



Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público & Filosofía Jurídica
Área de Derecho Constitucional

Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas.

Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de Derecho. La sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España

JAIRO ANDRÉS CASTAÑO PEÑA

Director
PROF. DR. D. ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

Junio 2019

Tabla de Contenido

Resumen	5
Agradecimientos	6
I. Introducción	8
1. Fines de la investigación	8
2. Estructura de la investigación	9
3. Estado de la cuestión. Oportunidad de la investigación para el Derecho constitucional	11
II. La articulación entre Estado, economía y Constitución y los fines sociales	13
1. Formación del constitucionalismo y su componente económico.	13
2. Constitución económica: origen, definición del concepto y contenido	28
3. Conceptos jurídicos abiertos o vagos en la Constitución	36
4. Una consideración sobre la neutralidad de la Constitución económica.	43
5. La Constitución económica del Estado social de Derecho	45
a. Origen de la noción de Estado Social de Derecho	45
b. Formulación teórica del Estado Social de Derecho	49
c. Fines y valores del Estado Social de Derecho	55
6. El Estado Social de Derecho en Colombia y en España y la configuración de su Constitución económica	60
a. Los derechos sociales, económicos y culturales o principios rectores de la política social y económica	63
b. Configuración constitucional del derecho a la propiedad privada	68
c. La libertad de empresa en el marco del Estado social de Derecho	78
d. El derecho al trabajo y su relación con la cláusula de Estado social de Derecho	86
7. Constitución económica europea	94
8. La intervención del Estado en la economía en el marco de una Constitución económica y el cumplimiento de los contenidos sociales	109
III. Las cláusulas de disciplina fiscal	113
1. Los problemas del gasto público. Presión fiscal e inclinación al déficit: hacia una fundamentación teórica de las reglas fiscales	114

2.	Las reglas fiscales. Concepto, origen, finalidades y modalidades	123
3.	“The Golden Rule”: Alemania como paradigma de contención del gasto público	133
4.	El debate de las reglas fiscales en la Constitución estadounidense	138
5.	Recapitulación	142
IV.	El criterio de sostenibilidad fiscal en la Constitución colombiana	144
1.	El perfil fiscal de la Constitución colombiana	146
a.	Incentivos para el aumento de la deuda pública y el déficit en la Constitución	150
b.	Antecedentes de la disciplina fiscal en Colombia (reglas de gasto, regla de balance, regla de límite al endeudamiento)	154
c.	La Constitución colombiana y la reforma por Acto legislativo	164
2.	El debate sobre la sostenibilidad fiscal	166
3.	Incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal en la Constitución	176
4.	La sostenibilidad fiscal y la intervención del Estado en la economía	177
5.	La sostenibilidad fiscal y la actividad judicial: el Incidente de Impacto Fiscal	187
a.	El Incidente de Impacto Fiscal en la Constitución	187
b.	Desarrollo legal del Incidente de Impacto Fiscal y procedimiento	192
c.	Decisiones que han resultado de fondo Incidentes del Impacto Fiscal	199
6.	La sostenibilidad fiscal y la función de planeación del Estado: el plan nacional de desarrollo y el presupuesto nacional (artículos 339 y 346 C.P)	201
7.	Conclusiones preliminares	209
V.	El Principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución española	213
1.	Contexto europeo y antecedentes de disciplina fiscal en el ordenamiento español: caminos casi paralelos (gobernanza económica europea)	214
a.	El Tratado de la Unión Europea – Maastricht	218
b.	El Pacto de Estabilidad y Crecimiento	226
c.	Desarrollo legal en España y su relación con las disposiciones europeas.	235
d.	El Pacto Fiscal y otros mecanismos de contención del gasto y de la deuda.	244
2.	La reforma constitucional y su relación con la crisis económica	255
3.	El principio de estabilidad presupuestaria: El nuevo 135 de la Constitución española y su desarrollo legal.	267
4.	Ámbito subjetivo de aplicación del principio de estabilidad presupuestaria	273

5. Tratamiento del déficit estructural en el artículo 135 de la Constitución española y su desarrollo legal	276
6. Los límites a la deuda pública en el artículo 135 de la Constitución española y la protección reforzada de los acreedores	281
7. La cláusula de escape en el artículo 135 de la Constitución española: nuevas competencias del Congreso de los Diputados.	292
8. El establecimiento de la regla de gasto.	298
9. Alcance del principio de estabilidad presupuestaria (competencias de coordinación, o centralización, desafíos para el modelo autonómico español)	302
10. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal –AIRF-	310
11. Consecuencias sobre el estado de bienestar español	319
a. Transferencia de soberanía y el marco de la “constitución europea”	319
b. Centralización de competencias	321
c. El control jurisdiccional de la disciplina fiscal	325
d. Algunos problemas de pluralismo y apertura constitucional	327
e. Los cambios en materia de derechos sociales en virtud la estabilidad presupuestaria	329
12. Conclusiones preliminares	331
VI. Los efectos de la disciplina fiscal en la Constitución del Estado social de Derecho	334
1. Aspectos teleológicos del Estado social de Derecho y las cláusulas de disciplina fiscal	334
2. Hacia una interpretación sistemática de la disciplina fiscal	340
3. La satisfacción de los derechos y su relación con la disciplina fiscal	347
4. Los estudios de factibilidad y la provisión de prestaciones sociales	364
5. La realización de los derechos sociales: La administración pública y la Justicia Constitucional como ámbitos de cumplimiento.	371
6. La cláusula constitucional de disciplina fiscal como nuevo ingrediente de interpretación del ordenamiento jurídico	383
VII. Conclusiones	386
VIII. Bibliografía	397

RESUMEN

Esta tesis aborda el problema de las cláusulas de disciplina fiscal en el marco del Estado social de Derecho. Concretamente se estudia el criterio de sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España.

Como marco para desarrollar este estudio se han desarrollado los conceptos de Estado social de Derecho, en vista de que ambas constituciones han adoptado dicho modelo desde las primeras disposiciones constitucionales. Así pues, en primer lugar, se presentan los postulados del Estado social de Derecho, el contenido normativo que implica dicha cláusula y la necesidad de entender como determina el sistema económico. Para dicha presentación se utiliza el concepto de constitución económica ya que permite circunscribir el objeto de estudio y mostrar los efectos de dicha cláusula en la concepción de los derechos y las libertades económicas.

Para profundizar sobre las reglas fiscales, se sintetizan los principales argumentos esgrimidos por la economía política de cara a justificar el establecimiento de las reglas fiscales en el ámbito constitucional. Para este propósito son fundamentales las reflexiones de James Buchanan, entre otros autores, que defienden la necesidad de que las reglas de disciplina fiscal se ubiquen en los más alto del sistema normativo. Asimismo, presentamos unas líneas generales sobre las reglas fiscales, sus principales formas y clasificación.

Para concretar el estudio en las Constituciones de España y de Colombia, en sendos capítulos, nos referimos a cada uno de los procesos de reforma y el debate que dio lugar a las nuevas cláusulas. En el caso colombiano, el contenido de la sostenibilidad fiscal en la función de intervención del Estado en la economía, la creación del Incidente de Impacto Fiscal y en la función de planeación. En el caso español, explicamos los antecedentes y el marco comunitario europeo del principio de estabilidad presupuestaria, así como su desarrollo legal; sin embargo, el trabajo más relevante se refiere a la reforma del artículo 135 de la Constitución y su desarrollo legal.

Finalmente se aborda el problema del encaje entre la disciplina fiscal en el ámbito constitucional y los postulados del Estado social de Derecho. Sobre este punto resulta crucial el papel de la labor hermenéutica, de tal manera que los contenidos del Estado social de Derecho se mantengan incólumes frente a las interpretaciones más puristas de la disciplina fiscal.

AGRADECIMIENTOS

Hacer un ejercicio de gratitud al final se convierte en un ejercicio de buena memoria. Si fuera capaz y lograra recordar a todas las personas a quienes debo una palabra de gratitud no dudaría en dedicar un espacio para expresarla, aunque quedaría en evidencia que una tesis doctoral, al menos la mía, es al final una obra colectiva. Sin embargo, es una tarea que supera mis posibilidades, ya que han sido tantos momentos en estos años, en situaciones tan diferentes que la memoria es insuficiente.

Quiero agradecer en primer lugar a Néstor, por su confianza y su apoyo incondicional a la hora de emprender el camino de la investigación y la docencia y, sobre todo, por su amistad. A Paola Andrea, quien en los momentos mas decisivos de este proceso siempre ha estado ahí para acompañarme con un consejo o una palabra de aliento. Sin ellos dos no se habrían dado los primeros pasos.

También quiero expresar mi reconocimiento a la Universidad Externado de Colombia, mi casa de estudios, que ha apostado decididamente por la educación como el camino para transformar la sociedad; en concreto al maestro Fernando Hinestrosa, que con visión estableció el programa de formación de profesores en el exterior y sin el cual esta historia no habría tenido lugar. Asimismo, al Rector Juan Carlos Henao que ha continuado con la difícil responsabilidad de dirigir nuestra universidad y a Magdalena Correa, actual directora del Departamento de Derecho Constitucional, quienes no han dudado en apoyarme en todos los momentos que lo he necesitado.

A mi director de tesis, el profesor Antonio López Castillo por su disposición desde el primer día para abordar este proyecto y por la confianza que mostró en mí para terminarlo. También es el momento de valorar el tiempo que hemos compartido, que me ha permitido conocer a una persona aguda, rigurosa y generosa. Este ejercicio no estaría completo sin expresar mi gratitud con Antonio y Silvia, por su comprensión y muestras de solidaridad en los momentos de adversidad.

A los miembros del departamento de derecho público de la Universidad Autónoma de Madrid, especialmente a Gonzalo, a Susana y a Alicia, que siempre estuvieron atentos a lo largo de este proceso.

A Alejandro de Pablo, que de forma desinteresada ha leído y releído algunas de mis ideas. Sus comentarios, reflexiones e impulso para terminar han sido determinantes.

A mi familia que, desde la distancia, con alegría e ilusión me han acompañado en esta andadura. A Amparo Emilia -mi madre- por su paciencia, su cariño y generosidad, y por ser el modelo que me recuerda lo que es realmente importante cada día, también a Juan Alejandro -mi hermano- ejemplo de disciplina y de solidaridad.

Los más difícil de escribir estas líneas es que este agradecimiento cristaliza el final de una buena etapa vital. Dejo en Madrid amigos – de los de verdad- que han hecho que todo esto haya valido la pena, que han facilitado mi vida aquí, con los que hemos disfrutado de los buenos momentos y que en los momentos difíciles no han faltado. A Carlos, Javi, Borja, Alex, Manu, David, Oscar y Marius mi gratitud por estos años.

No encuentro las palabras adecuadas o suficientes para expresar a Carlos mi agradecimiento por su paciencia, también por su amistad, pero sobre todo por su paciencia. Esta tesis y mi estancia en España, en definitiva, habría sido un camino más difícil sin su amistad sincera.

A los amigos de toda la vida, los Ramírez, Natalia, Gabriel, Jenny, Juan Camilo, Manuel y a Tatiana, quienes a pesar de la distancia me han procurado la tranquilidad de que todo lo construido a lo largo de los años sigue ahí.

I. INTRODUCCIÓN

1. Fines de la investigación

Las cláusulas de disciplina fiscal se incluyeron en las Constituciones de Colombia y España en el año 2011. En Colombia se habla de sostenibilidad fiscal y su naturaleza es novedosa desde un punto de vista dogmático puesto que se configura como un criterio constitucional. En España se adoptó la estabilidad presupuestaria en calidad de principio constitucional asociado al presupuesto, en armonía con las disposiciones de la Unión Europea. No obstante lo anterior, el contenido de las cláusulas es diferente, aunque sus objetivos son similares; son un nuevo ingrediente del ordenamiento constitucional y es el tema del que nos ocuparemos en la investigación.

Si bien es cierto que estas Constituciones han regulado temas de contenido económico desde su entrada en vigor, también lo es que las reglas de disciplina fiscal no integraban sus contenidos hasta hace bien poco. Es más, se podía entender que la disciplina fiscal era un medio más, adicional, para alcanzar una economía sólida. Y que aquellos desarrollos legales previos a la correspondiente reforma constitucional que tenían como finalidad garantizar la racionalidad económica eran compatibles con las Constituciones concernidas. El problema se advierte cuando la racionalidad económica se refuerza en el ámbito de la Constitución con efectos sobre la actividad económica y financiera del Estado, pues, los efectos no cesan en estas facetas de la actividad estatal, sino que irradian a todo el ordenamiento jurídico.

Las Constituciones de Colombia y España recogen el modelo de Estado social de Derecho como elemento consustancial de sus ordenamientos jurídicos. La adopción de dicho modelo implica una disposición de los recursos y de la organización estatal con un claro carácter finalista, donde la dignidad humana y la igualdad tienen el papel protagónico. Por lo tanto, las relaciones entre la economía y las instituciones políticas son de vital importancia en la definición, el alcance y la realización del Estado social de Derecho.

El objetivo constitucional de mantener unas cuentas públicas saneadas, con una disposición de los recursos que permita la realización de los postulados del Estado social, es un objetivo a todas luces admisible dentro del modelo que venimos comentando. Sin embargo, la adopción de reglas estrictas y de carácter cerrado en el ámbito constitucional

restringen las competencias para cumplir con los fines y valores. Este efecto también se proyecta sobre la naturaleza dialéctica del Estado social, ya que se circunscribe el debate de las fuerzas política al marco que supone la disciplina fiscal

Para el estudio de esta problemática también es fundamental tener en cuenta que el mantenimiento de unas finanzas públicas saneadas tiene una relación natural con la credibilidad de los mercados en las políticas fiscales del Estado y en esa medida con la capacidad y el coste de la financiación. En otras palabras, el problema no se agota con estudiar los contenidos del Estado social, sino que es relevante examinar otras aristas del problema, como la financiación y la credibilidad como factores que permiten y determinan el acceso a los mercados. La competencia presupuestaria del Parlamento tiene un componente de dar legitimidad a los presupuestos, de limitar y controlar los poderes del ejecutivo en esta materia y, en última instancia, de garantizar que las cuentas públicas tengan consenso y apoyo social a lo largo del tiempo. Esta cadena es la que permite considerar que el Estado tiene un compromiso de honrar sus deudas con los acreedores y que facilita el acceso a los mercados.

Se propone como referente para desarrollar este estudio la ya clásica concepción de Estado social de Derecho. La razón para escoger este criterio es que ambos regímenes -colombiano y español- se autoproclaman Estados sociales de Derecho desde las primeras disposiciones constitucionales. Pero, junto con lo anterior, podría afirmarse que las reglas de disciplina fiscal comportan grandes desafíos para desarrollar los diferentes programas políticos como posibles caminos para el cumplimiento de los fines que ha establecido la Constitución. En este sentido, las cláusulas constitucionales de sostenibilidad fiscal o de estabilidad presupuestaria afectarían el espíritu del Estado social de Derecho, ya que alteran sus fines y valores, así como las ponderaciones necesarias para delimitar sus contenidos. Al mismo tiempo, desde el punto de vista constitucional, afectan también a la textura abierta de la Constitución. He aquí nuestra meta: queremos indagar si las cláusulas de disciplina fiscal dificultan el cumplimiento de los contenidos del Estado social de Derecho, sobre la base de que dichas cláusulas condicionan la interpretación y la densidad del principio de Estado social.

2. Estructura de la investigación

Esta investigación está estructurada en torno a siete capítulos. Y el primero corresponde a esta introducción.

En el segundo capítulo analizamos el vínculo entre la Constitución, el modelo político de Estado y el sistema económico, identificamos los contenidos de la Constitución económica en el marco del Estado social de Derecho en Colombia y en España, y, además, prestamos una atención especial a la Constitución económica de la Unión Europea debido, en primer lugar, a que la pertenencia de España a la Unión determina en buena medida su política fiscal, y en segundo lugar, porque el principio de estabilidad presupuestaria ha sido desarrollado desde la Unión.

El tercer capítulo lo dedicamos a la fundamentación teórica de las reglas fiscales y a su desarrollo técnico. Para ello utilizaremos las reflexiones de *The Public Choice* sobre la inclinación al déficit, además nos concentramos con especial atención en los debates de Alemania y de Estados Unidos para su implementación.

El cuarto y el quinto capítulo analizan las cláusulas de disciplina fiscal adoptadas en las Constituciones de Colombia y España respectivamente. Estudiamos, en el caso colombiano, el contenido de la sostenibilidad fiscal en la función de intervención del Estado en la economía, la creación del Incidente de Impacto Fiscal y en la función de planeación. En el caso español, explicamos los antecedentes y el marco comunitario del principio de estabilidad presupuestaria, así como su desarrollo legal; sin embargo el trabajo más relevante se refiere a la reforma del artículo 135 de la Constitución, operado en el año 2011 y que implicó un cambio en las competencias presupuestarias del Parlamento, un nuevo régimen para la deuda pública, y una regulación para el déficit estructural. Presentaremos, por último, algunos alcances que ha tenido para la autonomía de las entidades territoriales y la creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal.

Finalmente, nos ocupamos de las alteraciones o mutaciones experimentadas por el contenido teleológico del Estado social de Derecho, así como la satisfacción de derechos sociales y el pluralismo político. En este sentido, urge entender el Estado social de Derecho con las modulaciones derivadas de la reforma constitucional que incluyeron el criterio de sostenibilidad fiscal en Colombia y el principio de estabilidad presupuestaria en España. Analizar los dos regímenes y destacar las diferencias en la implementación en cada uno de los textos constitucionales nos ayudará a formular algunas conclusiones respecto del significado de las cláusulas de disciplina fiscal; no solo para cada uno de los

ordenamientos jurídicos en particular, sino también para identificar su proyección sobre la cláusula de Estado social de Derecho en general.

Como manifestaciones de estas alteraciones, estudiaremos el escrutinio judicial al que quedan sometidas las políticas públicas, la sujeción o subordinación de los presupuestos para desarrollar programas políticos a criterios economicistas que escapan de la dinámica de la democracia y se trasladan a conceptos puramente técnicos. Incluso, podría decirse que los derechos fundamentales también han sido afectados por las reformas constitucionales como consecuencia de las ponderaciones necesarias para compatibilizar los nuevos parámetros del ordenamiento, con especial énfasis en el alcance de los derechos de contenido social.

A modo de conclusión y desde una perspectiva general, la comprensión de las relaciones entre los elementos Estado, Constitución y economía, que se estudiarán dentro del primer apartado, permitirán entender la importancia y la envergadura de las modificaciones constitucionales que se tratarán a lo largo de los capítulos finales de este trabajo.

3. Estado de la cuestión. Oportunidad de la investigación para el Derecho constitucional

Los trabajos que han abordado el tema de las cláusulas de disciplina fiscal han centrado su atención en aspectos tales como la reforma constitucional, el derecho presupuestario o el derecho administrativo, por no mencionar los estudios de tipo económico, que han sido numerosos y que adoptan un enfoque que no es el propio de este trabajo científico. En el caso español, también se ha analizado desde la perspectiva del derecho comunitario europeo, con reflexiones sobre la soberanía estatal y las competencias de la Unión. Desde la disciplina económica, las aproximaciones son fundamentalmente de contenido macroeconómico, y han ofrecido explicaciones y previsiones de los modelos económicos bajo supuestos de disciplina fiscal. Nosotros prescindiremos del análisis económico: la conveniencia o no de limitar la deuda como parte del modelo económico y su impacto en la macroeconomía queda reservado a los expertos en la materia, y a la decisión política.

El enfoque de este trabajo es distinto y de ahí la oportunidad del mismo. Hemos observado que los análisis de los efectos de las cláusulas de disciplina fiscal en los

contenidos del Estado social de Derecho son aproximaciones que se han producido con ocasión de la crisis económica y con ella se han relacionado. Los estudios de impacto en el modelo del Estado social de Derecho son más bien tangenciales y siempre aparecen asociados a la concreta coyuntura económica. Además, los estudios jurídicos publicados al respecto tampoco se pudieron desarrollar en las condiciones más propicias para garantizar el rigor académico. La reforma del artículo 135 de la Constitución española - que consagra la estabilidad presupuestaria- se realizó durante uno de los peores momentos de la crisis económica y muchas de las aproximaciones pretendidamente jurídicas al asunto terminaron, en realidad, por realizar un juicio de conveniencia política sobre las nuevas disposiciones.

Nuestra intención, más allá de posibles coyunturas, consiste en aportar una interpretación no incidental de estas cláusulas de estabilidad presupuestaria. Buscamos analizar la transformación producida en el constitucionalismo a través de la inclusión de las reglas de la estabilidad presupuestaria en el nivel constitucional y proporcionar una lectura normativa constitucional de la estabilidad presupuestaria. En el caso español revisaremos algunos cambios en la organización territorial del poder como consecuencia de la centralización de la política de gasto, que ha traído consigo una clara ampliación de las competencias del poder ejecutivo y la correlativa disminución de las competencias de las Comunidades Autónomas (aspecto especialmente relevante si tenemos en cuenta las funciones de estas últimas con relación a la consecución de los logros del Estado de bienestar). En el caso colombiano estudiaremos la inclusión de un Incidente de Impacto Fiscal como mecanismo de protección de la sostenibilidad fiscal y las transformaciones del Estado social como consecuencia de la constitucionalización de la progresividad y la priorización del gasto público social.

II. LA ARTICULACIÓN ENTRE ESTADO, ECONOMÍA Y CONSTITUCIÓN Y LOS FINES SOCIALES

1. Formación del constitucionalismo y su componente económico.

La relación entre economía y organización social, cualquiera que sea su tipo (Estado, clan, familia) es inescindible y muy estrecha. Toda organización social requiere satisfacer unas necesidades que garanticen su supervivencia o que, simplemente, mejoren sus condiciones vitales y ello implica, naturalmente, una organización de carácter económico. Todas las teorías sociológicas, antropológicas y economicistas que pretenden explicar el fenómeno económico y las relaciones que desencadena coinciden en apuntar a su surgimiento espontáneo, y solo posteriormente serán objeto de estudio y regulación¹. Por ejemplo, aquellas que ponen el acento en la escasez como una de las constantes que permite entender el desarrollo de las relaciones económicas, o aquellas que parten de la especialización del trabajo como factor determinante de dicho proceso.

La aparición del mercantilismo supuso el ocaso del modelo económico medieval. El desarrollo de sus ideas comenzó en el siglo XV y, como precursor de la ciencia económica, le preocupaba fundamentalmente cómo aumentar la riqueza del Estado-nación, la regulación de la moneda y el comercio. El pensamiento mercantilista no proporcionó un estudio propiamente dicho del fenómeno económico sino que pretendió formular soluciones a problemas específicos con un interés concreto (aumentar la riqueza como ya hemos señalado). Los mercantilistas se ocuparon de aspectos tales como la balanza de pagos, sosteniendo que ésta debería ser positiva, no solo frente a un país concreto sino globalmente considerada. Asimismo, dado que el concepto de riqueza estaba ligado a la posesión de metales preciosos, se abogó, en algún momento, por la prohibición de exportar dichos metales².

El desarrollo del mercantilismo requería que se garantizara el principio de seguridad jurídica y ello parecería exigir una racionalización del ejercicio del poder que se tradujo en una concentración del poder en manos de un Monarca que pronto devino en Monarca

¹ P. MÍGUEZ, “El nacimiento del estado moderno y los orígenes de la economía política”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 22, 2, 2009, p. 12.

² H. LANDRETH; D. C. COLANDER, *Historia del pensamiento económico (4a. ed.)*, McGraw-Hill España, Madrid, 2006, p. 44.

absoluto³. En realidad, la consolidación del mercantilismo y del Estado moderno (absolutista) se desarrolló de manera paralela. Se trataba de un régimen que intervenía de manera vigorosa el mercado, planificaba la economía, limitaba y gravaba de manera excesiva el comercio con otras naciones y concentraba el concepto de riqueza en la acumulación de metales preciosos, especialmente oro y plata⁴. El Estado moderno (principado o reino) se convirtió en responsable y soberano de la actividad económica: con competencias para explotar los recursos, el monopolio del poder impositivo, la protección de la economía local a través de aranceles a productos foráneos y la acuñación de moneda.

Pese a la excesiva intervención en el mercado, la actividad comercial creció y se desarrolló con vigor a la par que se desarrollaba una nueva clase social: la burguesía, que posteriormente tendría un papel protagónico en la evolución de ese Estado. Sabine resumía la situación con claridad con las siguientes palabras: “Esa nueva clase de adinerados no podía aspirar aún a dominar el parlamento frente a la influencia de la nobleza; por ello estaba dispuesta a subordinar las instituciones representativas a la monarquía. Veía con agrado que se impidiese a la nobleza mantener bandas de vasallos productores de desórdenes, que intimidaban a los tribunales, a los ministros de la ley y reclutaban sus miembros entre los bandidos. Desde todos los puntos de vista la burguesía consideraba que le era ventajosa la concentración del poder militar y la administración de justicia en el mayor grado posible en manos del monarca. En conjunto lo que se ganó en gobierno ordenado y eficaz fue probablemente mucho. El poder regio llegó a ser, sin duda, arbitrario y, con frecuencia, opresor, pero el gobierno de los príncipes era mejor que nada de lo que pudiera ofrecer en este aspecto la nobleza feudal”⁵.

Como ya se ha señalado, durante el mercantilismo, los elementos propios del análisis económico fueron utilizados de manera dispersa y sin un sistema, hasta llegar al estudio de Adam Smith⁶. Este autor, en su obra *La riqueza de las naciones* (1776), sostuvo que

³ Sobre el proceso de concentración del poder, Heller afirma que el poder absoluto de los príncipes descansaba sobre la calculabilidad de la economía, aunado al aumento del poder militar y a la creación de una burocracia independiente. Gracias a estos elementos fue posible para los príncipes someter a los señores feudales a un orden unitario de su soberanía H. HELLER, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en *Escritos políticos*, vol. 421, Alianza, Madrid, 1985.

⁴ G. D. VALENCIA AGUDELO, “Teoría económica y formación del Estado nación: mercantilistas y liberalistas”, *Ecos de Economía*, vol. 15, 32, 2011, p. 160.

⁵ G. H. SABINE, *Historia de la teoría política*, 3a en español corr. y aum., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1994, p. 266.

⁶ H. LANDRETH; D. C. COLANDER, *Historia del pensamiento económico (4a. ed.)*, cit., p. 44.

los agentes económicos, guiados por el sentido del beneficio propio, proveerían al mercado los bienes que éste demandaba y, en condiciones de competencia, al precio más bajo. Es decir, que la economía sería guiada por una *mano invisible*. A partir de Smith se inicia la reflexión sobre el papel que debe desempeñar el Estado en la economía. Bajo principios liberales, el Estado debía tener una capacidad muy limitada de intervención en la economía, dado que podía perturbar el equilibrio que la mano invisible proporcionaba⁷.

En el Estado, la regulación de los aspectos más significativos de la actividad económica desdibuja la espontaneidad con la que las relaciones económicas se producen, aportando certeza sobre el funcionamiento de los mercados y dando pistas de lo que se puede esperar en el tiempo como resultado de dicho funcionamiento ⁸.

La concentración del poder en manos de los monarcas supuso también el abuso en muchas situaciones, sin embargo, al margen de lo anterior, el crecimiento del comercio había creado nuevas estructuras sociales que pretendían lograr poder político. Es decir que creció la tensión entre el poder regio, el poder económico en manos de la burguesía y su pretensión del alcanzar el ejercicio del poder político. Esta tensión fue fundamental para la formación del constitucionalismo.

Las bases del constitucionalismo las encontramos en los principios pre-revolucionarios que motivaron el estallido de las revoluciones inglesa, americana y francesa. Es verdad que los tres procesos y sus correspondientes consecuencias fueron distintos, pero los tres resultaron complementarios para la formación de lo que hoy denominamos constitucionalismo. Específicamente, las revoluciones trajeron consigo la adopción y consagración de ciertos elementos hoy inherentes a los textos constitucionales de naturaleza económica o relacionados con la dimensión económica: por ejemplo, la protección de la propiedad privada, la limitación del poder y la necesidad de representación para el ejercicio del poder impositivo, e incluso algunas dimensiones del derecho a la igualdad.

⁷ J. E. STIGLITZ, *Economía del sector público*, 3, Antoni Bosch, S.L., 2003, p. 13.

⁸ Sobre este tema se expresa Heller así: “Seguridad del tráfico o seguridad jurídica se hacen posibles merced a una intensificación en calculabilidad y en la acomodación a planes conseguida en las relaciones sociales. Porque esta calculabilidad puede alcanzarse solamente si las relaciones sociales y ante todo las económicas se someten en medida creciente a un orden unitario, esto es, a una formación desde un punto de vista central del territorio” H. HELLER, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, cit., p. 284; En sentido similar J. R. GALLEGU BONO; J. NÁCHER ESCRICHE; J. BANYULS LLOPIS, *Elementos básicos de economía, un enfoque institucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 311.

La revolución inglesa se caracterizó, frente a los demás procesos revolucionarios, por la multiplicidad de actos que la conformaron, que no se produjeron en un periodo de tiempo corto, sino que fueron producto de una evolución que culminó con la adopción del principio democrático y la división del poder. Esta multiplicidad impidió concluir un texto único y definitivo y se mantuvo la naturaleza consuetudinaria de su ordenamiento jurídico. Aunque es verdad que el ejercicio del principio *no taxation without representation* se aplicaba desde el siglo XI y el rey, antes que imponer impuestos a las ciudades, los negociaba en las Asambleas Estamentales⁹, y que resulta posible encontrar límites a los poderes monárquicos desde la suscripción de la Carta Magna en el año 1215, no es hasta mediados del siglo XVII cuando se produjo una verdadera revolución que cambió la distribución del poder. La temporal abolición de la monarquía y el establecimiento de una República en el año 1649, con la adopción de una norma escrita (*Agreement of the people* en 1649 e *Instrument of Government* de 1653), fortalecieron la idea de la división del poder y, sobre todo, sirvieron para afianzar el poder del Parlamento como órgano representativo y de naturaleza democrática. El constitucionalismo inglés se terminó de consolidar con el restablecimiento de la monarquía en 1688, cuando el monarca reconoció claramente las nuevas condiciones y quedaba sujeto al poder del Parlamento¹⁰. La disputa por la soberanía se nutría del interés de las élites mercantiles y bancarias y de los nuevos empresarios por lograr el poder político, estableciendo la libre empresa y el individualismo como elementos estructurales del Estado¹¹.

Desde entonces y hasta nuestros días, la participación del Parlamento en la elaboración y aprobación de los presupuestos ha sido fundamental para el desarrollo de la política fiscal. El ejercicio del principio de representación en la determinación de los impuestos y en el control del gasto ha aumentado la credibilidad del mercado. Si la legitimidad de las cuentas públicas y de las obligaciones financieras viene dada, además de por el Poder Ejecutivo, también por el Parlamento, se supera la idea de un mero compromiso del gobierno de turno con los acreedores y se asienta la de un compromiso del Estado más allá de la existencia de dicho gobierno.

Por otro lado, el clima político en las colonias americanas a finales del siglo XVIII era completamente diferente al del imperio. En Estados Unidos de América la sociedad

⁹ R. DEL ÁGUILA, *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 39.

¹⁰ Á. GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 2ª, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 30.

¹¹ R. DEL ÁGUILA, *Manual de Ciencia Política*, cit., p. 56.

se mostraba disconforme y se gestaba una revolución para poner fin al régimen colonial a través de una declaración de independencia. Pese a la diversidad de explicaciones y motivos que pretenden aclarar lo ocurrido, las principales razones que dieron lugar a la revolución estadounidense fueron de carácter económico.

Los derechos y, sobre todo, los deberes de los colonos eran decididos en el viejo continente sin representación alguna en el Parlamento. La presión inglesa sobre los asentamientos en América asfixiaba la economía de las trece colonias (los impuestos aduaneros y de timbre fueron los principales detonantes de la revolución). La falta de legitimidad del Parlamento inglés para imponer impuestos a los colonos, que no tenían representación en dicho cuerpo, sirvió para justificar una rebelión contra el poder británico. Es más, los colonos americanos alegaron el incumplimiento de la Constitución inglesa como una de las razones para independizarse¹². Aragón Reyes sintetizaba uno de los argumentos de esta manera: “en el comienzo la lucha por la independencia, la conciencia de que existe una supralegalidad constitucional se mantiene viva y sirve a los colonos para rechazar los impuestos exigidos por la metrópoli: empleando las teorías del juez Coke dirán que, siendo un principio general de la Constitución inglesa la exigencia de que los tributos deben ser aprobados por los representantes de quienes han de soportarlos, no están obligadas, en consecuencia, las colonias a satisfacer los acordados en el Parlamento inglés donde no tenían representación”¹³. Además, las reivindicaciones también se centraron en la protección del derecho de propiedad privada como un derecho de carácter inalienable que estaba siendo vulnerado por las disposiciones británicas.

La independencia de Estados Unidos y su posterior proceso de organización política resultó fundamental en la historia del constitucionalismo. Una vez declarada la independencia de las trece colonias resultaba necesario que cada una de ellas se diera su propia organización política, ya no conforme a la idea del ejercicio del poder bajo la Corona, sino en nombre del pueblo. Las primeras constituciones, que respondían a un entendimiento de concepto racional-normativo de Constitución, recogían los valores

¹² F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, 3ª rev. y amp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 12.

¹³ M. ARAGÓN REYES, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª, [rev. y aum.], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 180.

liberales y eran normas escritas y sistemáticas que estructuraban el funcionamiento del Estado¹⁴.

Los avances que acabamos de reseñar sucedieron en el marco de una Confederación en la que los intereses comunes estaban representados a través de un único cuerpo deliberativo. Esta organización, sin embargo, no contaba con un brazo ejecutivo que permitiera la cohesión, no contaba con poder directo de tributación, ni podía regular el comercio¹⁵.

Fue la Convención de Filadelfia de 1787 la que concluyó con el proceso de consolidación de los Estados Unidos, bajo la forma de una república federal y con un nuevo sistema de gobierno, el presidencial. En el texto se observa la influencia de las ideas propuestas por Locke y de la Ilustración francesa procedentes de Montesquieu y Rousseau. Su variada derivación y su contenido están dominados por el recurso al pragmatismo como medio para resolver los problemas (en este sentido, la Constitución tiene una naturaleza contractual que reconocía a cada una de las trece colonias americanas como unidades independientes entre sí)¹⁶.

La necesidad de aliviar las tensiones entre los nuevos territorios, y la necesidad de respetar su diversidad social, económica y cultural, resultó determinante en la adopción del modelo de la Federación. Con su creación se consolidaba la independencia respecto de la corona y a su través se gestionaban intereses comunes como la seguridad, la administración de justicia y las aduanas, pero a la vez se garantizaba la independencia y autonomía de cada uno de los territorios (el poder de la Federación presentaba unos límites claros y aparecía con la idea de acercar el gobierno a los ciudadanos). En defensa de la Federación como organización política, en *El Federalista II*, Jay sostuvo “como nación hicimos la paz y la guerra; como nación vencimos a nuestros enemigos comunes; como nación celebramos alianzas e hicimos tratados, y entramos en diversos pactos y convenciones con Estados extranjeros. (...) Un firme sentido de valor y los beneficios de la Unión indujo al pueblo, desde los primeros momentos, a instituir un gobierno federal para defenderla y perpetuarla”¹⁷.

¹⁴ M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, vol. 36, Alianza, Madrid, 1999, p. 332.

¹⁵ *Ibid.*, p. 334.

¹⁶ P. SCHIERA, *El constitucionalismo como discurso político*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 38.

¹⁷ A. HAMILTON; J. MADISON; J. JAY, *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 7.

Las relaciones económicas entre la Federación y los Estados eran tan importantes para los padres fundadores que, en el Federalista XII y XIII, entre otros, se ocuparon de desarrollar aspectos fundamentales para la organización económica del Estado. Por ejemplo, con relación a la necesidad de regular, ordenar y promover el comercio, el Federalista XII destaca la relación existente entre el crecimiento del comercio y el aumento de los impuestos necesarios para el mantenimiento del tesoro, recoge la preocupación por los ingresos de la federación, y se alude a la obligación de los Estados federados de aportar recursos para su mantenimiento¹⁸. Jay sostenía que el modelo confederado producía incentivos perversos en los Estados separados ya que el contrabando se podía producir con mucha facilidad entre los Estados resultando difícil de perseguir; por otra parte, provocaba una competencia inconveniente y torticera entre los Estados con el fin disminuir los tributos y así atraer el comercio a sus territorios¹⁹. También señalaba, desde el punto de vista de la eficiencia, que una sola administración central, frente al mantenimiento de varias administraciones independientes, implicaría una reducción del gasto público²⁰. Valga como anotación marginal que las consideraciones de Jay sobre los beneficios de la Unión (en contraposición al modelo confederado) son argumentos que hoy pueden ser utilizados en defensa de las iniciativas de unión fiscal en Europa.

Volviendo al tema central, la preocupación por la administración eficiente era una constante en las reflexiones sobre la Constitución. A modo de ejemplo, en el Federalista IV, se decía: “si ven que nuestro gobierno es eficiente y bien administrado, (...) nuestros recursos y hacienda discretamente dirigidos, nuestro crédito reestablecido..”²¹; en el Federalista VII, a propósito de posibles conflictos en caso de que no se adoptara la Unión, se preveía el prorrateo de la deuda como una posible fuente de conflicto²²; en el Federalista XXXIV se recogía la preocupación por la deuda pública, o el costo de los servicios de seguridad como los más significativos en comparación con los demás gastos de la Unión²³.

A diferencia de la independencia norteamericana, la Revolución francesa tuvo por objeto la consecución de derechos civiles y pretendió reivindicar la igualdad como pilar

¹⁸ *Ibid.*, p. 46 y ss.

¹⁹ *Ibid.*, p. 48.

²⁰ *Ibid.*, p. 51 y 52.

²¹ *Ibid.*, p. 15.

²² *Ibid.*, p. 26.

²³ *Ibid.*, p. 135.

de la sociedad. En esa medida ofrecía un interés adicional al puramente económico y culminó con la proclamación de un catálogo de derechos, entre ellos la propiedad, y no con un contrato de gobierno como el caso americano.

La Revolución francesa significó una auténtica ruptura con el Antiguo Régimen: la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano tenía una vocación universal en cuanto a la aplicación de sus contenidos, de ahí que la distinción entre hombre y ciudadano fuera indiferente para la proyección de sus efectos. La incorporación del catálogo de derechos se convertía entonces en una primera limitación clara al poder. El gobierno de las leyes quedaba claramente recogido en el artículo 4 de la Declaración, en el sentido de que los límites al ejercicio de los derechos quedaban determinados por el contenido de las leyes. En ese mismo orden de ideas, se consagraba el principio de legalidad en su artículo 5.

Estas revoluciones contemplaban los elementos más relevantes que caracterizaron al Estado liberal de Derecho. García Pelayo se expresa sobre el Estado de Derecho en los siguientes términos: “el Estado de derecho surge en el seno de iusnaturalismo y en coherencia histórica con una burguesía cuyas razones vitales no son compatibles con cualquier legalidad, ni con excesiva legalidad, sino precisamente con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que garanticen el libre despliegue de la existencia burguesa”²⁴. En sentido similar se expresa Forsthoff: “La Constitución del Estado de derecho correspondía a un concepto político, que atribuía dos grandes tareas: la creación de un campo de despliegues para la clase burguesa sobre la base de la igualdad general, una vez superado el feudalismo y sus privilegios, y también ser instrumento de unidad nacional”²⁵.

En el ámbito económico, el Estado de Derecho depositó una confianza absoluta en la capacidad del mercado para regularse. Para la clase social burguesa, cuyo poder económico ascendía vertiginosamente, resultaba indispensable el respeto del principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley (incluyendo la eliminación de privilegios), el acceso al poder político y de representación, el derecho a la libertad en las dimensiones que atañen directamente a la actividad económica, y para concluir, la protección de la

²⁴ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, vol. 196, 3a. corr. y aum., Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 53.

²⁵ E. FORSTHOFF, *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 113.

propiedad privada. Al otro lado del océano, la revolución americana buscaba la independencia y la organización de sus territorios como un Estado autónomo y, pese a la diferencia en las motivaciones de la revolución, también afirmaba la protección de derechos inalienables, entre ellos, el de propiedad.

El Derecho es fundamental entonces para la consolidación del modelo económico del Estado de Derecho. No solamente como herramienta de resolución de conflictos, sino como medio para predecir el funcionamiento del mercado y de las relaciones económicas en general. En palabras de Heller, el “imperio de la ley”, el Estado de Derecho gira en torno a la legalidad, a la ley y al Derecho, así: “se tuvo por Derecho ideal aquel promulgado por el príncipe y aplicado por sus tribunales territoriales «con una calculabilidad profesional»- En palabras del insigne administrativista Otto Mayer-. (...) Esta ley inviolable, dotada de fuerza vinculante bilateral, debía así dominar toda la actividad del Estado, no ya sólo la justicia, sino también la administración; y en adelante, no fueron posibles ya «injerencias en la libertad y propiedad de los ciudadanos» salvo fundándose en una ley”²⁶.

Queda claro entonces que las relaciones e intereses económicos formaron parte del motor de las revoluciones y que dichos intereses han estado presentes en la fundación del constitucionalismo. El producto de estas revoluciones es el constitucionalismo y, por supuesto, el Estado de Derecho, que, como veremos, entiende el sistema económico en un determinado sentido.

El Estado de Derecho condensa la soberanía popular bajo el modelo democrático y el principio de representación; asimismo, incluye la idea de la supremacía de la Constitución; y, por último, establece la separación de los poderes públicos. Sin embargo, la evolución de todos estos contenidos no ha sido pacífica. El reconocimiento de la Constitución con un sentido normativo solo se consolida ya entrado el siglo XX, y en consecuencia el principio de su supremacía solo se desarrolla con dicho reconocimiento.

El Estado de Derecho (liberal) concentró su atención en proteger las libertades civiles y la igualdad jurídica (igualdad ante la ley y supresión de privilegios). Esto supuso la materialización del individualismo y la emancipación del hombre con respecto a la idea de grupo y de colectividad; en otras palabras: se dejó de lado la pertenencia a un grupo

²⁶ H. HELLER, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, cit., p. 285.

como factor determinante para el reconocimiento de derechos, libertades y, en su momento, privilegios.

El reconocimiento de estas prerrogativas y su titularidad da lugar a la sociedad civil, siguiendo a Heller: “la sociedad civil no es otra cosa que la vida del ciudadano que no está sometida a ningún poder eclesiástico ni estatal”²⁷. Esta sociedad se consolida gracias al alcance de la autonomía frente a la organización eclesiástica, y, también, a la conquista de la libertad en el ámbito económico-capitalista en contraposición al modelo feudal absolutista. Estos dos logros procuran la libertad en las esferas individual y económica del individuo²⁸.

Schmitt sostiene que el Estado burgués viene impregnado de un elemento político, “una decisión en el sentido de libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc.”²⁹. La concepción de libertad burguesa, continúa el autor, permite inferir que la libertad individual es anterior al Estado y por lo tanto es *ilimitada en principio*; mientras que la facultad del Estado para deslindar dicha libertad es *limitada en principio*. Lo anterior se pone en marcha con un Estado cuyas competencias están regladas y dispuestas de tal manera que impidan el abuso del poder (separación de poderes) y por el reconocimiento de los derechos fundamentales como límites de la actividad del Estado³⁰.

La configuración del sistema económico del Estado liberal burgués propició que se entendiera que la intervención del Estado en dicho ámbito debía ser limitada y casi nula. En el caso francés, por ejemplo, resulta importante entender que las funciones del Estado eran mínimas, esto es, quedaban definidas por el principio de *laissez-faire*, que suponía una limitación de los poderes del Estado, especialmente de los poderes de intervención en la economía. Como rectificación al mercantilismo y sobre todo para consolidar el capitalismo, el nuevo modelo proponía como principio general la idea de libertad. Dicha libertad se proyectaba sobre todas las esferas de la vida de los ciudadanos y se convertía en un coto para el Estado y su poder. En esta medida, se debía entender que los silencios contenidos en las constituciones en materia económica se convertían en ámbitos de libertad donde el Estado (legislador) no estaba llamado a intervenir, dada esa naturaleza

²⁷ H. HELLER, *Teoría Del Estado*, Fondo de Cultura Económica, San Diego, 2010, p. 102.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, vol. 57, Alianza, Madrid, 2003, p. 137.

³⁰ *Ibid.*, p. 139.

minimalista a la que nos referíamos supra. El sistema económico se infería del reconocimiento de la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa y la protección de la propiedad privada. Pero ese minimalismo supuso un cambio de sistema que incorporó nuevas prácticas y nuevas estructuras que abrieron paso a la transformación de la sociedad. Por ello, el minimalismo propio de ese constitucionalismo clásico no puede ser leído como un desentendimiento o desidia respecto de los problemas económicos. Bassols Coma apuntaba que: “de esta suerte puede concluirse que el constitucionalismo clásico fue también un constitucionalismo implícitamente económico y transformador radical de las estructuras del Antiguo Régimen en favor de un liberalismo universalista y optimista, sobre la base de la construcción de un Estado de Derecho que eliminara la arbitrariedad y disciplinara el ejercicio de los poderes públicos”³¹.

El sistema partía de un presupuesto teórico: el mercado encontraría el equilibrio de manera natural por la interacción de las fuerzas que participaban en él. En consecuencia, se consagra un Estado no interventor en materia económica, que garantiza los postulados liberales y que permite la autorregulación del mercado. De tal manera que las funciones del Estado se pueden asimilar a funciones reducidas, básicamente: la protección de los principales bienes jurídicos: seguridad, administración de justicia (monopolio de la fuerza y de producción normativa) y vigilancia del mercado.

García Pelayo, sobre las constituciones liberales, afirmaba: “El Estado, mediante ciertos derechos constitucionalmente garantizados y ciertas disposiciones normativas tales como las referentes al sistema monetario y arancelario, creaba un orden objetivo para la acción económica de los particulares, pero sin accionar por sí mismo más que subsidiariamente. En resumen, el orden estatal y orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independientes, cada uno orientado por sus propios fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso, económicas en otro)”³².

Con todo, es necesario reconocer que el Estado tenía funciones correlativas y complementarias al sistema económico. Así, la protección del derecho de propiedad privada desde dos perspectivas: primero, frente a la intromisión por parte de terceros que

³¹ M. BASSOLS COMA, “La Constitución económica”, *Revista de derecho político*, 36, 1992, p. 23.

