap. II, Tit. I), los derechos constitucionales no fundamentales (Sección 2.^a) y los principios rectores (Capítulo III), en la clasificación clásica en orden a sus garantías y protección jurisdiccional, enunciada por Tenorio y que suscribimos. No obstante alguno de ellos, como el medio ambiente, ha sido elevado de categoría a derecho fundamental de protección reforzada por la jurisprudencia del TEDH al vincularlo a la intimidad e integridad física y psíquica (STE-HH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra y posteriores).

En una clasificación convencional, de dicho modelo, podemos ordenar los derechos sociales de la siguiente forma:

A) Se reconocen una serie de derechos sociales, de marcada significación laboral:

- Se garantiza la libertad de sindicación (art. 28.1).
- se reconoce expresamente también a los sindicatos su protagonismo en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores (art. 7).
- Ampara el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses (art. 28.2) y la posibilidad de los trabajadores de adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2).
- Se garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1).
- Se consagra el derecho y el deber al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a una remuneración suficiente (art. 35.1), los poderes públicos se comprometen a fomentar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1).
- Se garantiza el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social (art. 41), la seguridad e higiene en el trabajo, la limitación de la jornada laboral, y las vacaciones retribuidas (art. 40.2).
- Se compromete a los poderes públicos a promover la participación de los trabajadores en las empresas, a fomentar las sociedades cooperativas, así como a facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (art. 129.2).

B) Junto a estos derechos sociales, nuestra Ley superior reconoce otros de calidad de vida de las personas: derecho a la protección de la salud (art. 43), la atención de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50) y la defensa de la salud de los consumidores (art. 51), defensa de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45).

¹² El derecho a la educación, los derechos de huelga y sindicación en la sección 1.^a, el derecho al trabajo, la negociación colectiva y al conflicto colectivo en la Sección 2.^a.

- C) Otros ejemplos de derechos sociales relacionados con el modelo económico, son el artículo 129.2 que encomienda a los poderes públicos promover la participación de los trabajadores y el establecimiento de *“los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*. Los poderes públicos son también impelidos constitucionalmente a *“velar por la utilización racional de todos los recursos naturales”* (art. 45.2), a garantizar la conservación del patrimonio histórico-artístico (art. 46) a promover la efectividad del derecho a la vivienda *“regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”* (art. 47).
- D) Un bloque de artículos dirigidos a la tutela de los derechos culturales constituido por el conjunto de normas tendentes a garantizar el pleno desarrollo de la personalidad (art. 10); este es el fin asignado a la educación, junto con el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2).
- E) Los derechos culturales tendentes a preservar e impulsar la identidad histórica y cultural de la Nación Española y de los pueblos que la integran, así en el artículo 3.3 se dice que las distintas modalidades lingüísticas serán objeto de especial respeto y protección. Podríamos incluir entre los anteriores también a los derechos culturales o la necesidad de reconocer una serie de situaciones subjetivas en el terreno de la educación y de la cultura constituye un presupuesto básico en la formación del Estado social y democrático del Derecho, ya que no puede darse un ejercicio de la libertad y un funcionamiento efectivo de la democracia sin un sustrato educativo y cultural que los cimiente, pues cualquier forma de progreso exige la difusión de la cultura. Ya en el Preámbulo La Constitución proclama la voluntad de la nación de *“promover el progreso de la cultura”*.
- F) En el artículo 27 la educación aparece proclamada como un derecho de todos, garantizado por los poderes públicos mediante una programación general de la enseñanza, libertad de creación de centros docentes, la enseñanza básica gratuita, no sólo es un derecho sino también un deber cívico, la intervención de los padres, profesores y en su caso los alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, proclamación del principio de la autonomía de las Universidades. Referencia también a la educación sanitaria y la educación física (art. 51.2), reconocimiento del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1 b) y a la libertad de cátedra (art. 20.1 c) y el derecho de acceso a la cultura (art. 44.1), el derecho a la información como derecho cultural.

Resulta interesante también, la clasificación propuesta por Martínez Sospedra¹³ con fundamento en la diferencia entre garantías institucionales, Derechos en sentido estricto y de defensa de las capas sociales más desfavorecidas:

¹³ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *op. cit.* “Los Derechos sociales”.

- A) Garantías institucionales:
 - a) Enseñanza obligatoria. Programación del sistema de enseñanza.
 - b) Autonomía Universitaria.
 - c) Propiedad-institución (con las accesorias de interdicción de la confiscación y restricción de la expropiación).
 - d) Colegios Profesionales.
 - e) Economía de mercado.
 - f) Familia-institución.
 - g) Sistema público y principal de Seguridad Social.
 - h) Servicios sociales.
 - i) Organizaciones profesionales.
- B) Derechos
 - a) Derechos de tarea:
 - 1. Derecho a la educación y derechos conexos: al tipo de educación y a la participación en la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos.
 - 2. Derecho al trabajo y derechos conexos: a la promoción, a las vacaciones, al preaviso, a la no discriminación y a la protección frente al desempleo.
 - 3. Derechos de la familia: al acceso y libertad de matrimonio, a la igualdad en la filiación, a la protección de la institución.
 - 4. Derechos de la procura existencial: derechos a ser sostenido por la propia familia, a la asistencia frente a la necesidad, a la protección de la salud, a la vivienda digna, a la protección frente a la minusvalía y a las pensiones en la tercera edad.
 - b) Derechos de defensa de clase:
 - 1. Derecho a la sindicación.
 - 2. Derecho a la contratación y negociación colectiva.
 - 3. Derecho de huelga para la defensa de sus intereses.
 - 4. Derecho a las medidas de conflicto colectivo.
 - 5. Derecho a participar en la gestión empresarial.
 - 6. Derecho al acceso a la propiedad.
 - c) Derechos de la ordenación económica.
 - 1. Derecho a la propiedad, la herencia y la fundación.
 - 2. Libertad de empresa.
 - 3. Libertad de trabajo y profesión.

Pero además es un hecho manifiesto que, en nuestro tiempo, el Estado no sólo interviene en el orden económico mediante instrumentos legislativos y administrativos, sino también mediante la acción estrictamente económica directa, posee empresas bajo una y otra forma jurídica, absorbe una parte considerable del Producto Nacional Bruto a través de impuestos y de cotizaciones sociales, que a su vez, procede a distribuir.