³² M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, en *Obras completas*, vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 2856.

podrían perturbar el goce o libre disposición del derecho y, segundo, un deber de abstención para que el propio Estado no amenazara el ejercicio del derecho. Respecto de la libertad de empresa, la intervención consistía en garantizar unas normas básicas de funcionamiento del mercado, como son los pesos y medidas exactas, que protegieran tanto al consumidor como a los demás agentes del mercado salvaguardándose así la competencia. Sobre la protección del mercado propiamente dicho, y como vestigio del mercantilismo, el Estado establecía aranceles y aduanas con el propósito de promover la producción interna, elemento que favoreció la industrialización³³. Finalmente, dejando de lado la perspectiva económica, el Estado intervenía a su vez en la educación: este servicio era prestado en buena medida garantizando una escolarización laica y de orden libertario. Una última esfera de intervención del Estado era la asistencia en los casos de indigencia³⁴.

En cualquier caso, el pretendido equilibrio social y económico del sistema económico no se realiza, y esto produce profundas desigualdades sociales. La consecuencia es un aumento de los conflictos de clase. Bassols Coma, citando a Bordeau, afirma que el modelo liberal “transige en que el Estado asuma determinados cometidos en el orden económico y social, pero por sus propias premisas ideológicas es incapaz de admitir y por lo tanto plasmar constitucionalmente otros derechos que los que preexisten al propio Estado. Por ello, será preciso esperar a la Primera Posguerra Mundial para asistir a la proclamación de los Derechos sociales y a las valoraciones constitucionales del orden económico”³⁵.

Las relaciones de trabajo, en el Estado liberal, se gobernaban a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad y, en principio, el Estado se abstenía de intervenir. Las condiciones de trabajo durante casi todo el siglo XIX eran absolutamente vejatorias. La asociación y la huelga estaban prohibidas y penadas; se consideraba que la asociación atentaba contra la libertad de contratación; no existía un límite a la duración de la jornada de trabajo (llegaba a extenderse hasta dieciséis horas); tampoco se regulaba la edad mínima para desarrollar actividades laborales (se tiene noticia de niños que eran “contratados” para trabajar en las minas a partir de los seis años); la protección para la maternidad era inexistente (las mujeres trabajaban hasta antes del parto y se

³³ Esta clase de medidas es un rezago propio del mercantilismo. Cfr. J. ROJAS, “El Mercantilismo. Teoría, política e historia”, *Economía*, vol. 30, 59-60, 2007.

³⁴ Estas notas son sobre el caso francés y que su desarrollo en otros Estados tuvo sus propias particularidades.

³⁵ M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 26.

reincorporaban en el tiempo más breve posible); las fábricas no tenían ningún tipo de seguridad industrial y mucho menos un seguro que cubriera los accidentes de trabajo³⁶.

Si bien las ideas de Estado de derecho burgués que hemos presentado nos permiten identificar los principales rasgos del constitucionalismo, no sobra advertir que el tránsito desde el Estado de Derecho al Estado social de derecho tuvo una etapa intermedia en la que las funciones del Estado habían crecido sustancialmente. Durante esta etapa intermedia, el Estado empezaba a arbitrar los conflictos sociales, y sobre todo, a prestar servicios públicos³⁷.

Llegados a este punto y pese a todas las falencias que hemos advertido, es el modelo liberal burgués el que permite la consolidación del constitucionalismo, que supone una aportación fundamental con relación a la forma en la que se ha producido el desarrollo de la convivencia hasta llegar a nuestras actuales sociedades. El constitucionalismo es una forma de organización del poder y supera la mera suscripción o existencia de un texto denominado “Constitución”. Esta forma de organización del poder consiste originalmente en la división del poder en contraposición a la concentración. Los órganos deben estar bien diferenciados desde la creación de las normas hasta su aplicación. Esa disposición específica del poder es uno de los elementos que da vida al constitucionalismo como movimiento, como proyecto y como discurso³⁸. Además, el constitucionalismo supone el reconocimiento y protección de derechos fundamentales y el sometimiento del poder al Derecho, en resumen, “el constitucionalismo se organiza a partir del Estado, pero añade algo más, ya que se caracteriza por aglutinar a los individuos no sólo en torno a la idea de igualdad, sino también a la idea de libertad frente al abuso y la tiranía. La *Constitución del constitucionalismo* es, sí, una forma de regular el poder y su actuación, pero a partir de determinadas ideas que no pueden encontrarse más que esbozadas en la antigüedad: la de la igualdad de los ciudadanos, la del poder temporal y limitado, la del triunfo de los derechos de los individuos como fundamento de la comunidad política”³⁹.

³⁶ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de estado social en la constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 23 y ss.

³⁷ A. TORRES DEL MORAL, “El Estado social y la evolución del constitucionalismo social”, en Manuel Terol Becerra, Luis Jimena Quesada (eds.) *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 33.

³⁸ P. SCHIERA, *El constitucionalismo como discurso político*, cit., p. 20.

³⁹ C. ORTEGA SANTIAGO, “El Derecho Constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo”, *Teoría y realidad constitucional*, 21, 2008, p. 2.

Pero el constitucionalismo es a su vez un proceso y una forma de responder a las necesidades de una sociedad en un momento determinado. El constitucionalismo, como respuesta a las necesidades, no puede permanecer ajeno al fenómeno socio-económico, y de hecho no permaneció, como hemos tenido ocasión de constatar. El fundamento y justificación del uso del constitucionalismo viene dado por su respuesta, más o menos eficiente, frente a los desafíos sociales y económicos que le depara el desarrollo histórico. Así, el reconocimiento de los derechos naturales, posteriormente de igualdad formal y, mucho después, de la igualdad material y de los contenidos sociales, responden claramente a periodos históricos que han dado forma a las constituciones del constitucionalismo. Es más, Pisarello sostiene que el constitucionalismo en su evolución ya no solamente se ocupa de intervenir y limitar el poder público, sino también el poder privado, empezando por el mercado⁴⁰.

La idea de crear un texto con los mínimos sobre los cuales se concibe la política y el desarrollo de una sociedad organizada abre las puertas a la necesidad de estudiar (y decidir) qué significa cada uno de los postulados que dicho texto recoge, cuál es el alcance y la utilidad de cada uno de ellos y en su conjunto. Parte de esa necesidad surge por la complejidad del nuevo modelo que implica un desarrollo de las competencias coherente con los nuevos principios como son la división de poderes o el principio democrático, por ejemplo. Esta necesidad es la que permitió el desarrollo del derecho constitucional como disciplina científica⁴¹. Con este objetivo en mente, los teóricos de la Constitución han dedicado buena parte de sus reflexiones a estudiar la Constitución desde varias perspectivas, creando clasificaciones que permiten identificar los contenidos y normas que conforman el sistema.

El derecho en general, y sobre todo la Constitución, pueden ser entendidos como una decisión colectiva. La comprensión de la Constitución como “unidad política concreta”⁴² confirma la necesidad de identificar los contenidos que se han establecido en ella, especialmente si se atiende a la distinción entre *ley constitucional* y *Constitución*, que *permite reconocer la decisión política*.

⁴⁰ G. PISARELLO PRADOS, “Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 5, 2006, p. 247.

⁴¹ M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, cit., vol. 36, p. 28.

⁴² C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, cit., vol. 57, p. 46.

Este hecho permite interpretar y buscar significados diversos a los acuerdos que se han plasmado en la Constitución. En esa medida, se torna indispensable para cada generación encontrar asidero en el texto constitucional y que el uso del texto le reporte una utilidad para asegurar las mejores condiciones de convivencia. Es decir, que la Constitución siga sirviendo como brújula de la política del Estado y como baremo de la moral y de la justicia. Lo anterior permite la pervivencia de la Constitución como norma superior.

Las constituciones responden a cambios sociales, a catarsis históricas, a reivindicaciones y promesas de un futuro mejor. Las constituciones que vamos a estudiar no escapan a esta realidad. Si bien es cierto que cada una contiene unas particularidades en su origen, también lo es que comparten la necesidad de reivindicar derechos y representan o representaban la idea de un futuro mejor. España, por su parte, haciendo tránsito a la democracia que ponía fin a una larga dictadura en 1978, y Colombia, por otro lado, intentando resolver un viejo conflicto armado en 1991.

La Constitución no solo recoge normas y principios de contenido jurídico, sino que es indiscutible y evidente su contenido político⁴³, que resulta de gran valor para dimensionar la importancia de la reforma que se va a estudiar. La identificación de los elementos propios del constitucionalismo, del Estado de Derecho, del Estado social, facilitan la comprensión de los contenidos y de la magnitud de las transformaciones que ha implicado la incorporación de la disciplina fiscal tanto en Colombia como en España.

Hay que destacar que el constitucionalismo, y de su mano la Constitución, siempre estuvo ligado, íntimamente, con los conceptos de Estado y de soberanía. Sin embargo, el hecho de que estos dos conceptos actualmente estén experimentando una transformación, nos obliga a dar una nueva revisión al contenido del constitucionalismo y sus posibilidades para garantizar el cumplimiento de sus fines. En otras palabras, es necesario evaluar las estructuras que han servido para proteger la libertad individual -como fin último del constitucionalismo-, con el propósito de reforzar y si es necesario cambiar estructuras que permitan mantener a salvo dichos valores.

⁴³ Sobre el contenido de la Constitución son de interés las reflexiones de Heller en su estudio de la Constitución del Estado, especialmente en la pág. 223. H. HELLER, *Teoría Del Estado*, cit., p. 223.

2. Constitución económica: origen, definición del concepto y contenido

Las relaciones entre la Constitución y la economía son naturales. Es un hecho que el fenómeno económico ha acompañado siempre a las organizaciones sociales y que la Constitución es una herramienta poderosa que gobierna los pilares que dirigen dichas organizaciones. Es por ello natural que la Constitución tenga un contenido económico y que se preocupe de regular aspectos que busquen realizar la idea de Estado a través de la administración de los recursos. Dichas relaciones se manifiestan desde diversos puntos de vista. En este estudio son de especial relevancia las cláusulas constitucionales que se refieren al funcionamiento de la economía, a los fines del Estado, al catálogo de derechos fundamentales y a la administración pública. Estos contenidos recogidos por la Constitución han sido objeto de estudio y dan lugar a la denominación de “Constitución económica”.

La primera relación entre la ciencia económica y la ciencia jurídica se observa si atendemos a sus objetos de estudio. La Economía, como ciencia, busca explicar la realidad, y, en esa labor, identifica al Derecho como un factor que forma parte de su objeto de estudio. El Derecho, dado que no es una ciencia que pretenda hacer un diagnóstico de la realidad, sino transformarla, se vale del conocimiento generado por la ciencia económica para procurar algunas de las transformaciones que persigue. Es una ciencia del deber ser⁴⁴.

Los fines de ambas ciencias son sustancialmente diferentes. Los fines que propone un modelo económico dado no tienen que coincidir necesariamente con los fines del Estado. Por otra parte, la interacción de las dos ciencias puede producir incompatibilidades respecto de las medidas que se proponen para alcanzar los fines. Es decir, que algunas medidas idóneas (técnicamente) para conseguir los fines del Estado pueden ser rechazadas por el Derecho y, en sentido contrario, las normas ajustadas al ordenamiento jurídico pueden ser valoradas como indeseables o inconvenientes desde un punto de vista técnico.

La relación entre la Economía y el Derecho se consume en la función del legislador. Los preceptos constitucionales que ordenan el sistema económico deben ser desarrollados

⁴⁴ J. GARCÍA COTARELO, “El concepto de constitución económica y su aplicación a la Constitución española de 1978”, en *El sistema económico en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, p. 129.

por dicha función legislativa y, por lo tanto, las medidas que adopte el legislador deben ser técnicamente correctas (de acuerdo con la ciencia económica); y, por otro lado, también debe asegurarse que ese contenido sea ajustado a los fines del Estado y a los límites constitucionales. Todo esto sin perder de vista la realidad de la situación que se quiere modificar o regular.

El engranaje entre Constitución y Economía es complejo porque ambas ciencias parten de presupuestos diferentes y, además pretenden llegar a fines diversos. La aproximación entre estos dos elementos, fines constitucionales y sistema económico, se debe resolver a través de la interpretación de las normas, ya sea por parte del legislador en su tarea de legislar y concretar o por los tribunales en su labor de resolver los conflictos.

La Constitución económica es un concepto tomado de la Sociología según señala Ehmke, quien sostiene que el concepto ya había sido elaborado por los sociólogos, incluso antes de la Ley Fundamental de Bonn.

La importancia y desarrollo del concepto en el ámbito normativo se dio gracias al uso de la Escuela de Friburgo⁴⁵. Esta corriente formuló su modelo “correcto” de economía en el marco del concepto de Constitución económica⁴⁶. La razón de fondo fue que el modelo ordoliberal necesitaba dotar de valor normativo a ciertos principios económicos capitalistas para hacer viable el proyecto. En el contexto alemán, la existencia de cláusulas de contenido económico en la Constitución de Weimar, la discusión en materia económica para el desarrollo de la Ley Fundamental de Bonn y los estudios y postulados del ordoliberalismo propio de la escuela de Friburgo, fortalecían la idea de la existencia de una Constitución económica⁴⁷. Por su parte, Cancio Meliá afirma que la consolidación del concepto se produce en la segunda posguerra⁴⁸.

La interpretación del sintagma “Constitución económica” ofrece problemas desde el principio.

⁴⁵ Los principales postulados teóricos de esta escuela se desarrollan en la parte de este trabajo dedicada a la Constitución económica europea.

⁴⁶ H. EHMKE, “Economía y Constitución”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 5, 2006, p. 333.

⁴⁷ J. R. CANEDO ARRILLAGA; L. I. GORDILLO PÉREZ, “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, 1, 2013, p. 334.

⁴⁸ J. CANCIO MELIÁ, “La constitución económica: promesas incumplibles”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 7, 2002, p. 52.

El sustantivo “Constitución” sugiere la existencia de normas en el más alto nivel de jerarquía. Schmitt se ocupa de este primer aspecto desde la primera página de su *Teoría de Constitución*⁴⁹.

En el desarrollo histórico, el vocablo “constitución” contaba con un primitivo contenido de superioridad jerárquica. El Derecho Canónico y el Derecho Romano ya utilizaban el concepto de “constitución” con un sentido que denotaba superioridad o preeminencia de las normas. Durante la Edad Media se utilizó para referirse a la *lex terrae* contenida en la Carta Magna y, posteriormente, en el siglo XVI, en la teoría política francesa, para referirse a los *lois fondamentales*⁵⁰.

La concepción de una Constitución económica en términos jurídico-normativos implicaría una ruptura con la idea de unidad constitucional⁵¹. La unidad constitucional se vería comprometida en la medida en que cabría contraponer Constitución económica y Constitución política. La adopción de una Constitución económica de contenido normativo implicaría que las normas constitucionales que le dan forma actuarían como baremo de constitucionalidad respecto de todas las leyes y normas de rango inferior que pretendieran gobernar el sistema económico; estas normas deberían ser compatibles con la Constitución económica y, por consiguiente, con el modelo económico adoptado por ella. Ahora bien, lo cierto es que cualquier norma debía ser armónica y compatible con la Constitución política (única) y no con un modelo económico concreto⁵², como ya había dicho Scheuner. Por lo demás, la identidad entre la Constitución económica y la Constitución política solo podría presentarse en un modelo constitucional como el soviético, pero no sería admisible tal entendimiento en otro tipo de constituciones⁵³.

Bassols Coma plantea una aproximación completa al concepto de Constitución económica. A su juicio: “Desde una perspectiva dogmática se recurre a la expresión Constitución económica, categoría conceptual que emerge históricamente para caracterizar el moderno constitucionalismo en cuyo seno parece albergarse un cierto

⁴⁹ C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, cit., vol. 57.

⁵⁰ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, 1a. reimp., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 432; M. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, “La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval”, *Historia constitucional*, 10, 2009, p. 253.

⁵¹ J. GARCÍA COTARELO, “El concepto de constitución económica y su aplicación a la Constitución española de 1978”, cit., p. 131.

⁵² *Ibid.*, p. 132.

⁵³ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2857.

dualismo: la Constitución política, que sería un estatuto jurídico fundamental del poder político o de las relaciones políticas entre el Estado y los ciudadanos; mientras que la Constitución económica atendería a la ordenación jurídica de las estructuras y relaciones económicas en las que no sólo están implicados los ciudadanos, sino también, y de manera creciente, el propio Estado en su función de protagonista del desarrollo de la vida económica.”⁵⁴. Por su parte, Rodríguez Bereijo resume define la Constitución económica, dogmáticamente, de la siguiente forma: “para designar el conjunto de normas e instituciones jurídicas que, garantizando los elementos definidores de un determinado sistema económico, establecen un modelo o forma de funcionamiento de la economía en cuanto a la organización, reparto de poder de las instituciones y delimitación de la actividad estatal asegurando las funciones de los individuos y de los grupos sociales en que se integran y configuran, por eso mismo, un determinado orden económico”⁵⁵.

Valiéndonos de la doctrina crítica de Ehmke, la creación de una categoría dogmática denominada “Constitución económica” respondía en su momento a la separación entre Estado y sociedad. El entendimiento de una Constitución económica, en contraposición a la Constitución Política, necesariamente nos obligaría a tomar como punto de partida, según muestra el autor, la separación de estas dos esferas⁵⁶. En este mismo sentido, García Cotarelo sostiene que la construcción teórica de la Constitución económica obedece a un vestigio de la ya superada doctrina que distinguía entre Estado y Sociedad⁵⁷.

Pero Ehmke critica las posturas que incurren en la escisión entre Estado y Sociedad. Sostiene que Scheuner parte de un “pensamiento fundado en la comunidad política y en la teoría de la Constitución del Estado, no en la cuestión específica de la intervención estatal”⁵⁸. En este sentido, rechaza la existencia de una Constitución económica, pero no niega el concepto. Señala Scheuner, según Ehmke, que los derechos fundamentales no pueden ser interpretados en el sentido de una concreta teoría económica; tampoco “concibe el intervencionismo o “dirigismo” como una excepción, sino como un orden económico autónomo”. Esto se traduce en que la intervención del Estado no es una

⁵⁴ M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, cit., p. 17.

⁵⁵ Á. RODRÍGUEZ BEREIJO, “Constitución económica y Constitución fiscal”, en Diego López Garrido, Ma Luz Martínez Alarcón (eds.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, vol. 227, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 85.

⁵⁶ H. EHMKE, “Economía y Constitución”, cit.

⁵⁷ J. GARCÍA COTARELO, “El concepto de constitución económica y su aplicación a la Constitución española de 1978”, cit., p. 132.

⁵⁸ H. EHMKE, “Economía y Constitución”, cit., p. 367.

excepción, y propone como término neutral el concepto “regulación económica”, con lo cual se quitaría la connotación de excepcional a dichas decisiones⁵⁹.

La composición o contenido del concepto de Constitución económica es un aspecto relevante en nuestro estudio; también polémico. Existen dos maneras de entender el contenido del concepto “Constitución económica”. Podemos hablar de una posición reduccionista, en virtud de la cual se entiende que integran la Constitución económica los preceptos que gobiernan el sistema económico de manera directa y casi evidente (por ejemplo, protección de la propiedad privada, libertad de empresa y regulación de la empresa pública, el marco de la competencia en el mercado, igualdad para los participantes del mercado, o protección de los consumidores). Y podemos hablar de una segunda tesis conforme a la cual se entiende que la Constitución económica se integra por todas las normas constitucionales donde los derechos fundamentales constituirían el primer límite de la actividad económica.

La postura reduccionista permitiría identificar las principales instituciones del sistema económico, pero no cuál debería ser su funcionamiento y ello porque valores, fines y límites contenidos igualmente en la Constitución se habrían visto excluidos como consecuencia de la utilización de un concepto con contenido tan reducido. Por ello, a nuestro juicio, un estudio de la Constitución económica que no incluya los derechos fundamentales como parte integral del concepto, así como los fines y valores del Estado, sería a todas luces insuficiente para extraer conclusiones válidas.

Por otra parte, la postura que integra todos los preceptos constitucionales en el contenido del concepto de Constitución económica podría parecer la más adecuada en el marco de un Estado democrático y de Derecho. Sin embargo, diferenciar la Constitución económica de la Constitución política (o, simplemente, Constitución) para concluir que el contenido de la primera es exactamente el mismo que el de la segunda, es una tarea estéril y no sirve para establecer diferencias. El ejercicio planteado consistiría más bien en una interpretación económica de la Constitución. En este sentido se expresa el profesor Parejo Alfonso: “la «constitución económica» no es un orden cerrado sobre sí mismo y autosuficiente; al contrario, forma parte y vive en el seno del orden constitucional general, con las consecuencias que para su interpretación y aplicación se derivan con toda

⁵⁹ *Ibid.*

naturalidad de tan elemental comprobación, toda vez que la Constitución no es un simple agregado de normas, ni siquiera una suma de regulaciones institucionales, sino un sentido, un orden sistemático o estructurado”⁶⁰.

Ahora bien, es imposible que para interpretar la Constitución sea necesario remitirse a un manual de economía política o a un programa de gobierno con una ideología específica⁶¹. En consecuencia, la consideración de la Constitución económica como una interpretación bajo el prisma de la ciencia económica es incompatible con los principios constitucionales y con la idea misma de supremacía constitucional. La remisión implicaría el reconocimiento y la existencia de una *constitución económica material*. Esto es, la afirmación de una norma que se ubica por encima de la Constitución formal y que sobrepasa incluso a la competencia del constituyente derivado (la Constitución material se convierte en límite de la Constitución formal)⁶². Sobre esta posibilidad es categórico Cidoncha Martín: “Por todo cuanto antecede, no voy a manejar aquí concepto alguno de Constitución material económica: no hay normas económicas materialmente constitucionales que no sean formalmente constitucionales. Dicho de manera más precisa: no hay más normas económicas constitucionales que las expresamente formuladas en el texto constitucional (normas constitucionales explícitas) o las que puedan derivarse de la interpretación de aquellas (normas constitucionales implícitas). Las segundas nada tienen que ver con las que puedan extraerse de un presunto orden económico material (o natural) que trasciende al texto constitucional: estas presuntas normas constitucionales, no son constitucionales, en cuanto no emanan de la Constitución, no son norma, en cuanto que la Constitución no les atribuye fuerza de obligar”⁶³.

Otra discusión, que se agrega a la relativa al alcance del concepto Constitución económica que acabamos de analizar, es la que tiene que ver con la utilidad del concepto. Linde Paniagua, por ejemplo, tras hacer una reflexión sobre los métodos de modificación de la Constitución española, sostiene que: “La denominación «Constitución económica»,

⁶⁰ L. J. PAREJO ALFONSO, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia”, en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 5.

⁶¹ Sobre esta posibilidad es reveladora la dura crítica que hace Ehmke en H. EHMKE, “Economía y Constitución”, cit. a la postura de Nipperdey sobre lo que significa la economía social de mercado. p. 344 y ss, y con especial atención en la p. 348.

⁶² A. CIDONCHA MARTÍN, “La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución Española”, 2004, Universidad Autónoma de Madrid, p. 119; *La libertad de empresa*, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 75-82.

⁶³ A. CIDONCHA MARTÍN, “La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución Española”, cit., p. 120.

para acotar el conjunto de normas y principios que definen y articulan el orden económico, más que aclarar, induce a equívocos. Porque el orden económico no sólo no integra el contenido esencial de la Constitución, sino que, como veremos, son más sus ambigüedades queridas que las certezas, y esto no es una caracterización negativa, sino, simplemente, una consecuencia de que mientras que la «libertad» es el presupuesto de partida, «un orden económico y social justo», es una aspiración (artículo 9.2). No hay una constitución económica, si por ella se entiende una concepción solidificada del orden económico. Por el contrario, se parte de una situación que se desea cambiar y a tal efecto se crean una serie de técnicas e instrumentos en los poderes públicos. De este modo para nosotros, el orden económico expresa tanto el supuesto de partida como el objetivo que se pretende alcanzar”⁶⁴.

Es cierto que el concepto de Constitución económica tiene limitaciones y que su utilidad se circunscribe a delimitar un objeto de estudio. En esta medida, la noción de Constitución económica resulta didáctica⁶⁵. También lo es que no se puede hablar de una categoría dogmática que establezca y defina una Constitución paralela o separada de la Constitución globalmente considerada (así que nosotros utilizaremos el concepto con la cautela que acabamos de señalar).

Siguiendo a García Pelayo, por Constitución económica se entiende el conjunto de “normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”⁶⁶. Esta visión formal es la más sencilla como marco de estudio; sin embargo, consideramos imperioso aclarar que la interpretación sistemática de la Constitución impide aislar unos postulados de otros.

En sentido similar, pero con una perspectiva más amplia, se expresa el profesor Menéndez Menéndez, el cual, de acuerdo con la postura de J. Duque, sostiene: “Por constitución económica ha de entenderse el conjunto de normas con rango constitucional que establecen la *legitimación* para ejercer la actividad económica, el *contenido* de las

⁶⁴ E. LINDE PANIAGUA, *Introducción al sistema económico en la Constitución española*, Valencia, 1987, p. 10.

⁶⁵ Este uso de ya había sido identificado por Cidoncha Martín en “La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución Española”, cit., p. 192., siendo descartado por el autor para evitar confusiones, sin embargo, con las aclaraciones necesarias es útil y apropiado para el desarrollo de este trabajo.

⁶⁶ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2857.

libertades y de los *poderes* que deriven de esa legitimación, las limitaciones que afectan los mismos y la *responsabilidad* que grava su ejercicio, así como los instrumentos y medida con los cuales el Estado puede actuar o intervenir en el proceso económico”⁶⁷.

En este trabajo utilizaremos el concepto de Constitución económica para hacer referencia al estudio de las normas fundamentales que ordenan la actividad económica en el marco de una Constitución política.

Esta Constitución económica se ve determinada por los fines del Estado que consagra la Constitución y por la protección de los derechos fundamentales como presupuesto de validez de cualquier medida, también de las económicas. En cuanto a su estructura, la Constitución económica se integra fundamentalmente por principios. El uso de los principios es la forma más democrática de delinear el sistema económico, toda vez que garantizan la concurrencia de diversas opciones ideológicas y políticas que tienen expresión en medidas económicas concretas, es decir, es una manifestación y garantía del pluralismo. Sostiene Zúñiga Urbina que este tipo de normas -los principios- son las que mejor se adaptan a las Constituciones, dada su pretensión de ser ordenaciones generales. Pero añade que la presencia de remisiones normativas dispensa el máximo de flexibilidad y capacidad de adaptación al texto constitucional. Además, la adopción de principios y remisiones da lugar a las negociaciones en el ámbito parlamentario⁶⁸.

Se puede afirmar que las Constituciones (económicas) integran, por un lado, disposiciones que dan seguridad y orientan la actividad económica y, de otro lado, la afirmación de un programa de reforma social⁶⁹. La Constitución económica se integra por todo tipo de normas constitucionales, tanto las habilitantes como las de mandato de intervención; normas orgánicas que buscan institucionalizar el funcionamiento y desarrollo de la economía; los derechos, libertades; y, por último, sobre los principios, valores y fines, que, pese a su alto grado de abstracción, son objeto de interpretación, y

⁶⁷ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “La constitución económica en el marco de una Constitución Europea”, en Julio D (hom) González Campos (ed.) *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 1, 1, Edifer, Madrid, 2005, p. 997.

⁶⁸ F. ZÚNIGA URBINA, “Constitución y «cláusulas económicas y sociales». Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, 21, 2009, p. 336.

⁶⁹ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración”, *Revista española de derecho constitucional*, 57, 1999, p. 12.

es de esta forma como se integran al sistema normativo que delimita y da forma a la actividad económica.

3. Conceptos jurídicos abiertos o vagos en la Constitución

La naturaleza del lenguaje usado en las constituciones es diferente al utilizado en la ley (que, al menos teóricamente, es más concreto), y se caracteriza por tener “una amplia vocación de permanencia y no busca tanto prescribir políticas como limitar las opciones que los actores políticos pueden escoger legítimamente, usualmente con techo ideológico abierto”⁷⁰. Se utilizan nociones abiertas, vagas, que dejan al intérprete, tanto al legislador como a los jueces, el deber de concretarlos y de definir su alcance.

La adopción de este tipo de fórmulas en la Constitución ha supuesto críticas como la de Herrero Rodríguez de Miñón, quien sostiene que “surge así, en el Derecho constitucional un lenguaje que no es ni descriptivo de lo que existe, ni dinámico, es decir ese lenguaje que pretende modificar la realidad al suscitar una determinada línea de conducta. Es un lenguaje exclusivamente catártico que se consume a sí mismo en la medida en que da salida a una serie de sentimientos satisfechos al ser expresados”⁷¹. El mismo autor, en su estudio pormenorizado y preciso del alcance del significado que ha dado el Tribunal Constitucional a algunas disposiciones constitucionales, concluye que las posiciones erráticas de la doctrina son consecuencia de “los compromisos apócrifos tan reiteradamente utilizados por el constituyente como técnica del consenso, que permiten coincidir sobre los términos a costa de discrepar sobre su significado”, y que corresponde al Tribunal prodigar luz sobre el significado y alcance de las mismas, aunque a veces se queda corto o toma posiciones erráticas”⁷².

Estas valoraciones de Herrero Rodríguez de Miñón, en nuestra opinión, desconocen el valor normativo de la Constitución, en concreto de los contenidos apócrifos y el valor político de la decisión del constituyente. Este desconocimiento conduce a negar el valor que tienen las cláusulas finalistas como directoras generales de la conducta de los poderes públicos.

⁷⁰ F. ZÚÑIGA URBINA, “Constitución y «cláusulas económicas y sociales». Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, cit., p. 331.

⁷¹ M. HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, “La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración”, cit., p. 13.

⁷² *Ibid.*, p. 15. Además muestra cómo el contenido de la libertad de empresa ha tenido diferentes tratamiento y alcances a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia. *Ibid.*, pp. 15-18. *Ibid.*, pp. 15-18. *Ibid.*, pp. 15-18. *Ibid.*, pp. 15-18.

En nuestra opinión, las consideraciones de Zúñiga Urbina sobre el contenido de lenguaje vago o indeterminado en los textos constitucionales son acertadas: “...no es repudiable la plurisignificación o el empleo de términos que designen “compromisos dilatorios” o “apócrifos” (Schmitt); más bien la “lengua de la Constitución” es fruto de un pacto político que históricamente subyace a la Constitución de origen democrático; obligada a dar cabida como un gran paraguas a todas las visiones ideológico-culturales de una comunidad política”⁷³.

Es más, el reconocimiento de Schmitt sobre los contenidos apócrifos en el sentido de que su propósito es dilatar y alejar la decisión exige necesariamente “encontrar una fórmula que satisfaga todas las exigencias contradictorias y deje indecisa en una expresión anfibológica la cuestión litigiosa misma”; por otra parte, “tales compromisos apócrifos son verdaderos compromisos en cierto sentido, pues no resultarían posibles si no hubiera inteligencia entre los partidos”, y considera el autor que estos contenidos son apenas naturales si se tiene en cuenta que efectivamente hay un acuerdo respecto de lo fundamental⁷⁴. Entonces, no es que haya un defecto o insuficiencia en la formulación constitucional, sino que la indefinición o vaguedad es una necesidad para permitir que la decisión sobre la que no hubo acuerdo se pueda determinar, desarrollar o decidir en el futuro en el marco de la Constitución.

También, por cierto, en el ámbito de la Constitución económica, se utilizan nociones abiertas, vagas, que dejan al intérprete, tanto al legislador como a los jueces, el deber de concretarlos y de definir su alcance. En el caso concreto de España, el profesor De Juan Asenjo afirmaba que, en la Constitución de 1978, en materia de Constitución económica, “(...) cualquier entendimiento político, por imperfecto que sea, debe ser bien recibido. Sin duda, éste fue el mayor de los frutos que cabe atribuir a la técnica del consenso el haber alumbrado un grupo de cláusulas económicas con capacidad de suscitar la adhesión de las principales fuerzas políticas...”⁷⁵.

⁷³ F. ZÚÑIGA URBINA, “Constitución y «cláusulas económicas y sociales». Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, cit., p. 337.

⁷⁴ C. SCHMITT, *Teoría de la constitución*, cit., vol. 57, p. 54 y 55.

⁷⁵ O. DE JUAN ASENJO, *La constitución económica española: iniciación económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 47.

El uso de conceptos vagos en el texto constitucional obedece a que “establecen una normativa constitucional imprecisa pero determinante mediante el recurso a conceptos de orden jurídico, pero también sociológico, político, cultural, etcétera, que dota de flexibilidad a la formación constitucional, y permite la evolución de la constitución viva ...”⁷⁶. En esta línea, defiende García Pelayo que la implementación de conceptos abiertos, cuya significación está sujeta a diferentes interpretaciones, sirve a varios objetivos y modelos político-económicos. Esta característica, por tanto, más que un descuido, un error, o desidia por parte del constituyente tiene que ser entendida como una virtud del sistema. Esta apertura favorece la pervivencia de la Constitución en el tiempo, su legitimidad y por supuesto la pluralidad ideológica que se concreta en decisiones de contenido económico que cada gobierno puede ofrecer o incorporar en su programa. El mismo autor es rotundo cuando afirma que si bien la Constitución establece una serie de normas que dan vida a un sistema jurídico determinado (se refiere al neocapitalista), no puede entenderse que lo imponga. Además, imponer un sistema económico no puede ser el objeto de las constituciones democráticas⁷⁷.

La concreción entonces del sistema económico debe estar dado por la ley. A través de este mecanismo, la democracia se pone en funcionamiento y fija los designios que una sociedad se da en un momento dado de acuerdo con su realidad y momento histórico. Para ello se puede dotar de contenido más concreto a los principios, aumentar la claridad de las definiciones, ampliar el alcance de la Constitución a nuevos supuestos de hecho; eso sí, siempre dentro del margen que la misma ha contemplado para ello. Todo esto es producto del ejercicio de la política en un marco democrático. De manera inmediata, parece que la legitimidad para la interpretación y determinación del sistema económico corresponde al legislador. Sin embargo, no se puede perder de vista que los jueces, en especial los constitucionales, cumplen una labor fundamental a la hora de determinar los rasgos del sistema económico.

En este punto cobra especial interés la hermenéutica. El problema de la interpretación jurídica se incrementa cuando el objeto de la interpretación son normas de orden constitucional, cuyo lenguaje y sentido semántico pueden ser insuficientes para arrojar respuestas claras tras un primer contacto con la norma. Con la precaución de que el

⁷⁶ F. ZÚÑIGA URBINA, “Constitución y «cláusulas económicas y sociales». Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, cit., p. 335.

⁷⁷ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2871.

ejercicio de esta interpretación es jurídico y que controla el producto de la actividad política. Todas estas dificultades, y las que veremos a continuación, se predicán de la Constitución económica.

La interpretación es una actividad fundamental para la construcción de una Constitución económica. Y ello tanto en sentido positivo como negativo. Es decir, la interpretación constitucional, adelantada por los tribunales constitucionales, generalmente muestra los casos donde el ejercicio de un derecho o la ejecución de una medida concreta pugna con el ordenamiento constitucional y, a raíz de este límite, se empieza a construir de manera tímida la versión positiva de la Constitución económica.

Este proceso de interpretación logra incorporar contenidos a la Constitución. Así, la definición de los conceptos, la comprensión de las instituciones y la aclaración de las competencias, por poner algunos ejemplos, se adhieren a la Constitución, o mejor aún, dichas interpretaciones adquieren auténtico rango constitucional. En palabras de Santamaría Pastor, la Constitución, después de un tiempo, se “ha convertido en el mero soporte lingüístico de un conjunto de contenidos semánticos generados en el seno de estos procesos: son estos contenidos semánticos o significados añadidos en el curso de las operaciones aplicativas e interpretativas *las auténticas normas constitucionales*”⁷⁸.

En sentido similar el profesor Solozábal Echavarría afirma que “...la insuficiencia de la norma constitucional, lo que podríamos llamar su incompletion, no sólo exige, hacia abajo, su concreción normativa, de ordinario, sino que requiere, hacia arriba, especificación interpretativa. Ello quiere decir que la aplicación de la Constitución precisa de ordinario, además de su desarrollo normativo, su determinación significativa”⁷⁹.

La interpretación del Derecho constitucional comporta dificultades por su propia naturaleza. En primer lugar, porque la validez de las normas constitucionales no deriva de la existencia de otras, no hay una norma superior que les de vida⁸⁰; en otras palabras, se soporta a sí misma en un proceso de autorreferencia normativa⁸¹. Uno de los efectos de

⁷⁸ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 484.

⁷⁹ J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 5, 15, 1985, p. 86.

⁸⁰ M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, 21, 2008, p. 5.

⁸¹ J. JIMÉNEZ CAMPO, “Interpretación de la Constitución”, en Manuel Aragón Reyes, Aguado Renedo, Cesar (eds.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional. Tomo I*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2011, p. 63.

esta condición, según Santamaría Pastor, es que “*pone de manifiesto, en toda su crudeza y al máximo nivel, las ficciones que rodean la teoría de la interpretación y, en definitiva, toda la teoría del Derecho*”⁸².

La segunda razón de la dificultad es la *estructura abierta* de la norma constitucional. La Constitución no regula completamente un tema, sino que solo es una norma de mínimos⁸³; una norma que, dado su nivel de inconcreción, necesita ser completada y desarrollada por el ejercicio de las competencias de los poderes públicos⁸⁴. Esta característica también se hace patente en el desarrollo de la Constitución económica. Como vimos antes, el uso de los conceptos vagos o indeterminados es una manifestación clara de su apertura, y esto trae como consecuencia la necesidad de que se dote de contenido en el ámbito de la interpretación jurídica, con especial atención a los límites. Con todo, la Constitución debe ser interpretada como un “mero” límite de la acción política y no de manera exhaustiva porque sustituiría la capacidad de decisión del Estado democrático, amenazando el pluralismo⁸⁵.

Con todo, el juez constitucional está llamado a “crear” y dotar de contenido la Constitución económica⁸⁶; a decir verdad, los desarrollos jurisprudenciales han sido verdaderos protagonistas en el desarrollo y consolidación del Estado social de Derecho. Por otra parte, las decisiones de los tribunales constitucionales tienen efectos *erga omnes*; esto implica que sus interpretaciones tienen verdaderas consecuencias en la cimentación, definición y en la prescripción del sistema económico. Este último aspecto también lo reseña Santamaría Pastor como una dificultad para la interpretación de la Constitución puesto que, en última instancia, las decisiones sobre el alcance de la norma constitucional son “invariablemente, cuestiones de alta política”⁸⁷.

Rubio Llorente al respecto sostiene que “todo conflicto constitucional [en la jurisdicción constitucional] es pura y simplemente el enfrentamiento de dos interpretaciones, la del legislador y la del juez. Aquella tiene la inmensa autoridad de la

⁸² J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 489.

⁸³ M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, cit., p. 5 y 6.

⁸⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 490.

⁸⁵ J. JIMÉNEZ CAMPO, “Interpretación de la Constitución”, cit., p. 64.

⁸⁶ Sobre las amplias facultades de la interpretación constitucional se refería Heller “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, cit., p. 289. así: “Pues lo que hay de valer como igual o como desigual se define esencialmente según las concepciones axiológicas, divergentes desde las perspectivas no sólo histórica y nacional sino también social, de aquellos que están llamado a juzgar”.

⁸⁷ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 490.

representación popular; ésta no puede recabar para sí otra que la que procede del Derecho, es decir, y esto es lo decisivo, de un determinado método de interpretar los preceptos jurídicos, especialmente los preceptos constitucionales, cuya estructura necesaria, sin embargo, se presta mal a la interpretación con las herramientas habituales del jurista”⁸⁸.

El hecho de que la Constitución esté formada por multiplicidad de principios, configurados a modo de mandatos de optimización, valores, o incluso de libertades “limitables” pero sin saber hasta qué punto, comporta otro elemento de complejidad para la interpretación⁸⁹. A esto debe sumarse el uso de los conceptos vagos, disposiciones contradictorias, que obligan a “crear” estructuras argumentativas para dotar de contenido los mandatos constitucionales.

Es preciso indicar, además, que la interpretación puede versar sobre normas competenciales, tanto las habilitantes como las de mandato de intervención; normas orgánicas que buscan institucionalizar el funcionamiento y desarrollo de la economía; los derechos, libertades; y, por último, los principios y valores. Y que el control de constitucionalidad se realiza sobre todo tipo de normas, esto quiere decir, que todos esos elementos abstractos, indefinidos o vagos, cobran concreción en la decisión judicial.

Pero la decisión judicial presenta riesgos cuando se trata de la determinación del sistema económico. Así lo advierte Alonso García: “En la medida en que los contenidos y los criterios de aplicación de los principios constitucionales financieros son de creación jurisprudencial, razonar por principios más que por reglas determina una especial valorización de la importancia en el caso concreto [*la tópica*] en la interpretación constitucional (de ahí la trascendencia que para la concretización de su contenido adquiere la jurisprudencia) y propicia la entrada de una *interpretación principialista y de valores* –con las dificultades y riesgos que ello comporta para la inseguridad jurídica y de desbordamiento de una interpretación no controlable racionalmente (decisionismo judicial), al perder también en generalidad y abstracción, convirtiéndose en un Derecho de caso concreto”⁹⁰.

⁸⁸ E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. XXI.

⁸⁹ Sobre las dificultades que comporta la interpretación de la Constitución ver: F. J. DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 10, 37, 2016.

⁹⁰ Á. RODRÍGUEZ BEREJO, “Constitución económica y Constitución fiscal”, cit., p. 107.

Para intentar superar estas dificultades, el método de interpretación de las normas constitucionales será fundamentalmente el sistemático, pues, como no hay una referencia externa o superior (norma de reconocimiento), es necesario que las *normas producidas* tengan lógica interna en el seno de la propia Constitución; además, como advierte Rubio Llorente, la interpretación de la Constitución no tiene la posibilidad de contar con otro tipo de legitimidad.

Por tanto, el empleo del término “concepto jurídico indeterminado” no es adecuado para referirnos a los postulados de la Constitución económica. Esta cuestión es de especial importancia en el marco de nuestro estudio, toda vez que los principios que orientan la actividad económica son en buena medida conceptos vagos, que dan pistas y orientan la actividad económica, pero que en definitiva no son lo suficientemente concretos como para definirla sin dejar lugar a duda. Los mejores ejemplos son “el interés general”, “orden económico justo”, incluso fórmulas como “economía de mercado” o “planificación general de la economía”.

El tema de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido especialmente desarrollado por la doctrina administrativista en el marco del control de la discrecionalidad administrativa. Sus construcciones teóricas tienen por objeto la limitación de dicha discrecionalidad, mientras que, en nuestro campo, el propósito de dicha apertura es más bien identificar el sistema económico. En esa medida, hablar de conceptos jurídicos indeterminados puede conducir al error de aplicar los supuestos de esta teoría a la interpretación constitucional. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados tiene por objeto la definición de tales términos, las competencias para decidir su contenido y en general su eficacia dentro del ordenamiento jurídico; mientras que el objetivo de la indeterminación constitucional es mantenerse de esta manera, actuar como garantía de la apertura, del pluralismo y de la vocación de la Constitución para adecuarse a las necesidades de cada generación y momento histórico.

El profesor Parejo Alfonso se expresa con claridad al respecto y afirma que: “El marco en que consiste, así, en último término la «constitución económica» está compuesto por preceptos con diferente ubicación sistemática en la Constitución y, en correspondencia con tal dispersión a lo largo de la misma, de naturaleza, consistencia y eficacia jurídicas heterogéneas, que, sobre ellos, emplean conceptos más que

indeterminados (en el sentido que la expresión tiene en el Derecho Administrativo), abiertos, carentes de rigor y precisión jurídicos”⁹¹.

4. Una consideración sobre la neutralidad de la Constitución económica.

Por otra parte, la neutralidad de la Constitución en materia económica ha sido uno de los temas más polémicos en el desarrollo del concepto de Constitución económica.

La primera idea que se formula al respecto es simple: *la Constitución es neutra en materia económica*. Sin embargo, no es posible perder de vista que todas las decisiones por las que el texto constitucional se haya decantado terminan por ser determinantes de un modelo económico, donde puede haber beneficiados y perjudicados por las decisiones adoptadas desde lo más alto del sistema normativo. Así pues, la regulación del derecho de propiedad privada, o simplemente el silencio de la Constitución sobre algún aspecto de la vida económica, como la libertad de empresa, constituye en definitiva una toma de postura. Por lo tanto, partimos del supuesto de que materialmente ninguna Constitución es neutral.

A propósito de esto, Baquero Cruz considera que una Constitución no puede ser neutral en materia económica, al igual que sería un contrasentido hablar de constitución apolítica, puesto que las decisión constitucional es en todo caso el producto de una elección ideológica⁹².

La previa afirmación de la neutralidad de la Constitución económica obedece a su reconocimiento en el seno del Tribunal Constitucional Federal alemán. El Tribunal sostuvo que la Constitución no garantiza un sistema de “economía social de mercado”, y, por tanto, nunca ha utilizado como parámetro de constitucionalidad dicho modelo económico; en vez de eso, el Tribunal afirmó que la Constitución no se decidió por un determinado sistema económico, y proclamó la neutralidad político-económica⁹³.

De esta forma, el Tribunal ha establecido que la Ley Fundamental no establece la alineación de la voluntad del constituyente con un determinado sistema económico. La

⁹¹ L. J. PAREJO ALFONSO, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia”, cit., p. 5.

⁹² J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, 2002, p. 76.

⁹³ A. CIDONCHA MARTÍN, “La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución Española”, cit., p. 123.

objetivación en dicho sentido condicionaría y vincularía la interpretación de los derechos fundamentales y comprometería al Estado con doctrinas específicas y con las “correspondientes concepciones acerca de la política de ordenación óptima o adecuada”⁹⁴.

Sin embargo, la neutralidad de la Constitución entendida como un presupuesto es una forma de interpretar la apertura constitucional. Es decir, si partimos de la noción de que la Constitución es neutra en materia económica, esa neutralidad solo puede ser entendida de acuerdo con el grado “real” de apertura que la Constitución tenga, es una abstracción. En ese orden de ideas, la neutralidad como concepto y presupuesto de partida solo tiene utilidad para comparar una Constitución con otra o una interpretación de la Constitución con otra interpretación, pero no sería útil como parámetro de constitucionalidad. Así, Papier, cuando hace referencia a la configuración de la propiedad en el sistema alemán, sostiene que la Constitución no se puede entender como neutra, dado que la configuración de la propiedad es de carácter mixto y en esa medida no se podría reemplazar el sistema económico por uno de economía centralizada o planificada⁹⁵. Sin embargo, esta imposibilidad realmente corresponde más bien al grado de apertura constitucional más que a un problema de neutralidad, según nuestra forma de entenderlo.