En suma, la definición misma del Estado como Estado social, significa añadir a las funciones estatales tradicionales, las destinadas a crear las condiciones vitales que ni el individuo ni los grupos pueden asegurar por sí mismos, o derecho social fundamental a un mínimo vital digno¹⁴ lo que implica ciertas legítimas intervenciones del Estado en el orden económico¹⁵. Pero aparte de las intervenciones implícitas en la idea del Estado social, la Constitución contiene algunos preceptos destinados a concretizarlo, preceptos que designan a los poderes públicos ciertas funciones, como el artículo 9.2 que encomienda a los poderes públicos “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean efectivas*”, o el artículo 47 que establece que “*todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*” y para ello los poderes públicos regularán la utilización del suelo “*de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”.

III. LA IGUALDAD Y EL ESTADO SOCIAL

Uno de los pilares básicos del núcleo sustancial del Estado Social y por lo tanto de los derechos sociales se encuentra en el principio de igualdad, tanto formal (art. 14) como material (art. 9.2), existiendo una confluencia entre la exigencia de no discriminación del artículo 14 a favor de la realización de la igualdad material del 9.2¹⁶.

Toda la amplia batería de obligaciones y garantías de actividad prestacional que la Constitución Social impone a los poderes públicos no tiene la cláusula de irreversibilidad¹⁷ salvo los expresamente designados por el legislador (sistema de seguridad social adecuado, limitación de la jornada laboral, o vacaciones), pero en todo caso, lo que si exige la Constitución es que ha de ser aplicado con observancia del principio de igualdad, pero dicho derecho fundamental relacional y horizontal¹⁸, tiene diversas acepcio-

¹⁴ TENORIO, *op. cit.*, p. 272.

¹⁵ ”PAREJO ALFONSO, L. 1985: Citando a T. SCHILLER, el Estado Social es expresión del conjunto de acciones de intervención social del Estado y como situación social de bienestar. “Estado Social de Derecho y Administración Pública”. Civitas 1985, p. 31.

¹⁶ BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, 2002, p. 103.

¹⁷ Para TENORIO, la jurisprudencia del TC no considera irreversibles las conquistas sociales si no están expresadas en la CE.

¹⁸ Destaca TORRES DEL MORAL, A, *Principios de Derecho Constitucional*, T. I, 2004, p. 319 que la igualdad presenta un perfil singular, como derecho judicialmente exigible, ya que el Tribunal Constitucional ha señalado que la Constitución Española reconoce el derecho subjetivo a la igualdad **pero no como derecho autónomo**, existente por sí mismo, sino que su contenido viene establecido respecto de relaciones jurídicas concretas: i) Con lo cual solo podrá ser objeto de recurso de amparo en la medida en que se cuestione si ha sido o no vulnerado en una concreta relación jurídica (pero no puede ser objeto de una violación con carácter general) Se trataría así de un derecho reaccional o impugnatorio. ii) Y así lo da a entender la Constitución Española cuando ubica la igualdad a la cabecera del Cap. II del Tít. I, como presidiendo las dos Secciones que reconocen derechos concretos pero sin incluirla en ninguna de ellas Además (de acuerdo con ello) el artículo 81 excluye a la igualdad de las materias reservadas a Ley Orgánica. y es que carece sencillamente de sentido una ley de la igualdad, i) ésta ha de estar presente en todas las leyes y especialmente en las relativas a derechos fundamentales ii) de modo que cuando el artículo 149.1.1º reserva al poder estatal la regulación de las condiciones

nes en nuestro texto constitucional además de constituir uno de los valores superiores de su Ordenamiento en el artículo 1.1 CE, a saber:

3.1. Derecho fundamental de carácter formal a la igualdad en el artículo 14

Esta cláusula general establece la igualdad de todos los españoles en, ante y en aplicación la ley y prohíbe realizar discriminaciones por razones personales o sociales, configurándola como señalan López Guerra y Espín Templado¹⁹, como el pórtico del Capítulo II del Título I de la Constitución, que recoge los derechos y libertades más vigorosamente protegidos. Es un derecho relacional, debe acompañarse de la violación de otro derecho y horizontal pues es un requisito del ejercicio de todos los demás, con las excepciones y modulaciones del régimen de ordenación infraconstitucional de cada uno de ellos.

Sin embargo, en consonancia con la esencia del modelo de un Estado Social de Derecho, nuestra Constitución ha querido garantizar un mínimo de igualdad material recogiendo en el artículo 9.2 CE.

Por lo tanto estamos ante un Derecho de doble valencia: a) Derecho subjetivo de libertad, de límite de actuación. b) Obligación a los poderes públicos de actuación hacia su consecución. Esto es, un mandato activo de creación y mantenimiento de las condiciones para que sea real y efectiva.

Encontramos asimismo otras concreciones del principio de igualdad material en otros preceptos constitucionales como el artículo 32 Igualdad entre los cónyuges, el artículo 23 igualdad de acceso a cargos y funciones públicas, el 35 igualdad en el trabajo y el 39 igualdad entre los hijos.

Todo lo anterior sin olvidar que de manera transversal, conforme al artículo 139.1 CE *“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del estado”* y el artículo 149.1.1.º el ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos de los españoles en cualquier parte del territorio nacional que debe ser garantizado por el Estado, lo que añade una perspectiva territorial de observancia del derecho que se está demostrando de muy necesaria reconsideración en el devenir desbordado del Estado Autonómico.

3.2. La igualdad formal del artículo 14, puede desdoblarse conforme a la doctrina y la jurisprudencia del TC en tres perspectivas

A) La igualdad en la ley, la acción del poder legislativo y reglamentario, pues la Ley es la misma para todos los ciudadanos, ya que no hay

básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, no está mandando a las Cortes Generales que legislen sobre la igualdad de derechos.

¹⁹ LÓPEZ GUERRA et alii, Lecciones de Derecho constitucional, Vol I, p. 153, Tirant lo Blanch, 8.ª ed. 2010.

estamentos sociales en una sociedad democrática y que en consecuencia, la ley debe tratar a todos por igual. Esta doble exigencia constitucional implica (ciertos rasgos de) *que la ley debe ser universal*, esto es, que su validez alcance a todos los ciudadanos, general, abstracta, duradera o tener vocación de tal²⁰.

B) El segundo carácter es la igualdad ante la ley: esto es, los ciudadanos se encuentran en principio y salvo las excepciones que luego se dirán, en igualdad de condiciones y punto de partida frente a la ley, como principio cardinal del Estado Constitucional primero y del de Derecho después. Esta igualdad primigenia ha de combinarse con la interdicción de la arbitrariedad que consagra el artículo 9.3 de la CE que supone que la ley, como producto que es de los poderes públicos, debe tratar a todos por igual aunque dado que el principio formal de igualdad que hemos apuntado choca con el hecho incontestable de que los ciudadanos y los grupos sociales se hallan, en realidad, en una situación de desigualdad de hecho o de partida, constitucionalmente considerada, el TC ha admitido que el legislador introduzca diferencias de trato pero prohibiendo la discriminación cuando sea arbitraria; esto es, cuando no esté justificada por la situación de los individuos o grupos.

C) El tercer carácter es la igualdad en aplicación de la Ley²¹ que proyecta fundamentalmente su eficacia sobre los poderes públicos, como expresan Alonso García y García Mexía²², esta categoría del derecho de igualdad presenta una proyección eminentemente concreta y sobre todo práctica, en cuanto se centra en el modo como los poderes públicos se enfrentan al principio de igualdad en el ejercicio de sus competencias. Por expresarlo en una fórmula acuñada por Hans Kelsen, se trata de “*aplicar la ley conforme a la ley*”, lo que entronca esta perspectiva del derecho con el principio constitucional del 9.3 interdicción de la arbitrariedad u objetivo de igualdad material y se puede concretar tanto ante órganos del poder ejecutivo como ante pronunciamientos judiciales (STC 144/1988) del mismo órgano judicial.

²⁰ Se trata, en definitiva, de *excluir ab initio las leyes particulares o singulares*, con destinatarios concretos en razón de sus circunstancias personales o sociales. El TC ha señalado que este principio, no es una exigencia incondicional que prohíba toda diferencia, lo que impide es la discriminación injustificada señalando la STC 166/86, de 19 de diciembre, que la ley singular solo será compatible con el derecho de igualdad, cuando la singularidad resulte inmediatamente de los hechos, de manera que el supuesto de la norma venga dado por ellos y sólo quepa al legislador establecer las consecuencias jurídicas necesarias para alcanzar el fin que se propone. Y su canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta. Es importante, a estos efectos, la jurisprudencia del TC en referencia a las leyes medida o de caso concreto como es el caso en esta CCAA, con la STC 48/2005, de 3 marzo sobre la expropiación de inmuebles para la ampliación del Parlamento de Canarias.

²¹ Para RUBIO LLORENTE, F esta distinción de la igualdad ante la ley es irrelevante, en “La igualdad en la aplicación de la ley”, en L. García Sanmiguel, ed., *El principio de igualdad*, UAH-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 47-58.

²² ALONSO GARCÍA, E., GARCÍA MEXÍA, P., “Bases del conocimiento jurídico”, *Derecho Constitucional III*, IUSTEL.

IV. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

Con todo este armazón constitucional nos encontramos con la Gran Recesión que desde el año 2007 ha sometido a nuestra realidad económica y social a una ineludible revisión. Como ya hemos avanzado más atrás la doctrina²³ venía advirtiendo del desfallecimiento del Estado Social ya antes de la gran recesión, por la generalización en la cultura ciudadana de que los poderes públicos deben cada vez más, subsidiar los avatares de la vida de los ciudadanos protegiéndoles de cualquier contingencia, ello ha producido en Europa y en especial la UE una sobrecarga al sistema político que hace que, en caso de una crisis o recesión como la actual, gran parte de su desarrollo sea puesto en cuestión por inviable²⁴. Para Sánchez Ferriz dos efectos de nuestro estado del Bienestar son, lo que denomina el “*ciudadano satisfecho y despreocupado*” y la consecuencia del descontrol y despilfarro del gasto público, forzado por la escalada de las promesas electorales para satisfacer la cada vez más exigente demanda ciudadana de que el Estado resuelva sus problemas.

En el momento de estar inmersos en la Gran Recesión, al igual que otros países europeos de una dimensión parecida al nuestro (Grecia, Italia, Portugal e Irlanda), el modelo de Estado-providencia diseñado por las Constituciones de cada uno de ellos, para un desarrollo continuado y ascendente, ha devenido en imposible de sostener, con la bajada de ingresos públicos y el desfallecimiento de la actividad económica, basada en un modelo de producción que se ha agotado.

Por ello nos encontramos en una contradicción entre los mandatos constitucionales y todo el ordenamiento jurídico que los desarrolla, que impone a los poderes públicos una serie de obligaciones prestacionales, que ha sido interiorizada en la cultura y convivencia ciudadanas con una realidad que hace que los poderes públicos no pueden materialmente afrontar dichas obligaciones legales y compromisos políticos electorales que le ha hecho imposible comprender que el modelo que hasta la fecha disfrutada no es sostenible²⁵. En efecto, la sociedad española, ha sufrido una profunda transformación y desarrollo desde la Transición, pasando de ser un país pobre y subdesarrollado a acercarse a los más desarrollados de la Europa comunitaria, por lo que las nuevas generaciones nacidas y crecidas al calor del Estado Social, desde la década de los 80, no entienden de las estrecheces que sin duda conocieron sus padres y abuelos.

²³ Entre otros autores, SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, 3.º Ed. Tirant Lo Blanch 2005, pp. 141 y ss.

²⁴ Como expresa REY MARTÍNEZ, F. *El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: Diez problemas actuales*. En *Fundamentos núm. 8 La metamorfosis del Estado y del Derecho*. Oviedo 2014: la crisis económico-financiera ha percutido sobre los derechos de igualdad tal y como se venían entendiendo como ideal del estado Social contemporáneo.