Ahora bien, el mismo autor sostiene que la Ley Fundamental, en lo que sí viene a ser neutral, es respecto de los agentes económicos y su comportamiento en el mercado. Es decir, dado que el marco del sistema económico se establece a través de libertades, el comportamiento de los agentes en dicho marco es libre y en consecuencia se puede inferir la neutralidad de la norma constitucional⁹⁶. Mas esta neutralidad de la que habla Papier es diferente de la neutralidad que se pretende predicar de la Constitución respecto del sistema económico.

Una norma será constitucional si se ajusta a la Constitución, pero el elemento de neutralidad no forma parte del parámetro ni se pueden derivar consecuencias de esa abstracción. Por el contrario, lo que salta a la vista es que la Constitución, y sobre todo la interpretación, obedecen al grado real de apertura y a la posición ideológica del productor de la norma, ya sea el legislador o, incluso, el juez en su función de intérprete. Por tanto, desde el punto de vista del sistema económico, lo relevante es la apertura de la

⁹⁴ H.-J. PAPIER, “Ley fundamental y orden económico”, en Ernesto Benda et al. (ed.) *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 562.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 568.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 572.

Constitución en el sentido de las múltiples posibilidades que puede albergar y no la neutralidad.

5. La Constitución económica del Estado social de Derecho

a. Origen de la noción de Estado Social de Derecho

La aparición del Estado social se debe entender teniendo en cuenta el contexto existente en un determinado momento. A grandes rasgos, hemos analizado los problemas generados por el ejercicio de las fuerzas económicas bajo un Estado liberal relativamente ausente y con un poder limitado con relación al mercado y a la actividad económica.

La burguesía desarrolló su propia cultura basada en el racionalismo, la ilustración y la unificación del orden jurídico durante el siglo XIX. Su cultura podía extenderse a una mayor parte de la población si la comparamos con la cultura de la nobleza y, en consecuencia, significó un progreso hacia la construcción de la comunidad nacional. Sin embargo, el acceso a los bienes generados por dicha cultura continuó siendo muy limitado por parte de las clases más bajas de la población (muy numerosas). Estas clases bajas, pese a ser el sustento de la actividad económica, no participaban del progreso⁹⁷. Puede afirmarse sin temor a errar que las condiciones sociales generadas en el marco del capitalismo liberal comprometían el ejercicio de la libertad. Esta fue una de las principales críticas formuladas contra el Estado liberal burgués, que resultaron determinantes en la evolución hacia el Estado social.

La situación de precariedad en materia laboral, a la que hicimos referencia en el estudio de los principales rasgos del Estado de Derecho de corte liberal, empezó a cambiar a finales del siglo XIX. En particular, en Alemania, con el gobierno del príncipe Otto Von Bismark, cuando se crearon seguros en beneficio de los trabajadores, así: seguro por enfermedad, seguro por accidentes de trabajo y, para terminar, organización de un sistema de pensiones⁹⁸. La implementación de estos seguros resultó elemento fundamental del desarrollo del Estado social de Derecho ya que, por un lado, dignificó la actividad productiva, y por otro, aseguró el bienestar de la población. Los aportes para los seguros

⁹⁷ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., vol. 196, p. 42 y 43.

⁹⁸ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de estado social en la constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*, cit., p. 32.

se compartían entre patronos, empleados y Estado y, actualmente, son una expresión del principio de solidaridad y responsabilidad propios del Estado social.

Desde el punto de vista teórico, podríamos hacer referencia, entre los antecedentes, a la tesis Lorenz Von Stein, el cual, en 1850, propuso asignar más funciones al Estado desde la perspectiva del Derecho administrativo. Ahora bien, la consecución del bienestar se presentaba como un logro de naturaleza asistencia y, por consiguiente, no se puede entender que en este autor estuviera presente una concepción diferente a la del Estado liberal⁹⁹. Stein, distinguiendo entre Estado y Sociedad, afirmaba que el Estado abogaba por el “desarrollo superior y libre de la personalidad” de los individuos, mientras que la Sociedad tendía a la dependencia, a la servidumbre y a la miseria física y moral de la personalidad. En este orden de ideas, reconocía que estas consecuencias derivaban del ejercicio de la libertad de las fuerzas económico-sociales, que amenazaban la idea y los principios del Estado y su estabilidad. Para que el Estado pudiera subsistir proponía el desarrollo de una monarquía social o de una democracia social que corrigiera estas anomalías¹⁰⁰. Forsthoff en referencia a las posturas de Stein afirmaba que “En el plano constitucional lo social equivale en él a igualdad. La previsión sobre las necesidades sociales, según Stein, es asunto de la administración, a ella se encamina propiamente su interés. El interés por lo social le lleva no hacia el Derecho constitucional, sino hacia la Ciencia de la administración”¹⁰¹

Antes de entrar en el análisis propiamente dicho del concepto de Estado social de Derecho, es importante señalar que existen tres antecedentes que, al menos formalmente, adoptaron derechos y garantías propias del mismo: a) la Constitución de Querétaro (México) de 1917, producto del triunfo de la revolución; b) la Constitución soviética rusa de 1918, que se caracterizó por brindar protección especialmente a los trabajadores, al proletariado, aunque prescindía de los postulados del Estado de Derecho y del principio democrático; c) la Constitución de Weimar de 1919, que sentó los paradigmas del contenido del modelo “Estado Social” en el constitucionalismo europeo posterior a la II

⁹⁹ L. VILLAR BORDA, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, 20, 2007, p. 87.

¹⁰⁰ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., vol. 196, p. 14 y 15.

¹⁰¹ W. ABENDROTH; K. DOEHRING; E. FORSTHOFF, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 79.

Guerra Mundial¹⁰². La evolución del caso alemán es la más importante para la consolidación del modelo de Estado Social, de ahí que nos concentremos en su proceso.

La crisis social en Alemania provocada por la I Guerra Mundial había aumentado los simpatizantes del socialismo. Esta situación, junto con la victoria bolchevique en Rusia, representaba una amenaza e infundía el temor de que se pudiera repetir una revolución como aquella en el país germano. Se entendió por ello que era preciso garantizar unos mínimos, no con una idea de bienestar como fin último del Estado, sino con el propósito de contrapesar unas reivindicaciones que cobraban cada vez mayor intensidad. Entonces se aprobó la Constitución de Weimar, resultado de un pacto entre los sindicatos y las organizaciones patronales. Los sindicatos lograron el derecho de representación de los trabajadores y una serie de regulaciones que favorecían las condiciones de trabajo; en contrapartida, estos reconocieron la libertad de empresa y la garantía de la propiedad privada¹⁰³.

García Pelayo, refiriéndose a la Constitución de Weimar, afirmaba que las medidas de política social y económica, que ordinariamente se llevaban a cabo por la vía administrativa y legislativa, llegaron a construirse como un sistema, y, en consecuencia, dado su sustento constitucional, pasaron a formar parte de las decisiones políticas fundamentales o de las normas básicas sobre las que se construye la convivencia de un pueblo¹⁰⁴. En sentido similar el profesor Cascajo Castro afirma que a partir de la Constitución de Weimar cambió la idea de Constitución; se dejó de pensar que la Constitución era meramente un “reconocimiento de una esfera jurídica individual frente al Estado” y se pasó a una “juridificación de las relaciones entre los ciudadanos, con solmenes normas de principio”¹⁰⁵.

Heller comentó brevemente los artículos 151 a 165, correspondientes a la “Sección V: De la Economía” de la Constitución de Weimar. En su texto quedaba claro el espíritu social y los contenidos concretos en aras de la construcción del Estado Social de Derecho. Lo primero que hizo el autor fue precisar las limitaciones de las disposiciones correspondientes a esta Sección: “ahora bien, en tanto que las ideas del liberalismo y de

¹⁰² D. VALADÉS, “Garantías sociales y reforma institucional”, en *Estudios en homenaje a Don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, DF, 2013, p. 105.

¹⁰³ M. BASSOLS COMA, *Constitución y sistema económico*, cit., p. 29.

¹⁰⁴ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2856.

¹⁰⁵ J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 17.

la democracia se han labrado, al ejercer dominio y marcar la realidad social, una existencia material, las ideas socialistas se han quedado hasta ahora esencialmente en ideología. Por ello la sección última de la Constitución contiene, en mayor medida que las precedentes, una serie de proposiciones programáticas sin fuerza jurídica de obligar”¹⁰⁶. Sin embargo, continuaba Heller, su presencia en el texto constitucional contenía las posiciones de la clase burguesa y del proletariado, y, pese a las limitaciones normativas de los postulados incluidos en esta sección, contenía la fórmula para lograr la resolución del conflicto, ya no mediante la revolución o lucha de clases, sino mediante el acuerdo orientado a la justicia social¹⁰⁷.

Sobre los artículos 151 a 154¹⁰⁸, decía Heller que eran los artículos en los que mejor se podían apreciar las contradicciones y los desequilibrios de las disposiciones, ya que a preceptos claramente liberales se “yuxtaponían” otros contrarios. Un claro ejemplo lo constituía el artículo 151, de una parte, y, los artículos 153 y 154, de otra, caso en el que convergían tanto el principio de la existencia digna como los pilares de la economía individualista. Asimismo, el propio artículo 153 soportaba contradicciones internas: una vez se proclamaba la garantía de la propiedad privada, a renglón seguido se establecía que podía ser expropiada en cualquier momento (mediando una ley); y sobre el derecho sucesorio, se garantizaba la herencia, pero se reconocía la participación de la comunidad estatal en ella¹⁰⁹.

Con todo, esta comprensión optimista de la Constitución de Weimar no ha sido uniforme. Forsthoff afirmó que la inclusión de garantías sociales sin conocer muy bien el sentido y significado de las mismas en la Constitución de Weimar fracasó porque la jurisprudencia no reconocía valor normativo a estas cláusulas, sino un valor meramente programático; de hecho, según señaló el autor, se les negó el rango constitucional. Por

¹⁰⁶ H. HELLER, “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales.”, en *Escritos políticos*, vol. 421, Alianza, Madrid, 1985, p. 271.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ El artículo 151 se refiere a la ordenación de la economía, debiéndose ajustar esta a la justicia y con el fin de garantizar la existencia digna; se garantiza la libertad económica individual; y se garantiza la libertad de comercio e industria. El artículo 152 recoge la libertad de contratación. El artículo 153 establece la protección de la propiedad y regula la expropiación; además, incorpora la fórmula de la función social en los siguientes términos: “la propiedad comporta responsabilidades. El uso de ella supone a un tiempo servicio al bien superior de la comunidad”. El artículo 154 versa sobre el derecho sucesorio.

¹⁰⁹ H. HELLER, “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales.”, cit., pp. 271-273.

otra parte, argumentó que el Estado de Derecho respondía a una realidad determinada, y, que, en esa medida, no podía ser un “vehículo universal” para ordenar otras realidades¹¹⁰.

b. Formulación teórica del Estado Social de Derecho

El concepto de Estado social de Derecho fue acuñado por Heller en 1930, que planteaba la nueva construcción como una transición del Estado liberal al Estado social. Este último se caracterizaba por intervenir en la economía, limitando el derecho de propiedad, arbitrando la libertad de contratación en las relaciones laborales, y participando activamente del proceso productivo¹¹¹.

Las relaciones entre el Estado y la economía han sido estrechas desde sus orígenes. Heller, en su *Teoría del Estado*, sostiene que la función del Estado está íntimamente ligada a la actividad económica: el Estado, por su propia naturaleza, interviene en la actividad económica de manera constante. Incluso en el caso del utópico Estado más abstencionista posible, se produciría una intervención del Estado para organizar la cooperación social-territorial desde una perspectiva extraeconómica, y esto sería realmente una regulación sobre la economía¹¹².

Como vimos, la Constitución de Weimar es una referencia obligada cuando se estudia el Estado social de Derecho porque recogía principios de los cuales se desprendían obligaciones en sentido positivo. Heller, en su *Teoría del Estado*, sostenía que los principios estaban recogidos en la Constitución de manera formal o de manera material, y se refería a los principios como “algo que es distinto y superior a una mera abstracción de los preceptos jurídicos vigentes, y establecen también algo más que una simple directriz para el legislador futuro”¹¹³. Los principios, consideraba Heller, están arraigados en la sociedad y son los contenidos del Derecho que son realmente conocidos por los miembros de dicha sociedad y que, a su vez, garantizan la pervivencia del sistema normativo¹¹⁴.

¹¹⁰ E. FORSTHOFF, *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*, cit., pp. 115-116.

¹¹¹ D. VALADÉS, *Problemas constitucionales del estado de derecho*, vol. 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

¹¹² H. HELLER, *Teoría Del Estado*, cit., p. 189.

¹¹³ *Ibid.*, p. 224.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 225.

La formulación del concepto de Estado con un contenido social es el centro de la Teoría del Estado de Heller, obra que quedó inacabada y en la que curiosamente no se utiliza ni una vez la expresión “Estado social”. Sin embargo, Heller, en 1930 en “¿Estado de Derecho o Dictadura?”¹¹⁵ presentaba el Estado Social de Derecho como una solución, de manera muy crítica y contundente, a la paradoja casi existencial en que se hallaba la burguesía.

Trataremos de plantear aquí su reflexión. Se parte de la idea de que el Estado de Derecho es una sociedad de clases, donde la burguesía veía su poder consolidado por la vía democrática. Sin embargo, el aumento de la conciencia de clase proletaria, la organización en partidos y sindicatos y la universalización del sufragio, daban acceso al sistema democrático también a las clases más desfavorecidas y menesterosas. Una vez que las clases proletarias, a través de la ley, logran reivindicar sus intereses, el Estado de Derecho deja de ser visto por la burguesía como un instrumento suficiente para defender sus intereses. De esta forma se produjo un aumento de apoyos al nacionalismo, producto de una nueva reformulación de la lucha de clases, y que traducía, correlativamente, el menosprecio de la burguesía por un Estado de Derecho que ahora albergaba los intereses de una “nueva” clase social. Pero, recuerda Heller, que, sin las garantías propias del Estado de Derecho, la burguesía no puede existir, ya que su cultura, su estilo de vida y el ejercicio de las libertades dependen del imperio de la ley, y esto no lo puede garantizar ninguna dictadura. Y envía el mensaje a los nacionalistas: “de esta suerte deberían tales nacionalistas llegar a saber que la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida, y con ello, la condición previa para una renovación de nuestra cultura”. Y concluye con las siguientes palabras: “Al caer en la cuenta de todo esto y ante el parloteo irresponsable de racionalistas sin sangre en las venas y de irracionalistas sedientos de sangre, debería invadirles la misma náusea invencible y entonces habría al fin recaído la decisión en el dilema entre la dictadura fascista y Estado social de Derecho”¹¹⁶.

El planteamiento de Heller ante el maniqueísmo miope en términos de la Dictadura nacionalista, o el Socialismo (al uso soviético), o Estado de Derecho liberal, resume perfectamente la necesidad de garantizar la convivencia por la vía de la construcción

¹¹⁵ H. HELLER, “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, cit.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 301.

dialéctica que tanto se esfuerza en recalcar el autor en su Teoría del Estado, es decir, a través del Estado social de Derecho.

Heller significó un cambio en la forma de entender el Estado. Su comprensión del Estado como un producto humano, que se relaciona con todos los aspectos de la convivencia y desarrollo de la sociedad, le permitía reconocer la necesidad de que el Estado interviniera y tomara una posición respecto de los temas fundamentales que afectaran dicha convivencia. Uno de los fundamentales era el aspecto económico, de ahí que el autor considerara que la distinción entre la función estatal y la economía resultara imposible¹¹⁷. Sin embargo, entendía el autor que sí debía predicarse una “relativa autonomía” de la función estatal, sin desconocer las conexiones entre ambas esferas. Pero la gran diferencia es que la actividad del Estado no se basaba en el poder económico, sino en el poder político, e incluso reconocía que las leyes de máximo rendimiento no se aplicaran, necesariamente, a las decisiones del Estado¹¹⁸.

Una crítica que hace Heller a los socialistas se dirige contra su pretensión de llegar a la economía colectiva mediante la retirada de la función política dando mayor espacio a la función económica, mientras que, según el mismo autor, el proceso debería ser el contrario, es decir, “tender (...) hacia una gradual reducción o eliminación de la pura legalidad económica por el poder político”¹¹⁹. Esta formulación da cuenta de la importancia y la centralidad que debe tener el poder político con relación a los mercados, en la concepción del autor.

Para soportar la comprensión de la intervención del Estado en la economía, como un elemento estructural de la actividad estatal, más allá de su posición ideológica, dice el autor: “Es aún más importante el hecho de que la función política tenga que desviar y frenar, de un modo ineludible, las repercusiones de la función económica. La razón de Estado y la razón económica han sido siempre cosas distintas. Todo Estado, incluso el propio Estado capitalista, por virtud de su función necesaria, tiene que utilizar la economía exclusivamente como medio para su acción peculiar. Pues, por razones de carácter existencial, todo Estado tiene que restringir de algún modo los procesos de cambio del tráfico económico y limitar o eliminar la libre competencia. Aún el Estado

¹¹⁷ H. HELLER, *Teoría Del Estado*, cit., p. 186.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 189.

¹¹⁹ *Ibid.*

que se propusiera renunciar a toda expansión de poder hacia afuera y a toda política social y aduanera, que renunciara a toda reglamentación de cárteles y sindicatos, y que, en fin, incluso suprimiera toda política sanitaria, de la construcción y otras ramas de la policía administrativa, un tal Estado, solo posible en el reino de las utopías, se vería obligado no obstante, para poder organizar la cooperación social-territorial, a intervenir, desde un punto de vista extra económico, en la economía, regulándola”¹²⁰.

En el ámbito de la justificación del Estado, Heller hace otra importante observación de cara a la formación del Estado social de Derecho como lo entendemos hoy, en el sentido de que, si bien la justificación del Estado radica en brindar seguridad jurídica, dota de un contenido extenso a esa función. Decía Heller: “Son, cabalmente, ciertos principios morales del derecho los que, en determinadas circunstancias, reclaman del Estado actividades culturales de tipo económico, educativo o de otra índole. Es evidente que nuestro concepto de la seguridad jurídica resulta mucho más amplio que el usual. No es tan sólo una exigencia de certidumbre de ejecución, asegurada por la coacción organizada estatalmente, sino, además, y antes de ella, tanto histórica como conceptualmente, la certidumbre de sentido del derecho es lo que reclama organización del Estado por vías de derecho”¹²¹.

Lo anterior deja en evidencia que la justificación del Estado radica en unos fines que le son inherentes y que, en esa medida, lo definen. Estas reflexiones de Heller constituyen avances importantes en la ampliación del concepto de Estado, superando la visión abstencionista y, en consecuencia, dando lugar a una concepción de un Estado amplio, con una serie de deberes que determinan su función y, en esa misma senda, los fines del modelo. Es palpable la idea que Heller tiene aquí del Estado como centro de impulso político, en el sentido de que se supera la ejecución como función primordial del Estado para dar paso a una noción donde el Estado debe estimular el Derecho, o, en terminología actual, formular políticas públicas de fomento y promoción. Aparece así la noción de Estado interventor. En fin, como señala el propio autor, el Estado es una conexión social de quehaceres y el poder del Estado una unidad de acción organizada. Lo que crea el Estado y el poder del Estado es la conexión sistemática de actividades socialmente efectivas, la concentración y articulación, por la organización de actos que

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*, p. 196.

intervienen en la conexión social de causas y efectos, y no la comunidad de voluntad y valores como tal y mucho menos cualesquiera comunidades naturales y culturales”¹²².

Heller quería dejar claro que el Estado no tiene una voluntad propia o unos fines determinados *per se*, sino que es una construcción producto de las interacciones entre el poder del Estado y los individuos (todos), y esta aclaración, a estas alturas de la historia, correspondía a la necesidad de contestar a los argumentos que pudieran desconocer el valor del individuo y sacrificarlo en nombre del Estado o de sus “fines”. En ese mismo sentido se expresa cuando dice que el Estado solo puede organizar actividades y no opiniones, y, por lo tanto, puede ejecutar actos de voluntad que operan en el medio circundante, pero no sobre convicciones internas de voluntad. Concluye diciendo “por esta razón no hay que caer en el error de estimar que la unidad del Estado es una unidad de voluntad, pero, en cambio, sí hay que considerarla como una unidad real de acción”; unas líneas después profundiza así: “jamás podrá existir una organización ni un Estado sin una voluntad común eficaz, aunque, en modo alguno general”¹²³.

Esta defensa de Heller por la libertad espiritual muestra la necesidad de reafirmar y afianzar los principios liberales, pero modulando su contenido de acuerdo con la función que debe cumplir el Estado para el desarrollo de la convivencia social.

Forsthoff, por su parte, formuló una crítica contundente contra la idea de Estado social de Derecho. La crítica era producto de la idea de que el Estado de Derecho, entendido como límite al poder, quedaba desvirtuado si a su naturaleza se agregaban fines sociales, valores (que son indeterminados). Además, el cumplimiento del contenido social implica la participación activa del Estado, mientras que la noción de Estado de Derecho es una noción que limita las actuaciones del Estado; en este sentido, las posturas son casi antagónicas¹²⁴.

“El Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles *en el plano del derecho constitucional* y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una constitución liberal”¹²⁵. Fue particularmente incisivo en su crítica frente a la interpretación de los derechos fundamentales. Consideraba que la adopción de derechos sociales

¹²² *Ibid.*, p. 211.

¹²³ *Ibid.*, pp. 205-206.

¹²⁴ W. ABENDROTH Y OTROS, *El Estado social*, cit., p. 86.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 87.

(prestaciones) degradaba los derechos fundamentales (libertades, derechos civiles y políticos) por una pérdida de seguridad jurídica¹²⁶, decía que los derechos de participación (derechos sociales) “carecen de un contenido constante, susceptible de reglamentación previa” y en sentido contrario “necesitan modulación y diferenciación puesto que solo son razonables en el marco de lo oportuno, necesario y posible, según el caso concreto”¹²⁷. Pese a la crítica, el mismo autor sostenía que al Estado le correspondían una serie de funciones mínimas¹²⁸ para compensar la pérdida de espacio vital dominado y el correlativo crecimiento del espacio vital efectivo, es decir, la “previsión de la existencia”¹²⁹. Esta previsión va más allá de la mera prolongación de la vida, y, afirmaba que depende de los avances de la técnica y de las posibilidades económicas; sobre lo anterior es ilustrativo el ejemplo que el autor ofrece sobre la cobertura del servicio de televisión a cargo del Estado¹³⁰.

El autor identifica que las prestaciones no son producto de la sistematización o de las funciones del Estado, sino que vuelve al interés general como criterio: “la redistribución social de la que aquí se habla se diferencia esencialmente de la política social en el sentido habitual. Su intención no es zanjar casos y situaciones de necesidad, sino la participación del mayor número posible de estratos sociales en el proceso de bienestar general”¹³¹. Sin embargo, la idea de previsión de existencia tiene una base que en el fondo evoca rasgos del iusnaturalismo: “La previsión de la existencia, como los muestran estas reflexiones, es superior existencialmente a la Constitución política. Manifiesta su superioridad en la medida en que es suficiente fuerte como para imponerle límites”¹³².

Forsthoff remata su crítica afirmando que solo si se reconociera vinculación jurídica directa a las garantías sociales se podría hablar verdaderamente de una Constitución social de Derecho, de tal manera que dichas garantías no fueran promesas programáticas relegadas a una región vaporosa¹³³. Sin embargo, el Estado Social es una realidad que convive con el Estado de Derecho, pese a que se complementan, viven en una permanente

¹²⁶ E. FORSTHOFF, *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*, cit., p. 259.

¹²⁷ W. ABENDROTH Y OTROS, *El Estado social*, cit., p. 87.

¹²⁸ Estas prestaciones son la salubridad (alcantarillado, agua potable), energía y transporte.

¹²⁹ E. FORSTHOFF, *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*, cit., pp. 119-120.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 122.

¹³¹ *Ibid.*, p. 128.

¹³² *Ibid.*, p. 121.

¹³³ W. ABENDROTH Y OTROS, *El Estado social*, cit., p. 89.

tensión. Pero no se puede perder de vista que para el autor el Estado de Derecho es una auténtica garantía de carácter normativo, mientras que los contenidos sociales son dúctiles¹³⁴.

c. Fines y valores del Estado Social de Derecho

La consolidación de lo que podríamos denominar constitucionalismo económico de carácter social viene dada por las lecciones aprendidas en 1929 con la crisis económica conocida como la Gran Depresión. Las fórmulas de intervención del Estado en la economía se erigieron como la única herramienta útil para paliar la situación. Doctrinas como la del *New Deal* se consolidaron como instrumento del Estado para dirigir la senda de la economía justificando la intervención estatal en la actividad económica, dejando de lado el modelo de no injerencia propio de la etapa anterior¹³⁵. Por otra parte, la generalización del contenido social en las constituciones de los Estados se produce durante la segunda posguerra. En 1946 se instituye en Francia una república “social”, y esta fórmula se repite en su Constitución de 1958; asimismo, Alemania, en 1949, define en su Ley Fundamental el Estado como democrático, federal y social.

Los cambios repercuten directamente en los fines del Estado, de modo tal que el Estado se responsabiliza de garantizar unos mínimos que mejoren la calidad de vida de los asociados. Derechos como el acceso a la vivienda, a la educación, la implementación de sistemas de protección sanitaria y de pensiones surgen en forma de prestaciones necesarias, cuya responsabilidad está a cargo del Estado. Como señala el profesor Monereo, el Estado social “comporta una *vinculación jurídico-social del Estado*, esto es, un compromiso de éste para garantizar la cobertura de las necesidades fundamentales de los individuos. En tal sentido el Estado asume la función de orientar la economía hacia la satisfacción de dichas necesidades y la remoción de las situaciones de desigualdad social incompatibles con los principios del Estado Social y la cláusula transformadora y de fomento de los poderes públicos”¹³⁶.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 105.

¹³⁵ I. DE M. DE LOJENDIO, “Derecho constitucional económico”, en Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios y Comunicación Económica (Madrid) (eds.) *Constitución y Economía: la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, EDERSA, Madrid, 1977.

¹³⁶ J. L. MONEREO PÉREZ, “La Constitución social del trabajo y su crisis”, *Anuario de filosofía del derecho*, 20, 2003, p. 19.

El Estado social de Derecho tiene el propósito de superar los déficits de igualdad que el Estado de Derecho no había podido corregir y que, en buena parte, causó. En consecuencia, se proclamó el principio de igualdad material y se consagraron nuevos derechos¹³⁷ que hicieron indispensable un ensanchamiento de la Administración Pública, un aumento de las competencias y de los mecanismos de protección. Es cierto que los nuevos derechos ya habían tenido algún desarrollo en ordenamientos jurídicos anteriores. La novedad consistió en la sistematización de su protección, y, sobre todo, en el cambio de la concepción misma del Estado sobre su papel como actor fundamental en la protección y, además, en la promoción del nuevo catálogo de derechos. Para el profesor García Cotarelo, siguiendo a Mortati, la aparición de los derechos económicos, sociales y culturales (que considera como derechos civiles), es el elemento que determina la calificación como “social” del Estado. En su opinión, la legitimidad del Estado de bienestar viene dada por la presencia y consagración de estos derechos, que buscan asegurar unas condiciones materiales mínimas a las personas.

Por otro lado, el Estado social de Derecho impacta en la Constitución económica. Como señala el profesor Cantaro, el Estado social modula el perfil económico de la Constitución, lo ensancha y lo orienta a la satisfacción de las necesidades de los individuos, no conformándose solo con el gobierno del mercado. Es más, añade este autor que la Constitución económica va más allá de sus contenidos tradicionales de derecho a la propiedad, libertad de empresa y de contrato, y pone el acento en el “bienestar colectivo” y la remoción de las “posiciones sociales desfavorecidas”¹³⁸.

Pero el cambio de orientación tiene efectos sobre los procesos políticos, como bien señala Ignacio de Otto: la consideración del Estado social parte de la realidad, de los datos fácticos y no meramente de las normas. Lo anterior significa que se hace responsable “también del mantenimiento de la realidad política sobre la cual se sustenta la Constitución democrático-liberal”¹³⁹.

Ahora bien, el modelo se fortalece cuando la Constitución adopta el Estado social de Derecho como un principio, es decir, no solamente como un modelo político, sino que se

¹³⁷ Los derechos garantizados: seguridad social, condiciones en los contratos de arrendamiento, protección a la maternidad, regulación de las relaciones laborales, vivienda digna, acceso a la educación.

¹³⁸ A. CANTARO, “El declive de la «Constitución Económica del Estado Social»”, en Miguel Angel García Herrera (ed.) *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, 1, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, Bilbao, 1997, p. 165.

¹³⁹ I. DE OTTO, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, 12a, Ariel, Barcelona, 2010, p. 42.

integra en el sistema con fuerza normativa. De esta forma, la categoría de Estado social se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico y debe determinar, en buena medida, las decisiones políticas.

Con relación a esto último, hay que hacer referencia a la idea expresada por el profesor Balaguer cuando señala que el principio del Estado social fortalece a su vez, y renueva, el principio democrático. Y ello porque reconoce la voluntad popular como fundamental para el desarrollo de los postulados de dicho Estado social; esto significa que se formaliza la tensión en el ámbito legislativo para satisfacer los postulados del Estado social¹⁴⁰. Pero, además, el reconocimiento del Estado social suponía la transformación del principio democrático: la democracia dejaba de ser el mero gobierno de la mayoría y sumaba la protección y respeto de las minorías a su contenido¹⁴¹. Así pues, la formulación de los fines del Estado, la positivización de los derechos sociales, y, la definición del Estado como social, todo ello con fuerza normativa, se convierte en el marco fundamental que debe inspirar el ejercicio de la política. Este marco implica unos límites claros a la decisión de las mayorías e imprime un sentido a la actividad del Estado. Se produjo así un avance significativo para el Derecho Constitucional y la Ciencia Política.

Hay que señalar, en todo caso, que el tránsito de Estado de Derecho al Estado social de Derecho se caracterizó por ser una transformación débil en comparación con el cambio auténticamente revolucionario que supuso la llegada del Estado de Derecho. Balaguer Callejón ha señalado que el Estado liberal surgió como producto de una revolución donde los ganadores (burgueses) impusieron sus condiciones a los perdedores (nobleza y clero), mientras que el Estado social de Derecho surge como un pacto donde los ganadores de antes (los burgueses) seguían teniendo ventajas, aunque ceden posiciones frente a los otros (el proletariado)¹⁴². Las críticas al Estado social indican que ninguna de las clases sociales quedó completamente satisfecha, de ahí que las “derechas” acusaran al nuevo modelo de amenazar las libertades individuales como consecuencia de su amplio

¹⁴⁰ F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, vol. 5, Comares, Granada, 2002, p. 91.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 93.

¹⁴² *Ibid.*, p. 89 y ss.

intervencionismo, mientras que las “izquierdas” denunciaban este modelo de Estado como una forma de inmovilismo incapaz de progresar¹⁴³.

El Estado social no cambia la naturaleza del Estado de Derecho. Las conquistas logradas en materia de libertad personal y limitación del poder continúan presentes en el nuevo modelo. El cambio radica en los fines para los que se ha instituido el Estado, en las nuevas competencias que se le atribuyen para lograr la protección de los derechos y en la proclamación de una igualdad real y efectiva. Como lo señala Aragón Reyes, “el Estado social en suma, no significa un modo específico de ‘ser’ del Estado, sino una manera de ‘actuar’ por parte del poder público”¹⁴⁴. En palabras del mismo autor: “El Estado social no puede definirse como una forma de Estado, sencillamente porque no lo es: solo se trata de una modalidad de la forma de Estado democrático de Derecho. Por ello, el Estado social no supone modificación alguna respecto de la organización del poder típica del Estado constitucional democrático de Derecho. La cláusula ‘social’, añadida a ese Estado, no afecta a la estructura de este sino a sus fines. El Estado social no significa la sustitución de la representación política por la representación corporativa, ni la sustitución de los partidos por los sindicatos. Lo que significa es la asunción por el Estado de nuevas tareas, que no vienen a sustituir a las antiguas (seguridad, orden público, defensa, etc.), sino a complementarlas. Y estas nuevas tareas son las relativas a procurar mayor igualdad social y, por ello, a proteger a los sectores sociales menos favorecidos”¹⁴⁵.

Por otra parte, la transformación que propone el Estado social no solo conlleva un cambio respecto de los valores que deben guiar los desarrollos legales (la existencia de los derechos positivos marca la senda para alcanzar dichos fines); también conlleva una serie de obligaciones de actuación por parte de los destinatarios de las normas, incluyendo los poderes públicos. En otras palabras, el advenimiento del Estado social, que ha recorrido un largo camino hasta lograr su consolidación, no culmina con la mera presencia de los derechos sociales en las Constituciones y su concreción en las leyes, sino que se proyecta hasta la propia aplicación del Derecho. A partir de ahí, el contenido de los

¹⁴³ R. GARCÍA COTARELO, *Del estado del bienestar al estado del malestar: la crisis del estado social y el problema de legitimidad*, vol. 24, 2ª, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 59.

¹⁴⁴ M. ARAGÓN REYES, “Del Estado intervencionista al Estado regulador”, en Fernando Becker Zuazua, Luis María Cazorla Prieto, Julián Martínez-Simancas Sánchez, José Manuel Sala Arquer (eds.) *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 31.

¹⁴⁵ *Ibid.*

derechos sociales se ha desarrollado en buena medida gracias al desarrollo de la jurisprudencia, específicamente la emanada de los tribunales constitucionales.

Una definición bastante comprensiva de los elementos del Estado social de Derecho la proporciona Rodríguez de Santiago en los siguientes términos: “La decisión constitucional a favor del Estado social, por el contrario, no se refiere directamente al sujeto «Estado», sino una *determinada situación empírica de la comunidad social* que se organiza en forma estatal, que, en una primera aproximación muy general, podría describirse como la situación en la que se cumplen ciertos requisitos de justicia social. El adjetivo «social» del art. 1.1 es una norma que contiene la *decisión valorativa* de rechazo del Estado «neutral» en las cuestiones sociales y que, más allá de eso, impone al sujeto estructurado como Estado democrático de Derecho un *objeto*, una *tarea* o un *fin*: se trata de conseguir una determinada situación social calificable como justa para los medios que ofrece el Estado de Derecho”¹⁴⁶.

Con todo, la carta de derechos encuentra auténticos límites materiales para su realización que pueden llegar a convertirse en un obstáculo fáctico que limita el contenido imperativo de las disposiciones y su alcance concreto. Así pues, si bien es verdad que el reconocimiento de los derechos, sus destinatarios y la medida de satisfacción son cuestiones que atañen a la política, también lo es que su materialización depende de las posibilidades reales de la economía. Resulta claro que la disponibilidad de los recursos públicos para lograr la realización de los derechos se convierte en un verdadero límite material para llevar a cabo la decisión política, el grado de satisfacción¹⁴⁷ y el grado de exigibilidad¹⁴⁸. De ahí la importancia de estudiar la reforma constitucional sobre las cláusulas de disciplina fiscal y los límites que su implementación puede suponer en lo relativo al alcance y materialización, en general, de los derechos, y, en particular, de los derechos sociales. Como advierte García Pelayo son necesarias técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., para neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado¹⁴⁹. En todo caso, el

¹⁴⁶ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 17.

¹⁴⁷ Á. RODRÍGUEZ BEREJO, “Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional”, en *Crisis y Constitución*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2015, p. 177; Para una síntesis ver A. RODRÍGUEZ BEREJO, “Los «silencios» (art.2) y «la reserva de lo posible» (art. 135) en la Constitución Española”, en *España constitucional (1978-2018)*, vol. 1, 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2018, p. 841.

¹⁴⁸ C. R. SUNSTEIN, “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 124 (2d Series)*, 124, 2001, editado por Chigago University.

¹⁴⁹ M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, cit., vol. 196, p. 22.

reconocimiento de las limitaciones fácticas, es decir, la falta de recursos económicos, no puede convertirse en la incorporación de un “cálculo económico” o un principio de “racionalidad económica” en la lógica constitucional¹⁵⁰, al menos no en el Estado social de Derecho.

6. El Estado Social de Derecho en Colombia y en España y la configuración de su Constitución económica

Los primeros rasgos de Estado social en Colombia se remontan a la reforma constitucional de 1936. Esta reforma estructural de la Constitución (de 1886) se ocupó de incluir la intervención del Estado en la economía, dotar de una función social a la propiedad privada, al tiempo que recogió garantías para los trabajadores y el deber de beneficencia para los desvalidos¹⁵¹. Sin embargo, la transformación definitiva que dio origen al Estado Social de Derecho en Colombia fue, sin lugar a duda, la Constitución de 1991 (actualmente vigente). El constituyente plasmó sus preocupaciones respecto del desarrollo económico del Estado en el texto y, además, adoptó un amplio catálogo de derechos fundamentales y de libertades de contenido económico, social y cultural.

En el caso español, los primeros pasos hacia el Estado social de Derecho los dio la Constitución republicana de 1931. En aquel momento se produjo un intento importante de consolidar algunos elementos del Estado social sin llegar a denominarlo con la fórmula magistral. Pero la historia de esta Constitución terminó en 1936 y asimismo sus avances. La Constitución de 1931 centró su atención en los contenidos sociales dirigidos a los trabajadores, la libertad de asociación, el derecho de huelga y la negociación colectiva. Así pues, se incorporaron cláusulas dentro del texto constitucional para fortalecer a la clase obrera. Se establecía el derecho al trabajo en unas condiciones dignas, la protección a la maternidad y se obligaba a la estructuración de un sistema de seguridad social (seguros por accidentes, pensión de vejez y muerte). Lo significativo es que esta Constitución, durante su corto periodo de vigencia, tuvo desarrollo legal y muchos de sus postulados llegaron a materializarse¹⁵².

¹⁵⁰ Cantaro identifica el Estado social como límite de la lógica económica y de mercado. A. CANTARO, “El declive de la «Constitución Económica del Estado Social»”, cit.

¹⁵¹ S. BOTERO, “La reforma constitucional de 1936, el estado y las políticas sociales en Colombia”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 33, 2006.

¹⁵² H. YSÁS MOLINERO, *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*, Bomarzo, Albacete, 2011, p. 36.

Sin ánimo de desconocer la importancia de lo anterior, es indiscutible que la Constitución de 1978 vendría a consolidar, definitivamente, los postulados del Estado social de Derecho en España, sistematizando un amplio número de derechos de contenido social. Su artículo 1.1 establece que España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho.

Ambas Constituciones, la de 1991 en Colombia y la de 1978 en España, instituyeron un procedimiento de protección rápido y eficaz para salvaguardar el cumplimiento de los derechos, la acción de tutela y el amparo respectivamente¹⁵³. Y, por último, la creación de un Tribunal Constitucional con amplias facultades para interpretar y defender la Constitución y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los elementos descritos permiten sostener que las palabras Estado social de Derecho, contenidas en el artículo primero de ambas Constituciones, no son una mera formalidad o adorno al texto constitucional. De ambos textos se desprenden obligaciones del Estado para cumplir con los presupuestos y objetivos propios del Estado social.

Esta particularidad del nuevo modelo significa una auténtica transformación de los derroteros que habían sido básicos para la comprensión de la actividad estatal, en el entendido de que el nuevo modelo trasciende de la mera función negativa del Estado propia del modelo liberal burgués, para pasar a exigir una actividad potente en aras de lograr un orden justo. En este sentido, la Constitución española, desde el Preámbulo, establece el deseo de “(...) promover el bien de cuantos la integran” -la nación española-, y pretende “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”. Asimismo, según el Preámbulo de la Constitución colombiana, esta norma se promulga “con el fin de (...) asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo...”.

El hecho de que se trate de un principio constitucional dota a la cláusula del Estado social de un contenido normativo concreto, de una función propia que debe condicionar, junto con los demás principios de la Constitución, la actividad de los poderes públicos.

¹⁵³ Para un estudio comparado entre las dos acciones, consultar N. I. OSUNA PATIÑO, *Tutela y amparo: derechos protegidos: estudio comparativo Colombia-España*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

García de Enterría sostiene al respecto: “Estos valores no son simple retórica, no son (...) simples principios «programáticos», sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste todo su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación”¹⁵⁴.

A este respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-492/92, se enfrenta por primera vez a resolver dos aspectos problemáticos de la entonces nueva Constitución. En primer lugar, el alcance del Estado social de Derecho y, en segundo lugar, la delimitación de los derechos fundamentales.

Dice la Corte que la adopción de dicho modelo implica una nueva manera de interpretar el Derecho, que puede ser resumida con las siguientes palabras: “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”¹⁵⁵. Además, sostiene que el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia (en adelante, CP) es la clave normativa que irradia todo el texto fundamental, y dado que ahí está la definición del Estado social, dicho adjetivo tiene una relación ontológica con el Estado¹⁵⁶.

En el caso de la Constitución española (en adelante, CE), la fórmula de Estado social tiene una íntima relación con el artículo 9.2 de la misma carta, que establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. También es indispensable tomar en consideración lo que establece el artículo 10.1 CE cuando señala que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social.

Pero el reconocimiento normativo del Estado social, siguiendo a Parejo Alfonso, puede ser identificado tempranamente en dos decisiones. Por una parte, en el voto particular formulado al motivo primero de la Sentencia de 13 de febrero de 1981, donde se señala que “los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento,

¹⁵⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª, Civitas, Madrid, 2006, p. 104.

¹⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-406/92* Consideración I. A. 3.

¹⁵⁶ *Ibid.* Consideración I. A, 6.

están contenidos en *normas jurídicas* objetivas que forman parte de un *sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (...)*. Y, otro, en la sentencia de 14 de julio de 1981, el Alto Tribunal afirma que los derechos fundamentales “son elementos esenciales de un *ordenamiento objetivo* de comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, *plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)*”¹⁵⁷

De lo anterior, podemos concluir que la cláusula de Estado social de Derecho tiene una proyección normativa desde su entrada en vigor, tanto en Colombia como en España, cuya importancia ha quedado reconocida tempranamente en la jurisprudencia constitucional.

a. Los derechos sociales, económicos y culturales o principios rectores de la política social y económica

La cláusula de Estado social de Derecho se expresa en la presencia de una serie de derechos sociales y colectivos, de aspiraciones, de instrumentos y de obligaciones a cargo del Estado para lograr su consolidación y auténtico funcionamiento. Pese a que la división y clasificación de todos estos elementos es diferente en las dos Constituciones que estudiamos, las similitudes respecto de sus contenidos nos permiten tratar ambos catálogos de manera conjunta.

Ambas Constituciones se han preocupado por proteger la familia, la igualdad en su dimensión de prohibición de discriminación, derechos de los niños y de los jóvenes, así como de las personas de la tercera edad y de las personas en condición de discapacidad; también se incluyeron derechos como la seguridad social, la salud, la vivienda digna, el trabajo en condiciones dignas, la negociación colectiva, la educación; deberes de promoción del deporte, del conocimiento, de la cultura y del patrimonio histórico; deberes de protección a los consumidores, del medio ambiente, entre otros.

¹⁵⁷ L. J. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, 1a, Civitas, Madrid, 1983, p. 63.

Vemos pues que hay una serie de bienes jurídicos que el constituyente se preocupó de establecer en la Carta, con la idea de que su protección y garantía fuera competencia de los poderes públicos, es decir, del Estado.

Sin embargo, las posibilidades de realización de los derechos, o el cumplimiento de los deberes constitucionales son diferentes según la naturaleza de las normas. Y en esa medida, los grados de exigibilidad también varían, con el límite de que en ningún caso es posible interpretar dichos contenidos como fórmulas carentes de significado o valor jurídico.

En Colombia, retomando la decisión T-406/92, la Corte sostuvo que “con independencia de la función programática-finalista y de la función simbólica que sin duda ocupan un lugar importante en los preceptos sobre fines y valores, la Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa”¹⁵⁸.

En España, el desarrollo de la exigibilidad de los derechos sociales ha seguido un curso diferente por la previsión del artículo 53, apartados 1 y 3. Pero no por ello se ha desconocido el contenido normativo de los derechos sociales. En este punto, conviene reproducir literalmente algunos extractos de la jurisprudencia constitucional.

“Que la constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principial es algo que se afirma de modo inequívoco y general en el artículo 9.1, donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo (...). Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la

¹⁵⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-406/92*, cit. Consideración III. 20.

Constitución (artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) han declarado ese indudable valor de la Constitución como norma.

(...) Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 de la C.E.), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14 de la C.E.)¹⁵⁹.

Las tempranas decisiones de ambos Tribunales coinciden en el reconocimiento del valor normativo de los derechos sociales, es decir, no se pone en duda su proyección vinculante para todos los poderes públicos. Sin embargo, en estos casos que hemos traído a colación, existe una diferencia importante y es que la Corte Constitucional colombiana se convierte en agente protector de la Carta y de la satisfacción de los derechos sociales a través de sus decisiones¹⁶⁰. Mientras que el Tribunal Constitucional español toma una postura más restrictiva y aséptica, si se quiere, en el sentido de que sus argumentos dan vida a lo dispuesto por el artículo 14 CE (derecho a la igualdad y prohibición de discriminación) y reconoce que este derecho es de aplicación inmediata.

Junto al carácter normativo de los derechos sociales constitucionales, otra de las ventajas más importantes de la cláusula de Estado social de Derecho es su naturaleza

¹⁵⁹ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 80/1982*.

¹⁶⁰ La decisión que venimos comentando es paradigmática porque se reconoce por primera vez que la satisfacción y cumplimiento de los postulados y deberes del Estado social de Derecho no depende únicamente del poder ejecutivo y del legislativo, sino que se amplía a la función jurisdiccional. El caso corresponde a una acción de tutela donde la accionante solicita la protección de sus derechos que considera vulnerados por una obra incompleta que dejaba aguas negras sin alcantarillado. En este caso, la Corte considera que se violan los derechos fundamentales y en la parte resolutoria ordena la terminación de las obras de alcantarillado, en un plazo que no supere los tres meses y también ordena que se tomen medidas provisionales inmediatamente en aras de evitar la continuación de las molestias y perjuicios.

dinámica: su impacto no cesa con el alcance de algunas metas sociales, sino que está presente en todas las decisiones del Estado y en esa medida su función en el ordenamiento jurídico solo puede interpretarse de manera expansiva. Por esta razón, conviene señalar desde este momento, como adelanto de las transformaciones que veremos más adelante, que uno de los objetivos de la reforma constitucional sobre sostenibilidad fiscal en Colombia buscaba neutralizar las actuaciones de la Corte Constitucional en materia de reconocimiento y protección de los derechos sociales, objetivo que no tuvo éxito en la reforma. Esta pretensión confirma la conexión íntima entre el Estado social de Derecho y los derechos sociales que lo orbitan y la preocupación por el Estado de las cuentas públicas. En España, si bien la Constitución es generosa en derechos y garantías, el Tribunal Constitucional español ha sido el encargado de definir los límites y alcances de los derechos y libertades. Así, cuando identifica que el cumplimiento del contenido social se produce “cuando se acepta el compromiso de establecer, respetar y potenciar los derechos sociales y económicos”¹⁶¹.