²⁵ Para KAGAN ROBERT Taurus 2003 en *Poder y debilidad, Europa y los EE UU en el nuevo orden mundial*, la diferencia de perspectiva de los europeos y los norteamericanos, es que aquellos esperan que el Estado les resuelva sus problemas esenciales y los americanos no.

Este conflicto afecta al principio de igualdad constitucional, tanto como valor superior y como derecho fundamental-garantía y de prestación o mandato a los poderes públicos o igualdad material, piedra angular del estado Social como se ha visto.

Desde la economía se nos advierte que los recursos públicos no alcanzan al desarrollo o ampliación de los servicios públicos y prestaciones económicas en cualquiera de sus formas de fomento o intervención directa, sino el mantenimiento del mismo en los niveles alcanzados.

Asimismo por los poderes públicos se vienen aplicando severas medidas de ajuste del gasto público directamente en sectores de fácil y directa implantación, así como rápido resultado contable en el cómputo del déficit, que no precisan de complejas negociaciones políticas o cambios institucionales profundos.

Por otro sector de la doctrina²⁶ se viene criticando que la crisis del Estado Social por desfallecimiento sea explicada, abordada y resuelta con argumentos economicistas y una política económica de adelgazamiento de las prestaciones del mismo, advirtiéndose de una economización de la democracia, imposición de la lógica del cálculo a la lógica de la política. Sin embargo, partiendo que no se puede hacer política social desde la ignorancia de la economía, lo que realmente ha pasado es que, en el caso de los países del sur de Europa y concretamente en España, hemos intentado construir un Estado Social, a imitación de los países escandinavos sin poseer ni la estructura económica ni la cultura, ética pública y responsabilidad fiscal de aquellos. De acuerdo en esto con el profesor Balaguer en España *“el Estado Social nunca fue lo que era”*²⁷, hemos configurado constitucional y sobre todo normativamente en implantación de políticas sociales, un Estado Social cuyo nivel de confort, los ingresos públicos no pueden mantener. Otra cosa es que las políticas de ajuste y racionalización del gasto público hayan sido aplicadas con la correcta justicia distributiva.

V. EL PRECEDENTE DE PORTUGAL EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE AJUSTE

Llega un momento que el conflicto entre el marco normativo del Estado Social y la praxis normativa de las políticas de ajuste, llegan a los Tribunales Constitucionales²⁸ y estos se ven obligados a interpretar la observancia de aquellos principios constitucionales, como ha sucedido en el caso de Portugal con las sentencias de su Tribunal Constitucional sobre las leyes de presupuestos de 2012 y 2013.

En especial la Sentencia del TC de 5 de abril de 2013 núm. 187/2013, que declara inconstitucional, por violación del principio de igualdad en

²⁶ Entre otros TAJADURA, *op. cit.*, pp. 66 y BALAGUER, citando a De Vega, *op. cit.*, p. 95, 2002.

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, 2002, p. 90.

²⁸ En España la ley de tasas judiciales ha sido recurrida por vulneración del derecho a la justicia gratuita y la tutela judicial efectiva, anulándose por la STC 140/2016 que las declara inconstitucionales.

el acceso a los empleos públicos y el de igualdad proporcional, la Ley de Presupuestos para 2013, que establecía la suspensión del pago de la paga “*de férias*” (de vacaciones) a los trabajadores del sector público, así como la suspensión del pago del 90% del subsidio de vacaciones a los pensionistas²⁹.

Dicha sentencia no resulta un pronunciamiento aislado ya que venía siendo precedida de dos anteriores sobre las leyes de presupuestos anteriores de 2011 y 2012, que en su enjuiciamiento por el TCP merecieron, en el primer caso, la declaración de constitucionalidad³⁰ y en el segundo la inconstitucionalidad sin efectos *ex tunc*, por lo que no tuvo efectos³¹.

La doctrina sentada por el TCP acerca de la aplicación del principio de igualdad, respecto de los artículos de la Constitución que garantizan algunos aspectos del Estado social, frente a las medidas de sacrificio a los funcionarios parten en la sentencia de 2011, que sienta la doctrina de la no garantía o derecho fundamental a “*la no reducción del salario*”, prevaleciendo el interés general del equilibrio de las cuentas públicas, aplicando el principio de la no discriminación o proporcionalidad de la desigualdad. En la sentencia de 2012, la situación de partida es diferente pues, se trata de cumplir los límites de gasto impuestos por el programa de asistencia financiera de la UE y el FMI; en consecuencia la Ley de Presupuestos lo que hace es, suspender por tres años la paga de Navidad de los funcionarios públicos. Desde la perspectiva de la igualdad, el TCP estima que las razones del Gobierno acerca de la desigualdad o discriminación frente a los trabajadores del sector privado, fundamentada en que los funcionarios tienen seguridad en el empleo y que de este modo las medidas tienen efectos inmediato, no son argumentos para justificar dicha desigualdad, y afirma que la igualdad ha de ser siempre proporcional y no ser excesiva.

En la decisiva STCP núm. 187/2013 de 5 de abril el TCP insiste en la igualdad proporcional y afirma:

36. A conclusão de que à redução salarial concretizada na norma constante do artigo 29.º da Lei núm. 66-B/2012 subjaz um critério ponderativo racionalmente credenciável não é todavia, suficiente para assegurar a respetiva validade constitucional.	36. La conclusión de que la reducción salarial implementada en la norma establecida en el artículo 29. De la Ley núm. 66-B/2012 subyace un criterio ponderativo racionalmente creíble pero aún no es suficiente para la respectiva validez constitucional.
--	--

²⁹ *Acórdão* núm. 187/2013 en *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 86º, vol 2013. Comentado por PEREIRA RAVI A. *Comentarios al Acórdão* núm. 187/2013 REDC núm. 98, pp. 317 y ss.

³⁰ STCP *Acórdão* n° 396/2011.

³¹ STCP *Acórdão* n° 353/2012.

Desde logo porque o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará “imune a um juízo de proporcionalidade” (acórdão núm. 353/2012).

A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual –não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido–, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação.

37. Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio da igualdade (acórdão núm. 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidireccional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas –o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cfr. acórdãos núms 634/93 e 187/2001)– quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado.