La existencia de la cláusula de Estado social, sin embargo, no ha sido leída por el Tribunal Constitucional español como una norma de contenido específico o singular, sino que se ha utilizado en términos relacionales y, sobre todo, para concretar la argumentación en el momento de resolver los conflictos y fijar una posición frente a un tema. Esto quiere decir que la cláusula no ha sido utilizada como punto de partida para resolver problemas de constitucionalidad o de protección de derechos; más bien, se interpretan las demás cláusulas y dicho resultado se agrega al contenido del “Estado social”¹⁶².

Resulta revelador de lo anterior la comprensión del Estado social de Derecho como una cláusula dinámica cuyo contenido está por realizar y que se construye a cada paso y con cada actuación del Estado (judicial o no). Es la verdadera esencia de la estructura. Así, la interpretación de los postulados constitucionales más específicos dota de

¹⁶¹ L. E. DE LA VILLA GIL, “La efectividad y los límites de la cláusula de Estado social en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Manuel Álvarez de la Rosa, Margarita Ramos, Gloria Rojas (eds.) *Transformaciones del estado social y derecho del trabajo: libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con motivo de su jubilación*, vol. 82, Comares, Granada, 2014, p. 456.

¹⁶² F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, cit., p. 105.

contenido la cláusula de Estado social de Derecho, y es ésta, a pesar de su ligereza dogmática, la que en buena medida sustenta y legítima las decisiones.

Sobre la forma de funcionamiento y composición de la cláusula de Estado social de Derecho se refería Cossio Díaz con las siguientes palabras: “...es factible hablar de dos posibilidades de actuación de la fórmula, si bien estrechamente relacionadas entre sí: primera, hemos dicho que requiere desarrollarse a través de sus valores materiales, de modo que las normas jurídicas se consideren expresión de éstos y, segunda, el desarrollo de uno y otro valor no puede verificarse de manera excluyente, sino que ha de vincularse, por decirlo así, a la normas que recogen el valor restante”¹⁶³.

Es importante señalar que las discusiones sobre si los derechos de contenido económico, social y cultural son fundamentales o no ya han sido superadas tanto en Colombia¹⁶⁴ como en España¹⁶⁵. Sin embargo, su principal función es orientar la decisión política para consolidar y alcanzar los fines del Estado social, pero su impacto se proyecta también sobre la interpretación de las normas y se consolida con el control de constitucionalidad, ya que todas las normas infraconstitucionales deberán estar en concordancia con los derechos sociales¹⁶⁶.

Para proteger la exigibilidad de los derechos es conveniente distinguir entre la exigibilidad del derecho y la carga prestacional que implican. Los preceptos que incorporan derechos sociales, principios rectores o que fijan objetivos, por el hecho de ser normas constitucionales, tienen una connotación normativa innegable. De lo anterior se derivan verdaderas obligaciones para los poderes públicos de utilizar los medios que estén a su disposición para lograr la satisfacción de los derechos u objetivos fijados. Ahora bien, los medios dependen de cada momento histórico, de la disponibilidad de los recursos e incluso de la sensibilidad social de cada época, y en esa medida, las cargas

¹⁶³ J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 41.

¹⁶⁴ Desde el año 2007 se ha entendido que todos los derechos constitucionales son fundamentales. Corte Constitucional. Sentencias T-585/06 y T-016/07. En estos pronunciamientos se presenta la evolución que ha tenido el concepto de derechos sociales en diferentes momentos. Y la sentencia T-235/11 ha reiterado esta postura.

¹⁶⁵ En España la Constitución incluye los derechos de contenido social bajo la rúbrica del Título I. “De los derechos y deberes fundamentales”, dentro del capítulo II “De los principios rectores de la política social y económica”. Pese a que para su protección no está previsto el ejercicio del recurso de amparo, esto no les priva de su calidad de fundamentales. Cfr. J. TAJADURA TEJADA, *Los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, Tirant Lo Blanch, España, 2015.

¹⁶⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, “El Estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, cit., p. 104.

prestacionales pueden variar. Lo que vulneraría la Constitución sería un desconocimiento absoluto del derecho. Sin embargo, un cambio en los estándares, mecanismos o grados de satisfacción es posible y constitucionalmente ajustado al ordenamiento, atendiendo en todo caso a que las nuevas políticas o medidas sigan dirigidas a alcanzar los objetivos del Estado Social. En fin, como sostiene Parejo Alfonso “(...) en términos constitucionales sólo es factible, por tanto, una transformación del ordenamiento de contenido social desde una política socio-económica distinta (que implique una reconsideración y nueva articulación y configuración de los derechos sociales), pero asimismo informada y respetuosa de los principios constitucionales de aplicación”¹⁶⁷.

Un entendimiento de la cuestión en el sentido de que los avances en materia de derechos sociales son irreversibles implica un desconocimiento de la realidad económica. No se puede perder de vista que la solución para los problemas propios del devenir histórico debe ser adecuada al marco constitucional, de tal manera que una interpretación que impida una revisión de las cargas prestacionales puede suponer un obstáculo para la resolver dichos problemas y alejaría a la Constitución de la realidad.

Para la caracterización de la Constitución económica y para entender la proyección que la cláusula de Estado social de Derecho, se presentará el derecho de propiedad, la libertad de empresa, y el régimen del derecho del trabajo desde la perspectiva constitucional. Estos tres regímenes permiten ver claramente cómo se ha enraizado el Estado social y su impacto en la Constitución Económica.

b. Configuración constitucional del derecho a la propiedad privada

El derecho a la propiedad aparece reconocido en el art. 33 de la Constitución española con el siguiente tenor: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

En el caso de la Constitución colombiana, debemos remitirnos al artículo 58:

¹⁶⁷ L. J. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, cit., pp. 89-90.

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio”.

El derecho de propiedad es uno de los pilares de la Constitución económica. La relación del derecho de propiedad con la economía y el mercado es evidente, de ahí que la definición que la Constitución establezca de los límites y condiciones para su ejercicio resulten de vital importancia en la interpretación del sistema económico. Siguiendo a García Pelayo, “la Constitución establece unas normas de carácter general más directivo que imperativo destinadas a encuadrar el derecho y la institución de la propiedad privada en un marco jurídico político, en lo que se incluye su condicionamiento por ciertos valores reconocidos por la Constitución”¹⁶⁸.

La propiedad privada desde una perspectiva constitucional, en el marco de un Estado social de Derecho, supone la superación de la clásica concepción del derecho de dominio que se circunscribía a proteger el uso, el goce y la disposición sobre los bienes, es decir, ha dejado de ser un mero derecho real. En este orden de ideas, el derecho de propiedad cambia su naturaleza y se convierte en la ordenación de múltiples relaciones jurídico-patrimoniales, donde se abarca el derecho real, pero se extiende a nuevas relaciones¹⁶⁹.

¹⁶⁸ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2860.

¹⁶⁹ L. GAYO DE ARENZANA, “Configuración constitucional de la propiedad privada”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 1, 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, p. 601; E. PÉREZ LUÑO; A. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, “Artículo 33: Propiedad privada y herencia”, en Oscar Alzaga Villaamil (ed.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996.

Decía García Pelayo que la propiedad privada es un concepto más amplio que la propiedad individual, ya que las facultades que componen el derecho de propiedad son históricamente mutables, y, por tanto, es esperable que haya controversias sobre el alcance de dichas facultades. Además, atendiendo a la complejidad social y de las relaciones económicas de nuestro tiempo, el derecho de propiedad rebasa la consideración de derecho real¹⁷⁰. Y continuaba identificando la importancia de la propiedad en la delimitación del sistema económico, afirmando que la comprensión del derecho de propiedad como derecho real es insuficiente para asir el fenómeno que acarrea la propiedad. Lo anterior es debido a que la propiedad privada es “fuente de autoridad sobre las personas” y a que “las grandes empresas y las organizaciones de intereses en las que se articulan pueden ser capaces de condicionar, de obstaculizar, de bloquear y de desviar las acciones económicas del Estado”¹⁷¹. Concluía que es función del Estado mantener las prerrogativas que da la propiedad, no solo las jurídicas, sino también las políticas, dentro de los límites de la función social y del interés público¹⁷².

Así pues, el cambio más significativo que permitió la superación del clásico derecho de dominio es la incorporación de la *función social* como un atributo definitorio del derecho de propiedad, de tal modo que la “omnímoda facultad del «dominus», que no admitía otras limitaciones que las impuestas por las leyes, se restringe en la Constitución en consideración a la función social que está llamada a cumplir”¹⁷³.

Esa función social a la que nos referimos permitió la superación de la concepción decimonónica del derecho de propiedad. En el caso colombiano, el Código Civil definía el derecho de dominio como la capacidad de disponer “arbitrariamente”. La Corte Constitucional en 1999 sostuvo que dicho calificativo no se ajustaba al ordenamiento constitucional y declaró inexecutable la palabra “arbitrariamente” en dicha definición¹⁷⁴. En sentido similar, en España, también evolucionó la noción del derecho de propiedad¹⁷⁵. El Tribunal Constitucional español, en 1987, a propósito de la Ley de Reforma Agraria

¹⁷⁰ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2858.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 2859.

¹⁷² *Ibid.*, p. 2860.

¹⁷³ L. GAYO DE ARENZANA, “Configuración constitucional de la propiedad privada”, cit., p. 601.

¹⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-595/02*.

¹⁷⁵ Sobre el cambio de la concepción del derecho en España por parte del Tribunal Constitucional es útil el análisis de la jurisprudencia en F. REY MARTÍNEZ, “El devaluado derecho de propiedad privada: STC 37/1987, 26 de marzo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 55, 2006.

de Andalucía, sostuvo que: “la propiedad privada (...), ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide considerarla hoy como una figura jurídica reducible exclusivamente al tipo extremo descrito en el artículo 348 del Cc”¹⁷⁶.

La función social debilita y modula la protección de la propiedad privada, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo. De ahí que pierda la naturaleza de derecho “sagrado e inviolable” propia del modelo liberal. En este mismo sentido, es coherente que la protección de la propiedad privada, desde el ámbito constitucional, tenga por objeto principal la esfera objetiva del derecho a través de la acción (caso colombiano), o, a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, descartando la protección subjetiva por vía del amparo o acción de tutela (como sucede en España). Esta forma de disposición del derecho muestra que la propiedad privada en la Constitución económica se protege como una institución propia del sistema económico y no tanto como una garantía del ámbito individual de los ciudadanos¹⁷⁷.

Para Rey Martínez, la función social no es un concepto jurídico indeterminado, ya que su interpretación no da lugar a una interpretación jurídica unívoca, además, la cláusula “no juega en el ámbito de las relaciones entre la ley y la administración, sino entre el constituyente y el legislador”. Considera que “se trata de un mandato de ponderación objetiva que reclama al legislador una específica configuración dominical dirigida a asegurar la función social de cada tipo o categoría de bienes”¹⁷⁸.

La propiedad privada en el ordenamiento constitucional tiene un desarrollo amplio, sobre todo en la Constitución colombiana. Desde sus primeras disposiciones se establece la protección de los bienes de las personas como uno de los fines del Estado¹⁷⁹; asimismo, se prohíben expresamente las penas de confiscación de bienes¹⁸⁰. Sobre la regulación específica, el artículo 58 garantiza la propiedad privada y la define como una “función social” que implica obligaciones. La protección de la propiedad queda amparada por la

¹⁷⁶ L. GAYO DE ARENZANA, “Configuración constitucional de la propiedad privada”, cit., p. 602.

¹⁷⁷ E. ALBERTÍ ROVIRA; G. TRUJILLO; L. M. LÓPEZ GUERRA; P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, “La constitución económica”, en *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 147.

¹⁷⁸ F. REY MARTÍNEZ, “El devaluado derecho de propiedad privada: STC 37/1987, 26 de marzo”, cit., p. 988.

¹⁷⁹ COLOMBIA, *Constitución Política*, 1991 art. 2.

¹⁸⁰ *Ibid.* art. 34. Si bien la disposición prohíbe la confiscación, permite la extinción del dominio de bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito o con grave deterioro de la moral social.

prohibición de la aplicación retroactiva de la ley y también se protege a través de la regulación de la expropiación¹⁸¹.

Por otra parte, el ordenamiento constitucional español recoge el derecho de propiedad en el artículo 33. Destaca primeramente la vinculación inescindible de la propiedad a la “función social”, así como la determinación de que es el legislador el poder legitimado para determinar el contenido y alcance del derecho, quien, a través de la ley, podrá establecer las directrices básicas para limitar la expropiación. Por lo demás, dada la ubicación del artículo 33, le es aplicable lo dispuesto en el artículo 53.1: reserva de ley y cláusula de contenido esencial. No resulta sin embargo aplicable a la propiedad privada el artículo 53.2, y, por consiguiente, este derecho no es susceptible de la protección jurisdiccional reforzada de los amparos como ya lo habíamos advertido. Sobre la reserva de ley es importante observar que ésta se extiende, por un lado, a delimitar el contenido del derecho de propiedad y, por otro lado, también se extiende a la *determinación del contenido esencial* que se predica de dicho derecho en el caso español¹⁸².

Otra arista importante sobre el derecho de propiedad es la subordinación del derecho de propiedad y de la riqueza al interés general. En el caso español se establece en el artículo 128.1 CE: “Toda la riqueza del país en sus distintas formas y, sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Si bien en esa disposición no se hace referencia directa al derecho de propiedad, la subordinación de la riqueza al *interés general* le es aplicable de manera directa y no hay dudas de la relación entre la riqueza y la propiedad. En el caso colombiano la subordinación figura en la propia disposición que protege la propiedad; dispone el artículo 58 de la Constitución colombiana: “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.”

Frente a las posibles dudas que pueda suscitar la expresión *función social* y su alcance, las disposiciones anteriores vienen a aportar aún más luz sobre las posibilidades de intervención, regulación y, eventualmente, limitación de este derecho.

¹⁸¹ La Constitución establece que la expropiación solo podrá operar cuando exista una necesidad pública que los justifique y además prescribe que la indemnización debe ser previa.

¹⁸² L. GAYO DE ARENZANA, “Configuración constitucional de la propiedad privada”, cit., p. 607.

Ambos regímenes, tanto el colombiano como el español, comparten la función social como el común denominador en la definición de la propiedad. La intención del constituyente al hacer referencia a la “función social” permite colegir que el ejercicio liberal de la propiedad está mermado y lo transforma en una prerrogativa con límites y obligaciones para el titular del derecho¹⁸³. Las voces “función social” y “función ecológica” (esta última usada junto con la anterior en el caso colombiano) son conceptos vagos y sin precisión, pero su virtud radica en la posibilidad que abren para que el legislador intervenga y limite el ejercicio del derecho. En ese sentido, es necesario entender que “el derecho del propietario debe cumplir finalidades sociales, servir también a las necesidades de la colectividad”¹⁸⁴, tal y como sostuvo el Tribunal. Con este cambio en la concepción del derecho de propiedad, se convierte en un derecho normalmente limitable¹⁸⁵.

El derecho de propiedad entonces se erige dentro de la Constitución: 1. Como un límite al ejercicio del poder por parte del Estado; 2. Como un derecho cuya protección está a cargo del Estado; 3. Como una prerrogativa cuyos titulares pueden ejercer con unos límites y, sobre todo, unos fines¹⁸⁶:

- a) El derecho de propiedad, como límite al poder, es una garantía para los ciudadanos que se ve reflejada con la protección al ámbito objetivo del derecho, es decir, la reserva de ley, la limitación a las expropiaciones y la prohibición de la confiscación. Este aspecto se revela como la garantía institucional, consiste en una serie de normas que dan forma e identidad al derecho de propiedad desde la perspectiva objetiva. En consecuencia, para limitar o privar del ejercicio del derecho a su titular es necesario que exista una justificación que aporte legitimidad a dicha limitación o privación. Así pues, la expropiación (o cualquier otra limitación) debe sustentarse en la presencia de un interés general o utilidad social,

¹⁸³ R. COLINA GAREA; J. M. PENA LÓPEZ, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 62.

¹⁸⁴ A. M. LÓPEZ LÓPEZ, “El Derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, vol. 5, Comares, Granada, 2002, p. 254.

¹⁸⁵ R. COLINA GAREA; J. M. PENA LÓPEZ, *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, cit., p. 62.

¹⁸⁶ El tratamiento constitucional de la propiedad privada entonces recoge las obligaciones de protección de tipo liberal clásico, así, la obligación de garantizar y hacer respetar el ejercicio de la propiedad privada, esto es, el deber de no intervenir en el disfrute y disposición y, además, asegurar que tampoco se impida por parte de terceros. A su vez, se deja el derecho de propiedad apartado de leyes futuras, prohibiendo la retroactividad de la ley.

y las medidas que se tomen deberán responder al principio de proporcionalidad y demás principios de la actividad administrativa.

- b) En segundo lugar, como un derecho cuya protección corresponde al Estado, que debe arbitrar recursos para defender el derecho de propiedad frente a la perturbación de su disfrute por parte de terceros. Así pues, desde acciones reivindicativas, hasta acciones de protección de marcas y propiedad intelectual, e incluso las propias del derecho administrativo frente a los posibles detrimentos que pueda causar la Administración. Es de notar que la Constitución ha preferido garantizar el derecho de propiedad desde una perspectiva objetiva, a través de la reserva de ley y de recursos de inconstitucionalidad, mientras la protección subjetiva corresponde al ámbito legal¹⁸⁷. Estas dos dimensiones (límite del poder estatal y derecho de protección estatal) son las más clásicas, propias del modelo liberal que apostaba por una garantía de no intervencionismo del Estado.
- c) Sobre el tercer aspecto, la posibilidad de disfrutar del derecho con límites y de acuerdo con unos fines, hay que señalar que son los que la ley determine sin que lleguen a ser tan gravosos que desnaturalicen el derecho. Ahora bien, lo más importante para este estudio se refiere a los fines: el contenido de la cláusula de Estado social se materializa en los fines que son legítimos para el ejercicio del derecho de propiedad y se integra en este contenido la función social. La titularidad del derecho de propiedad otorga los atributos de uso, goce y disposición, los clásicos asociados al Derecho civil. Sin embargo, todo ese contenido que sigue presente queda condicionado y enmarcado en la función social de la propiedad a la que se refieren las constituciones.

Es fundamental tratar de determinar el contenido del derecho de dominio. El derecho tiene por lo menos dos aspectos. En primer lugar, la propiedad debe/tiene que reportar un beneficio al titular del derecho, y, en segundo lugar, identificar el contenido de la función social ya que esta define el derecho y sus contornos, y, en esa medida, los fines y obligaciones que nacen de su titularidad. El Tribunal Constitucional español ha introducido un método para identificar el contenido esencial de cualquier derecho¹⁸⁸;

¹⁸⁷ E. ALBERTÍ ROVIRA Y OTROS, "La constitución económica", cit., pp. 146-147.

¹⁸⁸ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 11/1981*. "Constituye el contenido esencial del derecho aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como

partiendo de la necesidad de que el derecho reporte una utilidad y beneficio, aunado a la definición de contenido esencial del derecho. Con todo, ya que el dominio puede recaer sobre diversa tipología de bienes y, en esa medida, las prerrogativas que el derecho de dominio otorga son diferentes, se puede concluir que la identificación abstracta de dicho contenido se hace imposible. Por ejemplo, la propiedad sobre obras de arte apareja la obligación de conservación, la propiedad de tierras productivas da lugar a la obligación de explotarlas e incluso al cuidado del suelo, o a la obligatoriedad de utilizar una marca (que si bien es una licencia, se puede amparar bajo el concepto de relación jurídico patrimonial).

La falta de definición del derecho de propiedad, desde el punto de vista constitucional, ha llevado a que el significado y alcance se haya elaborado de manera negativa. En otras palabras, la facultad de ejercicio del derecho de propiedad no está claramente definida; y los pronunciamientos judiciales que han determinado su alcance se han limitado a establecer los casos en los que el ejercicio de la propiedad no se ajusta a la Constitución¹⁸⁹. Esta delineación negativa se ha desarrollado utilizando los conceptos función social y función ecológica, que han llevado a limitar el derecho de propiedad de diversas maneras según el caso concreto¹⁹⁰. Aunque no existe una definición clara de los límites que son constitucionalmente aceptables o no que pueden afectar el derecho, hay que tener en cuenta que una determinada limitación al atributo de la disponibilidad del derecho de propiedad puede llegar a desnaturalizarlo, según sea el alcance de dicha limitación. Al margen de lo anterior, debemos dejar constancia de que no existe una definición clara y decantada de los límites que son constitucionalmente aceptables o no respecto del derecho, y en su lugar se hace indispensable comprender que dichos límites dependerán del objeto del derecho de propiedad, y que, en caso de ser identificados, no

pertenciente al tipo descrito y sin los cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico en que cada caso se trate y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”

¹⁸⁹ H. SANTAELLA QUINTERO, “Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, 21, 2011.

¹⁹⁰ Así, por ejemplo, se ha limitado, por parte del legislador la posibilidad de vender tierras que se encuentren dentro del Sistema de Parques Naturales Nacionales. Ahí la Corte Constitucional colombiana consideró que la prohibición era constitucional, argumentando que es una restricción que se ajusta a la norma fundamental ya que protege el interés general y realiza la función ecológica. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-186/06. En el trabajo N. PÉREZ SOLA, “Las limitaciones al derecho de propiedad derivadas de la normativa agraria y medio ambiental”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 1, 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994., se presentan varios casos de intervención sobre el derecho de propiedad en el caso español sobre propiedad rústica (especialmente p. 1021 y ss).

son inmóviles, toda vez que responden a criterios flexibles como el interés general o el interés social.

En conclusión, el derecho de propiedad tiene un desarrollo constitucional que expresa las garantías propias del Estado liberal, establece las obligaciones de carácter negativo para que se realice; sin embargo, no hay una definición clara del derecho de propiedad ni su contenido. Además, la Constitución apuesta por un contenido social de la propiedad y le impone unos límites que son la función social y/o función ecológica y, por tanto, se hace patente la necesidad de una interpretación sistemática que la dote de contenido. Precisamente, la cláusula de Estado Social de Derecho es uno de los criterios fundamentales a la hora de desarrollar esta tarea.

El ejercicio del derecho de propiedad es muy amplio, siempre y cuando no desborde los límites constitucionales (definición negativa del derecho); pero la regulación del derecho de propiedad determina el sistema económico y, en este caso concreto, la función social de la propiedad se convierte en un instrumento importante para la planificación y dirección general de la economía. La propiedad privada entendida como función social es un presupuesto para la consolidación del Estado social de Derecho y le imprime un sentido claro a la Constitución económica.

La propiedad entendida como función social es un instrumento de planificación económica fundamental, ya que se proyecta sobre los bienes de producción que son los medios para alcanzar los fines del Estado: el orden económico justo, la igualdad material, entre otros. Los mejores ejemplos de esta manifestación de la función social tienen que ver con los límites que impone el Estado, a través de la ley, al uso de la tierra y, sobre todo, en las obligaciones de carácter positivo de explotación de la tierra, la prohibición de dividir los terrenos o de concentrarlos, o de edificar en terrenos rurales. En el caso colombiano, además, existe el imperativo de promover el acceso a la propiedad de la tierra por parte de los campesinos¹⁹¹. La naturaleza de estos deberes de promoción es propia del Estado social y busca fortalecer a un grupo especialmente vulnerable y que de manera sistemática ha sido objetivo de todos los bandos del conflicto armado. Su

¹⁹¹ Las disposiciones contenidas en los artículos 60 y 64 CP traen obligaciones positivas a cargo del Estado: promover el acceso a la propiedad privada y con especial énfasis en el trabajador agrario y el acceso a la propiedad de la tierra. Estas obligaciones de promoción deben ser leídas en el contexto de un país sumido en un conflicto armado que en buena medida ha sido alimentado por una política agraria deficiente.

propósito es alcanzar la igualdad¹⁹². La Corte Constitucional ha interpretado que la dignificación de la vida en el campo es uno de los fines del Estado social proclamado por la Constitución de 1991, y para alcanzar ese fin es indispensable la promoción al acceso de la propiedad¹⁹³. Estos deberes han legitimado las decisiones de política agrícola, y han permitido garantizar la división eficiente de las tierras, evitando los latifundios y minifundios en algunos casos concretos. Disposiciones como ésta hacen que el Estado tenga una actividad vigorosa en el cumplimiento de los fines que se han trazado en el ordenamiento jurídico. Esto es solo una manifestación de que la cláusula de Estado social sirve, o ha servido, para llenar de contenido esas expresiones que se revelaban vacías.

La función social en el derecho de propiedad exige que el derecho quede dispuesto de tal manera que permita alcanzar los fines del Estado social. Dicho de otro modo, la propiedad (como función social) hace las veces de catalizador para cumplir con los fines del Estado, y esta característica es la que legitima los límites que se puedan imponer al ejercicio del derecho. En consecuencia, las limitaciones del derecho que se realicen con unos fines loables desde el punto de vista constitucional tendrán cobertura constitucional.

Es muy importante dar un contenido lato al derecho de propiedad en el sentido de que regula relaciones jurídico-patrimoniales y no solo el derecho de dominio, ya que la función social de muchos de estos objetos se quedaría por fuera del régimen del Estado social de Derecho; así, por ejemplo, la prestación de servicios, patentes, propiedad intelectual, e, incluso, las relaciones que puede crear la concesión de una licencia de explotación de recursos. Además, el debilitamiento de la protección tanto objetiva como subjetiva del derecho de propiedad, para dar ventaja al interés general, en el marco de un Estado social de Derecho, debe hacerse extensible a todas las relaciones jurídico-patrimoniales posibles. Esta es la manera de mantener dentro de los límites constitucionales las consecuencias jurídico-políticas del ejercicio del derecho de propiedad de las que nos advertía García Pelayo.

¹⁹² La sostenibilidad fiscal juega un papel protagónico en estos días respecto de las obligaciones de promoción del derecho a la propiedad de la tierra de los campesinos. Los acuerdos de paz suscritos en La Habana en el año 2016 tienen un amplio contenido sobre uso y disposición de las tierras; sin embargo, para cumplir con todos esos compromisos hace falta un gran esfuerzo económico (de gasto), así pues, la cláusula de disciplina fiscal puede convertirse en un escollo dado por la propia Constitución para lograr la consolidación de los derechos y el cumplimiento de los acuerdos de paz que buscan poner fin al conflicto armado.

¹⁹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-536/97*.

c. La libertad de empresa en el marco del Estado social de Derecho

El artículo 38 de la Constitución española establece: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

La Constitución colombiana, en el artículo 333, también consagra la libertad de empresa:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

La libertad de empresa, al igual que el derecho de propiedad, es uno de los presupuestos de la economía de mercado. La dimensión de la libertad de empresa determina el tamaño del mercado, los ámbitos donde el mercado es libre y las condiciones de acceso al mismo. De ahí que sea otro de los pilares de la Constitución económica. La envergadura de dicha libertad depende en buena medida de lo que se entienda por *economía de mercado*. Así pues, García Pelayo identifica que existen por lo menos tres posibles interpretaciones y modulaciones de dicha acepción: primera, una economía libre de mercado, donde el Estado crea unas estructuras para el funcionamiento del mercado, aunque sin intervenir en la dirección y orientación de las líneas político-económicas. Segunda, una economía social de mercado en la competencia se sitúa en el centro del modelo confiando en que la interacción de los agentes del mercado logrará un desarrollo

adecuado de la economía y en ese mismo sentido del bienestar. Este sistema admite la intervención del Estado en algunos aspectos fundamentales como la garantía de la competencia, políticas anticíclicas, estabilización de precios, es decir, medidas destinadas a corregir los efectos nocivos del mercado. Tercera, la economía dirigida, en la cual el Estado tiene una participación activa, no como sustituto del mercado, sino que reconoce su insuficiencia para autorregularse; es más, se admite que existen políticas sociales que el mercado no busca alcanzar, y que, por tanto, le corresponde al Estado fomentarlas y propender por ellas, pero no reemplazando la libertad del empresario o el principio de ordenación económica¹⁹⁴.

La libertad de empresa, en el caso español, se desarrolla en el marco de “la economía de mercado”, tal y como lo establece el artículo 38 CE. La libertad de empresa, desde el punto de vista objetivo, se protege mediante la reserva de ley y las acciones que protegen la constitucionalidad del sistema (artículo 53.1 CE). Además, en el caso español, se infiere la existencia de un contenido esencial.

En la Constitución colombiana, por su parte, no se hace referencia a ningún modelo de manera explícita. Sin embargo, la Corte Constitucional, desde tempranos pronunciamientos, ha partido del supuesto y reconocimiento de la “economía de mercado” como modelo y más recientemente la ha calificado como “social”¹⁹⁵.

La protección de la libertad de empresa desde el ámbito subjetivo, al igual que la del derecho de propiedad, ha sido debilitada para dar cabida al interés público. En consecuencia, la protección del derecho no es posible mediante la acción de tutela o de amparo. Afirma Albertí Rovira, siguiendo la postura de Aragón Reyes, que “la Constitución acentúa la libertad de empresa en su dimensión objetiva, como elemento estructural e institución básica del orden económico”¹⁹⁶. En este mismo sentido se expresa Bassols Coma, que sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido la libertad de empresa en su aspecto de garantía institucional y no tanto como derecho subjetivo¹⁹⁷.

¹⁹⁴ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2864.

¹⁹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-492/93*; *Sentencia C-524/95*; *Sentencia C-1045/00*; Recientemente, la misma Corte ha dicho que la Constitución ha adoptado la “economía social de mercado” *Sentencia C-865/04*; *Sentencia C-263/11*; *Sentencia C-665/16*.

¹⁹⁶ E. ALBERTÍ ROVIRA Y OTROS, “La constitución económica”, cit., p. 150.

¹⁹⁷ M. BASSOLS COMA, “La Constitución como marco de la legislación económica”, *Economía industrial*, 349, 2003, p. 21.

Desde un punto de vista subjetivo, la libertad de empresa consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de disponer de sus recursos privados para fundar y mantener empresas económicas de manera libre. Por otro lado, implica el principio de ordenación económica, que es la prerrogativa de la empresa para decidir la forma en la que va a llevar a cabo su actividad, es decir, la planeación de acuerdo con las condiciones del mercado¹⁹⁸ e incluso de acuerdo con los intereses de los propietarios de la empresa.

Una particularidad de la libertad empresa es que su protección está condicionada a que el mercado funcione de manera adecuada, incluso bajo un modelo liberal abstencionista. En esa medida, la libertad de empresa debe ser protegida de las amenazas que surjan del funcionamiento del propio mercado, la tendencia a la existencia de monopolios y oligopolios que pueden afectar la libre competencia y la competencia son un buen ejemplo de esta singularidad. Esto implica que la defensa de la libre competencia, que puede ser vista como una restricción de la libertad de empresa, es en realidad su garantía definitiva¹⁹⁹.

La libertad de empresa en el ordenamiento constitucional colombiano debe conciliarse con la función de intervención del Estado en la economía. La libertad de empresa se encuentra contenida en el artículo 333 de la Carta, dentro del título XII “Del régimen económico y la hacienda pública”. No hay una mención expresa de este derecho en el catálogo de derechos de la primera parte de la Carta. La Constitución recoge la iniciativa privada y la actividad económica como actividades libres. No obstante, subordina dicha libertad al bien común; a renglón seguido define la libertad económica como un derecho que supone responsabilidades y establece que la empresa tiene una función social que implica obligaciones.

En Colombia, la Corte Constitucional, pese a la importancia que tiene este derecho, nunca lo ha considerado como un derecho fundamental; más bien al contrario, se ha ratificado en la idea de que no es un derecho fundamental de manera expresa²⁰⁰. Esta construcción obedece en buena medida a la reticencia que genera la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas privadas y de derecho público.

¹⁹⁸ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2863.

¹⁹⁹ E. ALBERTÍ ROVIRA Y OTROS, “La constitución económica”, cit., pp. 151-152.

²⁰⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-182/98*; *Sentencia C-352/09*; *Sentencia C-486/09*.

Sin embargo, la idea de que existe, por lo menos, algún contenido *ius fundamental* en dicha libertad, es evidente.

La comprensión del derecho a la libertad de empresa, en el caso colombiano, requiere hacer una interpretación sistemática de varios contenidos: la cláusula general de libertad (artículo 16), derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14) y la libertad de desarrollar actividades económicas (artículo 333). Todo ello se debe compatibilizar con la intervención del Estado en la economía, es decir, con la función de dirigir la economía e intervenir en ella (artículo 334). Hay que destacar que la intervención del Estado en la economía no es solo una potestad que tiene el Estado, sino un imperativo que el constituyente le ha deferido con unos fines específicos (bien común, funcionamiento del mercado, sostenibilidad fiscal²⁰¹, distribución y acceso a bienes y servicios). Por otra parte, el artículo otorga al legislador la competencia para determinar el alcance de la libertad económica, aunque esta facultad queda sometida a unos límites que son: “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Dicha intervención, por tanto, tiene una naturaleza restringida, requiere de una justificación que se ajuste a esos aspectos para habilitarse y trazar los límites.

Así pues, la protección de la libertad de empresa ha sido desarrollada a través del amparo de otros derechos, estos sí, fundamentales, como la igualdad o el trabajo, o, simplemente, se ha protegido atendiendo a las obligaciones inherentes a la libertad de empresa y su función social²⁰². La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la Constitución de 1991 da un valor superior a los derechos asociados a la calidad de ser humano y no a los de naturaleza económica. Sin embargo, al momento de determinar si las limitaciones al derecho son ajustadas o no a la Constitución, la Corte ha recurrido a los recursos argumentativos que se utilizan para resolver problemas de derechos

²⁰¹ Este artículo fue objeto de la reforma que estamos estudiando, en el sentido de que el imperativo de la intervención originalmente no contemplaba la sostenibilidad fiscal como uno de los fines de dicha intervención.

²⁰² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-375//97*. En este caso un microempresario solicita la protección a través de la acción de tutela ya que la empresa que le proveía de materia prima se niega a continuar vendiéndole como retaliación por una denuncia que el primero dirigió a la segunda por incumplir con las cantidades anunciadas de producto (bloques de parafina que pesaban menos). La Corte protege el derecho del microempresario atendiendo a que no hay otros proveedores del bien en el mercado y en esa medida habría un abuso de posición dominante; también sostiene que dicha decisión vulnera el derecho al trabajo del actor y el derecho a la libertad de empresa; en consecuencia, ordena a la empresa “poner término a la conducta asumida frente al demandante”.

fundamentales: la teoría del núcleo esencial²⁰³, la conexidad²⁰⁴, y la realización del test de proporcionalidad²⁰⁵ para identificar si los límites al ejercicio del derecho se ajustan o no al texto constitucional²⁰⁶. En consecuencia, para la Corte colombiana, la naturaleza fundamental de este derecho se afirma cuando por conexidad se violan otros derechos fundamentales²⁰⁷. Además, en un Estado que ha adoptado un modelo de economía de mercado, el ejercicio de la actividad empresarial y comercial está íntimamente ligado a la dignidad humana y, en esa medida, su condición de derecho fundamental se hace patente.

En el caso español, la libertad de empresa forma parte del capítulo de derechos fundamentales y de las libertades públicas²⁰⁸. En el mismo artículo que contempla el derecho se encuentra uno de los límites y garantías para el ejercicio del derecho: el modelo de economía de mercado. Sin embargo, no es un derecho susceptible de amparo (aunque no se debe incurrir en el error de afirmar que la libertad de empresa no es un derecho fundamental por el hecho de no ser objeto de protección de amparo). La protección de este derecho cuenta con las garantías de reserva de ley y contenido esencial contenidas en el artículo 53.1.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 38, parece fácil afirmar que el mercado es un presupuesto *sine qua non* para comprender y desarrollar la libertad de empresa. En su contenido se contempla un mandato de actuación respecto de la existencia y buen funcionamiento del mercado. Aunque la intervención clásica -que es fundamentalmente

²⁰³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-263/11*, cit. "...el núcleo esencial de la libertad de empresa comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable."

²⁰⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-157/99*. "18. En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y, además, pueden ser limitados ampliamente por el legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. arts. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la *ius fundamentalidad* de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental. Por lo tanto, es claro que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad."

²⁰⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-432/10*.

²⁰⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-352/09*, cit.

²⁰⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-157/99*, cit.

²⁰⁸ ESPAÑA, *Constitución española*, 1978. art.38: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación."

negativa- sigue presente, el propio artículo establece la posibilidad de adelantar intervenciones en la economía de otra naturaleza (prevé la protección de la libertad de empresa por parte de los poderes públicos de acuerdo con la economía en general y eventualmente la de planificación). Así, la iniciativa pública (artículo 128 CE) se erige como uno de los límites a la libertad de empresa. De modo que aunque el mercado es un elemento nuclear de dicha libertad, la cláusula de iniciativa pública permite al Estado hacer grandes intervenciones sobre la economía y sobre la empresa; es más, es una cláusula que expresamente faculta al legislador para que decida cuánto mercado debe existir. De este modo, reservar ámbitos del mercado para excluir a la empresa privada de su prestación, especialmente sobre los monopolios, o “intervenir en empresas cuando así lo exigiere el interés general”, son límites que la propia Constitución advierte como “posibilidades” de intervención por parte del Estado en la economía²⁰⁹. Vale la pena aclarar que la palabra “posibilidades” se contrapone al imperativo de intervenir. Es decir, del artículo 128 CE no es dable, por lo menos en principio, interpretar que se está frente a una obligación del Estado de intervenir en la economía. Es más, tratándose de interpretaciones para limitar las libertades, la apreciación debe ser restrictiva respecto de las medidas que delinear dicha libertad: la intervención del Estado en la economía debe obedecer a un “interés general” que justifique dicha intervención o medida, y, en sentido contrario, la libertad de empresa no precisa ningún tipo de justificación para su ejercicio, sino que es un derecho cuyos titulares pueden ejercer tan ampliamente como la ley lo permita.

Respecto del contenido esencial, es inútil tratar de buscarlo con certeza ya que parece que siempre hay buenas razones para limitar el ejercicio de dicha libertad; así, es relativamente sencillo buscar los límites donde el ejercicio de dicha libertad se desborda y se constituye en un abuso o, simplemente, es inconstitucional. Frente a los peligros de vaciar el contenido esencial de la libertad de empresa ya advertía Aragón Reyes (aunque refiriéndose con carácter general a todas las libertades fundamentales): “Pero el contenido esencial es otra cosa. El contenido esencial de una libertad no es una libertad condicionada, sino, por así decirlo, una libertad absoluta (el mínimo completamente

²⁰⁹ J. C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 378.

irreductible de esa libertad que prevalece frente a cualquier otro valor, sencillamente porque si ese mínimo no se preservara la libertad literalmente desaparecería)”²¹⁰. Y si resulta complicado imponer límites o restricciones de ese contenido esencial, no menos lo es encontrar o definir la parte positiva. Además, aunado a la diversidad de la naturaleza de las actividades económicas, mal podría determinarse la existencia de un contenido esencial específico con la capacidad de abarcar todas las dimensiones de dicha libertad. Por ello estamos de acuerdo con Bassols Coma cuando concluye que “no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta”, y añade que “las limitaciones que a la libertad de elección, de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada la mayor parte por preceptos de carácter infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales solo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantiza de contenido esencial alguno”²¹¹.

Para encontrar ese contenido esencial de la libertad de empresa se han formulado varias aproximaciones teóricas. Una de ellas basa el núcleo del derecho en la igualdad y parte de un presupuesto: no todas las empresas tienen las mismas libertades ya que dependiendo de su ubicación en el mercado, o, mejor dicho, dependiendo de la actividad que desarrollen, tendrán unas prerrogativas u otras. Propone dicha teoría que la definición del núcleo esencial venga dada por la igualdad que se pregona respecto de las demás empresas que desarrollen la misma actividad. Así pues, se sugiere que la intervención del Estado debe respetar el principio de igualdad. Sin embargo, esta estrategia o argumentación difícilmente puede conducir a un contenido concluyente de la libertad de empresa ya que, como bien señala Aragón Reyes, el tratamiento paritario puede consistir en igualdad de “no libertad”, lo cual vacía “el contenido esencial” del derecho a la libertad de empresa. Otra posibilidad es mantener como referente la libertad de empresa desde su punto de vista subjetivo; sin embargo, la conclusión que ha tenido esta salida es la negación de un contenido esencial. Así advierte también Aragón Reyes que ha ocurrido en otros países. De Juan Asenjo, por su parte, afirma que el contenido esencial de “la libertad de empresa, considerada en su calidad de derecho subjetivo, queda a salvo

²¹⁰ M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 20.

²¹¹ M. BASSOLS COMA, “La Constitución como marco de la legislación económica”, cit., p. 20.

siempre que el empresario permanezca libre de introducirse en ese sector o abandonarlo”²¹² y vale la pena señalar que, además del acceso y el abandono de la actividad o sector, es indispensable agregar “la autonomía en la dirección de la empresa, sin la cual no sería empresa privada sino pública”²¹³. Pese a todo lo anterior y como conclusión, en el caso español no es posible escapar a la necesidad de determinar el contenido esencial del derecho ya que “existe” literalmente en el texto constitucional derivado del artículo 53 CE.²¹⁴

Tampoco se puede perder de vista que el ejercicio de la libertad de empresa se desarrolla de manera concomitante con otros derechos fundamentales; por ejemplo, los de asociación, libertad de expresión, propiedad, igualdad, intimidad y reserva de las comunicaciones, entre muchos otros. Por esto, no debe entenderse que si la libertad de empresa queda eclipsada por los demás derechos hasta llegar a definir la libertad de empresa en función de los límites de los derechos relacionados; antes al contrario, es la muestra de que la libertad de empresa ocupa un lugar preponderante dentro del ordenamiento jurídico y del sistema económico; y el hecho de que tenga unos límites especiales y un contenido difuso no la priva de independencia y enjundia.

La libertad de empresa en su dimensión subjetiva, es decir, con relación a la posibilidad que tienen los ciudadanos de desarrollar la actividad económica que prefieran y de la manera que consideren mejor, no plantea muchos desafíos para la comprensión de la Constitución económica. Las Cartas hacen referencia a la necesidad de respetar la Constitución y las leyes. De tal manera que las regulaciones sobre el desarrollo de las actividades económicas están sujetas al establecimiento de unos requisitos y reglas que las leyes fijan, que deben ser las menos posibles, y de este espacio que las leyes dejan, se deja al mercado la decisión de cómo se van a producir los bienes y servicios que se demandan²¹⁵. Nace entonces una obligación de carácter negativo para las autoridades, en el sentido de permitir el ejercicio de cualquier actividad económica lícita, esto es, sin exigir requisitos especiales o diferentes de los consagrados en las leyes.

²¹² M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y estado social*, cit., pp. 20-21; O. DE JUAN ASENJO, *La constitución económica española: iniciación económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, cit., p. 161.

²¹³ M. ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y estado social*, cit.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ J. L. MONEREO PÉREZ, “La Constitución social del trabajo y su crisis”, cit., p. 18.

Los límites a la libertad de empresa también están presentes en la ordenación constitucional: a) en el caso español, el elemento decisivo es la subordinación de la libertad de empresa a la riqueza que hace el artículo 128.1 CE, que ya anotamos también en el supuesto del derecho de propiedad; b) en el caso colombiano, el artículo 333 CP sostiene que “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”; por otra parte, el mismo artículo señala que “la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones”.

La libertad de empresa, en el marco de un Estado social de Derecho, se erige como un derecho de los ciudadanos; podría decirse que es el reconocimiento de la “libertad para ganarse la vida”. La regulación de la libertad de empresa en el marco de la Constitución tiene como fin mantener dentro de sus límites el ejercicio de dicha libertad; asimismo, es una regulación que no permanece ajena a las posibles anomalías que el funcionamiento del mercado pueda producir y, en consecuencia, faculta y manda al Estado intervenir en aras de corregir ese funcionamiento deficitario.

En resumen, el Estado social de Derecho se proyecta con fuerza sobre toda la actividad económica y es allí donde su intervención tiene los efectos reales que le permiten alcanzar los fines del modelo. La actividad del Estado social en el ámbito económico, ya sea en la regulación de las relaciones de trabajo, en los límites al ejercicio de la propiedad, o en la libertad de empresa, es el signo de identidad del modelo de Estado social, de ahí que el cambio que supone sea estructural y no meramente semántico respecto de los fines que se ha trazado.

d. El derecho al trabajo y su relación con la cláusula de Estado social de Derecho

El artículo 35 de la Constitución española consagra el derecho al trabajo en estos términos: “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores”.

La Constitución colombiana lo reconoce en el artículo 25 con este tenor literal: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la

especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

La configuración del derecho/deber del trabajo es determinante para la Constitución económica. En él confluyen la libertad de elegir la profesión u oficio y la dignidad humana que implica unos límites a la autonomía de la voluntad en materia de contratación y condiciones de trabajo; también incluye la formulación de políticas económicas, como el pleno empleo y, por esta vía, se reglamenta una nueva dimensión de la intervención del Estado en la economía. La regulación del trabajo crea unas obligaciones de promoción por parte del Estado para asegurar o, por lo menos, procurar que existan puestos de trabajo que permitan la realización personal de los individuos destinatarios de la Constitución. Lo anterior es solo una parte de un complejo engranaje en el cual se encuentran la libertad de empresa, la regulación fiscal, política monetaria y de balanza comercial, orientadas a una economía sana y próspera.

La disposición de los derechos asociados a la actividad productiva constituye un marco donde ya no solamente se regulan los fenómenos propios de la empresa o de los puestos de trabajo, sino que determinan el comportamiento del mercado. En este sentido, aspectos como la productividad de las empresas, o, la competitividad tanto en el mercado interno como externo, se ven claramente determinados por el marco constitucional del derecho del trabajo y por la decisión política que la desarrolle.

El impacto macroeconómico de la regulación en el ámbito del derecho del trabajo es innegable; sin embargo, no debe perderse de vista que el marco regulatorio, en el Estado social, tiene como fin la protección de las personas y busca salvaguardar el poder político respecto del poder económico. En este sentido, la razón económica no puede ser suficiente argumento para empeorar las condiciones de trabajo ni de sus derechos asociados. La centralidad y el objeto del derecho del trabajo deben mantenerse en la esfera individual, dejando a la razón económica en el plano que le corresponde.

El derecho del trabajo tiene una connotación histórica que no es posible obviar. El reconocimiento de los derechos laborales y su protección ha sido de vital importancia para el surgimiento del Estado social de Derecho. La intervención del Estado en la formación de las relaciones laborales ha operado como un verdadero límite a la libertad de empresa y a la autonomía de la voluntad (y la posible negación de dicha libertad en el

marco de una negociación asimétrica). Esta dimensión siempre ha ido asociada a la persona y a la dignidad humana.

El derecho del trabajo ha sido presentado como el mejor ejemplo de norma programática: en términos prácticos, significa el reconocimiento de que la formulación normativa del Derecho y la realidad son abismalmente diferentes y, que la capacidad del Derecho para transformar la realidad es limitada, “degradando el derecho reconocido a simples «legítimas expectativas de los ciudadanos» a que el Estado ponga en su actualización el mayor empeño y el mayor número de medio posibles, pero sin que haya posibilidad de conceder una acción procesal para su exigibilidad directa e inmediata por el ciudadano”²¹⁶.

Con todo, la evolución reciente sobre el derecho del trabajo cuestiona su propia naturaleza. Así pues, los intentos por establecer una mera configuración general del trabajo para “limitarse a construcciones objetivas más desnaturalizadas y menos comprometidas pero más fiables y menos frustrantes”²¹⁷ son producto de la crisis de la fuerza normativa de las cláusulas en materia de trabajo, y dejan más espacio para que el mercado decida las condiciones del mismo con mayor libertad.

En la actualidad, las relaciones laborales están sufriendo una transformación sin precedentes, que obedece a la adaptación del mercado de trabajo a los postulados de la globalización. La flexibilización laboral, que sacrifica la estabilidad en el empleo, desmejora las condiciones laborales, diluye las bases del derecho al trabajo constitucionalmente garantizado y permite vislumbrar la retirada del Estado social, al menos parcialmente, en este aspecto. Como advierte Molina Navarrete, se trata, por un lado, de “eliminar o descomponer la formación del trabajo «como sujeto político o como movimiento social»; y, por otro, de “dotar de una propia consistencia y centralidad otras formas de trabajo diferentes al trabajo asalariado, que habría ocupado esa posición de privilegio en épocas anteriores, aquellas en las que el derecho social al trabajo apareció y se desarrolló, pero que ahora se cuestionaría”²¹⁸.

²¹⁶ C. MOLINA NAVARRETE; J. L. MONEREO PÉREZ, “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en Cristóbal Molina Navarrete, José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, 1, Comares, Granada, 2002, p. 289.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 291.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 294.

El trabajo es un factor de producción de las empresas; en consecuencia, existe un mercado de trabajo en el cual se deciden buena parte de las condiciones para el desarrollo de la actividad. Sin embargo, es un mercado donde las asimetrías de las partes que negocian (trabajadores o desempleados y empresarios) son evidentes, de ahí que el constituyente se haya preocupado por identificar esta situación y, en consecuencia, haya dispuesto medidas que intenten mitigar dichas asimetrías. Es más, el Estado social de Derecho viene a “desmercantilizar”, en palabras de Monereo Pérez²¹⁹, las relaciones laborales. La comparación del modelo liberal burgués respecto de la propuesta de Estado social muestra cómo el reconocimiento del trabajo como una actividad que realizan personas permite evolucionar y superar la idea del trabajo como una mera mercancía y se identifica la necesidad de que el Estado intervenga, evitando que las condiciones de trabajo se dejen definir por el funcionamiento y albur del mercado.

Sostiene Monereo Pérez que el mercado debe ser regulado por el Estado social de Derecho. En esa medida, el reconocimiento de las tensiones entre la razón social y la razón económica reclaman un control y una dirección del mercado; además, se deben establecer “derechos de desmercantilización (derechos sociales)” para lograr los fines de igualdad que se ha trazado el modelo de Estado con un contenido social²²⁰.

Con todo, la flexibilización laboral, la globalización y, en definitiva, la adopción de la razón económica como determinante de los derechos que es “posible” alcanzar, ha permeado en la pretensión de equilibrar las tensiones producto de las relaciones asimétricas en el ámbito del trabajo. La Constitución del Estado social, en parte producto de su apertura, se ha venido retirando paulatinamente del compromiso de mantener bajo control las fuerzas del mercado. Esta retirada está devolviendo el poder al mercado para decidir las condiciones del trabajo, es decir, estamos siendo testigos de un regreso a las nociones propias de la Constitución liberal burguesa²²¹.

La proyección de la cláusula de Estado social de Derecho respecto del derecho del trabajo es palmaria. Las disposiciones que protegen el derecho del trabajo son manifestaciones claras del espíritu social que se predica; sin ánimo de incurrir en lo tautológico que parece lo anterior, es de notar que el pilar sobre el cual descansa el trabajo

²¹⁹ “La Constitución social del trabajo y su crisis”, cit., p. 14.

²²⁰ *Ibid.*, p. 15 y 19.

²²¹ En este sentido son muy ilustrativas las reflexiones de J. L. MONEREO PÉREZ, “La Constitución social del trabajo y su crisis”, cit..

y todos sus alcances atañe al ámbito de la dignidad humana. De ahí que el derecho al trabajo sea recogido como un derecho fundamental en ambos ordenamientos (español y colombiano).

El trabajo fue recogido por las Constituciones de Colombia y España como un derecho y un deber de los ciudadanos. Desde la perspectiva subjetiva, no se expresa en el sentido de garantizar un puesto de trabajo a todas las personas, ya que, como es obvio en nuestro sistema económico, el acceso al trabajo realmente está determinado por el mercado, por el ejercicio de la libertad de empresa y por la libertad de contratar. La verdadera regulación que buscaron los constituyentes tiene que ver con que las relaciones laborales disten de la esclavitud, garanticen la dignidad humana y que el acceso al trabajo no sirva como escenario de discriminación.

A esta primera aproximación que desarrolla la esfera individual y más básica del Derecho deben agregarse los fines constitucionales: el orden económico y social justo, y las directrices constitucionales de llevar “una política orientada al pleno empleo” (art. 40.1 CE), en el caso español, o de intervenir para “dar pleno empleo a los recursos humanos” (art. 334 C.P), en el caso colombiano; todo ello, además, en un marco jurídico internacional de obligaciones y garantías alrededor del derecho al trabajo:

- a) El trabajo ocupa un lugar privilegiado²²² dentro del ordenamiento constitucional colombiano. Son numerosos y de gran importancia los preceptos que se dedican a crear un marco institucional para entender el trabajo²²³. Así, desde el artículo 1, la Constitución reconoce el trabajo como uno de los pilares en que se funda el Estado y lo sitúa al mismo nivel que la dignidad humana y la solidaridad. El trabajo se entiende como un requisito para materializar la dignidad humana, y, además, es uno de los factores fundamentales para alcanzar la igualdad en una sociedad con un

²²² El trabajo en la Constitución de Colombia está dentro del Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, Capítulo I “De los derechos fundamentales”, se establece como “un derecho y un deber social”; además, en la parte final del texto se presenta así: “Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.”

²²³ COLOMBIA, *CP*, cit. El artículo 17 proscribire la esclavitud, el artículo 26 establece la libertad de oficio, el artículo 39 garantiza la libertad de asociación, el artículo 36 plasma la igualdad y no discriminación de la mujer y la protección especial que merece durante el periodo de embarazo y después del parto, el artículo 44 trata de la protección a los niños de “la explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”, el artículo 54 vela por la capacitación adecuada de los trabajadores y crea, a cargo del Estado, la obligación de propiciar ubicaciones de trabajo incluyendo a los minusválidos, el artículo 55 sobre negociación colectiva, el artículo 56 garantiza el derecho de huelga, el artículo 57 exhorta a crear estímulos para que los trabajadores participen en la dirección de las empresas, y, finalmente, el artículo 103 sostiene que el Estado contribuirá a la organización, capacitación y promoción de asociaciones sindicales, entre otras, y las señala como formas participación democrática

sistema capitalista²²⁴. Por su parte, el artículo 48 establece un amplio y detallado contenido del derecho a la seguridad social²²⁵. El artículo 53, que reglamenta el trabajo propiamente dicho, impele al legislador la expedición de un estatuto del trabajo que contenga, por lo menos, la regulación de ciertos aspectos²²⁶ que limitan considerablemente esa libertad de configuración legislativa. Hasta el momento de escribir estas líneas el estatuto del trabajador no había sido tramitado.

- b) La Constitución española, desde el Título Preliminar, reconoce la importancia del trabajo dentro de la organización social. El artículo 7 protege las asociaciones sindicales como una actividad libre. Asimismo, se ocupa del derecho al trabajo en el artículo 35, configurándolo como un deber y un derecho de los españoles. También confía en el poder legislativo para su desarrollo y le otorga las competencias para regularlo de manera expresa²²⁷. Es un derecho que se vincula directamente con el derecho a la igualdad, tal y como refleja el primer inciso en su última parte al prohibir la discriminación por razón de sexo; también recoge la libertad de escoger profesión u oficio.
- c) La regulación internacional del derecho del trabajo confirma y fortalece la protección constitucional del derecho del trabajo. Colombia y España han suscrito diversos tratados en esta materia cuyo propósito es proteger las relaciones laborales. La Organización Internacional del Trabajo se estableció a partir de la primera posguerra y su creación se concretó en el propio Tratado de Versalles; sin embargo,

²²⁴ A. MOLINA HIGUERA, “Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, 1, 2007.

²²⁵ El nivel de detalle es propio del ámbito legal, sin embargo, dado el clima político del momento se reformó la Constitución (Acto Legislativo 1 de 2005) para evitar regímenes especiales en materia pensional, se decidió dar rango constitucional a las nuevas disposiciones. En esta misma reforma se incluyó como obligación del Estado mantener la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social. Con la aclaración anterior, es importante señalar que el derecho a la seguridad social se presenta como un derecho irrenunciable y como un servicio que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, pero de acuerdo con la ley; asimismo, se obliga al Estado a mantener progresivamente la cobertura de dicho servicio.

²²⁶ COLOMBIA, Constitución Política. Artículo 53: (...)“Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

²²⁷ Esto trae como consecuencia que las Comunidades Autónomas quedan excluidas de la competencia para regular temas del ámbito laboral

su actividad e importancia se consolidó con la segunda posguerra, lo cual coincidió, y no fortuitamente, con el desarrollo de los contenidos sociales de los Estados.

La regulación constitucional limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el marco de la libertad en materia de contratación, al menos desde dos perspectivas: en primer lugar, la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores se erigen como límites a la ley, los contratos y convenios colectivos. Cualquier pacto que viole dichos límites no se ajusta al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, no tiene validez. En segundo lugar, se consagra el principio de realidad sobre las formas, es decir, resulta secundaria la denominación que las partes decidan dar a su relación (así se pretende asegurar la protección a las relaciones laborales).

Resulta claro que las Constituciones se ocuparon de manera extensa de muchos aspectos que, directa o indirectamente, determinan las condiciones del derecho al trabajo. La protección en el caso colombiano es de tal envergadura que los derechos sociales de los trabajadores no pueden ser desmejorados bajo los estados de excepción, como lo dispone el artículo 215.

Con todo, la Corte Constitucional de Colombia, a través de su jurisprudencia, ha sido la encargada de proyectar el alcance de las normas constitucionales respecto del derecho al trabajo. Así sucede, por ejemplo, en lo que atañe al salario mínimo vital y capacidad adquisitiva²²⁸, libertad de negociación, dignidad humana y protección a la mujer gestante y en periodo de maternidad²²⁹. Es notorio que los principales avances los ha prologado la jurisprudencia constitucional y no la actividad legislativa. Es más, a través de la actuación de la Corte, la protección al trabajo y los derechos que lo rodean, como bien lo señalan Uprimny y García, no sólo se han hecho valer ante violaciones directas de la legislación vigente, sino que la Corte Constitucional ha protegido la libertad sindical y de asociación incluso de prácticas que, en estricto sentido, aparecían apegadas a la ley. Por ejemplo, la discriminación hacia los empleados sindicalizados consistente en asignarles menos horas extras y así promover su desvinculación de sindicato; la Corte también ordenó el reintegro de operarios que habían sido despedidos con todos los requisitos legales ya que solo había recaído sobre los trabajadores sindicalizados. Lo relevante, como bien lo apuntan los

²²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-276/97*; *Sentencia C-1064/01*.

²²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-070/13*.

autores, es que la Corte para lograr la protección de los derechos en estos casos concretos ha aplicado los postulados constitucionales y no las leyes laborales²³⁰. Esta clase de intervenciones que por su naturaleza limitan la libertad de empresa y que buscan proteger la igualdad, el derecho de asociación y el principio de no discriminación, son proyecciones del Estado social de Derecho.

Por otro lado, el derecho del trabajo no es un derecho aislado. Está íntimamente relacionado con el derecho a la seguridad social, con el derecho a la salud e incluso con la educación. Y es evidente que la efectividad de estos derechos conexos depende de la actividad del Estado, del gasto y del presupuesto que se asigne a satisfacerlos. La inclusión de cláusulas de disciplina fiscal como criterio/principio en las Constituciones hace que el derecho al trabajo, pero, sobre todo, la calidad y condiciones de su ejercicio se desplacen para dar lugar al nuevo criterio, a la razón económica. Los estándares de cumplimiento y satisfacción del derecho del trabajo y los derechos vinculados al mismo quedan reducidos respecto de la situación anterior a la reforma.

Por otra parte, la protección y mantenimiento del sistema de pensiones es uno de los mejores ejemplos de la necesidad de mantener unas finanzas saludables y fuertes que permitan cumplir al Estado con las obligaciones que tiene. Es un derecho que se ve afectado por el criterio de sostenibilidad fiscal o por el principio de estabilidad presupuestaria, por varios frentes. Por un lado, la necesidad de un gasto que procure los derechos de salud, educación, y seguridad social, y, por otro, la necesidad de que ese gasto sea responsable y que permita la satisfacción de las obligaciones a futuro con los pensionados e incluso con los acreedores de la deuda pública. Este equilibrio es uno de los principales argumentos que se esgrimen en defensa de la necesidad de implementar cláusulas de disciplina fiscal.

Para finalizar, otro aspecto relevante, y sobre el cual volveremos más adelante, es que las prestaciones propias del estado de bienestar suelen estar vinculadas al trabajo. Es decir, para acceder a los servicios públicos que ofrece el estado de bienestar es necesario, en bastantes escenarios, contar con un contrato de trabajo. El problema es que la flexibilidad (en desmedro de la seguridad o estabilidad) que hay en las relaciones de trabajo produce que los servicios asociados al trabajo no siempre están disponibles para

²³⁰ R. UPRIMNY; M. GARCÍA VILLEGAS, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, *Emancipación social y violencia en Colombia*, 2004.

el ciudadano. Por ejemplo, el servicio de salud en Colombia está directamente vinculado con la contribución que se produce en el marco de los contratos de trabajo; en el caso español la prestación por desempleo exige que haya cierta continuidad para poder acceder a ella, y dado que el mercado de trabajo no ofrece la estabilidad de manera generalizada se presentan exclusiones que significan una ausencia del Estado de bienestar en situaciones donde quizá es más necesaria su intervención. Para completar, piénsese en el caso del acceso a la pensión que requiere cierta cantidad de cotizaciones a las que es difícil llegar si se tiene un trabajo con amplios periodos de intermitencia.

7. Constitución económica europea

La Unión Europea ha significado una transformación profunda de la actividad jurídica y económica de los Estados que la conforman. El desarrollo de reglas, procedimientos y políticas cuyo objeto es regular la economía hacen necesario identificar las características que delinear el sistema económico de la Unión desde el punto de vista constitucional.

La primera cuestión es tratar de identificar si existe o no una Constitución europea. La duda nace de la inexistencia de un texto formal o de una serie de normas con una jerarquía claramente identificable que permitan establecer que se está en presencia de una Constitución propiamente dicha y no de otro tipo de norma. La inexistencia de una Constitución europea formalmente hablando, y la negativa que encontró su aprobación en los ya conocidos referendos de Francia y Holanda que produjeron la crisis del tratado constitucional, nos devuelve al punto de partida.

Para responder a este interrogante hemos establecido una distinción entre los valores propios del constitucionalismo y la Constitución como instrumento. Queremos encontrar, en el ordenamiento europeo, las características que perfilen la existencia de un constitucionalismo y, en última instancia, el perfil de una Constitución europea. Así, el constitucionalismo abrazaría los valores y fines, generalmente no estatales, que subyacen en las bases materiales e institucionales de una Constitución, y que permiten, por ejemplo, que pueda decirse que las Constituciones alemana e italiana, aún con sus evidentes diferencias, comparten una misma filosofía constitucional o constitucionalismo de raíz

humanista y kantiana, y además sostener que ambos cuentan con un sistema de democracia representativa²³¹.

Esta reflexión impide negar radicalmente la existencia de un constitucionalismo europeo. Uno de los límites para identificar la Constitución europea puede ser el concepto estrecho de Constitución asociado a un Estado o a una Federación, y que esta concepción clásica impida la identificación de los elementos que forman dicha Constitución – material- (que se elabora a partir de los postulados del constitucionalismo). Sin embargo, optar por un concepto amplio de Constitución, en el que quepa cualquier tipo de norma que organice el poder o disponga sobre temas que tradicionalmente han correspondido al ámbito constitucional, desnaturalizaría la idea de Constitución y, sobre todo, inutilizaría el concepto, por lo menos para atender al principio de supremacía en el ámbito nacional.

Abordar el problema de la Constitución europea con los cánones del constitucionalismo nacional, ya sea con los ofrecidos por Kelsen respecto de la jerarquía como criterio guía, o los postulados de Hart sobre la regla de reconocimiento, impide afirmar la existencia de una Constitución europea que supone la existencia de unos valores comunes que le dan identidad. La función de la Constitución de recoger los valores de una sociedad y la protección de la identidad nacional se ven claramente comprometidos ante el cambio de concepto de Constitución²³².

El reconocimiento de un valor normativo a la Constitución europea, equiparable al de las Constituciones nacionales, implica una paradoja, ya que la integración de los elementos constitucionales europeos se ha hecho bajo los supuestos y mandatos de la Constitución nacional. Es decir, hay una norma de reconocimiento detrás del ordenamiento europeo, lo cual impide obviar el contenido y la jerarquía de dicha norma.

La noción de *constitucionalización* europea depende de un concepto relacional de Constitución que se forma en buena medida en el estudio del “objeto” constitucional y de cómo resulta regulado este objeto a través de los instrumentos e instituciones europeos. Esta aproximación multidimensional muestra la presencia de varias Constituciones de Europa: una Constitución económica, una Constitución jurídica, una Constitución

²³¹ J. WEILER; M. WIND, *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 3..

²³² *Ibid.*, p. 16; Para una revisión pormenorizada de esta cuestión es de referencia obligada la monografía de J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, cit.

política, una Constitución de la seguridad y una Constitución social. Pese a que el uso de la noción multidimensional de Constitución puede ser útil para el ámbito nacional, en el caso europeo es absolutamente necesario, ya que el desarrollo de la regulación no se ha producido de forma simultánea y ni a través de un solo momento concreto²³³. Hay que recordar que el proceso de integración es un proceso de largo recorrido²³⁴, y sus concreciones han sido producto de una evolución constante en el tiempo.

De lo anterior es posible concluir que la construcción de la Constitución europea no pasa solamente por el reconocimiento o aprobación de una norma de mayor jerarquía, o por la existencia de una norma que dé fuerza a todas las subsiguientes, sino que es un proceso diferente con implicaciones sociales, de identidad nacional, incluso sobre la comprensión de la democracia y, en última instancia, de legitimidad del ordenamiento jurídico.

Weiler observa acertadamente que el fundamento de la construcción que se ha venido desarrollando en Europa se relaciona en buena medida con el principio de la tolerancia. “Cuando una mayoría exige obediencia de una minoría, que a su vez no se reconoce a sí misma como perteneciente al mismo grupo, es usualmente reconocida como opresión. Esto es más notorio cuando hablamos de la obediencia a la Constitución. Y, sin embargo, en la Comunidad sometemos a los pueblos europeos a una obediencia de una constitución pese a que la política europea está compuesta por pueblos diferentes”. Y aquí emerge el papel de la tolerancia: “Lo anterior es un ejemplo de destacar de tolerancia (cívica), ya que consiste en aceptar estar vinculado a preceptos (normas) que no son dados por “mi pueblo”, sino por una comunidad compuesta de varias comunidades políticas: un pueblo de los otros, si se quiere”²³⁵.

La manifestación de esta tolerancia es la que permite identificar la existencia de un *ethos* constitucional que a su vez sugiere la formación de una Constitución europea, que reconoce a los miembros de la Unión en su identidad, con sus diferencias. En esa medida podría decirse que la Constitución que necesita Europa ya está en marcha. Ese *ethos* constitucional podría estar formado, siguiendo a Weiler y a Wind, por la integración

²³³ K. TUORI; K. TUORI, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 5.

²³⁴ Una visión omnicomprensiva de este proceso se puede ver en la obra A. (DIR) LÓPEZ CASTILLO (ED.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

²³⁵ J. WEILER; M. WIND, *European constitutionalism beyond the state*, cit., p. 20.

regional, el sistema de división de poderes, la consideración de los países miembros como “Maestros de los Tratados” (responsables de los Tratados), la integridad de la Unión Europea y el respeto por el Estado de Derecho; si bien estos principios varían en su fuente de autoridad, en la fuerza normativa o en la jerarquía, y en las formas de su protección y garantía”²³⁶.

En consecuencia, la concepción de la Constitución revolucionaria (francesa o estadounidense) se hace insuficiente para asir el fenómeno que se presenta en la Unión Europea. Para comprender la noción de Constitución europea es indispensable hacer referencia a la idea de constitucionalización, pero desde una perspectiva evolutiva. Entienden algunos autores que la existencia de “high profile constitutional events” como los Tratados de Roma, de Maastricht, aunado a la formalización de los actores, como el Parlamento europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo, la Comisión o el Consejo Europeo, desarrollan un entramado que forma la Constitución europea²³⁷. En perspectiva, como observa Touri, puede descubrirse el rastro de un proceso de constitucionalización multidimensional y multitemporal, donde los periodos de dominio de un “líder, pacificador, conciliador mediador” concreto son identificables²³⁸.

Hablar de la existencia de una Constitución europea en general es difícil y posiblemente su concepto plantearía más problemas que soluciones. Sin embargo, dada la evolución y los contenidos del entramado del Derecho de la Unión es posible hablar, ya no solo con fines didácticos, de la existencia de una Constitución económica europea que da forma a la actividad económica dentro del espacio de la Unión²³⁹, que gobierna las condiciones de competencia del mercado, y, en consecuencia, que restringe el papel del Estado respecto de la protección del mercado y la dirección de la economía. Así pues, después de sentar las bases para hablar de un proceso de constitucionalización a nivel europeo y de una (*sui generis*) Constitución europea, podemos seguir descendiendo a fin de determinar la existencia o inexistencia de un cuerpo de reglas económicas en el marco constitucional europeo. En la doctrina podemos encontrar distintas aproximaciones al

²³⁶ *Ibid.*, p. 61.

²³⁷ K. TUORI; K. TUORI, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, cit., p. 3.

²³⁸ *Ibid.*, p. 10.

²³⁹ J. L. CASCAJO CASTRO, “Constitución y Derecho Constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 15, 2005, p. 91.

estudio de este tema. Así, Menéndez Menéndez²⁴⁰ habla del “derecho constitucional económico de la Unión Europea”, al igual que Baquero Cruz²⁴¹; por otra parte, De Miguel Bárcena²⁴² ha preferido emplear “Gobierno de la economía en la Constitución europea”; y Joerges²⁴³, Gordillo y Canedo²⁴⁴, entre otros, se han decantado por la “Constitución Económica de la Unión Europea”. Esta última expresión también será la usada en este trabajo.

La Constitución económica europea tiene dos aspectos claramente identificables según Kaarlo Tuori y Klaus Tuori: a) uno microeconómico que corresponde a los principios y reglas incorporados con el Tratado de Roma, donde cada Estado se hace responsable de asumir ciertas obligaciones²⁴⁵ para desarrollar la economía de la Unión. Esta Constitución microeconómica se ocupa del comportamiento individual de los actores económicos y b) una visión macroeconómica que se desarrolla con el Tratado de Maastricht; la Constitución macroeconómica pone su atención en objetivos, valores (cifras o índices) y políticas económicas agregadas²⁴⁶.

En conexión con lo anterior, puede afirmarse que la Constitución económica europea tiene una naturaleza mixta, en otras palabras, está formada por una diversidad de normas de distintos rangos y niveles (sin que el criterio jerárquico sea decisivo o determinante para identificar el contenido constitucional de las mismas) que dan estructura al funcionamiento del sistema económico²⁴⁷. La naturaleza de la Constitución económica europea se compone no solamente de los Tratados²⁴⁸, sino también de disposiciones de derecho derivado²⁴⁹ e incluso se integran en este cuerpo normas de derecho nacional, en

²⁴⁰ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Integración económica (el Derecho constitucional económico de la UE)”, en Antonio López Castillo (ed.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

²⁴¹ J. BAQUERO CRUZ, *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, cit.

²⁴² J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El gobierno de la economía en la constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2011.

²⁴³ C. JOERGES, “¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 25, 73, 2005.

²⁴⁴ J. R. CANEDO ARRILLAGA; L. I. GORDILLO PÉREZ, “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, cit.

²⁴⁵ El tratado de Roma (TCEE) crea la Unión aduanera (art. 2), la política agrícola común (arts. 38 a 47 TCEE).

²⁴⁶ K. TUORI; K. TUORI, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, cit., p. 36.

²⁴⁷ J. R. CANEDO ARRILLAGA; L. I. GORDILLO PÉREZ, “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, cit., p. 171.

²⁴⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Tratado de la Unión Europea e incluso la Carta de Derechos fundamentales de la Unión.

²⁴⁹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y de Consejo sobre servicios en el mercado interior, Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo sobre control de concentraciones

el marco de la armonización de los ordenamientos. Y, en última instancia, el cierre del sistema ha correspondido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con todo esto, como dice De Miguel Bárcena, “la Constitución económica europea se ha ido perfilando paralelamente al propio concepto de Constitución, como decisión global fundamental y con ello adquiere la valencia jurídica primaria”, y todo ello sin presentar “problemas de compatibilidad con la Constitución política en la medida en que se ha realizado previamente la armonización vía identificación Estado de Derecho-economía de mercado”²⁵⁰.

La Constitución económica europea, o «comunitaria», en palabras de Ruiz Almendral, plantea una paradoja: sus disposiciones tienen mayor influencia práctica que las de las Constituciones económicas nacionales dado su nivel de concreción. Por otra parte, la neutralidad/apertura de la que se parte para valorar las Constituciones económicas nacionales es incompatible con la noción de Constitución económica europea, ya que ésta sí se decanta por un modelo específico de desarrollo económico²⁵¹. Es más, puede decirse que la crisis económica y financiera que se vive desde 2008 ha mostrado palpablemente el potencial conflicto de relaciones entre estas dimensiones constitucionales, hasta el punto de que, como sostiene Touri, las reacciones frente a la crisis que han seguido la lógica de la constitucionalización de la economía pueden tener implicaciones que contradicen los valores políticos, sociales y constitucionales básicos, y ponen en peligro la democracia, la transparencia o los derechos sociales²⁵².

El sistema económico de la Unión se basa en tres pilares: a) las cuatro libertades económicas fundamentales: circulación de capitales, personas, mercancías y servicios; b) la defensa de la libre competencia como un elemento nuclear del mercado; c) la Unión Económica y Monetaria. Hay que resaltar que la libertad de empresa y la propiedad privada son elementos esenciales del sistema económico europeo; sin embargo, su protección y regulación vienen dadas en las Constituciones nacionales, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la más reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, siendo el ámbito de protección diferente. En el marco del Convenio

²⁵⁰ J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El gobierno de la economía en la constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, cit., p. 40.

²⁵¹ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 58.

²⁵² K. TUORI; K. TUORI, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, cit., p. 9.

y en el ámbito nacional se protege el patrimonio, mientras que en el marco del Derecho de la Unión Europea los derechos se “protegen” únicamente en caso de conflictos transfronterizos que estén afectando al mercado único o a las libertades económicas, es decir, que se reconoce como un derecho fundamental en una dimensión funcional del Derecho²⁵³.

Parece evidente que las regulaciones que adopte la Unión Europea tengan un impacto en el mercado interno de los Estados; a fin de cuentas, la idea es que exista un único mercado europeo. Sin embargo, se presenta un desafío claro que consiste en identificar los efectos que tienen dichas regulaciones sobre el ordenamiento constitucional estatal y, en nuestro estudio, su relación con los postulados propios del Estado social de Derecho e incluso sobre aspectos propios del pluralismo.

Como ya hemos visto, la Constitución española puede considerarse abierta en materia económica. Así pues, la economía de mercado da un amplio margen para que el legislador intervenga y decida cuánto mercado debe existir y en qué condiciones debe funcionar. De ahí que las disposiciones europeas hayan podido integrarse en el ordenamiento jurídico sin necesidad de reformar la Constitución para lograrlo. Esto significa que la apertura de la Constitución ha servido y ha operado de manera correcta en el sentido de que los espacios han venido a ser llenados por las disposiciones europeas. El conflicto se presenta cuando los cuerpos legislativos pierden la competencia para reconfigurar, reordenar o ajustar el sistema económico de acuerdo con esa apertura constitucional, es decir, cuando la integración europea reviste a la Constitución estatal de una rigidez que no le es propia.

Ahora bien, la existencia de la cláusula de Estado social de Derecho, como principio constitucional, comporta un verdadero desafío a la hora de definir el sistema económico europeo en el ámbito nacional, para decidir cómo interpretar y cómo hacer compatibles los principios que gobiernan el proceso de integración (directrices económicas) y el marco constitucional (de contenido social). Vimos que la cláusula de Estado social de Derecho tiene una proyección clara sobre las políticas y el desarrollo de la economía, en la que la igualdad cobra una relevancia inusitada; la mentada cláusula no solo faculta, sino que impele al Estado a dirigir e intervenir en la economía con el objetivo de lograr que la igualdad sea “real y efectiva”. Es preciso, ahora, comprobar si el modelo propuesto por

²⁵³ P. MERCADO PACHECO, “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 26, 2012, p. 353.

el marco europeo es compatible o no con el desarrollo y cumplimiento de esta cláusula de carácter finalista.

Es especialmente interesante la aparente separación que se ha producido entre los cauces del mercado (único vs interior) y los derechos sociales. Aparente porque no existen realmente dos espacios diferenciados para el ejercicio de las libertades económicas y los derechos sociales, de donde se desprende la necesidad de que sean compatibles las regulaciones que buscan proteger ambas esferas. Sin embargo, como bien anotaron Tuori y Tuori, el mercado lleva más espacio ganado. Y ello se demuestra si analizamos la situación de las libertades económicas como fundamento del proceso de integración europeo. Concretamente, profundizaremos en la protección de la competencia, ligada al modelo ordoliberal, y, por último, mostraremos el mercado único como espacio de realización de las libertades económicas y de los derechos sociales.

Las cuatro libertades, dada su naturaleza, funcionan como orientadores y límites de la actividad legislativa, es decir, como derecho objetivo; y, correlativamente, se enmarcan como derechos subjetivos dentro de la Unión. De ahí su exigibilidad ante los tribunales.

El contenido de las cuatro libertades y su ámbito de aplicación ha sido definido de manera amplia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El criterio determinante para identificar los contornos de su ejercicio ha sido el intercambio comercial, dejando claro que no puede haber barreras (ni legislativas, ni administrativas) que obstaculicen ningún tipo de intercambio²⁵⁴.

Desde un punto de vista sustantivo, las libertades no incorporan nuevos contenidos concretos a los legisladores nacionales, sino que pretenden garantizar el principio de no discriminación dentro del mercado, es decir, se trata de dispensar el mismo trato que a los nacionales; es más, el propio art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) sostiene que “los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados Miembros”, confirmando que el propósito es la implementación del principio²⁵⁵.

Las libertades económicas provocan la reconfiguración de los mercados nacionales para posibilitar y crear efectivamente el mercado único europeo, de tal manera que las

²⁵⁴ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Integración económica (el Derecho constitucional económico de la UE)”, cit., p. 96.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 88.

normas nacionales que interfirieran con el ejercicio de las libertades deben ser modificadas o eliminadas. En este sentido, las libertades se erigen como criterios que orientan la actividad legislativa. Menéndez Menéndez señala que la construcción de la Unión Europea no ha sido producto de la desregulación de los aspectos que atañen al mercado, sino producto de la decisión política de los Estados que la conforman; en ese sentido, más que una desregulación o eliminación de barreras al ejercicio de las libertades, ha operado una reescritura o reconfiguración del marco para el ejercicio de tales libertades²⁵⁶. Y una de las manifestaciones de esta reescritura es el paso de la “armonización legislativa” hacia el “mutuo reconocimiento” respecto de los agentes del mercado y las normas que los afectan (calidad de los productos por ejemplo). Con la armonización era clara la necesidad de cambiar las normas y de formar un marco europeo de referencia; sin embargo, con el paso al mutuo reconocimiento, ese marco europeo ya no se hace necesario, y corresponde a cada Estado crear los estándares de los productos que entrarían al mercado único. Lo anterior no ha estado libre de conflictos, ya que los estándares se pueden convertir en verdaderas barreras al comercio, al tiempo que se crea presión para que las empresas se ubiquen en los países con reglas más flexibles; todo ello, incluso, podría devenir en una *captura del regulador* por parte de las empresas, provocando que los Estados bajen los estándares para aumentar su competitividad. En consecuencia, los mandatos del Estado social de Derecho se ven claramente disminuidos en su fuerza ante el poder económico privado: el hecho de que las empresas puedan escoger el lugar de establecimiento implica un cambio en el lugar de tributación, y la pérdida de puestos de trabajo, lo cual incentiva a los Estados a no intervenir regulando para satisfacer los postulados del Estado social, sino, más bien, a actuar para conservar y mantener a salvo los intereses privados de las empresas. En la notación de Heller este fenómeno se corresponde con un aumento de la razón económica en desmedro de la razón política propia del Estado social.

Además de lo anterior, el *efecto directo* de los tratados conlleva que las libertades se hayan erigido como verdaderos derechos subjetivos de los actores del mercado. Sin embargo, el ejercicio y la eficacia de las libertades no se realiza mediante la desregulación, sino a través de un nuevo marco que le da forma. Así, la libertad de circulación de mercancías no consiste solamente en la eliminación de aranceles y aduanas, sino que también requiere el establecimiento de un arancel común y un marco que garantice los estándares mínimos de calidad e incluso de información al consumidor.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 97.

Del mismo modo, la libre circulación de trabajadores hace necesarias la coordinación de las agencias de seguridad social de todos los países y una regulación sobre derechos de los trabajadores y el establecimiento de sus familias. Respecto de la libertad de prestación de servicios, es indispensable el reconocimiento de los títulos (diplomas y certificados). Y, finalmente, la circulación de capitales, aunque se define de manera negativa, requiere que la actividad financiera tenga unas reglas comunes para su funcionamiento²⁵⁷.

Ahora bien, las cuatro libertades son las que permiten la construcción de un mercado europeo, ya que son barreras para el poder público de los Estados, dejando que, de manera negativa en buena medida, el mercado ocupe los espacios que se abren ante el establecimiento de dichas libertades. La libertad de empresa propiamente dicha entra a formar parte del elenco de derechos fundamentales de la Unión Europea de manera tardía en el art. 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con una clara remisión al Derecho de la Unión como marco de referencia para dotar de contenido el derecho²⁵⁸. Esta remisión deja claro que el contenido del derecho está supeditado a las condiciones del mercado interior de los Tratados y a las consideraciones que el Tribunal Europeo ha realizado para determinar su contenido; y también reconoce el ámbito estatal como límite al alcance de dicho reconocimiento. En otras palabras, la libertad de empresa tiene una regulación multidimensional, y su ejercicio y definición dependen de la lógica del mercado interior europeo y del marco legal nacional y convencional: en el ámbito nacional y convencional con el propósito de proteger los derechos de manera subjetiva, pero en el ámbito de la Unión Europea con el fin de mantener las condiciones para el funcionamiento del mercado, es decir, con una pretensión funcional²⁵⁹.

La competencia ocupa un lugar preponderante en la Constitución Económica Europea para el funcionamiento del mercado.

La escuela de Friburgo desarrolló el modelo que pretende conseguir un espacio donde el individuo pueda lograr el ejercicio de la libertad de la manera más amplia posible, protegiéndolo incluso del poder económico privado. De tal manera que, ni la economía planificada (que en última instancia puede comprometer la libertad), ni la desregulación

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 98.

²⁵⁸ El art. 16 de la Carta recoge el derecho a la libertad de empresa en los siguientes términos: “Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.”

²⁵⁹ P. MERCADO PACHECO, “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, cit., p. 353.

total del mercado (que desprotege al ciudadano de la dominación económica que puede producir el sistema capitalista en forma, por ejemplo, de oligopolios o monopolios), satisfacen la realización del modelo más *humano* que se pretendió formular. Así pues, es indispensable que los poderes públicos garanticen las condiciones de libre competencia en el mercado y que su intervención sea limitada²⁶⁰.

Con todo, para esta Escuela, el punto de discusión no se centraba en establecer cuánto Estado debería o no haber, sino que se advertía la necesidad de que el Estado interviniera lo necesario para que el mercado funcionara en condiciones de competencia, es decir, había que intervenir en el sentido *correcto*. Esta Escuela abogaba por ordenar el liberalismo clásico definido bajo los principios de *laissez faire*, de ahí que se agregara la partícula latina “*ordo*” al nuevo modelo. Por todo lo anterior, se reconoce la necesidad de que el Estado intervenga para lograr el buen funcionamiento del mercado; es más, se entiende que el Estado debe ser el creador del mercado y el garante de las condiciones de funcionamiento²⁶¹.

El ordoliberalismo sitúa a la libre competencia como un elemento nuclear del desarrollo de la actividad económica, y en ese sentido endereza sus esfuerzos hacia la disciplina de la competencia y aboga por que las intervenciones del Estado sean contundentes en los casos en los que el poder económico se esté concentrando²⁶². No se plantea que el Estado sea pequeño o minimalista, sino que las facultades que ejerza estén encaminadas y limitadas a lograr el objetivo de un modelo económico más *humano*²⁶³.

Dado el reconocimiento de la tarea que al Estado le corresponde en esta materia, el modelo ordoliberal requiere no solo de un modelo teórico de tipo económico, sino que a este modelo se le agregan contenidos de carácter normativo, que formulen y establezcan

²⁶⁰ J. R. CANEDO ARRILLAGA; L. I. GORDILLO PÉREZ, “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, cit., p. 167.

²⁶¹ M. SIEMS; G. SCHNYDER, “Ordoliberal Lessons for Economic Stability: Different Kinds of Regulation, Not More Regulation”, *Governance*, vol. 27, 3, 2014, p. 379.

²⁶² G. MAESTRO BUELGA, “Constitución económica y modelo social europeo”, *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, vol. 6, 15, 2008. “Ciertamente, el abandono del postulado liberal del no intervencionismo establece una nueva relación entre economía y política en la que el papel del Estado resulta central en el establecimiento del orden económico y en la garantía de su funcionamiento. Sin embargo, el papel del poder público aún esencial está en construcción, no deja de ser funcionalizado a las exigencias del mantenimiento del mercado. No es solo que el mercado asuma una centralidad indiscutida, sino que el Estado es el garante de esa posición y de su funcionamiento y eficacia. Se produce, pues, una funcionalización de la política en esta nueva relación que invierte la que más tarde se construirá en el constitucionalismo social. El intervencionismo público es justificado en orden a salvaguardar los mecanismos de funcionamiento del mercado. Es un intervencionismo tutelar-garantista del mercado”.

²⁶³ M. SIEMS; G. SCHNYDER, “Ordoliberal Lessons for Economic Stability: Different Kinds of Regulation, Not More Regulation”, cit., p. 381.

las competencias del Estado para crear, intervenir, regular el mercado y, dado el caso, restaurar la libre competencia cuando ésta sea transgredida. Esto es, una Constitución económica normativa, que, como ya se ha estudiado, se contrapondría a la Constitución política y en esa medida resulta incompatible con la supremacía de la Constitución nacional.

Para conseguir que el mercado funcionara de acuerdo con el modelo planteado, la Escuela propuso una serie de principios que, según Siems y Schnyder, fueron clasificados por Bilger en dos tipos: por un lado, los principios ordenadores o constitutivos que crearían la estructura de la libre competencia; y, de otro, unos principios reguladores que garantizarían el funcionamiento del sistema. Los principios reguladores deberían intervenir directamente sobre los mecanismos del mercado y limitarse a lograr la estabilidad de precios; mientras que los ordenadores o constitutivos serían los necesarios para crear las condiciones de competencia y de funcionamiento del mercado²⁶⁴:

- a) los principios ordenadores o constitutivos serían (a) “la existencia de un efectivo sistema de precios en un contexto de perfecta competición”; (b) “la primacía del sistema monetario”; (c) “apertura del mercado (inexistencia de aranceles prohibitivos u otras restricciones al libre comercio”; (d) y, finalmente, “la garantía de la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad de los actores económicos y la continuidad de la política económica completarían la tabla de sus siete principios constitutivos”²⁶⁵;
- b) los principios reguladores son la defensa de la competencia (como una política estructural del Estado), la política fiscal con impuesto sobre la renta progresivo, la corrección de factores externos (internalización de externalidades negativas) y corrección de anomalías en el mercado (como el establecimiento de un salario mínimo).

La disciplina de la competencia tiene como propósito garantizar el ejercicio de las libertades ya no solo frente al Estado, sino también frente a los particulares, erigiendo una estructura que contenga la acumulación de poder económico empresarial y que pueda proteger a los nuevos actores del mercado frente a las barreras del comercio que pueden

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 380.

²⁶⁵ J. R. CANEDO ARRILLAGA; L. I. GORDILLO PÉREZ, “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, cit., p. 168.

encontrar por parte de otros actores económicos. Es decir, las libertades garantizan el trato igualitario por parte de los Estados, mientras las reglas de competencia se dirigen a los otros actores económicos y garantizan la apertura del mercado a los nuevos competidores que quieran ingresar²⁶⁶.

La regulación de la competencia en la Comunidad Europea ha sido fruto de un largo recorrido histórico. La Unión Europea, desde sus primeros pasos en 1957, recogió la competencia como uno de los pilares del mercado interior²⁶⁷. En ese momento hubo activismo por parte de los órganos comunitarios con el propósito de imponer la lógica del mercado; esto implicó que se sustituyera el principio de “armonización legislativa” por el de “mutuo reconocimiento”²⁶⁸. Con el Tratado de Maastricht se acentúan aún más los cambios, ya que se deja de lado el poder de intervención únicamente sobre el mercado (línea ordoliberal)²⁶⁹ y se pasa a un crecimiento de las competencias de la Unión. De Miguel Bárcena expresa con claridad la evolución experimentada en el espacio europeo entre 1986 y 1992, desde el Acta Única Europea (en adelante, AUE) hasta el Tratado de Maastricht: “El AUE proporcionó la base legal para el intervencionismo y la dirección política de los sistemas económicos nacionales desde la instancia comunitaria”. “Maastricht”, continúa, “supuso un auténtico cambio constitucional: interiorizó los principios contradictorios de la economía de mercado y la actuación europea en un doble sentido, la derivada de los objetivos sociales (Protocolo Social anexo al Tratado) y la de la apertura del espacio de la política económica a las instituciones supranacionales”²⁷⁰.

El Tratado de Maastricht establece una serie de fines y objetivos de carácter social. Sin embargo, estos objetivos quedan supeditados a los medios, que son el mercado común y la Unión Económica y Monetaria. Es decir, no se puede interpretar como una ruptura de los principios ordoliberales en la Constitución económica europea sino como una variación de esos principios; de tal manera que los objetivos sociales, en última instancia,

²⁶⁶ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Integración económica (el Derecho constitucional económico de la UE)”, cit., p. 88.

²⁶⁷ El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en el art. 3.1 g) disponía que la acción de la comunidad implicará “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior;”.

²⁶⁸ Interpreta Maestro Buelga que esta transición se ve reflejada de manera simbólica en el caso Dijon, donde ya no solo hay activismo político, sino que se concreta con la nueva posición jurisprudencial que realza la lógica del mercado en el ordenamiento comunitario. G. MAESTRO BUELGA, “Constitución económica y modelo social europeo”, cit., p. 55 y ss..

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 56.

²⁷⁰ J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El gobierno de la economía en la constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, cit., p. 56.

no crean conflictos internos importantes dentro del sistema, dada su posición subordinada respecto del mercado²⁷¹.

Actualmente, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el art. 3.1.b) dispone que el establecimiento de normas sobre la competencia es de conocimiento (facultad) exclusivo de la Unión²⁷². Al mismo tiempo, el Tratado de la Unión Europea, art. 3.3²⁷³, recoge los principios ordoliberales de los que hablábamos antes para gobernar la economía, ya que integra los elementos y principios propuestos por el modelo: mercado común, estabilidad de precios, economía competitiva y moneda única. Si bien puede parecer que existe un cambio respecto de la fuerza con la que aparece la competencia, ya que desaparece de la definición del art. 3.3 en términos de “mercado único en que la competencia sea libre y no está falseada”²⁷⁴, hay que destacar que la competencia vuelve a ser recogida en el Protocolo 27 del Tratado de Lisboa con la misma fórmula²⁷⁵. Con todo, el Tratado de Lisboa parece haber cambiado las prioridades de la Unión. Así, el art. 2²⁷⁶ incorpora un reconocimiento explícito de los valores en los que se fundamenta la Unión, por lo que se trasciende de los fines meramente económicos para iniciar, al menos aparentemente, una convergencia en materia política y social.

Con el marco jurídico expuesto de la Constitución económica europea y las interrelaciones entre elementos nacionales y supranacionales, podemos concluir que la principal paradoja radica en que la Constitución económica nacional sí que tiene/tenía una serie de medidas de contenido social, creando herramientas que permiten a los

²⁷¹ G. MAESTRO BUELGA, “Constitución económica y modelo social europeo”, cit., p. 58.

²⁷² UNIÓN EUROPEA, *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. art. 3 “1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes: (...) b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”

²⁷³ UNIÓN EUROPEA, *Tratado de la Unión Europea*. art. 3.3 Tratado de la Unión Europea: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.”

²⁷⁴ (UE), *Tratado de la Unión Europea (Maastricht)*, 1992. art. 3 “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado: g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior.”