En primer lugar, porque el principio de igualdad exige que, junto con la existencia de una base fáctica para la opción de distinguir la diferencia de trato por lo tanto impuesta es proporcionada. Si el principio de la igualdad permite (o incluso exige, en determinadas condiciones) que lo desigual sea desigualmente tratado simultáneamente impone que no se haga caso omiso de la medida de la diferencia. Aunque los criterios se basa la diferenciación introducida es, en sí mismo, la desigualdad, constitucionalmente acreditados y no carece de fundamento justificado racionalmente, diferenciando las situaciones que no tanto, a ser “immune a un juicio de proporcionalidad” (sentencia núm. 353/2012).

La desigualdad de trato debe, en la medida en que surge impuesta sea proporcionada, si las razones que justifican el trato desigual –no podrán ser excesiva “desde el punto de vista de diseño seguido– ya sea como la diferencia existe entre el grupo de destinatarios de grupo estándar y distintivo de los que están excluidos de sus efectos y alcances.

37. Los dos niveles de comparación en la que el punto de vista operativo, se desarrolla el principio de igualdad (Sentencia núm. 114/ 2005) introducen el tema de la distribución de la carga pública un nuevo problema dimensión propia multidireccional: la igualdad proporcional implica consideración del grado de diferenciación impuesto, ya sea en relación con los objetivos perseguidos –lo que implica que las medidas que se imponen en la diferenciación de grados necesarios, adecuados y no excesivos en términos de interés destinada a salvaguardar (cf. n juicios. núms. 634/93 y 187 /2001)– o en el contexto de la comparación debe hacerse entre los sujetos afectados por la medida y los sujetos que no son, y el punto de vista de este propósito, entre ellos y el Estado.

Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida, esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis. Apesar do reconhecimento de uma diferença justificativa de (alguma) desigualdade de tratamento, não pode ignorar-se que subsiste entre os sujeitos afetados e os sujeitos não afetados pela opção expressa no artigo 29.º da Lei núm. 66-B/2012, de outro ponto de vista também digno de consideração (o da justa repartição dos encargos públicos), uma dimensão de igualdade a que a solução de diferenciação não poderá ser insensível. De outro modo, a distinção introduzida no âmbito da repartição dos encargos públicos não se revela proporcional à medida daquela diferença, tornando-se intolerável, do ponto de vista daquela dimensão da igualdade.	Se refiere a los límites impuestos sacrificio adicional de los sujetos más allá de cierto punto, esto refleja un aumento del sacrificio trato injusto y desproporcionado que no puede justificarse por las ventajas comparativas por lo que la consolidación fiscal puede proporcionar si se compara con las alternativas disponibles. A pesar del reconocimiento de la diferencia para justificar un trato desigual no puede ignorar que subsiste entre los sujetos afectados y los sujetos no afectados por la decisión expresada en el artículo 29. De la Ley núm. 66-B/2012, desde otro punto de vista también es digno de consideración (la justa distribución de las cargas públicas), una dimensión igual a la solución de la diferenciación no puede ser insensible. Por lo demás, la distinción hecha en la división de los cargos públicos no reveló proporcional a la magnitud de esa diferencia, convirtiéndose intolerable desde el punto de vista de la dimensión de igualdad.
---	--

EL TCP combina la aplicación del principio de proporcionalidad con la medida de la diferencia en el tratamiento desigual. Entiende que la libertad de conformación del legislador en una Constitución con derechos sociales, se encuentra constreñida por el principio de igualdad y que el sobrecargar con los sacrificios a determinados grupos sociales lo vulnera precisamente utilizando, en su contra, el argumento del Gobierno portugués de la facilidad e inmediatez de efectos de la medida.

El TCP³² ha aplicado la técnica de la *Nue Formel* (nueva fórmula del TC federal alemán respecto a la medida de la discriminación frente al principio de igualdad), de acuerdo con dicha técnica, que desplaza a la tradicional del prohibición del arbitrio, aplicable en situaciones de desigual tratamiento de grupos de personas en cuyo ámbito de actuación se viola el principio de igualdad, en comparación con otros destinatarios de la norma que son tratados de forma diferente sin que existan entre los dos grupos diferencias de tal naturaleza que justifiquen el tratamiento desigual.

³² GUILLEM CARRAU, JAVIER, "El Constitucional portugués ante las medidas de ajuste. La Sentencia de 5 de abril de 2013", en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5 junio de 2013.

El TC portugués ha abordado el asunto de los límites del legislador en el desarrollo legislativo de los derechos de prestación social que deben de orientar la acción de los poderes públicos, sobre todo en épocas de crisis y en la configuración de sus prestaciones mediante la inclusión de las partidas correspondientes en los Presupuestos Generales del Estado.

En la mas reciente STCP 575/2014, de fecha 14 de agosto, al abordar la posible inconstitucionalidad de una norma reductora de las pensiones, expresa que el derecho constitucional a un sistema de seguridad social público implica el derecho a recibir una pensión al final de la vida laboral, cuyas condiciones y cuantías deben ser determinados por el legislador ordinario, pero la libre configuración de legislador está limitada por el principio de no retroceso del contenido mínimo del derecho social constitucionalizado, que implica arbitrariedad, irrazonabilidad o alteración de la confianza legítima de los ciudadanos en el sistema de pensiones concebido como un contrato entre generaciones.

En este punto seguimos a Giménez Sánchez³³; para quien el legislador español no es libre en los Presupuestos para reducir, contrariamente a los principios constitucionales, los derechos sociales consagrados en la Constitución³⁴, se apoya para ello en el artículo 31.2 de la CE que establece el principio de equidad en la asignación de los gastos públicos, ya que aunque el gasto público es una decisión eminentemente política, solo es constitucional cuando es justo (art. 133.4 CE) lo que conlleva el principio del justicia material del gasto (STC 3/2003). La dificultad estriba en las garantías para corregir desviaciones de tales principios, ya que en nuestro ordenamiento constitucional no cabe el control de las omisiones legislativas inconstitucionales³⁵ salvo cuando el legislador está obligado directamente por un precepto constitucional.

En nuestro país, se puede producir una situación equivalente si se continúa con la austeridad no discriminada en los servicios esenciales. El TC viene avisando en las STC 71/2014, de 6 de mayo de 2014 y STC 85/2014, de 29 de mayo de 2014, sobre la tasa de un euro por receta, pero lo ha hecho solo desde el punto de vista competencial y no ha entrado todavía en la afección a los derechos sociales de estas medidas.

VI. REFLEXIONES SOBRE LA VIABILIDAD DEL ESTADO SOCIAL

Ante panorama expuesto, un Congreso como al que se dirige esta comunicación es el foro de debate idóneo para reflexionar y contrastar ideas sobre la necesidad de abordar determinadas medidas de corte estructural que optimicen el gasto público en aquellas áreas que no han querido ser

³³ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *op cit*, pp. 302 y ss.

³⁴ En el mismo sentido RUIZ-RICO RUIZ, G., en "El medio ambiente, derecho constitucional, o principio programático", *op. cit. Actas del IX Congreso ACE 2011*, p. 547.

³⁵ TAJADURA TEJADA, J., Tirant lo Blanch, 2009.

tocadas por los responsables públicos. Para Ruiz Rico³⁶ habría que comenzar por llevar a cabo una reinterpretación global del Título I de la CE a partir de una visión unitaria del orden material constitucionalizado, tomado como base y punto de partida la dignidad de la persona del artículo 10, los artículos 9.2 y 14, igualdad material y formal que nos lleve a considerar determinados derechos sociales (salud 43, 44 acceso a la cultura, 45 medioambiente, 47 suelo y vivienda, 50 pensiones) como elementos cardinales identificadores del orden constitucional diseñado en la CE y el Estado Social que instaura, sin los cuales este deja de tener sus rasgos identificadores más genuinos.

Resulta evidente que no se puede congelar en el tiempo y en el espacio el Estado Social³⁷, que los derechos sociales pueden y deben ser modulados de acuerdo, entre otros parámetros, a las disponibilidades de los poderes públicos, pero reformulando el pacto social que lo alumbró llevando a cabo con el máximo consenso político las reformas constitucionales necesarias para evitar una indeseada mutación constitucional que aleje a los ciudadanos de la adhesión a la norma fundamental.

Alejándonos, por tercermundistas, de posiciones cuasirevolucionarias preconizadoras de transformación del modelo económico de mercado o capitalista³⁸, para el que no hay otra alternativa, como la historia nos viene tozudamente demostrando con la conversión en dictaduras militares de los pocos países que quedan del socialismo marxista real (Cuba, Corea del Norte) y en regímenes no democráticos, con una gran represión política pero paradójicamente una alta inseguridad ciudadana, los nuevos socialismos como el venezolano o el nicaragüense.

Como el propio Balaguer reconoce, entre el Estado meramente asistencial y el modelo socialista, existen amplias zonas de intervención pública para la promoción de la igualdad y de la dignidad humana por medio de los derechos sociales, que en todo caso debería constitucionalmente formularse como un suelo mínimo del Estado Social, crecedero en tanto que el desarrollo y la riqueza de la nación vaya permitiendo su ampliación y reducido a este en épocas de crisis.

En esta crisis, después de unos años de espejismo económico, los poderes públicos han de garantizar ese suelo constitucional del Estado Social, sin embargo se han de llevar a cabo unas correcciones en la estructuración del gasto público institucional para ser más eficientes en las políticas de aplicación de los derechos sociales, para lo que se avanzan las propuestas que se desarrollan a continuación:

³⁶ *Op. cit.* “El medio ambiente, derecho constitucional, o principio programático”, *op. cit.* IX Congreso ACE 2011, p. 548.

³⁷ BALAGUER, *op. cit.*, p. 99.

³⁸ BALAGUER, *op. cit.*, p. 108.

6.1. La reformulación del concepto de servicios públicos esenciales

De ineludible prestación para el mantenimiento de los postulados del Estado Social, diferenciándolos de la acción o intervención económica del Estado en la economía, para subsidiar la falta de iniciativa privada o competir con la misma, en aquellas otras actuaciones que no respondan a tal necesidad social así como en sentido contrario, no enviar al mercado actividades de prestación ya de servicios públicos o ya de acción económica que, por su propia naturaleza, ya desde la finalidad, como desde su rentabilidad, deben permanecer en mano pública.

Resulta evidente que la mayoría de los derechos sociales³⁹ requieren de una acción positiva del legislador o, en todo caso, de actuación de las administraciones públicas, mediante la organización de un servicio público específico⁴⁰.

La doctrina del servicio público formulada por los administrativistas⁴¹ se encuentra ligada por estos inescindiblemente al Estado Social y su desarrollo⁴² que en su concepción amplia abarca cualquier actividad del sector público

Ello nos lleva al estudio de la dimensión y alcance del concepto de lo que ha de considerarse como servicio público esencial en el Estado Social. La primera distinción que debe efectuarse es entre gestión de servicios públicos e iniciativa económica empresarial pública en el mercado⁴³. Por un lado están los denominados servicios públicos esenciales cuyo alcance nos debe llevar a identificarlos con los recursos *recursos o servicios esenciales* del artículo 128⁴⁴ CE. La reserva de servicios esenciales no es un plus respecto a la intervención

³⁹ Algunos no necesariamente, como expresa REY MARTÍNEZ, F. ("Derribando falacias sobre los derechos sociales", en *op. cit.* IX Congreso ACE 2011, pp. 634 y ss.) pues en determinados supuestos basta con la actividad de fomento del legislador o el ejecutivo impulsando políticas que contribuyan a que la iniciativa privada o los efectos de la actividad económica contribuyan a la satisfacción del derecho.

⁴⁰ Para TENORIO, P., *op. cit.*, p. 262 y ss., este presupuesto no es así en todos los casos pues hay algunos como la huelga o la sindicación que puede ejercer el sujeto por sí mismo, pero añadido que estos casos coinciden con los derechos sociales que se han ubicado por el constituyente entre los de protección reforzada de la Sección 1.^a del T. I.

⁴¹ Para REY MARTÍNEZ, F., IX Congreso ACE 2011, p. 640, el Derecho Administrativo Especial es la letra pequeña del Derecho Constitucional y en particular de los Derechos Sociales.

⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M., p. 768 y ss. Ed Tecnos, 2012.