²⁷⁵ UNIÓN EUROPEA, *Tratado de la Unión Europea*, cit.; *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, cit. “Protocolo sobre Mercado Interior y Competencia. Las Altas Partes contratantes, considerando que el mercado interior tal como se define en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, han convenido en lo siguiente: a estos efectos, la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 308 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El presente Protocolo se incorporará como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”

²⁷⁶ UNIÓN EUROPEA, *Tratado de la Unión Europea*, cit. -versión consolidada - art. 2 “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

Estados que conforman la Unión intervenir en la economía, mientras que la Constitución económica europea, partiendo de la existencia de las normas básicas nacionales, entra a regular aspectos económicos que desnaturalizan y vacían de contenido social las Constituciones nacionales, si bien no materialmente, sí, al menos, formalmente. El modelo de Constitución económica europea es incompatible con el espíritu del Estado social, ya que limita las herramientas que los Estados tienen para intervenir en la economía en aras de lograr los fines sociales; es más, crea incentivos para que el Estado se retire ante el poder económico, fortaleciendo la lógica del mercado en el ámbito europeo.

En consecuencia, la Constitución económica europea, por medio de la gobernanza económica europea, deja los postulados de Estado social de Derecho como indicaciones semánticas o retóricas, ya que la supervisión y control sobre el presupuesto y gasto, que vienen cubiertas bajo el manto de reformas estructurales, derivan en un control férreo de la política social de cada uno de los Estados Miembros de la Unión Europea. Es más, y como adelanto a lo que se va a estudiar en el apartado dedicado a la gobernanza económica europea, la “directriz” de incluir cláusulas de disciplina fiscal en las Constituciones nacionales demuestra la pretensión de legitimar el control de la Unión Europea respecto de los mecanismos internos para realizar el Estado social de Derecho²⁷⁷.

En todo caso, la incorporación de los contenidos sociales al ámbito europeo implica una nueva interpretación, una modulación del contenido y de la proyección del principio constitucional de Estado social más que una contradicción propiamente dicha²⁷⁸. En consecuencia, el principio de Estado social va perdiendo contenido y fuerza normativa con la entrada de los nuevos elementos, pero sin llegar a negarlos. Y, si como habíamos dicho antes, la cláusula de Estado social tenía una textura ligera, bajo el régimen europeo se torna etérea.

²⁷⁷ J. DE MIGUEL BÁRCENA, *El gobierno de la economía en la constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, cit., p. 116. En este sentido, sostiene que “La limitación de la política presupuestaria nacional a los parámetros macroeconómicos del PEC implica en realidad una limitación global de la Constitución Económica de los Estados miembros, que a través de la mera coordinación europea aceptan reconfigurar sus políticas públicas y sociales de acuerdo con los niveles de endeudamiento que indirectamente prescribe aquél.

²⁷⁸ A. LASA LÓPEZ, “La ruptura de la constitución material del Estado social: La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma”, *Revista de Derecho Político*, vol. 90, 2014, p. 231.

8. La intervención del Estado en la economía en el marco de una Constitución económica y el cumplimiento de los contenidos sociales

El modelo económico establecido por las Constituciones española y colombiana es mixto, es decir, hay actividades que son desarrolladas por el sector público y otras por el sector privado. Eso sí, cuando se hace referencia al sector privado no se debe perder de vista que todas esas actividades se desarrollan en el marco del Estado social de Derecho, lo cual tiene como consecuencia intrínseca la competencia de los Estados para dirigir la economía, decidir el tamaño de los mercados e incluso la facultad de regular las condiciones de la prestación de servicios.

La Constitución económica de una economía mixta, en el marco de un Estado social de Derecho, exige que el Estado garantice la iniciativa privada, proteja la propiedad privada y asegure condiciones de seguridad jurídica para el desarrollo de las empresas y sus actividades. También le corresponde la responsabilidad de vigilar, regular y controlar con mayor o menor intensidad, según la actividad, el ejercicio de todas estas libertades.

La presencia de la cláusula de Estado social de Derecho en las Constituciones tiene profundas consecuencias en las dimensiones política y jurídica del Estado. Es una realidad que los constituyentes se decantaron por un modelo de Estado con unas características dúctiles. El alcance concreto o la definición de los contenidos de lo que significa el Estado social de Derecho tiene una naturaleza flexible; sin embargo, esta característica lejos de ser una falencia es una cualidad que permite la adecuación de los contenidos al ejercicio de la democracia y, por lo tanto, un fortalecimiento de la importancia de la política para adaptar dichos contenidos a los tiempos y necesidades de cada generación. Pese a esta flexibilidad hay una auténtica decisión política que no puede ser desconocida por el legislador, en consecuencia, la cláusula de Estado social de Derecho es un marco político que enmarca el desarrollo de la actividad democrática, pero también es un verdadero límite, en el sentido jurídico, al ejercicio de la política y del poder.

No sobra advertir, que el proceso de globalización ha supuesto un desafío mayúsculo para el Estado social de Derecho, desde su propia definición hasta el alcance de las prestaciones sociales que permiten su verdadero funcionamiento. La globalización ha transformado la organización social empezando por aspectos como la soberanía del estado nación, y de manera menos evidente, se han implantado nuevos principios que son

propios de mercado y que no necesariamente tienen el Estado social de Derecho como basa. Me refiero en concreto a la defensa férrea de la competencia que ha impactado sobre la provisión de bienes y servicios, donde incluso los servicios prestados por el Estado entran a formar parte del sector económico y en consecuencia sus resultados serán medidos de acuerdo con criterios de coste-beneficio y no de bienestar social²⁷⁹. Es más, se ha implantado una justificación moral para la retirada del sector público a favor de la privatización bajo la idea de que el Estado de bienestar es un lujo que los países no se pueden permitir, no solo porque está retirando recursos del mercado que podrían ser más útiles, beneficiosos o rentables con otra destinación, sino porque incentiva o promueve que los beneficiarios de las prestaciones sociales se vuelvan perezosos, irresponsables y dependientes del Estado y en esa medida dejen de contribuir a la sociedad como ‘los buenos ciudadanos que están obligados a ser’²⁸⁰.

La materialización de la política de un Estado se refleja en su presupuesto. Las decisiones respecto de cuánto y, sobre todo, en qué se va a gastar constituyen claramente los lineamientos ideológicos que subyacen detrás de la ley de presupuestos. A su vez, pero menos discrecional que el gasto, la partida de cómo se va a recaudar y de quién, constituye la otra cara de la moneda.

Sobre esto es importante recordar el principio de representación en la aprobación de las cargas tributarias por parte del Parlamento, que desde las revoluciones liberales ha estado presente con la máxima “*no tax without representation*”. Por lo tanto, la institución del presupuesto obliga a que el juego democrático cobre especial importancia en su planeación, aprobación y ejecución. En él participan los intereses económicos, los intereses sociales, es decir, el programa político. Pese a la importancia que tiene, el modelo constitucional se ha decantado por dar preponderancia a las decisiones que tome el ejecutivo en esta materia, toda la planeación está encabezada por éste, mientras que la aprobación le corresponde al poder legislativo. Sin embargo, las posibilidades de control por parte del poder legislativo son limitadas, y una vez el Gobierno ha presentado su plan, las modificaciones que se permiten son más bien escasas.

²⁷⁹ L. DOMINELLI, “Neo-liberalism, social exclusion and welfare clients in a global economy”, *International Journal of Social Welfare*, vol. 8, 1, 1999, pp. 14-15.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 16.

Con todo, la ley de presupuestos no se puede entender con arreglo a la idea de que es una mera formalidad y que su paso por el poder legislativo tiene por objeto darle un mero vapor democrático. La institución del presupuesto no está regulada solamente en la parte orgánica de la Constitución (artículo 134 CE y 345 al 355 CP), sino que a dicha institución se le aplican cabalmente los artículos correspondientes a los principios y valores del Estado social y, también, la carta de derechos que cada Constitución establece. El presupuesto, desde una perspectiva política, no puede entenderse como una herramienta independiente de los fines y valores constitucionales del Estado; es más bien todo lo contrario: el presupuesto es una herramienta que tiene por objeto permitir realizar todos esos postulados constitucionales a través de las políticas que el Gobierno proponga con la respectiva aprobación del Parlamento.

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza de la ley de presupuestos: si es una ley en sentido material o solo es una ley en sentido formal. Éste no es espacio para revisar esta discusión, pero para el desarrollo de la transformación que ha sufrido el constitucionalismo es indispensable entender el presupuesto como instrumento jurídico y comprender cómo se elabora y los controles que el sistema democrático ha previsto para su aprobación y ejecución.

La restricción presupuestaria mediante el principio de estabilidad presupuestaria o criterio de sostenibilidad fiscal implica una disminución de las facultades y competencias del poder legislativo sobre la construcción y discusión del presupuesto. Esto obedece a que el criterio de priorización está encabezado por el poder ejecutivo, lo cual no es una novedad; sin embargo, el hecho de que el criterio de la sostenibilidad fiscal o estabilidad presupuestaria pueda ser esgrimido, amplía considerablemente el control del presupuesto por parte del Gobierno.

Dejando de lado la consideración respecto de la expedición del presupuesto, y pasando a estudiar otros tipos de normas, resulta que las facultades del poder legislativo quedan materialmente supeditadas al juicio del ejecutivo que basándose en el criterio económico puede rechazarlas (objeción presidencial en el caso de Colombia, o veto presupuestario en España, o simplemente la falta de reglamentación); este rechazo se vería amparado por la Constitución.

Otro aspecto es que el propio legislativo se ve constreñido a unos márgenes establecidos por la Unión Europea, dejando de lado parte del margen de decisión que la Constitución de 1978 establecía en cabeza del poder legislativo.

Una de las características definitorias de la Constitución económica del Estado social de Derecho es la apertura de sus cláusulas, en el entendido de que son flexibles, ya que cuentan con una amplia gama de normas de naturaleza principal y esto permite cierto margen para realizar política. Esta es la verdadera garantía del pluralismo político. El ordenamiento jurídico, bajo esta óptica, garantiza la posibilidad realizar múltiples programas políticos siempre y cuando respeten la Constitución (en un sentido normativo).

Partimos del supuesto de que la Constitución del Estado social de Derecho es de naturaleza abierta, pensada para que diversidad de soluciones políticas puedan ser adoptadas y normadas de acuerdo con las preferencias del sistema político (en este caso diríamos por parte del Congreso de los Diputados y del Senado, en el marco de un sistema parlamentario).

Sin embargo, la naturaleza de las normas constitucionales es especial. La Constitución no solo tiene una proyección normativa, sino que también tiene una dimensión política. “La constitución, por el contrario, no es norma de nada, no expresa regularidad alguna de comportamientos individuales. La constitución no es nada más que un cauce para que la sociedad se autodirija políticamente con un mínimo de seguridad. Se trata de una norma que canaliza el enfrentamiento político en la sociedad, estableciendo unos límites al mismo”²⁸¹

²⁸¹ F. J. PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2016, p. 99.

III. LAS CLÁUSULAS DE DISCIPLINA FISCAL

La preocupación por la contención del gasto público y la limitación de la deuda pública ha sido una constante desde el origen de la organización estatal. Asimismo, y de manera correlativa la ciencia económica, incluso desde el mercantilismo, ha estudiado organización política como factor determinante de las relaciones económicas.

Adam Smith en *La Riqueza de las Naciones* (1776) apuntaba la importancia de la prudencia en el gasto, y la necesidad de incentivar el comercio para aumentar el poder económico del Estado. Asimismo, David Ricardo en *Principios de Economía Política y Tributación* (1817) continuando los estudios de Smith, en su formulación de lo que hoy conocemos como la equivalencia ricardiana se ocupó de estudiar los efectos del gasto público sobre la demanda agregada; ya fuera que este gasto procediera del aumento de los impuestos o de deuda pública; su conclusión fue que la demanda agregada no se ve afectada por el aumento del gasto público ya fuera de deuda o de aumento de impuestos dado que los impuestos habría que aumentarlos en algún momento del futuro para atender la deuda pública y por lo tanto la restricción del futuro sería equivalente a la del presente.

Pero esta preocupación no es exclusiva de los economistas, por ejemplo Kant en su obra *Sobre la paz perpetua* (1795) hace una clara referencia a la deuda pública de los Estados. La máxima “no debe emitirse deuda pública en relación con los asuntos de política exterior”²⁸² es contundente al identificar la deuda pública como una posible fuente de conflictos. Sin embargo, el autor es enfático en aclarar que la deuda *per se* no es un instrumento cuestionable, es más, lo justifica para fines que hoy identificamos como inversiones: “Esta fuente de financiación no es sospechosa para buscar, dentro o fuera del Estado, un fomento de la economía (mejora de los caminos, nuevas colonizaciones, creación de depósitos para los años malos, etc.)”²⁸³. Y más allá de lo anterior, Kant sostiene que, dada la unión de Estados que propone en su texto, es necesario cuidar que los Estados no caigan en la bancarrota ya que se convertirían en una carga para los demás estados que forman parte del modelo²⁸⁴. De lo anterior es posible deducir, en palabras de nuestros días, que Kant advertía de la necesidad de contener la deuda pública, que justificaba su uso para gasto de inversión y *contrario sensu* estaría -según mi parecer- en

²⁸² I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, 3ª ed., Madrid Tecnos, Madrid, 1991, p. 8.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 8 y 9.

contra de la deuda para cubrir gasto de funcionamiento y, por último, la necesidad de limitar la deuda de los estados en aras de asegurar su capacidad de pago y en consecuencia se aminoran las posibilidades de conflicto.

Con todo, el estudio de las cláusulas de disciplina fiscal con una pretensión normativa se puede encontrar en los desarrollos teóricos de la escuela de *The Public Choice*.

1. Los problemas del gasto público. Presión fiscal e inclinación al déficit: hacia una fundamentación teórica de las reglas fiscales

Desde principio de la década de los sesenta del siglo pasado, el desarrollo de las teorías de *The Public Choice* ha transformado el estudio de las instituciones políticas. Estas teorías han revisado las formulaciones teóricas asumidas e interiorizadas durante buena parte de la historia de la ciencia política y se han mostrado especialmente críticas frente al entendimiento del Estado como un maximizador de beneficio social. Por otra parte, algunas de sus propuestas teóricas han sido dotadas de contenido normativo. Por lo tanto, el análisis de las principales tesis de esta Escuela sobre la democracia, el Derecho constitucional, y, en nuestro caso, la deuda y el déficit, resulta inexcusable.

La Escuela nació en 1948 de la mano de Duncan Black. Este autor elaboró una aproximación teórica sobre la racionalidad de las decisiones colectivas y concluyó que la teoría del equilibrio del mercado era aplicable a fenómenos propios de la ciencia política²⁸⁵. El trabajo de Black fue seguido por el de Arrow, que cambiaba los teoremas seguidos por el primero. Sus avances se recogieron en el libro *Social Choice and Individual Values* en 1951, en el que la principal conclusión de Arrow fue que los “mercados políticos” son por naturaleza inestables. Los dos trabajos a los que hemos hecho referencia son teóricos²⁸⁶. Estos primeros trabajos, en cuanto a su método, utilizaron las herramientas y conceptos propios de la economía para entender fenómenos políticos, aportando nuevos elementos para desarrollar la teoría política y analizar la conducta de los individuos.

La importancia de esta doctrina se consolida a finales de los años sesenta del siglo XX. La escuela *The Public Choice* ofrece cuatro corrientes claramente identificables: la

²⁸⁵ C. K. ROWLEY, “Public Choice and Constitutional Political Economy”, en Charles Kershaw Rowley, Friedrich Schneider (eds.) *Readings in public choice and constitutional political economy*, Springer, New York, 2008, p. 3.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 4.

de Rochester²⁸⁷, la de Chicago²⁸⁸, la de Virginia y la *Political Economics*. Dado nuestro objeto de estudio, son de especial interés las doctrinas de Virginia, en especial los trabajos de Buchanan, y también la *Political Economics* (seguiremos los trabajos de Alesina, Perotti y Tabellini con relación a esta última). En concreto, para la identificación y formulación teórica del problema del déficit utilizaremos la doctrina de Buchanan, mientras que para el estudio de las reglas fiscales y sus efectos empíricos seguiremos los estudios de Alesina y Perotti.

La escuela de Virginia, encabezada por Buchanan, Tullock y Coase, parte de los elementos propios de la ciencia política clásica y de los postulados ortodoxos de la economía neoclásica para desarrollar su metodología. Sus trabajos han sido de especial trascendencia en el estudio del modelo keynesiano, contra el que formulan una crítica rigurosa y severa, así como en el modelo de impuestos pigovianos, e incluso de la democracia, entre otras instituciones y modelos²⁸⁹.

Buchanan, en su texto *Los límites de la libertad*, da cuenta a través de modelos ideales de la insuficiencia del contrato constitucional como marco legítimo en el que se apoya la toma de decisiones colectivas y sostiene que los agentes deben tener incentivos suficientes para vincularse al contrato y, además, cumplirlo. Sostiene que si un agente puede obtener mayores beneficios de manera individual que estando adherido al contrato, es previsible que decida retirarse y desertar de su cumplimiento²⁹⁰. Sin embargo, esta decisión sería poco realista, ya que los demás agentes posiblemente no cumplirán sus obligaciones con respecto al desertor y, por tanto, se genera de nuevo la necesidad de llegar a un contrato que beneficie a ambas partes. De cualquier forma, hay casos en los que el *free rider* se presenta como imposible de evitar.

Lo más significativo de su reflexión lo encontramos cuando sostiene que el agente que está llamado a tomar las decisiones colectivas tenderá a aumentar sus beneficios

²⁸⁷ Esta variante inició su actividad con Riker que utilizó la teoría de juegos y la teoría de la *rational choice* en la ciencia política. Una nota característica de su programa académico es la neutralidad que predicen respecto de aspectos como el log-rolling (negociaciones políticas/intercambio de favores), equilibrio legislativo (bicameral) y la burocracia. *Ibid.*, p. 6.

²⁸⁸ Con Stigler a la cabeza, esta variante se decanta por utilizar los elementos de la economía neoclásica en su método, y focaliza la atención en la eficiencia como criterio para su estudio. El *homo economicus* es identificado plenamente como un maximizador de riqueza. Esta Escuela utiliza principalmente los supuestos de la microeconomía propuestos por los economistas de la Escuela de Chicago: el equilibrio de los mercados políticos es estrecho e instantáneo y todos los actores políticos son precio-aceptantes. *Ibid.*, p. 8.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 9.

²⁹⁰ J. M. BUCHANAN, *Los Límites de la libertad: entre la Anarquía y Leviatán*, Katz, Buenos Aires, 2009, p. 104.

individuales renunciando al criterio del bienestar común. Así, señala literalmente: “el corolario de este hecho es la motivación de las personas que controlan la toma de decisiones colectivas para, en lugar de producir bienes públicos auténticos que beneficien a todas las personas de la comunidad, utilizan este medio de generar bienes directamente privados y parcelables que se pueden disfrutar de manera directa y son divisibles”²⁹¹.

En este momento, el sistema de incentivos cobra especial relevancia como elemento de determinación de la conducta del agente. Por un lado, es necesario identificar los incentivos que pueden hacer desviarse de la conducta deseable al agente y, por otro, una vez identificados, es preciso limitar su conducta, bien a través de reglas o de instituciones que permitan reducir los problemas de agencia²⁹², bien eliminando los incentivos que provocan la desviación.

En cuanto al Estado, Buchanan le atribuye una importante función de naturaleza “arbitral”, ya que considera que surge con la función primordial de hacer cumplir los acuerdos que los agentes han establecido como convenientes para sus intereses. Sin embargo, una función completamente diferente aparece cuando el Estado debe proveer bienes públicos y, para cumplir con esa obligación, interviene el gasto financiero con repercusiones en el presupuesto. La distribución del presupuesto y del gasto no responde a una fórmula precisa que se aplica bajo ciertas circunstancias con un resultado seguro e infalible, sino que: “se derivan del comportamiento individual (...) Los resultados reflejan la distribución de las ponderaciones de valores entre personas, que son inherentes a las normas de elección determinadas constitucionalmente; y la participación de las partes afectadas es un componente necesario de las *tele normas*, porque sólo mediante tal participación pueden revelarse las evaluaciones” .

Lo anterior implica que el Estado, como agente, no puede identificarse como un planificador social benevolente que toma decisiones con información completa y que además es racional. Así, si se reconoce que el Estado adolece de todas estas cualidades,

²⁹¹ *Ibid.*, p. 84.

²⁹² Los problemas de agencia se refieren, en la teoría económica, a las dificultades que se presentan cuando un interesado, también llamado principal, delega o encarga el cumplimiento de una acción o gestión de un interés a un delegatario o agente. La teoría de los problemas de agencia tiene por objeto identificar las dificultades y los mecanismos para asegurar que las acciones encargadas se cumplan de acuerdo con los intereses del principal y que los intereses del agente no interfieran con el cumplimiento del encargo. Cfr. R. COOTER; T. ULEN, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 275.

es evidente que resulta necesario dirigir, limitar y vigilar las decisiones que tome el agente.

Buchanan explora también la posibilidad de que la toma de decisiones pueda encomendarse a un experto que conozca profundamente la materia y esté en mejor posición para decantarse por una opción u otra. Sin embargo, si se adopta esta solución surge la necesidad de controlar las decisiones que tome el experto y de que sus valoraciones respeten los límites establecidos. Además, se hace imprescindible renunciar a los procesos democráticos sobre el punto en cuestión y confiar en el criterio del “experto”. Con todo, las decisiones que se tomen dentro del marco acordado y con los procedimientos fijados se revelan todas aceptables, al menos en principio. Ahora bien, cuando se agregan criterios como “el bienestar general” o “prioridades nacionales”, es evidente que el procedimiento de decisión debe atender a normas sustantivas y, por consiguiente, no todas las decisiones resultan aceptables. Buchanan lo resume así: “Como se señaló, el proceso gubernamental debe interpretarse como un sucedáneo de un intercambio complejo entre todos los ciudadanos de la comunidad. En la medida en que esta interpretación refleje la realidad, todos los resultados que se alcanzan mediante procedimientos acordados y eficientes de toma de decisiones pasan a ser igualmente aceptables. Sin embargo, cuando se reconoce que el proceso gubernamental debe incluir alejamiento de cualquier regla totalmente análoga a los intercambios voluntarios, es difícil mantener una posición de neutralidad plena entre alternativas posibles, alguna de estas sí que parecen ser mejores que otras”²⁹³.

Esta cuestión adquiere especial importancia en el marco de un Estado social de Derecho, en el que abundan las normas, directrices, fines y valores que deberían determinar el proceso decisorio. La concepción procedimental de la Constitución como un mero marco para la toma de decisiones, en el caso de un Estado social, es incompatible con el reconocimiento normativo de cada uno de los elementos que lo integran. El uso de conceptos vagos cuyo contenido deberá ser definido acudiendo a criterios teleológicos demuestra que la Constitución no solamente establece procedimientos para la toma de decisiones, sino que, en palabras de Buchanan, está cargada de normas sustantivas.

²⁹³ J. M. BUCHANAN, *Los Límites de la libertad: entre la Anarquía y Leviatán*, cit., p. 152.

La corriente de *The Public Choice*, en su estudio sobre la burocracia y el tamaño de las agencias, también hace referencia explícita al problema de la deuda pública. En todo caso, hay que señalar que si bien Buchanan es el autor de referencia sobre la tendencia al déficit, estas ideas ya recorrían la doctrina del derecho constitucional previamente. En 1935, en las conclusiones de su artículo *Fiscal Aspects of Constitutional Revision*, decía Edmonds que se podrían hacer algunas mejoras a la Constitución de Pennsylvania pero que, dada la tendencia de algunos líderes de “ahora” de pedir prestado dinero para gastarlo “hoy”, dejando la carga de la deuda a la siguiente generación, las limitaciones constitucionales estrictas eran esenciales. Y remataba el autor recordando que las Constituciones son instrumentos de la gente para controlar sus propios impulsos, a fin de dar oportunidad a una segunda reflexión más sensata²⁹⁴.

La Escuela *The Public Choice* distingue entre los diferentes tipos de presupuestos y los diferentes tipos de agencias (organismos). Este no es el espacio para explicar la clasificación que proponen. Sin embargo, es útil saber que los presupuestos de agencias pequeñas están contenidos dentro de otros presupuestos más grandes que corresponden a un programa y, a su vez, estos forman parte de las partidas de otros más generales y así hasta llegar a un presupuesto general. De acuerdo con los modelos planteados, se pone de manifiesto que existe una clara tendencia al sobreendeudamiento ya que los burócratas tratarán de maximizar su beneficio personal y no de optimizar los recursos para cumplir las funciones de su cargo.

Las causas que explican el sobreendeudamiento son varias: i) se apunta a que las consecuencias de dicho sobreendeudamiento quedan diluidas en los presupuestos más generales y diferidas hacia el futuro (se diluye la responsabilidad)²⁹⁵; ii) se señala que no hay incentivos personales para optimizar los recursos en la ejecución de la función, sino que hay incentivos para aumentar la burocracia, el tamaño y la importancia de la agencia y, por ello, para el agente decisor no resulta importante realizar un análisis costo-beneficio antes de tomar la decisión de endeudarse; iii) se denuncia el interés electoral como causa que también puede explicar la tendencia al endeudamiento. El deseo de permanecer en el cargo hace que se incremente el gasto, incluso que se creen políticas de pleno empleo o

²⁹⁴ F. SPENCER EDMONDS, “Fiscal Aspects of Constitutional Revision”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 181, 1, 1935, p. 141.

²⁹⁵ P. DUNLEAVY, *Democracy, bureaucracy and public choice: Economic approaches in political science*, Harvester Wheatsheaf, New York, etc, 1991, p. 208.

políticas inflacionistas para aumentar las posibilidades de ganar en los siguientes comicios²⁹⁶. En época preelectoral, los índices de deuda aumentan de manera cíclica²⁹⁷.

Las reflexiones que hemos recogido supra tienen que ver con la democracia, con la burocracia y, en alguna medida, con la inclinación al déficit. Nuestra intención, a continuación, es profundizar sobre este último aspecto de la teoría de Buchanan y para ello utilizaremos los dos siguientes textos: el libro que escribió junto a Wagner, “*Democracy in deficit*”²⁹⁸, y el artículo “*The balanced budget amendment: Clarifying the arguments*”²⁹⁹, escrito con ocasión del fracaso de la propuesta de enmienda constitucional en Estados Unidos en 1995³⁰⁰, en el que critica el keynesianismo³⁰¹.

En estos textos, se parte de la premisa de que los problemas estructurales de la política fiscal no eran problemas nuevos y de que no se solucionarían a través de políticas ordinarias. Bien al contrario, estos problemas exigían una restricción en el ámbito constitucional que cambiase efectivamente las reglas de juego de la política fiscal³⁰². En este punto, el autor subraya la existencia de una regla no escrita y aceptada sobre lo que debería ser el gobierno respecto de la política fiscal³⁰³. Los políticos de antes de la I Guerra Mundial hubieran considerado aberrante gastar más dinero del que se preveía ingresar

²⁹⁶ F. CANDEL-SÁNCHEZ, “Incentives for budget discipline in the presence of elections”, *European Journal of Political Economy*, vol. 23, 4, 2007, p. 863.

²⁹⁷ En el caso colombiano, encuentra Eslava que no existe necesariamente una presión hacia el déficit, sino una desviación del gasto con miras a favorecer a ciertos grupos del electorado. El análisis se concentró principalmente en el comportamiento de los municipios y es de advertir que en Colombia no está permitida la reelección de alcaldes. También concluye que el aumento del monto de presupuesto puede ser mal visto por los electores, de ahí que convivan dos visiones diferentes respecto del gasto: por un lado, la visión de los que ven con buenos ojos la provisión de bienes públicos (aumento del gasto) y de otro, la preocupación por el deterioro de las finanzas públicas. M. ESLAVA, “Ciclos políticos de la política fiscal con votantes opuestos al deficit. El caso colombiano.”, *El Trimestre Económico*, vol. 73, 2, 2006.

²⁹⁸ J. M. BUCHANAN; R. E. WAGNER, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, vol. VIII, Liberty Fund, Indianapolis, 2001.

²⁹⁹ “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, *Public Choice*, vol. 90, 1-4, 1997.

³⁰⁰ En el marco de “*contract with America*”, el partido republicano pretendía hacer una enmienda a la Constitución. El propósito de dicha enmienda era profundizar el federalismo y acercar el poder a los ciudadanos. A tal fin, se proponía un reforzamiento de la interpretación original de la Constitución (“*the original intent*”) de la X Enmienda de la Constitución. Uno de los aspectos de la reforma era limitar el poder de gasto de la Federación, así como el reforzamiento del poder estatal en el proceso político nacional y la cláusula de comercio (“*Commerce Clause*”). P. A. LAURICELLA, “The Real Contract with America: The Original Intent of the Tenth Amendment and the Commerce Clause”, *Albany Law Review*, vol. 60, 1996.

³⁰¹ Aclara el autor que la crítica contra Keynes se enfoca en el desconocimiento de las instituciones para formular su teoría, es decir, la crítica no apunta a los presupuestos teóricos, sino al marco para llevar a cabo dicho modelo J. M. BUCHANAN; R. E. WAGNER, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, cit., vol. VIII, pp. 4-5. Este desconocimiento de las instituciones lleva a Buchanan a sostener que Keynes no era un demócrata, ya que no preveía la realidad de las interacciones de los agentes y las instituciones. Concluye que Keynes estaba más preocupado por los resultados que por las instituciones. *Ibid.*, p. 85..

³⁰² J. M. BUCHANAN, “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, cit., p. 118.

³⁰³ J. M. BUCHANAN; R. E. WAGNER, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, cit., vol. VIII, p. 23.

por impuestos, excepto en supuestos de emergencia. Gastar recursos provenientes de empréstitos en bienes de consumo no era una conducta aceptable desde ningún punto de vista. Existía una regla implícita que no necesitaba aparecer escrita en la Constitución para que se cumpliera³⁰⁴.

Sin embargo, la defensa de las ideas propias del keynesianismo precisaba eliminar esta regla implícita, ya que las medidas propuestas por Keynes iban en el sentido de incrementar la deuda y, de esta forma, aumentar la demanda agregada. Las consecuencias negativas de estos comportamientos para la futura generación de contribuyentes se negaban (*tax payers*) y ello incentivó la tendencia de la democracia al déficit (la idea de poder gastar sin necesidad de aumentar los impuestos resultaba atractiva para los políticos)³⁰⁵.

La negación de las consecuencias perversas de la teoría de la deuda keynesiana fue posible, según Buchanan, porque se afirmaba que el endeudamiento no se podía considerar una carga para los contribuyentes del futuro porque los gastos que se comprometen en el presente son costeados y pagados por los contribuyentes del presente en todos los casos, ya sea a través de impuestos o a través de la creación de deuda. Esta idea, según el autor, dejaba sin razones morales para oponerse al déficit³⁰⁶. La posición keynesiana niega los principios clásicos de la economía y libera el comportamiento fiscal de la concepción del presupuesto en equilibrio y lo reemplaza por una formulación de la economía globalmente considerada, eso sí, en equilibrio³⁰⁷.

Aquellas afirmaciones dejaban a un lado los principios que habían gobernado la hacienda pública que había propuesto Adam Smith y que se basaban en la prudencia del gasto, haciendo un símil entre el Estado y la familia. Con Keynes, se envía el mensaje, según Buchanan, de que “lo que es tonto o torpe (*folly*) para conducir una familia, puede ser beneficioso para administrar un Estado”³⁰⁸.

Wilson, sin utilizar modelos económicos y más bien con una perspectiva práctica, afirmaba que si se asume que los políticos y los votantes maximizan sus intereses de

³⁰⁴ J. M. BUCHANAN, “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, cit., p. 119.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 120.

³⁰⁶ J. M. BUCHANAN; R. E. WAGNER, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, cit., vol. VIII, p. 16.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 10.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 3.

forma racional, entonces es esperable que estén dispuestos a transferir la riqueza de las generaciones futuras al presente. En este orden de ideas, si los votantes pretenden tener beneficios particulares, sin convencer a los demás contribuyentes de que asuman la carga de impuestos que implican, habrá que estar dispuesto a que se paguen con deuda pública. Esto significa que existen incentivos para lograr beneficios sufragados por la generación futura³⁰⁹.

La tendencia al déficit apareció también en los trabajos de Torsten Persson y Svensson³¹⁰, y de Alesina y Tabellini³¹¹.

El trabajo de Perssons y Svensson demuestra cómo la rotación electoral promueve el déficit, debido a que las decisiones presupuestarias y de manejo de la deuda de un Gobierno determinan en buena medida las posibilidades de maniobra del siguiente. Esto genera una tendencia al déficit, en el sentido de que un Gobierno, dada la inconsistencia intertemporal del agente³¹², va a preferir dejar menos recursos para el siguiente, aumentando la deuda y/o recaudando menos impuestos, es decir, dejando restringidas las posibilidades del Gobierno entrante³¹³. El trabajo de Alesina y Tabellini llega a las mismas conclusiones que el anterior, pero propone un modelo más complejo en el sentido de que se tiene en cuenta la alternancia en el poder y se proyecta indefinidamente, mientras que el anterior solo se refería a dos periodos³¹⁴. Lo significativo de ambos trabajos es la confirmación de la inclinación al déficit del modelo.

Ahora bien, la razón por la que las medidas ordinarias no pueden balancear los presupuestos tiene que ver con el hecho de que existen normas (instituciones) que permiten disminuir el coste de oportunidad de los políticos. Esto significa que la decisión

³⁰⁹ J. Q. WILSON, "The Rediscovery of Character: Private Virtue and Public Policy", en *American Politics, Then & Now: And Other Essays*, AEI Press, Washington, D.C., 2010, p. 39. Ofrecemos aquí las palabras exactas: "If you believe that voters and politicians seek rationally to maximize their self-interest, then you would expect most people to transfer wealth from future generations to present ones. If you want the federal government to provide you with some benefit and you cannot persuade other voters to pay for your benefit with higher taxes, then you should willing have the government borrow to pay for that benefit. Since every voter has something he would like from the government, each has an incentive to obtain that benefit with funds to be repaid by future generations."

³¹⁰ "Why a Stubborn Conservative would Run a Deficit: Policy with Time-Inconsistent Preferences", *Quarterly Journal of Economics*, vol. 104, 2, 1989.

³¹¹ "A positive theory of fiscal deficits and government debt", *The Review of Economic Studies*, vol. 57, 3, 1990.

³¹² El agente en los sistemas democráticos cambia de acuerdo con las elecciones. Así, la decisión de la política fiscal corresponde al Gobierno y su posición al respecto varía dependiendo del partido o de los intereses políticos del momento

³¹³ T. PERSSON; L. E. O. SVENSSON, "Why a Stubborn Conservative would Run a Deficit: Policy with Time-Inconsistent Preferences", cit., p. 340.

³¹⁴ A. ALESINA; G. TABELLINI, "A positive theory of fiscal deficits and government debt", cit.

más racional, en el sentido de coste/beneficio para el político o administrador, y que mejor responde frente a sus votantes, es aumentar la deuda y el déficit. De esta forma, los agentes podrán gastar sin aumentar los impuestos, quedando libres de responsabilidad política ya que el endeudamiento permite ocultar quién hace el sacrificio de pagar y cuándo lo hace. Lo anterior se ve reforzado con la rotación electoral o turnismo político: un Gobierno responsable que ajusta sus cuentas (incrementando impuestos y/o recortando el gasto) sabe que en algún momento será reemplazado por uno que sea derrochador³¹⁵. Por tanto, resulta evidente que no hay incentivos para la autorrestricción y el mantenimiento de presupuestos en equilibrio.

Por todas estas razones, Buchanan defiende la implementación de cláusulas de disciplina fiscal en la Constitución y considera que los límites a la deuda y al déficit deben ser interpretados como normas de procedimiento y no como normas sustantivas³¹⁶, es decir, normas que forman parte del modelo de decisión. Defiende que su “propuesta tiene como objetivo cambiar las reglas para la determinación de las políticas fiscales. Los que apoyan el cambio de las reglas predicen que bajo el nuevo modelo, los resultados fiscales serán diferentes y mejores que los resultados observados bajo las reglas fiscales que no exigen equilibrio presupuestario”³¹⁷.

En resumen, la Escuela, tanto la variante de Virginia como la de *Political economy*, encuentra que existen incentivos en el sistema que provocan el sobreendeudamiento de los Estados. Aspectos como la ausencia de un sistema de responsabilidad individual, el interés por aumentar el poder y las competencias por parte de los gobernantes y funcionarios, además de lo atractivo que resulta para los políticos diferir el coste político y económico de sus decisiones a las futuras generaciones, determinan que los sistemas democráticos tengan una tendencia al déficit. La solución al problema, según esta corriente, consiste en adoptar cláusulas de disciplina fiscal que disuadan y, sobre todo, impidan el crecimiento de la deuda y el déficit. Además, la implementación de las reglas fiscales también se justifica por la reducción de los costes de transacción que provocaría³¹⁸. La teoría de los costes de transacción indica que cuando estos costes son cero, se llega a la distribución más eficiente. La implementación de las reglas fiscales

³¹⁵ J. M. BUCHANAN, “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, cit., p. 121.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 126.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 123.

³¹⁸ D. C. NORTH, “Transaction costs, institutions, and economic performance”, *International Center for Economic Growth, Occasional Papers*, 30, 1992.

disminuye dichos costes porque facilita la información para la toma de decisiones, reduce el tiempo de la deliberación, limita las concesiones que se deben hacer en el marco de la negociación, e incluso compensa la inconsistencia intertemporal del agente.

Las reglas e instituciones en general también disminuyen la posibilidad de incurrir en error por parte del que toma la decisión. Sin embargo, en materia de reglas fiscales significaría que conocemos de antemano la “fórmula correcta” para dirigir la política fiscal de un Estado.

En resumen, la necesidad de implementar reglas fiscales en el ámbito constitucional se justifica por la tendencia del sistema democrático al déficit y la necesidad de contener dicha tendencia, así como por los beneficios que reporta en materia de estabilidad de precios y de reducción de riesgo moral de las entidades subnacionales, y, en fin, para la economía en general. Se justifican por la reducción de los costes de transacción en el momento de tomar las decisiones en materia de política fiscal y, por último, en la necesidad de preservar la equidad intergeneracional.

2. Las reglas fiscales. Concepto, origen, finalidades y modalidades

Como anunciamos previamente, utilizaremos la variante de *Political Economics* para el estudio de las reglas fiscales o cláusulas de disciplina fiscal³¹⁹. Los teóricos de esta escuela eluden identificarse con la metodología de *The Public Choice*³²⁰; sin embargo, se ocupan de los mismos temas y utilizan herramientas propias de la economía para el estudio de las instituciones políticas.

Las cláusulas de disciplina fiscal son preceptos constitucionales o legales cuyo contenido determina la política fiscal de un Estado o administración, imponiendo límites tanto materiales como formales. Los límites materiales son los referidos a aspectos de la economía como la deuda pública, el déficit, el gasto y los ingresos. Los límites formales atañen a los procedimientos que deben utilizarse para la aprobación de presupuestos y los controles a los que están sometidos dichos presupuestos y su ejecución.

³¹⁹ La doctrina, tanto la jurídica como la económica, ha utilizado fundamentalmente la denominación reglas fiscales. A lo largo de este capítulo se utilizarán los conceptos “cláusulas de disciplina fiscal” y “reglas fiscales” como sinónimos, con la advertencia de que el uso de la denominación reglas fiscales no hace referencia a las reglas constitucionales como categoría dogmática o clasificación de las normas constitucionales.

³²⁰ C. K. ROWLEY, “Public Choice and Constitutional Political Economy”, cit., p. 11.

La aproximación al concepto de reglas fiscales quizá más aceptada y más difundida es la de Kopits y Symansky. Se formuló en los siguientes términos: “una regla de política fiscal es definida, en un contexto macroeconómico, como una restricción permanente de la política fiscal, normalmente definida en términos de un indicador de desempeño fiscal. Las reglas tienen índices como el déficit fiscal, préstamos, deuda, o sus componentes, y usualmente se expresan como un límite u objetivo en proporción con el Producto Interno Bruto”³²¹.

Kopits señala que las normas de restricción fiscal han estado presentes durante toda la historia del constitucionalismo, pudiendo distinguir tres periodos o “tres olas de introducción de reglas fiscales” (“*three waves*”). En primer lugar, los Gobiernos federales de algunos Estados de los Estados Unidos, a mediados del siglo XIX, y de algunos Cantones suizos en 1920, se comprometieron y obligaron a alcanzar el balance presupuestario para poder acceder a los mercados de financiación. En un segundo periodo, tras la II Guerra Mundial, algunos países industrializados, como Alemania, Italia, Japón y Holanda, introdujeron estas normas (reglas de oro; “*golden rules*”) para respaldar sus programas de estabilización. Finalmente, en los años sesenta, Indonesia y antiguas colonias francesas (*CFA franc zone*), hicieron lo propio limitando su capacidad de financiación a través de las fuentes internas, como la banca central³²².

Las reglas fiscales que actualmente se incluyen en los ordenamientos son una respuesta a las deudas públicas inmensas que dejó la aplicación del keynesianismo, que promovía incrementar el gasto público. Respondiendo a dicha situación, en la década de 1980, cuando se hizo patente la existencia de un déficit elevado y de una deuda inmensa, se volvieron a aplicar reglas de carácter fiscal con el objetivo de equilibrar los presupuestos.

Dada la amplitud de posibilidades normativas que gobiernan la política fiscal, es posible identificar múltiples reglas fiscales con un poder vinculante diferente; además su implementación suele ser una combinación de varias. Una primera clasificación obedece

³²¹ G. KOPITS; S. A. SYMANSKY, *Fiscal policy rules*, vol. 162, International monetary fund, 1998, p. 2. “For de purposes of this paper, a fiscal policy rule is defined, in a macroeconomic context, as a permanent constraint on fiscal policy, typically defined in terms of an indicator of overall fiscal performance. The rules under consideration cover summary fiscal indicators, such as the government budget deficit, borrowing, debt, or major components thereof –often expressed as a numerical ceiling or target, in proportion to gross domestic product (GDP)”

³²² G. KOPITS, “Fiscal Rules: Useful Policy or Unnecessary Ornament?”, *IMF Working Paper*, 2001, p. 4 y 5.

al contenido de las normas, y distingue entre reglas materiales y procedimentales. Un ejemplo de las primeras sería la limitación del gasto público con relación al PIB, mientras que una norma de procedimiento consistiría en la imposibilidad que tienen las cámaras legislativas de modificar el presupuesto presentado por el ejecutivo sin la autorización del Gobierno³²³. También se pueden clasificar por el tipo de límite que imponen: por ejemplo, habrá normas que limiten la deuda pública, otras el déficit público, otras pueden imponer un techo de gasto, o, incluso, la definición de la capacidad de endeudamiento. Además, las reglas pueden referirse a la etapa de elaboración de los presupuestos o a la de su ejecución, e incluso también pueden referirse a cada ejercicio o ajustadas por ciclo. Vemos pues que hay muchas opciones y que su combinación es compatible. Las reglas fiscales que se han adoptado en las reformas constitucionales objeto de estudio están referidas a la deuda pública y al déficit. En Colombia se adoptó la fórmula “sostenibilidad fiscal” mientras que en España se incorporó como “estabilidad presupuestaria” con una alusión directa a indicadores (por remisión a lo dispuesto por la Unión Europea), pero el criterio de la regla fiscal es el mismo.

Las reglas fiscales pretenden conseguir diferentes metas u objetivos, aunque en todo caso están relacionadas con las finanzas públicas. Por ejemplo, las reglas de estabilidad presupuestaria, ya sean de balance total, estructural o ajustado por el ciclo, según la disposición normativa, ayudan a que la relación Deuda-PIB se mantenga en un nivel finito, pero no aseguran que la deuda tienda a cero en el límite. Las reglas sobre la deuda con un índice específico son las más efectivas para contener la deuda y mantenerla dentro de un objetivo concreto, pero no determinan la política fiscal una vez se ha alcanzado dicho objetivo. De otro lado, las reglas de gasto no están directamente relacionadas con la sostenibilidad de la deuda pública ya que no afectan a los ingresos o la recaudación, pero sí son útiles si se acompañan de otro tipo de reglas³²⁴. Las reglas fiscales también pueden consistir en limitar o ampliar las competencias de los órganos. Por ejemplo, la prohibición de financiamiento a través del banco central es una regla fiscal que no impone propiamente un límite de gasto o de deuda, ni afecta al procedimiento de confección de

³²³ Constitución española, art. 134.8. Constitución Política de Colombia, art. 351.

³²⁴ M. KUMAR Y OTROS, “Fiscal rules—anchoring expectations for sustainable public finances”, *IMF Staff Paper*, Washington DC., 2009, p. 5, fecha de consulta en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>.

los presupuestos; sin embargo, esta limitación ha sido determinante en el comportamiento de las haciendas públicas³²⁵.

Merino García sostiene que el propósito originario de las reglas fiscales era aumentar la credibilidad de la política fiscal y, como consecuencia, permitir el endeudamiento de los Estados. Sin embargo, advierte el autor que, desde la creación del Euro, se han establecido reglas fiscales con un fin diferente: “garantizar el funcionamiento de una unión monetaria y evitar que las políticas fiscales nacionales impidan el funcionamiento de la política monetaria única o el mantenimiento del valor de la moneda”³²⁶.

Puede decirse que las reglas fiscales deben ser permanentes, razonables y susceptibles de revisión:

- a) las reglas fiscales deben ser normas de carácter permanente que determinen la política fiscal del Estado a largo plazo, de ahí que se exhorte a que dichas restricciones sean recogidas en la Constitución, o en normas del más alto nivel. En sentido contrario, no deben entenderse como reglas fiscales las normas de carácter transitorio. De hecho, las políticas de estabilización temporales no deben ser entendidas como reglas fiscales propiamente dichas ya que no tienen la vocación de permanencia de la que hablamos, a pesar de que el objeto que se regula es el mismo³²⁷;
- b) las reglas fiscales deben ser alcanzables, razonables, es decir, no basta con que señalen los límites de endeudamiento o déficit, sino que deben ajustarse a la realidad y plantear objetivos posibles a corto, medio y largo plazo;
- c) las reglas fiscales deben tener mecanismos de supervisión y control; en otras palabras, deben estar provistas de fuerza que permita verificar su cumplimiento y, en caso de incumplimiento, tener herramientas para corregir la desviación y encauzar hacia el objetivo;

³²⁵ En España se integra a través del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, artículo 104 y 104B. En Colombia, las operaciones de financiamiento a favor del Estado requieren la unanimidad de la Junta Directiva del Banco de la República.

³²⁶ P. A. MERINO GARCÍA, “Reglas fiscales y mecanismos de estabilidad”, en *La arquitectura institucional de la refundación del Euro*, vol. 49, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2013 (Papeles de la Fundación).

³²⁷ G. KOPITS; S. A. SYMANSKY, *Fiscal policy rules*, cit., vol. 162, p. 2.

d) los mecanismos de supervisión de las reglas fiscales también son diversos y dependen de la naturaleza de las normas. Por regla general, para dar credibilidad a las normas, es posible juzgar su incumplimiento en los tribunales. También pueden ser objeto de supervisión por parte de órganos independientes con decisiones que pueden ser vinculantes o no, o incluso por parte del Parlamento (control de carácter político). Es importante mencionar también las herramientas de *soft law* no vinculantes: la presentación de informes, la necesidad de pedir conceptos a órganos independientes, o a cuerpos consultivos. Se trata de principios que gobiernan los presupuestos pero cuya aplicación es etérea y no disminuyen la discrecionalidad de los políticos en la elaboración de los presupuestos. Esto no quiere decir que no sean efectivos o que su desconocimiento sea una constante en todas las latitudes donde se han implementado, pero sí es cierto que su desconocimiento es fácil y libre de consecuencias³²⁸. De otro lado, están los instrumentos de *hard law* que sí tienen un ingrediente normativo y que determinan la política fiscal con sanciones y respuestas propias del derecho;

e) las consecuencias del incumplimiento también son diversas, desde multas hasta la exigencia de responsabilidad política o disciplinaria (particularmente, en el marco de procesos de integración, podría haber consecuencias políticas y de mercado, como pudiera ser la posibilidad de quedarse por fuera de la Zona Euro en caso de incumplimiento de las reglas fiscales impuestas por el Tratado de Maastricht y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la Unión Europea). También hay que destacar las consecuencias en materia de facilidad o dificultad de lograr financiación por parte de organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, ya que su cooperación depende del cumplimiento de condiciones, como índices económicos, o de promesas de reformas legales que afectan la política económica de manera directa.

Las ventajas que provoca la previsión de las reglas fiscales son, básicamente: a) disminuyen la volatilidad macroeconómica, aportando certeza a los inversionistas sobre la política fiscal que va a seguir el país; b) aumentan la transparencia en la toma de

³²⁸ F. J. SALINAS SÁNCHEZ, “Innovaciones en el entramado institucional de la gestión de los presupuestos públicos. Introducción a la economía política de las reglas e instituciones fiscales”, en Juan Vicente Perdíz, Francisco Javier Salinas Sánchez (eds.) *Economía política de las reglas e instituciones fiscales*, vol. 4, 1ª, Caja España de Inversiones, León, 2008, p. 29.

decisiones (al menos en teoría); y, c) disminuyen el riesgo moral de las entidades descentralizadas o Estados federados³²⁹. En ese mismo sentido, se ha comprobado que las reglas promueven un desarrollo contracíclico de la política fiscal. Salinas Sánchez señala otras ventajas: [d] “contener el sesgo al déficit detectado en los procesos presupuestarios democráticos por un sistema de incentivos en el que prevalecen las consideraciones electorales; [e] alejar las estrategias de la política fiscal de los problemas de inconsistencias temporales; [f] frenar el sesgo al gasto público por encima de niveles de eficiencia; [g] reducir el coste financiero de un nivel de deuda que tiene a un nivel superior al óptimo”³³⁰.

Parece inevitable que la aprobación de presupuestos esté determinada por la dinámica política, con todas las posibles injerencias e intereses que determinan este tipo de debates. Por consiguiente, la deuda pública podría crecer desmesuradamente dependiendo del clima político del momento (al menos así lo han considerado algunos defensores de la necesidad de incluir cláusulas de carácter constitucional para evitar dicho crecimiento de la deuda pública)³³¹.

Las reglas fiscales de procedimiento o estructurales son más útiles y eficientes. No se debe olvidar que el propósito de las reglas fiscales es contener la inclinación al déficit y disminuir la discrecionalidad; además, conservan la flexibilidad necesaria para responder ante las variaciones económicas. Siendo esto cierto, precisamente las reglas fiscales de procedimiento o estructurales deberían corregir el origen de la inclinación al déficit con mayor facilidad, aunque la identificación de dicho origen no es sencilla³³².

Por otra parte, las reglas fiscales con índices específicos (como las que limitan la deuda pública a un porcentaje del PIB), albergan problemas dada la restricción que su

³²⁹ El riesgo moral o azar moral consiste en la decisión deliberada de tomar una decisión perjudicial, sabiendo que otro agente económico asumirá la pérdida y le compensará la misma. R. COOTER; T. ULEN, *Derecho y economía*, cit., p. 76.. En este caso concreto el riesgo moral se produce cuando un administrador decide endeudarse por encima de la capacidad de pago de la entidad que administra contemplando la posibilidad de que el Estado central o la federación acudirán a su rescate. A. GARCÍA SERRADOR, “Teoría general sobre reglas fiscales”, *Quaderns de Política*, vol. 8, 2004, p. 23..

³³⁰ F. J. SALINAS SÁNCHEZ, “Innovaciones en el entramado institucional de la gestión de los presupuestos públicos. Introducción a la economía política de las reglas e instituciones fiscales”, cit., p. 32 y 33.

³³¹ J. M. BUCHANAN, “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, cit.; J. M. BUCHANAN; R. E. WAGNER, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, cit., vol. VIII; L. M. VAN DEN HAUWE, “Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics”, *Constitutional Political Economy and Law and Economics (August 1, 1999)*. *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, vol. 1, 1999, p. 603.

³³² A. DRAZEN, “Fiscal rules from a political economy perspective”, en George F. Kopits (ed.) *Rules-Based Fiscal Policy in Emerging Markets*, Palgrave Macmillan, London, 2004, pp. 15, 22 y ss.

propia naturaleza supone. Entre ellos: a) tienen un sesgo procíclico en comparación con las de carácter estructural que permiten un mejor funcionamiento de los estabilizadores automáticos³³³; b) dificultan una reacción económica en caso de shock; c) pueden generar incentivos para el uso de contabilidad “creativa”³³⁴; d) disminuyen la autonomía financiera de las entidades descentralizadas; y e) limitan la redistribución del ingreso³³⁵; f) en el caso específico de las reglas de equilibrio presupuestario estructural, implican niveles extremadamente bajos en el largo plazo de deuda pública³³⁶. Esta circunstancia puede provocar que se pierda la oportunidad de aprovechamiento de las condiciones del mercado, como puede ser la colocación de deuda a tasas negativas, por ejemplo.

Las reglas fiscales con índice numérico comportan un problema intrínseco y es, que en caso de ser necesario (emergencia económica), dicho índice puede ser modificado (por el procedimiento que corresponda) y en el peor de los casos, simplemente incumplido, lo cual compromete la credibilidad de la regla fiscal ya que, como vimos, lo ideal es que sea estable en el tiempo³³⁷. Este incumplimiento del índice específico provoca un aumento de la percepción negativa y el empeoramiento de la confianza puede tener efectos nocivos en el mercado pese a que la situación económica real no necesariamente sea tan mala. El incumplimiento de la regla fiscal puede ser poco significativo; sin embargo, el hecho de que se esté vulnerando el índice establecido por la norma puede dar lugar a que se interprete de manera más negativa que si dicho índice no existiera jurídicamente.

Aunado a lo anterior existe una dificultad adicional y es el cálculo de los índices que permiten determinar si se cumple o no con las reglas. Las magnitudes de las reglas no son fácilmente observables; a decir verdad, son modelos teóricos y los resultados pueden variar por contingencias imprevistas en el propio modelo. Por ejemplo, en el cálculo del *output gap* o brecha del producto, se parte la magnitud de un PIB potencial que es una

³³³ I. LOZANO; H. RINCÓN; M. SARMIENTO; J. RAMOS, “Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 10, 19, 2008, p. 323.

³³⁴ El uso de contabilidad creativa ha sido una de las preocupaciones más relevantes en el estudio de las reglas fiscales. La contabilidad creativa encuentra incentivos porque permite aumentar los gastos sin necesidad de aumentar los impuestos; sin embargo, la probabilidad de que se detecte este tipo de contabilidad tiene unos límites que en buena medida dependen de la transparencia del presupuesto y su ejecución, pero el hecho de que exista la probabilidad de que no sea detectada hace que la contabilidad creativa sea una preferencia de los políticos. G. M. MILESI-FERRETTI, “Good, bad or ugly? On the effects of fiscal rules with creative accounting”, *Journal of Public Economics*, vol. 88, 1, 2004.

³³⁵ I. LOZANO Y OTROS, “Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia”, cit.

³³⁶ P. A. MERINO GARCÍA, “Reglas fiscales y mecanismos de estabilidad”, cit., p. 102.

³³⁷ A. DRAZEN, “Fiscal rules from a political economy perspective”, cit., p. 27.

formulación teórica no mensurable realmente y que tiene factores de aleatoriedad³³⁸; asimismo, el cálculo de la deuda en casos como el colombiano, está determinado por la tasa de cambio; así pues, es posible que haya un “aumento” de la deuda pública aunque no haya habido una variación real o nuevas operaciones de crédito.

Otra cuestión imprescindible en el estudio de las reglas fiscales es la relativa a su objetivo o finalidad. La implementación de estos mecanismos aspira a: (a) lograr la estabilización de la economía;(b) y en el caso de procesos de integración como el de la Unión Europea³³⁹, alcanzar la convergencia económica; lo que a su vez (c) presiona a la búsqueda de la eficiencia dentro de la organización del Estado); (d) limitar los gastos; (e) reducir el déficit; (f) aumentar la inversión; (g) mantener unos niveles de deuda contenidos, que garanticen la equidad intergeneracional.

En ese orden de ideas, es posible sostener que las reglas fiscales tienen por objeto erigirse como límites de la política económica y fiscal y que su motivación viene dada desde varios puntos de vista. Entre ellos destacan: 1. Evitar desviaciones producto de la discrecionalidad de los gobernantes, ya que una alta discrecionalidad en esta materia produce decisiones electoralistas; 2. Buscan preservar la equidad intergeneracional, que se basa en la idea de que los recursos deben ser administrados de tal manera que las generaciones futuras puedan disfrutar de ellos (no dejar una deuda “impagable” a las generaciones venideras), si bien habría que añadir otro elemento: resulta justo que las generaciones futuras, que van a disfrutar del resultado de esas inversiones, contribuyan con la financiación las mismas³⁴⁰. En fin, la contratación de la deuda pública solo se justifica si ésta va a ser utilizada en inversiones que pueden ser aprovechadas por las generaciones futuras que heredarán una parte de la deuda.

Las cláusulas de disciplina fiscal en el ordenamiento jurídico tienen como fin perfilar y determinar la política presupuestaria, revelándose como un auténtico límite frente a las facultades en materia de presupuesto, tanto del poder ejecutivo como del legislativo; sin embargo, el fin último es buscar que el Estado tenga acceso a buenas

³³⁸ A. S. MAHMUD; S. JAHAN, “Vuelta a lo esencial. ¿Qué es la brecha del producto?”, *Finanzas & Desarrollo*, vol. 50, 3, 2013, p. 39; P. A. MERINO GARCÍA, “Reglas fiscales y mecanismos de estabilidad”, cit., p. 102.

³³⁹ Para un visión general de las restricciones en el marco de la Unión Económica y Monetaria en otros países ver M. ADAMS; F. FABBRINI; P. LAROUCHE, *The constitutionalization of European budgetary constraints*, Pbk. ed., Oxford, United Kingdom Portland, Oregon Hart Publishing, Oxford, United Kingdom Portland, Oregon, 2016.

³⁴⁰ A. GREINER; B. FINCKE, *Public Debt, Sustainability and Economic Growth: Theory and Empirics*, 2015, Springer International Publishing, Bielefeld, 2015, p. 1.

condiciones en el mercado financiero, procurándole la información necesaria y la certeza de que las deudas pueden ser satisfechas por parte de los Estados. La definición de fiscalidad del Banco Central Europeo sigue precisamente esta línea: “La sostenibilidad fiscal se define como la capacidad de un gobierno para atender el pago de su deuda a largo plazo. Por consiguiente, para que un Gobierno con un determinado saldo de deuda viva tiene que obtener superávits primarios en el futuro, y estos han de ser suficientemente elevados para hacer frente a las obligaciones de pago (actuales y futuras) de su deuda. En otras palabras, la sostenibilidad fiscal exige que el Gobierno sea solvente, es decir, que pueda reembolsar su deuda en algún momento en el futuro”³⁴¹.

Una definición más técnica, pero con igual contenido, la propone el Banco de España en los siguientes términos: “La definición usual de sostenibilidad fiscal está basada en la necesidad de que un déficit público se pueda financiar. En este sentido, un determinado régimen de política fiscal será sostenible si, manteniéndose inalterado en sus parámetros fundamentales de manera permanente, satisface la restricción presupuestaria intertemporal del Gobierno. En otras palabras, que el valor de mercado actual de la deuda sea igual al valor presente descontado del flujo de superávits primarios esperados. Ello conlleva que el valor presente descontado de la deuda tienda a cero en el límite”³⁴².

La forma de alcanzar unas finanzas saneadas (sea bajo la fórmula sostenibilidad fiscal, estabilidad presupuestaria o cualquier otra) guarda una conexión directa con el sistema de centralización o descentralización del poder político de un Estado. La hacienda pública hace referencia a las relaciones existentes entre el Estado y sus entidades territoriales. Estas relaciones pueden ser de naturaleza centralista (caso francés), descentralización leve (caso colombiano), fuerte descentralización (caso español), o federaciones de distintos niveles (Estados Unidos con un nivel de federación muy fuerte o el caso alemán, que parece no ser tan federado). Entender estas relaciones permite comprender la necesidad de crear incentivos para mantener y cumplir las reglas fiscales: la autonomía fiscal de las entidades territoriales crea la posibilidad de que los administradores, en caso de déficit, aumenten la carga tributaria de sus regiones antes de

³⁴¹ BANCO CENTRAL EUROPEO, “Garantizar la sostenibilidad fiscal en la zona del euro”, *Boletín mensual [del] Banco Central Europeo*, 4, 2011, p. 65.

³⁴² F. DE CASTRO FERNÁNDEZ, “Una evaluación macroeconómica de la política fiscal en España”, *Estudios económicos*, 76, 2005, p. 13.

incurrir en deuda y, con esa misma flexibilidad, es posible desarrollar políticas contracíclicas de acuerdo con cada presupuesto y momento del ciclo.

Para comprender estos incentivos, es interesante conocer los antecedentes de Estados Unidos con relación la regla de oro, y también el caso alemán, con la reforma del año 2009.

En 1996 se estudió el comportamiento de las haciendas estatales de los Estados federados de Estados Unidos con reglas fiscales (casi todos). Las conclusiones del estudio son ilustrativas, pero deben ser leídas con prudencia. Así, en primer lugar, dio cuenta de que las reglas fiscales que se aplican al final del ejercicio contable son más eficaces que las que imponen restricciones para el inicio del ejercicio contable; también son más eficaces las restricciones que están incorporadas en las Constituciones de los Estados que las que se encuentran en ámbito legal; y, finalmente, también muestra que los excedentes de los presupuestos de los Estados con reglas fiscales fuertes son ligeramente menos sensibles a cambios del ciclo económico en lo que se refiere a ingresos y desempleo que los presupuestos hechos con reglas más débiles³⁴³.

Sin embargo, las aparentes bondades de dicha eficiencia son leídas por el propio autor con cautela respecto de la posibilidad de extrapolarlas a la Federación, ya que implicaría una disminución significativa de la flexibilidad; también sostiene que los presupuestos estatales no son comparables con los presupuestos de la Federación (ya que los Estados tienen cuentas separadas para seguros, gastos de capital y también las rentas, por ejemplo, mientras que el Gobierno federal tiene una sola gran cuenta que incluye todo); otra de las conclusiones interesantes es la necesidad de tener un presupuesto para las pensiones y la seguridad social separado y equilibrado³⁴⁴. Y ello es especialmente relevante para nuestro estudio, ya que buena parte los debates, tanto en Colombia como en España, han girado en torno al gasto en pensiones y seguridad social como asignaciones presupuestarias que comprometen el equilibrio de las cuentas públicas.

³⁴³ H. BOHN; R. P. INMAN, "Balanced-Budget Rules and Public Deficits: Evidence from the U.S. States", *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 45, 1, 1996, p. 64.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 65.

3. “The Golden Rule”: Alemania como paradigma de contención del gasto público

El desarrollo que ha tenido el ordenamiento jurídico alemán en esta materia tiene especial importancia para el desarrollo de este trabajo. El papel protagónico que ocupa este país en Europa, tanto político como económico, hace indispensable revisar su marco constitucional en esta materia.

Un antecedente inmediato sobre la restricción de la deuda pública lo encontramos en la Constitución de Weimar en su artículo 87 que preveía la naturaleza excepcional de la financiación mediante deuda pública, y la justificaba para atender necesidades extraordinarias o para financiar bienes productivos. Además, establecía que los empréstitos debían ser autorizados mediante ley del *Reich*³⁴⁵.

Ahora bien, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 fue reformada en 1969 con el objeto de incluir la célebre “regla de oro”. Según esta norma los “ingresos procedentes de créditos no podían superar las inversiones previstas en el presupuesto”³⁴⁶; a su vez, las Constituciones de los *Länder* incluyeron excepciones para utilizar el presupuesto de manera anticíclica. La flexibilidad de las definiciones, especialmente de lo que se podía entender por “inversiones” y el establecimiento de excepciones condujo a considerar esta regla fiscal como insuficiente ya que, como estudiamos en la presentación general de las cláusulas de disciplina fiscal, para que estas funcionen es indispensable que no estén abiertas y expuestas a cualquier tipo de interpretación o contenido. La utilización de términos abiertos o ambiguos dejaba en manos el cuerpo legislativo de los *Länder* la posibilidad de una interpretación extensiva de lo que se entendía por inversiones y esto dificultaba el control. Como sostiene Cordero González, “aquí radica, en opinión de un buen número de autores, la causa principal de las altas tasas de endeudamiento existentes en Alemania, dado que en épocas de bonanza económica se recurrió igualmente al endeudamiento para financiar inversiones, sin adoptar medidas de ahorro que permitieran amortizar la deuda anterior”, de tal forma que “la política económica alemana siguió sólo

³⁴⁵ F. J. GARCÍA ROCA; M. Á. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Cizur Menor, 2013, p. 21.

³⁴⁶ M. KÖLLING, “Los límites de la deuda pública según la reforma de la ley fundamental alemana de 2009”, *Revista d’Estudis Autonomics i Federals*, vol. 16, 16, 2012.

parcialmente el modelo keynesiano, endeudándose en las épocas de difícil coyuntura, pero sin amortizar las deudas en las fases de expansión”³⁴⁷.

Lo anterior se habría podido solventar si la interpretación del artículo 115 de la Ley Fundamental de Bonn (que limitaba el endeudamiento para realizar inversiones) se hubiera interpretado de forma sistemática con lo dispuesto por el 109.2, que consideraba tener en cuenta “las exigencias del equilibrio económico general”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal había reconocido un amplio margen de interpretación sobre la determinación de la existencia o amenaza de un “desequilibrio económico global”³⁴⁸; a lo anterior habría que añadir, como ya hemos apuntado, que las reglas fiscales pueden dar lugar a contabilidad creativa. La Constitución alemana preveía la posibilidad de crear fondos con fines específicos que recibían recursos del presupuesto; sin embargo, estos fondos tenían capacidad para endeudarse con autorización de la ley, pero este endeudamiento no se reflejaba en los presupuestos generales. Esta particularidad permitió desviar el endeudamiento, volcando sobre estos fondos, y no sobre los presupuestos, la deuda que se tornaba excesiva.

Papier explica que la Ley Fundamental no logró contener el gasto público porque se produjo un cambio en el papel que jugaba el Parlamento con relación al poder ejecutivo. Advierte el autor que, bajo un régimen de monarquía limitada, el Parlamento representaba los intereses contrarios a los de la Corona y en esa medida era un verdadero limitador del gasto. Sin embargo, actualmente confluyen, en alguna medida, los intereses del poder ejecutivo y del poder legislativo, lo que lleva al Parlamento, en palabras de Papier, a “convertirse en un coprotagonista de la política gubernamental”³⁴⁹, en otras palabras, el papel del poder legislativo no siempre consiste en controlar al poder ejecutivo, sino que es posible que dado su papel político esté dispuesto a facilitar las actuaciones del poder ejecutivo. Advierte que, pese a que la idea de confiar la política financiera y presupuestaria a un *protector autónomo* es tentadora, se corre el riesgo de afectar la democracia parlamentaria: “tanto el legislador ordinario como el reformador de la Constitución (*vid. art. 79.3 GG*) han de respetar los principios de soberanía popular y de democracia representativa. Querer exonerar a las funciones centrales del Estado en el

³⁴⁷ E. M. CORDERO GONZÁLEZ, “La reforma de la constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la federación y los länder”, *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, p. 305.

³⁴⁸ H.-J. PAPIER, “Ley fundamental y orden económico”, cit., p. 610.

³⁴⁹ *Ibid.*

ámbito de la política presupuestaria y financiera de la participación y responsabilidad parlamentarias, es decir, querer someter al poder financiero del Estado en su conjunto a una Constitución de excepción, no sería compatible con aquellos principios fundamentales”³⁵⁰.

La reforma de la Ley Fundamental en el año 2009 debe ser entendida como la culminación de un largo proceso de reestructuración del federalismo alemán y de la modernización del Estado que se produjo en dos fases. La primera de ellas, en el año 2006, a través de una primera reforma constitucional, cuyo contenido consistió primordialmente en diferenciar con nitidez las competencias y responsabilidades de los *Länder* y de la Federación. Esta reforma, junto a otros aspectos competenciales³⁵¹, desenmarañó las competencias y disminuyó la cantidad de leyes federales (aprobadas por el *Bundestag*) que necesitaban la aprobación del *Bundesrat*. Así disminuyó la posibilidad/cantidad de bloqueos legislativos por parte de la oposición aprovechando sus posibles mayorías en el *Bundesrat*. Asimismo, desapareció la legislación tipo marco en la que el nivel federal definía la mayoría de los aspectos del contenido (la regulación precedente resultaba tan completa y rígida que en ocasiones dejaba a los *Länder* sin margen para intervenir o adaptar lo dispuesto en el supuesto marco). También incluyó la prohibición de cofinanciar por parte de la Federación políticas que son competencia exclusiva de los *Länder*. Y, por último, por lo que a nosotros interesa, prohibió que desde el nivel federal se aprobaran mandatos que debían cumplir los *Länder* cuando el cumplimiento de dichos mandatos pudiera tener un impacto financiero.

Como señala Kölling, si bien la reforma de 2006 fue profunda en muchos aspectos, se quedó corta en lo relativo al endeudamiento y al déficit. El autor se expresaba en estos términos: “sin embargo no se consiguió reformar un elemento esencial de cualquier orden federal, las relaciones fiscales intergubernamentales y en concreto los dispositivos relacionados con el endeudamiento público. La reforma constitucional de 2006 modificó

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 611.

³⁵¹ Las nuevas competencias de los *Länder* son de menor importancia política, pero en algunos casos muy visibles para los ciudadanos, como el horario de los comercios, la administración penitenciaria, la legislación sobre reuniones públicas, residencias de ancianos y otros grupos sociales, restaurantes (incluidas las normas antitabaco), salas de juegos, ferias, exposiciones (también de personas), mercados, algunos aspectos de políticas urbanísticas, la compra de terrenos agrícolas y el leasing de terrenos, ruido “social” de niños, eventos deportivos y otros, los sueldos y la formación interna de los funcionarios de los *Länder*, la legislación universitaria y la construcción de universidades, y la legislación relacionada con el periodismo. R. STURM, “Objetivos y resultados de las dos reformas del federalismo de Alemania, 2006 y 2009”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 1, 2011, p. 15.

solo algunos aspectos de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* con un alcance muy limitado”³⁵².

En relación con el tema de las cláusulas de disciplina fiscal, la reforma de 2006 incluyó un elemento importante como fue la implementación de un modelo de corresponsabilidad respecto de las posibles sanciones que pudiera imponer la Unión Europea como consecuencia del incumplimiento de las disposiciones fiscales. “El Artículo 109.5 de la Ley Fundamental fija, en efecto, en un 65% la parte de la sanción que soportará el Bund, imponiendo a los *Länder* el 35% restante. De esta cuantía, el 35% se repartirá solidariamente entre la totalidad de los *Länder*, mientras que el 65% restante se exigirá a cada Estado en particular en función de su contribución a la comisión de la infracción”³⁵³.

Esta reforma alemana, como la española, respondía a los lineamientos fijados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Las disposiciones constitucionales incluidas en el 2006 sobre la corresponsabilidad buscaban dar cumplimiento al Derecho europeo que fijaba los límites de deuda y de déficit. Se prevé como posible la imposición de una sanción por el incumplimiento de los topes comunitarios. Hay que destacar que esta regulación se aprobó antes del establecimiento de las normas presupuestarias propiamente dichas del año 2009.

En el momento de realizar la propuesta para la reforma de 2009, se optó por seguir el modelo suizo³⁵⁴. En el año 2007 ya se tenía una primera versión que mantenía la deuda de la Federación cerca del balance o equilibrio, en otras palabras, de la sostenibilidad, pero no había ningún avance con respecto a la situación de los *Länder*. El Consejo Académico del Ministerio de Finanzas advirtió sobre dicha situación y resaltó la necesidad de implementar una regulación que incluyera también a los *Länder* y, de esta manera, impidiera que se salieran del marco de referencia europeo y pudieran comprometer el cumplimiento de los objetivos. A finales del año 2008 se veía la posibilidad de un acuerdo para poner límites a la deuda de los *Länder*, frente a la larga oposición que había encontrado. Sin embargo, la implementación tuvo que ser aplazada ante la debacle

³⁵² M. KÖLLING, “Los límites de la deuda pública según la reforma de la ley fundamental alemana de 2009”, cit.

³⁵³ E. M. CORDERO GONZÁLEZ, “La reforma de la constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la federación y los länder”, cit., p. 292.

³⁵⁴ M. ARENAS RAMIRO, “La reforma constitucional Suiza: el origen de la «Regla de oro fiscal»”, *Teoría y realidad constitucional*, 30, 2012, p. 472 y ss.

producida por la quiebra de Lehman Brothers y la inminente llegada de la crisis al entorno europeo³⁵⁵.

En el año 2009 la crisis económica ya estaba asentada en Europa. Además, los niveles de deuda del país germano superaban los índices establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y su incumplimiento pugnaba con las fórmulas planteadas para amainar la crisis. Por si fuera poco, el Tribunal Constitucional alemán ya había advertido sobre la insuficiencia del antiguo artículo 115 de la Ley Fundamental para lograr la anhelada consolidación de las finanzas públicas. Lo anterior, unido a la necesidad de cumplir la misión que había quedado incompleta en 2006 en lo concerniente a las relaciones entre la federación y los *Länder*, fue el caldo de cultivo de la reforma alemana³⁵⁶.

Ahora bien, la reforma definitiva no logró aumentar la autonomía fiscal de los *Länder*. Por esta razón, se optó por reflejar los límites fiscales propuestos por la regulación europea, es decir, por medio de índices. En concreto, la reforma consistió en lo siguiente: adopción de un límite a la deuda, tanto en el caso de la Federación como en el caso de los *Länder*; creación de un procedimiento para evitar la emergencia presupuestaria; modernización de la Administración del Estado; y regulación de las relaciones entre los *Länder*.

El artículo 109 de la Ley Fundamental establece, en la actualidad, que los *Länder* y la Federación son independientes entre sí respecto de su capacidad presupuestaria y que además ambos son responsables del cumplimiento de las obligaciones contraídas con la Unión Europea. Respecto de los presupuestos, el apartado 3 del mismo artículo establece que estos deben ser equilibrados y que, en principio, no deben contener ingresos por vía de crédito. Esta regla en todo caso queda al albur de la decisión del legislador ordinario ya que a renglón seguido la Constitución establece:

“la Federación y los *Länder* pueden prever regulaciones para la toma en consideración, de forma simétrica en expansión y recesión, de los efectos de un desarrollo coyuntural divergente de la situación normal, así como una regulación de excepción para casos de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia, que se

³⁵⁵ L. P. FELD; T. BASKARAN, “Federalism, budget deficits and public debt: On the reform of Germany’s fiscal constitution”, *Review of Law and Economics*, vol. 6, 3, 2010.

³⁵⁶ A. ARROYO GIL; I. M. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 33, 98, 2013.

sustraen al control del Estado y que graven considerablemente la situación financiera estatal. Para la regulación de excepción debe preverse una regulación correspondiente de amortización. El desarrollo se regula para el presupuesto de la federación en el artículo 115 con la reserva que la frase 1 sólo se cumple si los ingresos provenientes de créditos no superan 0,35 por ciento en proporción al producto interior bruto nominal. El desarrollo para los presupuestos de los *Länder* regulará éstos en el marco de sus competencias jurídico-constitucionales con la reserva que la frase 1 sólo se cumple si no se admiten ingresos provenientes de créditos”.

Por tanto, la Federación puede endeudarse y puede presentar un presupuesto desequilibrado, pero dependiendo del ciclo económico. Una vez que el ciclo se normalice es obligatorio amortizar la deuda; esta falta de amortización fue uno de los principales “fallos” de la aplicación de la regla de oro, que permitió el crecimiento de la deuda pública antes de la reforma. Esta previsión corresponde al cambio del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que modificó el principio de estabilidad presupuestaria aplicado a cada ejercicio para dar lugar a una estabilidad de acuerdo con el ciclo económico. Para el año 2016, la Federación debía presentar su presupuesto balanceado y, a partir del 2019, resulta también obligatorio para los *Länder*.

La reforma creó el Consejo de Estabilidad, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de las directrices establecidas respecto del techo del endeudamiento, así como de supervisar y dar alertas tempranas y, dado el caso, recomendar actuaciones para superar emergencias presupuestarias. Este Consejo está constituido por los ministros de finanzas y economía de la Federación y por los ministros de finanzas de los *Länder*. La constitución de este Consejo ha sido objeto de críticas ya que se regresa al modelo de codecisión; además es un órgano que no tiene poderes sancionatorios y tan solo puede hacer recomendaciones, tanto a la Federación como a los *Länder*. Este modelo es similar al que se adoptó posteriormente en España, como se explicará en su momento. Finalmente, conviene señalar que este Consejo nace en cumplimiento de las disposiciones del *six pack*, que ordenan la creación de comisiones que supervisen el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria en los Estados de la Unión Europea.

4. El debate de las reglas fiscales en la Constitución estadounidense

El establecimiento de cláusulas de disciplina fiscal en el nivel federal ha sido un tema recurrente de la política estadounidense. El Presidente Jefferson suele ser considerado

como uno de los precursores de la necesidad de implementar límites a la federación para conseguir deuda y así lo expresaba en una de sus cartas: “desearía, si fuera posible, hacer una enmienda a nuestra Constitución; estaría dispuesto a que fuera la reducción de la administración de nuestro Gobierno a los principios genuinos de su Constitución; es decir, un artículo adicional quitando al Gobierno federal el poder de pedir prestado [endeudarse, tomar créditos]”³⁵⁷.

A su vez, Hamilton, en *El Federalista* LXXVIII, se ocupaba del tema presupuestario, pero desde otra perspectiva, que se podría interpretar como posición enfrentada al establecimiento de cláusulas de esta naturaleza. Dada la preocupación de Hamilton por la judicialización de la política, consideraba que el control del presupuesto no podía ser objeto de revisión judicial; en ese mismo sentido, la incorporación de cláusulas de disciplina fiscal conllevaría que el poder judicial pudiera controlar e intervenir en los temas económicos del Estado³⁵⁸.

Un buen ejemplo de que la preocupación por limitar la deuda tiene largo recorrido lo encontramos en el Estado de Pennsylvania, cuya Constitución de 1838 fue enmendada en 1857 después de haber caído en *default* por tres periodos consecutivos³⁵⁹. La enmienda adiciona el artículo XI a la Constitución. De manera general y resumida podemos sintetizar su contenido de la siguiente forma: 1. Estableció la competencia del Estado para endeudarse para compensar déficits puntuales u ocasionales en los ingresos y, eventualmente, para gastos de defensa. 2. estableció un límite cuantitativo a la deuda pública de setecientos mil dólares. 3. Los fondos conseguidos por endeudamiento serían destinados únicamente para los fines que habían justificado dicho endeudamiento. 4. Creó un fondo de amortización que debía tener en cuenta los intereses dejados de pagar y que obligaba a una reducción anual del capital de la deuda en un monto no inferior a doscientos cincuenta mil dólares; por otra parte, dicho fondo estaría constituido por los ingresos de las obras públicas propiedad del Estado, por el producto de la venta de las mismas y también por el producto de las ganancias o ventas de las acciones de propiedad

³⁵⁷ T. JEFFERSON, “From Thomas Jefferson to John Taylor, 26 November 1798”, *The Papers of Thomas Jefferson. 1 January 1798–31 January 1799*, vol. 30, 2003, pp. 588-590. “...I wish it were possible to obtain a single amendment to our constitution; I would be willing to depend on that alone for the reduction of the administration of our government to the genuine principles of its constitution; I mean an additional article taking from the federal government the power of borrowing”

³⁵⁸ J. SATURNO; M. S. LYNCH, “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options”, Congressional Research Service, Library of Congress, 1994.

³⁵⁹ F. SPENCER EDMONDS, “Fiscal Aspects of Constitutional Revision”, cit., p. 136.

del Estado; el fondo estaba destinado exclusivamente al pago de la deuda hasta que disminuyera a un máximo de cinco millones de dólares. Por otra parte, en la sección 6 de la Enmienda se incluía una prohibición de rescate de la comunidad a las entidades territoriales (ciudades, condados, municipios) o a cualquier corporación o asociación³⁶⁰.

Si dejamos solo apuntados estos antecedentes previos, y nos situamos en el siglo XX, hay que señalar que en el 1936 se intentó enmendar la Constitución estadounidense con el propósito de introducir un límite a la deuda federal en tiempos de paz. El índice que se propuso tomaba en consideración la cantidad de deuda y el ingreso *per capita*. El intento fue fallido en buena medida porque la deuda en ese momento superaba el límite que se pretendía adoptar, de tal manera que su aprobación habría dejado los presupuestos desequilibrados desde el momento de su entrada en vigor³⁶¹.

Otra propuesta de enmienda se planteó en 1995. Como parte del programa “*contract with America*”, la Cámara de Representantes aprobó una enmienda a la Constitución que contenía una regla fiscal que obligaba a tener *balanced budget*. La norma establecía que para poder superar el límite de deuda se requeriría de la aprobación de las tres quintas partes de cada una de las cámaras; sin embargo, este intento tampoco llegó a feliz término ya que no superó el trámite en el Senado, aunque solo le faltó un voto para su aprobación³⁶².

El intento más reciente de enmendar la Constitución para limitar la deuda se produjo año 2011, cuando faltaron 23 votos para llegar a la mayoría necesaria en la Cámara de Representantes. Esta vez el contenido de la enmienda pretendía poner techo a la deuda y poner un límite al gasto federal tomando como referencia el PIB³⁶³.

Con relación a las Constituciones de los Estados federados, hay que destacar que en ellas sí hay normas que ponen límites al déficit o a la deuda (con la excepción de Vermont)³⁶⁴, imponiendo un equilibrio bien al principio del ejercicio contable bien al

³⁶⁰ ESTADOS UNIDOS (PENNSYLVANIA), *Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania – 1838. Amendment 1857, Article XI*.

³⁶¹ J. SATURNO; M. S. LYNCH, “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options”, cit.

³⁶² M. AZZIMONTI, “The political economy of balanced budget amendments”, *Business Review (Federal Reserve Bank of Philadelphia)*, 2013, p. 11; J. M. BUCHANAN, “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, cit.

³⁶³ M. AZZIMONTI, “The political economy of balanced budget amendments”, cit., p. 11; J. M. BUCHANAN, “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, cit.

³⁶⁴ H. BOHN; R. P. INMAN, “Balanced-Budget Rules and Public Deficits: Evidence from the U.S. States”, cit.

cierre del año. Eso sí, la aplicación de estas normas se circunscribe al “*general found*” pero deja fuera su aplicación a otras asignaciones como el presupuesto de capital, pensiones o los destinados a seguridad social que sí podrían incurrir en déficit. En realidad, esto impide lograr el objetivo de mantener unos niveles de deuda “aceptables” o de no incurrir en déficit, toda vez que los conceptos presupuestarios más grandes, como el de seguridad social, quedan excluidos de la norma.

Los argumentos de los proponentes de la inclusión de este tipo de reformas se han centrado en tres cuestiones: en primer lugar, la preocupación por la moralidad de tener presupuestos balanceados y por ende su impacto en las generaciones futuras de contribuyentes; en segundo lugar, un motivo económico, en el sentido de lograr los beneficios que trae la disminución del déficit, como un decrecimiento de las tasas de interés, incremento en el ahorro, lo cual, según los defensores, permite crecer a la economía; y un tercer argumento que atañe a la expectativa de que si se cumplen estas metas habrá una mejor actitud de los ciudadanos frente a las instituciones públicas y sus políticas. Asimismo, se recuerda la garantía de estabilidad de las enmiendas constitucionales, ya que por su supremacía dentro del ordenamiento, resultan indisponibles para el legislador ordinario, y sostienen que si la disciplina no se impone desde el nivel constitucional difícilmente se lograrán los objetivos de equilibrio, dada la presión (y tendencia) por gastar³⁶⁵.

Los críticos y contrarios a la inclusión de este tipo de cláusulas en el ámbito federal contraargumentan: en primer lugar, la dificultad para cumplir los postulados constitucionales en la realidad; en segundo lugar, el ya mencionado temor de que la justicia forme parte del proceso de elaboración y control del presupuesto; y, en tercer lugar, se denuncian estas cláusulas porque constituyen una limitación para maniobrar la economía. Vamos a prestar atención, a continuación, a los dos últimos contraargumentos.

Se denuncia que estas cláusulas provocan una judicialización del sistema al someter los presupuestos a escrutinio de los jueces federales y, en último lugar, al Tribunal Supremo. Bork, quien fuera después juez federal, escribió al Presidente Nixon que la aprobación de una enmienda que permitiera la judicialización del presupuesto daría lugar

³⁶⁵ J. SATURNO; M. S. LYNCH, “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options”, cit., p. 9.

a cientos y quizá miles de demandas en el nivel federal con resultados dispares y que, en esa medida, correspondería a la Corte Suprema pronunciarse sobre la cuestión, llevándole años solucionar todos los casos planteados³⁶⁶. Los defensores de las cláusulas señalan que la intervención sería mínima; sin embargo, los opositores sostienen que esta estimación es solo una conjetura y no hay buenas razones para pensar que efectivamente no habrá una avalancha de demandas judiciales. Esto nos recuerda la reflexión ya apuntada de Hamilton sobre la intervención del poder judicial en la política.

Se denuncia, también, con relación a su impacto en la economía, que los beneficios generales que traería para la economía, en caso de una crisis económica, se convertirían en problemáticos. Así pues, se necesitaría del Congreso para poner en marcha los estabilizadores automáticos, y, además, exigirían un recorte del gasto o un aumento de impuestos (o ambas cosas) en un momento donde dichas decisiones resultan perjudiciales³⁶⁷.

5. Recapitulación

Las reglas fiscales han sido desarrolladas por la corriente de *The Public Choice* que utiliza modelos propios de la economía para el estudio de las instituciones. Las reglas fiscales son defendidas como reglas de procedimiento para la toma de decisiones. Es decir, que cualquier discusión debe enmarcarse necesariamente en las posibilidades económicas dadas por la norma.

La conveniencia de la implementación y su alcance no es pacífica en el ámbito de la teoría económica. Como hemos visto, si bien los modelos muestran algunas mejoras en los resultados, lo cierto es que en algunos escenarios la rigidez puede empeorar la situación económica o impedir una intervención del Estado.

Vimos que hay diversos tipos de reglas fiscales, con diferentes alcances, normalmente encontramos una combinación de varias de ellas de cara a regular las finanzas públicas, tanto en materia de procedimientos como de resultados.

La implementación de la *golden rule* en la Ley Fundamental del Bonn ha consistido en dedicar los recursos obtenidos mediante crédito a inversión. Sin embargo, la regla fue insuficiente para conducir el desempeño fiscal por la flexibilidad que se le dio al concepto

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 10.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 11.

de inversión, además, se crearon fondos con el propósito de excluir la deuda del presupuesto general y que fueran los fondos independientes los que nominalmente soportaran las cuentas con pasivos. En las reformas constitucionales de los años 2006 y 2009 se decidió reforzar las normas en materia de financiación. Así pues, se eliminaron la mayoría de supuestos de materias compartidas entre la federación y los *Länder*, de tal manera que se puede decir que son independientes en su capacidad presupuestaria, se prohibió la imposición de programas por parte de la federación que no tuvieran su correspondiente financiación, y se estableció un sistema de responsabilidad compartida frente a posibles sanciones por parte de la Unión Europea en caso de que no se cumpla con el principio de estabilidad presupuestaria.

La regulación alemana prevé supuestos donde es posible hacer gasto contracíclico y también es posible incrementar el gasto en caso de emergencias o catástrofes naturales.

En cuanto al debate en Estados Unidos señalamos las dificultades que ha tenido su implementación en la Constitución y el largo recorrido que ha tenido en algunos Estados. Con todo, la eficacia de las reglas fiscales es limitada ya que no comprometen a la federación, además la información que nos proporciona el funcionamiento de las reglas fiscales a nivel estatal son limitados puesto que las reglas fiscales no necesariamente se aplican a la administración en su conjunto, sino a algunos presupuestos y programas.

En el debate estadounidense no se puede dejar de mencionar que los argumentos inician con una perspectiva casi moral de responsabilidad con las generaciones del futuro y el deber de satisfacer las necesidades propias. Aunado a lo anterior se observa la cautela que provoca la implementación de reglas fiscales frente a la posibilidad de que exista un control judicial de contenidos propios de la política.

La implementación de las reglas fiscales en otras

Con las notas generales que hemos presentado sobre las cláusulas de disciplina fiscal, corresponde ahora estudiar, en sendos capítulos, la implementación de dichas cláusulas en las Constituciones de Colombia y de España en el año 2011.

IV. EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

La sostenibilidad fiscal fue incluida en la Constitución Política en el año 2011 en los artículos 334, 339 y 346 a través del Acto Legislativo 03 de 2011. Pese a la identidad de la formulación semántica en las siete veces que se utiliza la expresión, sus efectos se proyectan sobre diferentes dimensiones del Estado social de Derecho, además, según su función, el criterio de sostenibilidad fiscal supone diferentes alcances.

En primer lugar, el artículo 334 que trata de la intervención del Estado en la economía, en segundo término, también en el artículo 334, con la creación de un procedimiento denominado Incidente de Impacto Fiscal que se proyecta sobre la actividad judicial de las altas cortes a iniciativa del poder ejecutivo o de un órgano autónomo. Y, por último, en los artículos 339 y 346 con miras a reglar la sostenibilidad fiscal en la faceta de planificación, concretamente en el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto.

Para esta exposición es oportuno esbozar unas ideas generales sobre el perfil fiscal de la Constitución. Para tal fin, se desarrollará a grandes rasgos las principales características de la ordenación del gasto público, del poder impositivo, e incluso algunas notas características del ordenamiento territorial. Estas notas son relevantes en buena medida para comprender algunas diferencias con el principio de estabilidad presupuestaria adoptado en la Constitución española.

En segundo término, y dado que el propósito de las reglas fiscales es contener la deuda y el déficit públicos, también es indispensable identificar la existencia de instituciones en la Constitución que presionan e incentivan el aumento de estas dos magnitudes de acuerdo con el marco teórico que propone la escuela de *The Public Choice*.

Para el estudio pormenorizado de la sostenibilidad fiscal en el régimen constitucional colombiano se abordará el procedimiento de reforma y, sobre todo, el debate durante el trámite del Acto Legislativo 3 de 2011.

Como ya se anunció, con el objetivo de seguir una exposición ordenada, la sostenibilidad fiscal debe ser estudiada en la Constitución atendiendo a tres facetas:

1. En el ámbito de la intervención del Estado en la economía del artículo 334 CP, donde la sostenibilidad fiscal se configura como un marco de actuación de los poderes públicos, también como un instrumento para alcanzar los fines del Estado social de Derecho. Esta configuración se ve nutrida de la progresividad y la priorización del gasto público social que se incluyeron en la misma reforma.

2. Por otra parte, estudiaremos la novedosa figura del Incidente de Impacto Fiscal y el desarrollo legal que ha tenido, también mostraremos las principales decisiones que han resuelto los Incidentes que se han planteado ante las cortes y una reflexión sobre las consecuencias que tiene para el Estado social de Derecho, sobre la función judicial y la seguridad jurídica. Si bien parece marginal respecto del tema de la tesis, no se puede olvidar que el criterio que determina la procedencia del Incidente es la sostenibilidad fiscal, es decir, el impacto de las decisiones en las finanzas públicas.

3. Para terminar, mostraremos las posibilidades de interpretación y las limitaciones que supone la regla fiscal en las facetas de planeación del Estado de acuerdo con el marco legal que desarrolla reglas fiscales propiamente dichas. Concretamente, nos referiremos al Plan Nacional de Desarrollo y al Presupuesto General de la Nación.

Finalizaremos esta exposición con una recapitulación y algunas conclusiones preliminares.

La sostenibilidad fiscal ha sido objeto de diversas aproximaciones académicas, de un lado una buena cantidad de tesis de grado, trabajos de especialización y tesis de maestría cuya calidad y profundidad es variable³⁶⁸; y de otro, algunos pocos de la doctrina

³⁶⁸ L. A. ACOSTA PINEDA; L. J. PÉREZ NÚÑEZ, “¿El principio de sostenibilidad fiscal es un limitante o un acelerador para el cumplimiento de los fallos judiciales?”, 2016, Universidad Santo Tomás, Bogotá; J. AGUILERA DÍAZ, “Límites y alcances del principio de sostenibilidad fiscal en el Estado social de Derecho”; S. M. AYALA REYES, “El Estado social de Derecho y la sostenibilidad fiscal en Colombia”, 2016, Universidad Santo Tomás, Bogotá; N. J. BOTIA BENAVIDES, “La sostenibilidad fiscal y su incidencia en el Estado social de Derecho”, 2014, Universidad Santo Tomás, Villavicencio; M. P. CHARRY AGUIRRE, “El incidente de impacto fiscal en el marco de la sostenibilidad financiera dentro del Estado social de Derecho”, 2016, Universidad Santo Tomás, Bogotá; C. A. P. GARZÓN; C. H. C. PRIETO; P. A. Q. ÁVILA; D. M. B. FAJARDO; L. K. G. BUITRAGO, “Sostenibilidad fiscal Vs. Reparación integral ¿un verdadero conflicto dentro del conflicto?”, 2014, Universidad Libre de Colombia, Bogotá; D. C. LEÓN BARAJAS; Z. J. GUTIERREZ BARBOSA, “Sostenibilidad fiscal: El alto precio de aplicar la justicia”, 2018, Universidad Santo Tomás, Villavicencio; A. MONROY RODRÍGUEZ, “Interpretación jurídica que sustentaría un incidente de impacto fiscal frente a la posición jurídica del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, respecto de la liquidación de las pensiones del sector público”, 2014, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá; N. J. P. QUINTERO; M. A. J. SANGUINO; A. S. D. BERNAL, “La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: un primer momento de análisis”, *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 36, 72, 2017; D. R. Q. QUIROGA VILLAMARÍN, “Recontextualizando la Globalización. El «espacio intermedio» de la Sostenibilidad Fiscal en Colombia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XXII, 2016; D. I. RIVERA MANTILLA, “La sostenibilidad fiscal y el impacto de los fallos judiciales”, 2014, Pontificia Universidad

especializada cuya atención ha centrado buena parte de sus reflexiones en el estudio del Incidente de Impacto Fiscal por su novedad³⁶⁹. Con todo, las principales líneas para identificar el contenido de la sostenibilidad en fiscal en Colombia fueron trazadas por tres decisiones de la Corte Constitucional, a saber: C-132/12 (Aclaración de voto), C-288/12, y C-1052/12.