⁴³ Partiendo del carácter limitado de esta iniciativa y solo justificada en el principio de subsidiariedad (en contra F. GARRIDO FALLA en ¿crisis de la noción de servicio público?, *Homenaje de S. Martín Retortillo*, p. 451) ya que el Estado no tiene un derecho fundamental a extraer una actividad o sector del mercado pues los artículos 128 y 131 no son derechos fundamentales sino principios organizativos de la actividad económica debemos realizar un interpretación restrictiva y motivada de la intervención pública en la economía, avalada por la Jurisprudencia del TC y del TJUE que la limitan a la necesidad de, para la ordenación de sectores, la determinación de obligaciones de servicio público para garantizar la libre competencia en sectores amenazados justificada en el principio de igualdad para intervenir solo cuando sea necesario perturbar el libre mercado, principios de subsidiariedad, proporcionalidad, respeto a la igualdad, respeto a la reserva de ley (art. 53 CE para los del capítulo II).

⁴⁴ **Artículo 128.1.** *Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.*

regulatoria, todo servicio reservado es servicio público, pero no todo servicio público es servicio reservado. La determinación de cuáles sean aquellos servicios esenciales corresponde al legislador, así la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ha determinado cuales son los que atañen prestar a las Corporaciones Locales⁴⁵ diferenciándolos de las iniciativas para actividades económicas que no son ni deben ser propiamente servicios esenciales y por lo tanto servicios públicos⁴⁶. Los servicios públicos pueden ser subjetivos por su titularidad o servicios públicos objetivos por la actividad. En todo caso en coherencia con la actividad de la UE⁴⁷ en la determinación y defensa de lo que ha de considerarse como servicio económico y no económico de interés general, la actividad prestacional de los poderes públicos ha de aplicarse de manera eficiente a aquellos que realmente formen parte del contenido de los valores del Estado Social y cumplir con el modelo de sociedad europeo que

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

⁴⁵ Artículos 25, 26, 85, 85 bis en la redacción dada por a LRSAL y concordantes del TRRL 781/1986

⁴⁶ **Artículo 25.1 LBRL:**

1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y **prestar los servicios públicos** que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.

2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.

b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.

d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.

e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.

h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.

i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.

j) Protección de la salubridad pública.

k) Cementerios y actividades funerarias.

l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.

m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.

n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.

ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

3. Las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo se determinarán por Ley debiendo evaluar la conveniencia de la implantación **de servicios locales** conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

⁴⁷ La UE ha consolidado el modelo de Estado Social europeo en el derecho originario compuesto por los Tratados y singularmente en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Sobre ello DE LA QUADRA SALCEDO, T., "Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los Derechos Fundamentales", Actas del IX Congreso ACE 2011, pp. 36 y ss.

garantiza una calidad de vida de los mismos y la cohesión social y territorial⁴⁸. Esto es, el espacio de libre configuración del legislador debe estar limitado en la calificación como servicio esencial o de interés general —y por lo tanto de necesaria prestación con cargo al gasto público— a aquellos que lo merezcan. Otra cuestión son los servicios prestados en régimen de competencia, con obligaciones de servicio público (oficinas de farmacia) y los denominados *servicios al público* que erróneamente son identificados como servicios esenciales⁴⁹. Desde esta perspectiva sería servicio público, en sentido estricto, aquella actividad prestada por las administraciones públicas, que partiendo de titularidad pública, tiene como objeto directo la prestación a los ciudadanos de un servicio del que estos pueden beneficiarse como usuarios, con o sin contraprestación económica⁵⁰. Lo esencial es que sea de titularidad pública (en régimen de monopolio y/o competencia) y la finalidad prestacional, al ciudadano, lo que no significa que el acceso al mismo siempre tiene que ser universal. En efecto, del proceso de convergencia europea se ha depurado las actividades reservadas a mano pública que antes eran consideradas servicios esenciales y ahora, solo de interés general. De ellos, los no económicos, de prestación universal son los que debe de garantizar el Estado Social, pues constituyen el pilar de la igualdad material, solidaridad y cohesión social y territorial y cuyos principios comunes a todos ellos pueden enunciarse, siguiendo a Sánchez Morón⁵² en:

- a) Continuidad.
- b) Mutabilidad.
- c) Igualdad.
- d) Calidad.
- e) Asequibilidad.

Determinados servicios públicos son de necesaria creación y mantenimiento por la Constitución. A saber, educación (art. 27.4 CE), seguridad social (art. 41 CE), salud pública (art. 43.2 CE), pensiones, servicios sociales (art. 50 CE), en el nivel político-territorial local los de la LRRL en su nueva configuración competencial diseñada por la reforma operada por la Ley de Reforma y Sostenibilidad 19/2013⁵³ y en el nivel autonómico por los derechos económico-sociales incorporados en sus reformas estatutarias,

⁴⁸ Libro Verde de la Comisión sobre los servicios de interés general de 2003, Libro Blanco de 2004 Comunicación de 2007. Artículo 36 de la carta Europea de los DDFF. Artículo 3 del Tratado de Lisboa y el Tratado sobre el funcionamiento de la UE, Ts. X a XVIII.

⁴⁹ Véase por todos FERNÁNDEZ FARRERES, G. “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, en *Revista Justicia Administrativa* núm. 18, pp. 7 y ss.

⁵⁰ La Directiva de Servicios 123/2006 excluye del ámbito de la misma a los que denomina servicios económicos y no económicos de interés general: artículos 2.1 y 16.

⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho Administrativo”, pp. 768 y ss. Ed. Tecnos 2012.

⁵² *Op. cit.*, pp. 778 y ss.

⁵³ Artículos 25 y 26, competencias y servicios públicos municipales de necesaria prestación y artículo 36 nuevo y reforzado papel coordinador y subsidiario en la prestación de los servicios públicos locales de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares.

que vinculan a su poder legislativo regional o, en los Estatutos no reformados, su política legislativa en el marco competencial asumido.

La cuestión es que, con unos recursos económico limitados, cuál debe ser la prioridad de atendimento de los derechos sociales reconocidos; pues evidentemente aquellos imprescindibles para el mantenimiento de la solidaridad, cohesión social, territorial⁵⁴ y promoción del derecho constitucional a la igualdad material (art. 9.2), prescindiendo de aquellas actividades económicas que no tienen aquella finalidad y las no reconocidas como servicios esenciales⁵⁵.

VII. EPÍLOGO

Siguiendo al profesor Rey Martínez⁵⁶, el mandato de la igualdad material en relación con el Capítulo Tercero, en punto a las acciones positivas⁵⁷, se encuentra condicionado por las posibilidades financieras en cada momento, por el desarrollo las mayorías políticas y su concepción ideológica y por las prioridades en punto a los beneficiarios, como se ha sostenido más atrás. Reconsiderar, en suma, la dimensión y prestaciones de nuestro Estado Social a la verdadera dimensión de nuestra riqueza nacional, sin intentar emular el nivel u organización institucional de otras democracias avanzadas que se lo pueden permitir⁵⁸.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA E., GARCÍA MEXÍA, P., “Igualdad y no discriminación. El derecho de igualdad, en Bases del conocimiento jurídico”, *Derecho Constitucional III*, IUSTEL.
- PEREIRA, RAVI A., *Comentarios al Acordao* núm. 187/2013 REDC núm. 98, pp. 317 y ss.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. “El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, Alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, en *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Ed. Comares 2002, pp. 89 y ss.

⁵⁴ CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, J. L., “Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica, en Homenaje a S. Martín Retortillo, 2002, p. 607.

⁵⁵ Conforme expresa REY MARTÍNEZ, F, en *op. cit.* Fundamentos núm. 8, p. 299: el derecho a la igualdad material del art. 9.2 es también formal y las desigualdades jurídicas favorables a personas y grupos en situación de desventaja (políticas de discriminación positiva) son queridas por el constituyente.

⁵⁶ REY MARTÍNEZ, F, *op. cit.* Fundamentos núm. 8, p. 300.

⁵⁷ Distingue REY MARTÍNEZ, *op. cit.* Fundamentos núm. 8 p. 311, entre acciones positivas y discriminaciones positivas, las primeras son tratos más favorables a grupos sociales en desventaja y las segundas cuando estas acciones provocan un daño al interés legítimo de individuos del grupo mayoritario.

⁵⁸ MUÑOZ MOLINA, A., “*Todo lo que era sólido*” ed. Seix Barral 2013.

- CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, J. L. *Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica*, en Homenaje a S. Martín Retortillo, 2002, p. 607.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. “Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los Derechos Fundamentales”, en *op. cit.*, IX Congreso ACE, Santa Cruz de Tenerife 2011, pp. 36 y ss.
- DÍEZ JOSÉ, CARLOS en su monografía divulgativa *Hay vida después de la crisis*. Ed Plaza y Janes 2013.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, en *Revista Justicia Administrativa* núm. 18 pp. 7 y ss.
- GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid 1984, pp. 233 a 239.
- GÓNZALEZ TEVIJANO, P Y NUÑEZ RIVERO, C. *El Estado autonómico, principios, organización y competencias*, ed. Universitat 1998.
- GUILLÉN CARAMÉS. *Reflexiones críticas acerca de la intervención de las autoridades de la competencia en el procedimiento de concesión de licencia comercial*, en REDA núm. 143, p. 389.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. “Los límites económicos de los derechos sociales” en *Actas del IX Congreso de la ACE*, Santa Cruz de Tenerife 2011, *op. cit.*, pp. 302 y ss.
- GUILLEM CARRAU, JAVIER, “El Constitucional portugués ante las medidas de ajuste. La Sentencia de 5 de abril de 2013”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5 junio de 2013.
- KAGAN ROBERT, *Poder y debilidad, Europa y los EE UU en el nuevo orden mundial*, Taurus 2003
- LÓPEZ GUERRA y otros, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. I, p. 153, Tirant lo Blanch, 8.ª ed. 2010.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M, “Los Derechos sociales” en *Bases del conocimiento jurídico, Derecho Constitucional III*, IUSTEL.
- MUÑOZ MOLINA, A. *Todo lo que era sólido* ed. Seix Barral 2013.
- PARERO ALFONSO, L. *Estado Social de Derecho y Administración Pública*. Civitas 1985.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, p. 538, ed. 2010.
- REY MARTÍNEZ, F. “Derribando falacias sobre los derechos sociales”, en *op. cit.* IX Congreso ACE, Santa Cruz de Tenerife 2011, pp. 634 y ss.
- REY MARTÍNEZ, F., “El principio de igualdad en el contexto de la crisis del Estado Social: Diez problemas actuales”. En *Fundamentos* núm. 8 *La metamorfosis del Estado y del Derecho*. Oviedo 2014.
- RUBIO LLORENTE, F., *La igualdad en la aplicación de la ley*, en L. García Sanmiguel, ed., *El principio de igualdad*, UAH-Dykinson, Madrid, 2000, pp. 47-58.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., en “El medio ambiente, derecho constitucional, o principio programático”, *op. cit.* IX Congreso ACE Santa Cruz de Tenerife 2011, p. 547.

- SÁNCHEZ FÉRRIZ, R., *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, 3.º Ed. 2005 Tirant Lo Blanch, pp. 141 y ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho Administrativo*, pp. 768 y ss. Ed Tecnos 2012.
- TAJADURA TEJADA, J., “Crisis del estado social y justicia constitucional”, p. 80 y ss, en I Foro Andaluz de los Derechos Sociales. *Los Derechos Sociales en el S. XXI*, dir. M. Terol Becerra, ed. tirant lo blanch 2009.
- TENORIO, PEDRO en, “El TC, la cláusula del Estado Social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno” (*Actas del IX Congreso ACE, Santa Cruz de Tenerife 2011*) el artículo 1.1 tiene gran relevancia pues es un principio de primer orden que impregna todo el texto constitucional.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional*, T. I, 2004, p. 319.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., *Lecciones de Derecho Constitucional Autonómico*, ed. Tirant lo Blanch, 2004.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, G., “Sobre los fundamentos constitucionales de la participación de las CC AA en las estructuras centrales del Estado”, pp. 23 y ss., en *La participación de las CCAA en las decisiones del Estado*, coord. A. Pérez Calvo, Tecnos 1997.