1. El perfil fiscal de la Constitución colombiana

La Constitución Política de 1991 (CP) es liberal en el más genuino sentido del liberalismo: los principios del individualismo y las diferentes manifestaciones de la libertad tienen un hondo desarrollo en la carta. Pero también se recogen los criterios de equidad y justicia social como objetivos colectivos de la organización política. Todo informado por los principios de separación de poderes, participación democrática y descentralización³⁷⁰.

La concurrencia de diferentes posturas políticas e ideológicas en la redacción del texto constitucional es evidente. Las relaciones entre el Estado y la economía son eclécticas como consecuencia de la necesidad de refundar las instituciones con el propósito de concluir un proceso de paz con la guerrilla del M-19³⁷¹. Se observa una preocupación por diseñar un modelo económico sostenible para garantizar la satisfacción del catálogo de derechos. Se establece, en concreto, un modelo de economía mixta, con amplias competencias de dirección y control a cargo del Estado. Podemos sintetizar el modelo con los siguientes elementos:

Javeriana, Bogotá; J. L. RODRÍGUEZ CASALLAS, “La sostenibilidad fiscal, el triunfo del mercado sobre los derechos”, 2014, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá; N. A. SABOGAL BOLÍVAR, “La colisión de principios en la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Estudio de jurisprudencia”, 2015, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá; D. C. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ; S. P. RICAURTE ESPINEL; D. F. CASTILLO CÁRDENAS, “Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia”, *Revista In Vestigium Ire*, vol. 5, 2012; K. ZAPATA LÓPEZ; O. YEPES RUIDIAZ, “Noción de la sostenibilidad fiscal partir de la expedición de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) en Colombia”, Universidad Santo Tomás, Bogotá.

³⁶⁹ F. R. BARBOSA DELGADO, “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, 33, 2014; M. CORREA HENAO; J. E. GALLEGU, “Seis tesis sobre la política minera a partir del criterio constitucional de sostenibilidad fiscal”, en Juan Carlos Henao, Milton Fernando Montoya Pardo (eds.) *Minería y Desarrollo. Tomo 1: Aspectos Jurídicos de la actividad minera*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016; A. GAVIRIA CARDONA, “Sentido y alcance del incidente de impacto fiscal en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, 35, 2018; G. LÓPEZ-DAZA, “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *Revista Dixi*, vol. 14, 2012; J. RAMÍREZ PLAZAS, “Sostenibilidad fiscal en Colombia”, *Revista jurídica Piélagus*, 11, 2012; J. E. R. ROA, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Economic Analysis of Law Review*, vol. 8, 2, 2017.

³⁷⁰ H. CUEVAS; M. P. SALAZAR, “La economía política de la Constitución de 1991.”, *Revista Opera*, 1, 2001, p. 250.

³⁷¹ F. G. CASTRO, “Restricciones presupuestales y protección judicial de derechos económicos, sociales y culturales: el debate en Colombia”, en Luis Lloredo Alix (ed.) *Crisis económica: La globalización y su impacto en los Derechos Humanos*, 2, Editorial Universidad del Rosario, 2014.

- a) La propiedad privada es reconocida, promovida y ampliamente protegida (con una función social y una función ecológica). El artículo 58 CP establece que el Estado promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad, el 60 CP prevé el deber de promoción de acceso a la propiedad en general y se recoge, igualmente, la propiedad accionaria de empresas enajenadas por el Estado.
- b) La libertad de empresa se consagra en el artículo 333 CP. Si bien la iniciativa privada es libre en todo caso, la empresa “tiene una función social que implica obligaciones”. Se reconoce la libre competencia como un derecho de todos, y se asigna al Estado la protección de la libertad económica y el deber de evitar o controlar el abuso de la posición dominante en el mercado.
- c) Paralelamente se abre paso la privatización de la prestación de servicios públicos. El artículo 365 CP prevé que los servicios públicos podrán ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares. En el caso de la seguridad social y el derecho a la salud, los artículos 40 y el 49 CP establecen la participación de los particulares en la prestación de dichos servicios.
- d) Se reducen drásticamente los monopolios estatales. En este sentido, el artículo 336 CP da cuenta de que los monopolios estatales son una excepción. Sin embargo, en materia de servicios públicos, el artículo 365 permite que el Estado se reserve “determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”.
- e) Todo lo anterior sujeto al deber de intervención del Estado en la economía, ya sea en su función de vigilancia y control o, dado el caso, planificación y administración. El artículo 365, de modo general, establece el acceso a los servicios públicos como rasgo inherente a los fines sociales del Estado y, en consecuencia, atribuye al Estado el deber de “asegurar su prestación eficiente”. Lo anterior implica una competencia general para vigilar y dictar las normas por las cuales se va a regir la prestación de los servicios públicos. Respecto de los servicios públicos domiciliarios en particular, el artículo 370 CP reafirma la competencia del Presidente para adelantar las funciones de control, vigilancia e inspección. Respecto de la educación, el artículo 67 sostiene que corresponde al Estado “regular y ejercer la suprema vigilancia” para garantizar su calidad. La

planificación se explicita en el artículo 80 CP en relación con el manejo, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales.

Asimismo, como ya se advirtió, la Constitución Política de 1991 consagró el Estado social de Derecho como modelo político con un sentido normativo. Las principales notas de dicho modelo ya han sido destacadas. La adopción del Estado social supone el reconocimiento de que el mercado, aun funcionando bajo condiciones idóneas, puede fallar y que es necesario que el Estado tenga las herramientas necesarias para compensar dichas deficiencias. En esta medida, el Estado social facilita que se compensen costos ambientales y humanos que escapan a la *mano invisible*; a su vez, permite mejorar la eficiencia en la redistribución de algunos beneficios colectivos como la educación, la salud pública, y la promoción de los derechos en general³⁷². En todo caso, la Constitución no solo consolidó el Estado social (aumentando así las funciones del Estado a través de un deber de promoción de la realización del catálogo de derechos, con especial atención el derecho a la igualdad), sino que, además, modernizó el Estado con un fortalecimiento del principio de la separación de poderes y un debilitamiento de los poderes del Ejecutivo en materia de competencias fiscales y monetarias.

El artículo 334 CP es el eje del modelo de Estado social en Colombia. Este artículo atribuye el deber de intervención en la economía, no como una facultad, sino como un imperativo para lograr los fines de: “el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”³⁷³. La intervención consiste la racionalización de la economía, en un marco de sostenibilidad fiscal³⁷⁴. El mismo artículo constitucional encomienda al Estado la intervención para dar pleno empleo a los recursos humanos, y una función de redistribución, en el sentido de asegurar el acceso a los bienes y servicios básicos, con especial atención a las personas con menores ingresos.

Es posible criticar que el constituyente se preocupó más por el reconocimiento de los derechos que por los recursos para llevar a la realidad todos sus postulados. Sin embargo, la Carta impone una serie de normas que determinan el sistema económico y su funcionamiento, así como los principios que ordenan el gasto público y un marco general

³⁷² H. CUEVAS; M. P. SALAZAR, “La economía política de la Constitución de 1991.”, cit., p. 252.

³⁷³ COLOMBIA, CP, cit. Artículo 334.

³⁷⁴ Previa a la reforma del año 2011 se hablaba solamente de la racionalización de la economía.

de planeación. Hay que advertir que muchas de las disposiciones son el resultado de la necesidad de romper con el sistema implantado por la Constitución de 1886, de ideología conservadora y de carácter centralista, con una excesiva concentración del poder en el Ejecutivo.

Por otra parte, una mención de las relaciones del Estado con sus entidades territoriales resulta importante en la identificación del perfil fiscal de la Constitución de 1991. La descentralización en Colombia es débil y con un contenido administrativista. El municipio es reconocido como “entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado” y, en esa medida, le corresponde participar de los recursos del Estado para cumplir con sus funciones. Estos recursos son administrados a través del Sistema General de Participaciones, cuyo estudio pormenorizado no puede abordarse en este trabajo³⁷⁵. Sin embargo, hay que señalar que la Constitución es fuente de rigideces en la destinación de estos recursos³⁷⁶. Así pues, desde el artículo 356 CP, se prioriza el servicio de salud, servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico. Asimismo, el artículo 357 CP dispone la distribución del gasto del Sistema: el 17% de los recursos se destinará a los municipios con menos de veinticinco mil habitantes, y la totalidad de estos serán destinados para inversión exclusivamente. Para los municipios más grandes, se deja un máximo del 42% de los recursos que reciban a través del Sistema para libre destinación, inversión y otros gastos inherentes a su funcionamiento. Solo cuando las entidades territoriales tengan satisfechas todas estas prioridades, podrán disponer libremente de la totalidad de los recursos en otros sectores.

La carta, en su artículo 317, dispone que únicamente los municipios podrán gravar la propiedad inmueble. Además, el artículo 1 CP reconoce la autonomía de las entidades territoriales (departamentos y municipios), que se concreta con lo dispuesto por el artículo 287 CP, que reconoce la “autonomía para la gestión de sus intereses” y la capacidad de “Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”. Por otra parte, el artículo 362 de la Constitución protege los recursos propios

³⁷⁵ M. E. BOTERO OSPINA; J. M. HOFMAN QUINTERO; D. E. HERNÁNDEZ CHITIVA, “Inequidades territoriales en Colombia: un balance del Sistema General de Regalías (SGR) en el cierre de la brecha interregional”, *OPERA*, vol. 17, 17, 2015; DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *Recomendaciones para la proyección y estimación de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP)*, Bogotá, 2019.

³⁷⁶ A. M. IREGUI; J. RAMOS; L. A. SAAVEDRA, “Análisis de la Descentralización Fiscal en Colombia”, *Banco de la República*, vol. 175, 2001, (Borradores de economía).

de las entidades territoriales y prohíbe que sus impuestos puedan ser trasladados a la Nación.

a. Incentivos para el aumento de la deuda pública y el déficit en la Constitución

La configuración de algunos elementos de la Constitución de 1991 permite identificar incentivos para el aumento de la deuda pública en el sistema colombiano. Así pues: a) la limitación de los poderes del Ejecutivo en materia crediticia, monetaria y cambiaria, b) la regulación de los instrumentos de planeación, c) los límites al poder impositivo, y d) un tratamiento vago sobre los límites a la capacidad de endeudamiento. Asimismo, y como lo veremos más adelante, a esta cuestión se suma la creación de una Corte Constitucional poderosa con capacidad de controlar las decisiones del Gobierno respecto del gasto e incluso sobre la planeación. Todo lo anterior es una fórmula perfecta que incentiva el uso de deuda pública como fuente de financiación³⁷⁷.

- a) En materia de regulación de la banca central, la Constitución introdujo una serie de importantes restricciones de las facultades de dirección de la economía por parte del poder Ejecutivo. Con anterioridad a la Constitución Política de 1991, el Ejecutivo contaba con poderes de decisión para paliar los efectos del ciclo a través de devaluaciones, del manejo de las tasas de interés y de las políticas monetaria y cambiaria, que en el caso colombiano es determinante en el precio y medición de la deuda pública. Estas tres competencias quedaron, con la Constitución Política de 1991, en manos del Banco Central, las cuales, según el artículo 371 CP, deben ser “ejercidas en coordinación con la política económica general”.

El artículo 372 CP reconoce a la Junta Directiva del Banco como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, con la advertencia de que “Los miembros de la junta directiva representan exclusivamente el interés de la nación”. El texto constitucional consagró el reconocimiento de la autonomía del banco central y la independencia de la Junta Directiva del Banco de la República.

³⁷⁷ M. GANDOUR PORDOMINSKY, “Constitución fiscal y equilibrio de las finanzas públicas: efectos de la Constitución de 1991 sobre la economía política del financiamiento del gasto público en Colombia.”, *Revista Colombia Internacional*, vol. 68, 2008, p. 2 y ss.

La financiación a través del banco central en favor del Estado está severamente limitada, ya que el artículo 373 CP exige unanimidad de la Junta Directiva del Banco de la República para su autorización. Además, prohíbe al legislador que, mediante ley, ordene cupos de crédito a favor del Estado o de particulares.

La Constitución, en el artículo 373 CP, establece que el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda es uno de los objetivos del Estado, y, además, atribuye las competencias para su mantenimiento al Banco de la República. Esta disposición puede ser interpretada como una regla fiscal que busca racionalizar la economía; además debe ser leída históricamente, ya que en la década de los años 80 el promedio anual de inflación (medido por la variación del Índices de Precios al Consumidor) fue de 23,28%³⁷⁸, así que su contención fue una preocupación para el constituyente de 1991.

En un primer contacto con la norma, una maniobra de devaluación de la moneda con el propósito de hacer más competitivo al país como medida de choque en un momento de crisis no se ajustaría a la disposición constitucional. Sin embargo, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los fines del Banco de la República y estableció que dichos fines específicos deben de ser leídos de manera sistemática y armónica con los demás fines constitucionales. Al respecto, la Corte sostuvo que: “Una interpretación sistemática de la Carta impone entonces la armonización de los artículos 334 y 373 superiores, como quiera que la salvaguarda de la capacidad adquisitiva de la moneda no es un fin en sí mismo, sino que es un instrumento para hacer efectivos los fines del Estado. Por ende, para la Corte es claro que nuestra Constitución no es neutra frente a variables económicas que pueden resultar comprometidas negativamente con determinadas políticas monetarias, tales como el empleo y el crecimiento, pues de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución, estos son fines de la intervención estatal en la economía que comprometen a todos los integrantes del Estado en todo momento histórico”³⁷⁹.

³⁷⁸ BANCO DE LA REPÚBLICA, *Gerencia técnica. Índice de Precios al Consumidor (IPC) 1.2.1 Serie Histórica periodicidad anual.*, Banco de la República, 2017, fecha de consulta 2 enero 2018, .

³⁷⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-481/99* Consideración 17.

Adicionalmente, la Corte reconoció que las funciones del Banco deben ser coordinadas con la política económica general a tenor de lo establecido por el artículo 371 CP, pero este deber de coordinación también implica, respecto de las demás autoridades económicas, que deben reconocer y velar por el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda al que se refiere el 373 CP. En otras palabras, el objetivo de mantener el poder adquisitivo de la moneda corresponde a todas las autoridades que participan en la dirección económica del país³⁸⁰.

- b) En materia de planeación, la Constitución cuenta con dos instrumentos fundamentales para desarrollar esta función: el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto. En primer lugar, el artículo 339 CP establece que habrá un Plan Nacional de Desarrollo que debe corresponder con el plan de gobierno. Dicho Plan está compuesto de dos partes: una general y el plan de inversiones. El Plan Nacional de Desarrollo es una ley de carácter plurianual, y se convierte en una guía para la elaboración de los presupuestos anuales. La reforma del año 2011 modificó este artículo en el sentido de que el plan de inversiones debe aprobarse “en un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

En segundo lugar, el artículo 346 CP establece el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones como herramientas fundamentales de planeación. Este artículo de la Constitución también fue reformado por el Acto Legislativo 3 de 2011 con el fin de que el presupuesto se presente y apruebe respetando la sostenibilidad fiscal.

Un aspecto importante es que la ley de apropiaciones, según el artículo 350 CP, deberá contener un componente de “gasto público social”, que no puede ser disminuido por regla general (excepto en caso de guerra exterior o por razones de seguridad nacional), y que tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. En sentido similar, se establece que el presupuesto de inversión “no se podrá disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones”³⁸¹.

³⁸⁰ *Ibid.* Consideración 18.

³⁸¹ COLOMBIA, *CP*, cit. Artículo 350, Asimismo, el 366 reitera la prioridad del gasto público social en lo referente a la prestación de servicios públicos básicos.

- c) Respecto del poder impositivo del Estado, el artículo 345 CP, que es la primera norma que regula el presupuesto, expresa la imposibilidad de percibir impuestos que no estén contenidos en la ley de presupuesto. En este mismo sentido, la regulación sobre estados de excepción, artículo 215 CP, establece que los tributos que se impongan en virtud de los estados de emergencia económica serán transitorios y su eficacia finaliza en la siguiente vigencia fiscal, a menos que el Congreso decida mantenerlos. Además, los decretos legislativos, tanto el de declaración de estado de emergencia, como los que desarrollen o implementen las medidas concretas para la normalización de la situación, son objeto de control automático por parte de la Corte Constitucional. El control que realiza la Corte Constitucional se extiende incluso a los supuestos de hecho y las valoraciones que motivan la declaración del estado de excepción. Esta limitación estricta responde al uso excesivo que se hizo de los estados de excepción durante la vigencia de la Constitución anterior.
- d) La Constitución también previó el problema del endeudamiento público, aunque de manera general. En primer lugar, el artículo 150 CP numeral 19 establece la competencia general del Congreso para la regulación del crédito público. Respecto de las competencias para contraer crédito, tanto la Nación como las entidades territoriales están habilitadas para contraer deuda³⁸². Respecto de los límites a la deuda pública, el artículo 364 CP adopta el concepto de “capacidad de pago” como criterio para limitar la deuda pública³⁸³, sin embargo, este concepto no tuvo desarrollo legal hasta 1997. En consecuencia, durante los primeros años de vigencia de la Constitución hubo un incremento de la deuda, especialmente en las entidades territoriales.

Sobre el control de la deuda pública, el artículo 268 CP, numeral 3, ordena al Contralor General de la República llevar el registro de la deuda pública, tanto de la Nación como de las entidades territoriales. Por otra parte, en concordancia con la previsión de que le corresponde al Presidente la organización del Crédito

³⁸² *Ibid.* Artículos 150 numeral 9 que establece la competencia del Congreso para autorizar al Gobierno para contraer deuda, el 189 numeral 25 encomienda la organización del Crédito Público al Presidente, y el artículo 295 faculta a las entidades territoriales para emitir títulos y bonos de deuda pública, el artículo 300 numeral 9 faculta a las Asambleas Departamentales para autorizar al Gobernador de departamento la negociación de empréstitos. .

³⁸³ *Ibid.* Artículo 364 “El endeudamiento interno y externo de la Nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago. La ley regulará la materia”

Público, el artículo 351 CP limitó las competencias del Congreso para modificar las partidas del presupuesto (del proyecto) en lo que se refiere a los recursos necesarios para atender el servicio de la deuda, entre otras partidas.

De lo anterior podemos concluir que la Constitución en materia de deuda pública es abierta y que la definición de la capacidad de pago aunado a las competencias del Congreso en materia de Crédito Público habilitan con suficiente claridad la implementación de restricciones en materia de deuda pública, ya sea a través de la definición del concepto de capacidad de pago que puede ser más o menos restrictiva, así como la implementación de índices numéricos que limiten el volumen de deuda tanto para la Nación como para las entidades territoriales.

De los elementos anteriores es posible identificar que las posibilidades de financiación de los gastos del Estado incentivan a que haya un crecimiento de la deuda pública en Colombia. En primer lugar, por los límites y las competencias en materia monetaria y cambiaria que quedan en manos del Banco de la República y en esa medida, están fuera del alcance del Gobierno. A lo anterior debe sumarse que las facultades de planeación del gasto tienen rigidez desde la propia Constitución, como por ejemplo la imposibilidad de disminuir el gasto público social entre un periodo y otro, y, por último, la regulación flexible del control de la deuda pública.

En otras palabras, en la Constitución existen obligaciones preestablecidas que limitan la capacidad de planeación del gasto, además, dadas las competencias del Banco de la República, es difícil que el Gobierno pueda influir de manera determinante en las tasas de interés, la tasa de cambio o en la política monetaria, lo cual deja la deuda pública como última opción para la financiación del gasto. A todo lo anterior debe sumarse la falta de restricciones estrictas al endeudamiento público desde la Constitución y que los controles previstos son eludibles a través de la negociación política (la autorización por parte del Congreso).

b. Antecedentes de la disciplina fiscal en Colombia (reglas de gasto, regla de balance, regla de límite al endeudamiento)

Las reglas fiscales en Colombia responden a una evolución histórica y no a una decisión de organización originaria (o dada en un solo momento). Se ha tratado de normas que han intentado solucionar problemas puntuales en diferentes momentos. Algunas han

pretendido atender los problemas financieros de las entidades territoriales, tanto en su fase de planeación como en la de ejecución del gasto e incluso del pago. Para el nivel central, los límites se han diseñado de forma más difusa y carentes de control.

Los primeros avances en materia de restricción fiscal pretendieron solucionar el problema de la sostenibilidad de la deuda pública en el ámbito subnacional. Durante la década de los noventa del siglo XX, las entidades territoriales acumularon un exceso de deuda pública que posteriormente no pudieron amortizar con sus ingresos³⁸⁴. Esta acumulación derivaba de la facultad que el texto constitucional otorgó a las entidades territoriales para emitir deuda pública y a la indefinición del concepto de “capacidad de pago”.

Para resolver este problema se promulgó la Ley 185 de 1995, que autorizó operaciones de crédito interno y externo a la Nación, con concepto previo de la Comisión de Crédito Público³⁸⁵. Asimismo, esta ley, en su artículo 6, autorizó al Gobierno Nacional, a sus entidades descentralizadas, y a las entidades territoriales, a realizar daciones en pago y compensaciones para satisfacer las obligaciones que las entidades territoriales habían adquirido. También facultó al Gobierno para capitalizar a las entidades territoriales, ya fuera mediante asunciones de deuda por parte del Gobierno, o en especie; sin embargo, facultaba al Gobierno para asumir tales deudas a cambio de activos o acciones de propiedad de dichas entidades. El artículo 9 de la referida ley sometió a un programa de saneamiento financiero a las entidades que fueran intervenidas. Esta ley fue criticada toda vez que no se ocupó del concepto de la capacidad de pago de las entidades territoriales³⁸⁶ y, pese a las limitaciones concebidas, las entidades territoriales seguían acumulando deuda. En fin, la ley buscaba solucionar los efectos del exceso de deuda en las entidades territoriales, pero ante todo se trataba de resolver el problema de la falta de pago por parte de dichas entidades. Hoy se podría decir que era una ley que autorizaba al Gobierno a rescatar a las entidades territoriales, pero que no atacaba las verdaderas causas del exceso.

³⁸⁴ Un panorama general de la situación lo presenta la sentencia de la Corte Constitucional C-579/01 sobre todo en la consideración 6. La demanda cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 617 de 2000.

³⁸⁵ La Comisión Interparlamentaria de Crédito Público es una comisión paritaria compuesta por seis miembros de las comisiones terceras constitucionales de cada una de las cámaras (tres miembros del Senado y tres miembros de la Cámara de Representantes) tiene la función de conceptuar sobre las operaciones de crédito público. Es obligatorio tener el concepto de dicha Comisión para la celebración de operaciones de crédito, pero el sentido de dicho concepto no es vinculante. Para ampliar el tema Ley 123 de 1959, Ley 18 de 1970 y la Sentencia C-246/2004 de la Corte Constitucional.

³⁸⁶ J. R. PIZA, “El régimen fiscal en la Constitución de 1991”, *Revista Derecho del Estado*, 21, 2008, p. 71.

Posteriormente, con el propósito de mantener el equilibrio en las cuentas públicas, con especial énfasis en las de las entidades territoriales, se han implementado cuatro reglas fiscales de rango legal, todas ellas en vigor: una regla de deuda pública, mediante la Ley 358 de 1997; seguida de una de regla de gasto a través de la Ley 617 de 2000; en tercer lugar, una de ingreso y gasto por Ley 549 de 1999 (esta se limitaba a solucionar el problema del pasivo pensional y no al presupuesto general; por esta razón, no volveremos sobre esta ley)³⁸⁷; y, por último, una de balance a través de la Ley 819 de 2003.

También es necesario reseñar que el Acto Legislativo 01 de 2001 estableció un límite de crecimiento cuantitativo de algunas partidas de gasto general durante la transición para el entonces nuevo Sistema General de Participaciones, así, en el artículo 347 CP incluyó un artículo transitorio que limitaba el crecimiento anual del gasto atendiendo como límite a la tasa de inflación más un 1.5%³⁸⁸. Esta norma constitucional tenía un carácter temporal de 7 años, es decir, que fue pensada como una norma de regularización, pero no de carácter estructural, en este sentido, no es posible entenderla como una regla fiscal, que, como ya hemos advertido, suponen una vocación de permanencia.

Adicionalmente, en el año 2011, se reformó la Constitución para incluir el criterio de sostenibilidad fiscal y, además, se expidió la Ley 1473 de 2011, que fija una regla fiscal cuantitativa para todo el Estado, es decir, que afecta al presupuesto general (el consolidado). Estas dos normas serán especialmente desarrolladas en este trabajo.

Veamos el alcance de estas herramientas legales.

Las leyes 358 de 1997 y 617 de 2000 abordan el problema del endeudamiento y de la capacidad de pago desde dos perspectivas diferentes. La primera busca definir la capacidad de pago de la entidad territorial a través de indicadores, de ahí que se determine a través del ahorro operacional y los intereses de la deuda (incluidos los de la nueva

³⁸⁷ El pago de pensiones y el pasivo pensional previsto era uno de los principales motivos de desequilibrio económico en las entidades territoriales. En esta ley se organizaron los recursos para que las entidades territoriales pudieran cumplir con sus obligaciones. Así, la obligación de hacer los aprovisionamientos correspondientes y la destinación específica de los recursos transferidos desde la nación.

³⁸⁸ COLOMBIA, *CP*, cit. Artículo 347 «Parágrafo transitorio. Durante los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008 el monto total de las apropiaciones autorizadas por la ley anual de presupuesto para gastos generales, diferentes de los destinados al pago de pensiones, salud, gastos de defensa, servicios personales, al Sistema General de Participaciones y a otras transferencias que señale la ley, no podrá incrementarse de un año a otro, en un porcentaje superior al de la tasa de inflación causada para cada uno de ellos, más el uno punto cinco por ciento (1.5%)».

operación). Mientras que la segunda tiene como propósito contener el gasto estructural a través de las relaciones entre gasto e ingresos corrientes de libre destinación.

La Ley 358 de 1997 buscaba sanear las finanzas públicas prestando especial atención a las finanzas de las entidades territoriales; su gran falencia fue que sus disposiciones no encauzaron las finanzas de la nación (sector central). Esta ley determina la capacidad de endeudamiento de las entidades territoriales por su capacidad de pago. Es conocida como la ley de los semáforos, ya que el artículo 4 de la Ley, de acuerdo con la clasificación y la capacidad de pago, permite a las entidades adquirir deuda libremente o con autorización de la Secretaria de Hacienda del Departamento (para los municipios) o del Ministerio de Hacienda (para los departamentos).

El artículo 1 de esta ley dispone que “el endeudamiento de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad del pago”, retomando la disposición constitucional del artículo 364 CP. La fórmula que permite establecer si la entidad puede endeudarse o no se prevé en el artículo 2 de dicha ley. El criterio consiste en que los intereses de la deuda de la entidad territorial al momento de celebrar una nueva operación no superen el 40% del ahorro operacional incluyendo los intereses de la nueva obligación³⁸⁹.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley dispone que las entidades territoriales requieren autorización del Ministerio de Hacienda para contratar nuevas operaciones de deuda “cuando su relación intereses/ahorro operacional supere el 60% o su relación saldo de la deuda/ingresos corrientes supere el 80%”. El parágrafo del artículo 2 contempla la conocida regla de oro, ya que dispone que el destino de los recursos nuevos es exclusivo para gastos de inversión y no de funcionamiento³⁹⁰.

El propósito de esta norma es contener el déficit estructural ya que presiona para que las administraciones, en este caso las entidades territoriales, garanticen su funcionamiento a través de ingresos corrientes, ya sea a través de la reducción del gasto o del aumento de ingresos. No se debe perder de vista que las competencias territoriales para aumentar los

³⁸⁹ Ahora bien, hasta el año 2003, la norma (art. 4) disponía también que, si la entidad superaba el 40%, pero sin exceder el 60%, y la nueva operación no representa un crecimiento superior al Índice de Precios al Consumidor (IPC) proyectado por el Banco de la República, ésta también podría contratar deuda, pero con la condición de someterse a un plan de fortalecimiento de sus finanzas, esta disposición fue derogada por la Ley 795 de 2003.

³⁹⁰ COLOMBIA, *Ley 358 de 1997 por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento*. Artículo 2, Parágrafo. Inciso 3 “Las operaciones de crédito público de que trata la presente Ley deberán destinarse únicamente a financiar gastos de inversión. Se exceptúan de lo anterior los créditos de corto plazo, de refinanciación de deuda vigente o los adquiridos para indemnizaciones de personal en proceso de reducción de planta.”

ingresos son muy limitadas porque, como lo advertimos previamente, existe una centralización de casi todas las competencias y la descentralización es de contenido administrativo.

Respecto de la Nación, el artículo 16 ordena al ejecutivo nacional demostrar la capacidad de pago junto con las leyes de presupuesto y ley de endeudamiento. Sin embargo, la ley no fijó de manera suficiente los límites, ni la metodología, ni las consecuencias para el presupuesto nacional, ni mecanismos de sanción en caso de incumplimiento³⁹¹. Dado que la relación entre deuda y PIB es requerida para demostrar la capacidad de endeudamiento, es una primera aproximación a las reglas fiscales más cerradas como las conocemos hoy, especialmente al uso de la Unión Económica y Monetaria europea; sin embargo, esta “demostración” tendría más bien efectos de control político en el momento de aprobar el presupuesto general, pero sus consecuencias se limitan a la obligación de información. Por todo lo anterior, las restricciones fiscales para la Nación se revelaron insuficientes y no lograron su cometido, mientras que para las entidades territoriales las disposiciones sí cumplían con las características de claridad, sencillez, control, vigilancia y sanción; de ahí que funcionaran con algún éxito.

En resumen, puede decirse que la Ley, en relación con las entidades territoriales: 1. Define la metodología para determinar la capacidad de pago; 2. Crea un registro público con las operaciones de crédito público realizadas; 3. Contiene una serie de mecanismos de alerta para el caso en que una entidad quisiera sobrepasar los límites; 4. Faculta a la Superintendencia Financiera para sancionar a los bancos privados que realicen operaciones con entidades territoriales que no reúnan los requisitos; 5. Da facultades al Ministerio de Hacienda para autorizar o no nuevas operaciones; 6. Establece la responsabilidad disciplinaria contra los funcionarios que no observen la ley.

En la práctica, y de forma general, se puede afirmar que la ley cumplió su cometido. Ahora bien, también se plantearon casos en los que el Ministerio de Hacienda concedió autorizaciones que no debieron haberse otorgado; también dio lugar a que algunas

³⁹¹ *Ibid.* Artículo 16 “El Gobierno Nacional en el momento de presentar los proyectos de la ley de presupuesto y de ley de endeudamiento deberá demostrar su capacidad de pago ante el honorable Congreso de la República. El Gobierno demostrará la nombrada capacidad mediante el análisis y las proyecciones, entre otras, de las cuentas fiscales del Gobierno y de las relaciones saldo y servicio de la deuda/PIB tanto para el endeudamiento interno como externo, al igual que el saldo y el servicio de la deuda externa/exportaciones.”

entidades territoriales alteraran la contabilidad para habilitarse y contraer más deuda, y, algunas lograron tener más crédito con los bancos sin reunir los requisitos³⁹².

El siguiente antecedente se ocupa del problema del gasto: se trata de la Ley 617 de 2000 “Por la cual se (...) dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”. Para lograr los objetivos de racionalización del gasto, la ley implementa un plan de saneamiento de las entidades territoriales. A tal fin clasifica los municipios y departamentos en categorías³⁹³, y, de acuerdo con dicha clasificación, establece los límites de gasto³⁹⁴. Por otra parte, la ley obliga a que los gastos de funcionamiento sean financiados con ingresos corrientes de libre destinación. La ley estableció un periodo de transición de cuatro años, en los que fijaba metas anuales. También permitía a la nación garantizar hasta el 100% de la deuda de las entidades territoriales, siempre y cuando se adoptaran las medidas necesarias para sanear las finanzas de dicha entidad, es decir, bajo vigilancia y condicionalidad por parte del Ministerio de Hacienda.

Una de las virtudes de la ley es que define cada uno de los conceptos de los que hemos hablado, lo cual permite aplicar con claridad lo dispuesto por la ley. También fija topes para la remuneración de los servidores públicos, de acuerdo con la categoría del municipio o departamento.

Otro aspecto fundamental de esta norma es que vino a reforzar la reestructuración de la deuda pública de las entidades territoriales³⁹⁵.

³⁹² C. Y. GONZÁLEZ AMADOR, “Asegurar el progreso social y económico por medio de la sostenibilidad fiscal”, en *Colombia 2006-2010: Una ventana de oportunidad. Notas de políticas presentadas por el Banco Mundial*, Mayol Ediciones S.A, Bogotá, 2007, p. 257.

³⁹³ La clasificación obedece a la cantidad de habitantes y a los ingresos corrientes de libre destinación.

³⁹⁴ Los límites de gasto se expresan a través de un porcentaje respecto de sus ingresos corrientes de libre destinación, de acuerdo con la categoría del departamento o municipio. Los gastos de los departamentos pueden variar entre el 50% y el 70% dependiendo de su categoría; mientras que los municipios pueden oscilar entre el 50% y el 80%.

³⁹⁵ COLOMBIA, *Ley 617 de 2000 Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional*. Artículo 61: “La Nación otorgará garantías a las obligaciones contraídas por las entidades territoriales con entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, cuando se cumplan todos los siguientes requisitos:

- a. Que las entidades territoriales cuyas deudas se garanticen, requieran de un programa de ajuste fiscal;
- b. Que las entidades territoriales cuyas deudas se garanticen, se comprometan a realizar dicho ajuste fiscal, en los términos establecidos en los artículos 5o, 7o, 8o, 9o, 11, 53 y 55 de esta ley, y no dispongan de recursos propios suficientes para efectuarlo;
- c. Que las entidades territoriales tengan deudas que deban ser reestructuradas para recuperar su capacidad de pago;
- d. Que las entidades financieras se comprometan a otorgar nuevos créditos para financiar los programas de ajuste fiscal antes mencionados.

Estas dos leyes (Ley 358 de 1997 y Ley 617 de 2000) son normas que buscan racionalizar el gasto y preservar la capacidad de pago de las entidades territoriales. Sin embargo, el Estado central quedó excluido de las limitaciones que estas leyes proponían y es ahí donde está el gran desafío económico, sobre todo teniendo en cuenta que la descentralización en Colombia es débil³⁹⁶.

Un tercer avance se produjo con la Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”. Esta norma creó el Marco Fiscal de Mediano Plazo, una herramienta de *soft law* (no se aprueba por ley o decreto y no tiene así fuerza vinculante). La ley exige que se debe presentar antes de iniciar el debate parlamentario; se trata de una obligación vinculante para el Ministerio; y sus contenidos enmarcan el debate parlamentario y facilitan el control político. Dicho Marco debe presentarse antes de iniciar la aprobación del presupuesto y deberá contener un plan financiero, el programa macroeconómico plurianual; además deberá establecer unas metas de superávit primario³⁹⁷, el nivel de deuda pública y su sostenibilidad. Junto a esto, debe presentarse un informe detallado de las metas del año inmediatamente anterior y, en caso de desviaciones, deben justificarse y presentar un plan para corregirlo.

El Marco deberá contener, además, “e) una evaluación de las principales actividades cuasifiscales realizadas por el sector público; f) una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; g) el costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior; h) una relación de los pasivos contingentes que pudieran afectar la situación financiera de la nación; i) en todo el presupuesto se deben

-
- e. Que las obligaciones contraídas con las entidades financieras se reestructuren en condiciones de plazo y costo que permitan su adecuada atención y el restablecimiento de su capacidad de pago;
 - f. Que se constituya una fiducia de administración y pago de todos los recursos que se destinarán al pago del endeudamiento que se garantice. En dicha fiducia, se incluirá la administración de los recursos y el pago de la deuda reestructurada y garantizada, junto con sus garantías y fuentes de pago. En el acuerdo, las partes podrán convenir la contratación directa de la fiducia a que se refiere este literal;
 - g. Que los acuerdos de ajuste fiscal se suscriban antes del 30 de junio del 2001.

PARAGRAFO. Los créditos para ajuste fiscal a los cuales se refiere la presente ley, se destinarán a pagar las indemnizaciones, obligaciones, liquidaciones de contratos de prestación de servicios personales y pasivos del personal que sea necesario desvincular en el proceso de reestructuración de la entidad territorial.

³⁹⁶ I. LOZANO, “La regla fiscal y su papel estabilizador en Colombia: ¿Qué se vislumbra en los próximos años?”, *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 2, 1, 2010.

³⁹⁷ COLOMBIA, *Ley 819 de 2003 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones*. Artículo 2 «Cada año el Gobierno Nacional determinará para la vigencia fiscal siguiente una meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, y metas indicativas para los superávits primarios de las diez (10) vigencias fiscales siguientes. Todo ello con el fin de garantizar la sostenibilidad de la deuda y el crecimiento económico. Dicha meta será aprobada por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, previo concepto del Consejo Superior de Política Fiscal, CONFIS.»

incluir indicadores de gestión presupuestal y de resultado de los objetivos, planes y programas desagregados para mayor control del presupuesto”.

La previsión del impacto fiscal de las normas (leyes, ordenanzas y acuerdos) fue regulado por el artículo 7 de la Ley 819 de 2003. La ley dispuso que el impacto fiscal de las normas que ordenen gastos o que otorguen beneficios tributarios deberá hacerse explícito en las exposiciones de motivos y en las ponencias, y, además, deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. En este sentido, la ley ordena que el Ministro de Hacienda rinda cuentas sobre la consistencia de dichas normas con el Marco Fiscal del que venimos hablando. El informe tiene que ser coherente con el Marco; además, será publicado en la Gaceta del Congreso. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dejado claro que la falta de participación del Ministro no puede interpretarse como un vicio de procedimiento en la formación de la ley. En su lugar, la Corte ha dicho que lo que la ley realmente implica es una carga para el Ministro de Hacienda en el sentido de convencer e informar al cuerpo legislativo de las consecuencias de la aprobación de las normas. Esta interpretación preserva la separación de poderes y evita que la participación del Ministro se convierta en un poder de veto en manos del poder ejecutivo³⁹⁸.

La Corte Constitucional sostuvo que: “Evidentemente, las normas contenidas en el art. 7° de la Ley 819 de 2003 constituyen un importante instrumento de racionalización de la actividad legislativa, con el fin de que la misma se realice con conocimiento de causa de los costos fiscales que genera cada una de las leyes aprobadas por el Congreso de la República. También permite que las leyes dictadas estén en armonía con la situación económica del país y con la política económica trazada por las autoridades correspondientes. Ello contribuye ciertamente a generar orden en las finanzas públicas, lo que repercute favorablemente en la estabilidad macroeconómica del país.

(...) Así, pues, el mencionado art. 7° de la Ley 819 de 2003 se erige como una importante herramienta tanto para racionalizar el proceso legislativo como para promover la aplicación y el cumplimiento de las leyes, así como la implementación efectiva de las políticas públicas. Pero ello no significa que pueda interpretarse que este artículo

³⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-502/07* Consideraciones 35 y 36.

constituye una barrera para que el Congreso ejerza su función legislativa o una carga de trámite que recaiga sobre el legislativo exclusivamente”³⁹⁹.

(...)Es decir, el mencionado artículo debe interpretarse en el sentido de que su fin es obtener que las leyes que se dicten tengan en cuenta las realidades macroeconómicas, pero sin crear barreras insalvables en el ejercicio de la función legislativa ni crear un poder de veto legislativo en cabeza del Ministro de Hacienda”⁴⁰⁰.

Esto quiere decir que el mecanismo de vigilancia del cumplimiento del Marco Fiscal es un control político y eventualmente jurídico. Ya que la norma de la que venimos hablando pretende implantar una vía de comunicación y diálogo entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, podemos hablar de control de carácter político. La ley obliga a que el concepto (informe) del Ministro de Hacienda sea publicado en las gacetas con el fin de que las decisiones sean tomadas de manera responsable y de acuerdo con la situación real de la economía. Por otra parte, el control judicial en materia económica es más bien laxo. Aunque hasta hoy no haya habido decisiones que se pronuncien sobre el Marco Fiscal de Mediano Plazo como criterio de constitucionalidad, esta línea jurisprudencial podría variar en el futuro, toda vez que podría darse una interpretación rígida al artículo 7 de la Ley 819 de 2003 en el sentido de que la compatibilidad entre los proyectos de normas y el Marco se entiendan como un requisito de perfeccionamiento de la ley.

No se puede olvidar que el Marco Fiscal de Mediano Plazo es un documento elaborado por el Ministerio de Hacienda donde se recoge de manera pormenorizada toda la información que puede tener una repercusión en la situación fiscal del país. Sin embargo, no es una norma, no se aprueba por parte del Congreso.

La Ley 819 de 2003 tiene como destinatarios tanto a las entidades territoriales como a la nación y obliga a que los presupuestos se ciñan al Marco Fiscal de Mediano Plazo, de tal manera que las apropiaciones aprobadas puedan ejecutarse en totalidad durante la vigencia fiscal correspondiente. Por otra parte, esta ley, en su artículo 13, refuerza lo dispuesto por las Leyes 617 de 2000 y 715 de 2001, ya que establece la responsabilidad fiscal para el servidor público responsable de la contratación de personal por prestación de servicios que contravenga lo dispuesto en dichas leyes. El artículo 19 de la Ley 819

³⁹⁹ *Ibid.* Consideración 34.

⁴⁰⁰ *Ibid.* Consideración 36.

restringe el apoyo de la Nación a las entidades territoriales que no cumplan con lo dispuesto en la Ley 358 de 1997; prohíbe la transferencia de recursos desde la nación a dichas entidades incumplidoras, exceptuando los recursos señalados en la Constitución. Es decir, se endurecen las consecuencias ante los incumplimientos.

La Ley 819 de 2003 introdujo a su vez la noción de balance estructural. Sin embargo, el artículo 2 no limita realmente la actividad discrecional del Gobierno en materia de política fiscal porque puede cambiar el balance primario sin consecuencias negativas. Por otra parte, el establecimiento de las metas de superávit se concentra en las entidades territoriales y no en el sector central. Tampoco limita las variables para establecer la sostenibilidad de la deuda del Gobierno nacional. Con todo, la reforma del Acto legislativo 03 de 2011 y la Ley 1473 del mismo año regularon estos aspectos como veremos más adelante⁴⁰¹.

En consonancia con lo anterior, la Ley 1454 de 2011, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”, establece la sostenibilidad fiscal en términos de “principio rector del ordenamiento territorial”⁴⁰².

También en el año 2011, se produjo una reforma constitucional que creó el Sistema General de Regalías⁴⁰³ con el propósito de gastar los ingresos de la explotación de recursos naturales en inversión y no en gasto de funcionamiento. Es más, el Sistema establece que los recursos provenientes de regalías no forman parte del Presupuesto General de la Nación ni del Sistema General de Participaciones y, en esa medida, tendrá un presupuesto bianual y separado⁴⁰⁴. El Sistema General de Regalías es una regla de tipo fiscal en la medida en que dispone la forma de realizar un gasto, es decir, establece las condiciones

⁴⁰¹ J. C. RESTREPO, *Hacienda Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 513.

⁴⁰² COLOMBIA, *Ley 1454 de 2011 por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*. Artículo 3 “Son principios del proceso de ordenamiento territorial entre otros los siguientes: (...)6. Sostenibilidad. El ordenamiento territorial conciliará el crecimiento económico, la sostenibilidad fiscal, la equidad social y la sostenibilidad ambiental, para garantizar adecuadas condiciones de vida de la población.”

⁴⁰³ Las regalías son los ingresos que percibe el Estado por la explotación de recursos naturales no renovables. Esta reforma constitucional, junto a la ley 1530 de 2012 organizan el Sistema General de Regalías que tiene por objeto encausar el gasto de las regalías “en proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.”

⁴⁰⁴ COLOMBIA, *CP*, cit. Artículo 361 (...) “PARÁGRAFO 1o. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías.”

para hacer uso de los recursos que lo conforman y, lo más significativo, los excluye del presupuesto general y, en consecuencia, no pueden entrar a cubrir gastos de funcionamiento del Estado (déficit estructural) ni de deuda pública.

Las mediciones muestran que las reglas fiscales han tenido un impacto positivo respecto de la contención de la deuda y de déficit en el ámbito subnacional. Las reglas fiscales implementadas por las Leyes 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 han reducido el déficit y han logrado contener la deuda de dichas entidades. Es más, durante el periodo 2006 y 2007 los municipios y departamentos presentaron déficits fiscales; sin embargo, en la mayoría de los casos, el déficit fue compensado con recursos provenientes de superávits primarios acumulados de otros periodos⁴⁰⁵.

Recapitulando, las Leyes 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003, configuran un verdadero marco que estructura la política fiscal en los ámbitos nacional y territorial, pero concentran sus contenidos más rigurosos para las entidades territoriales, mientras que para la nación se observa una mayor flexibilidad. En el año 2011 se aprobó, mediante Acto legislativo, una regla de tipo fiscal casi de manera concomitante con la cláusula de disciplina fiscal. Sin embargo, el estudio pormenorizado del Sistema General de Regalías escapa al alcance de este trabajo. A continuación, se desarrollará la reforma constitucional que incluyó la sostenibilidad fiscal como un elemento propio del sistema constitucional colombiano. Para comprender el qué y el cómo de este nuevo elemento constitucional resulta importante dejar claro el proceso de reforma de la Constitución a través de Acto Legislativo.

c. La Constitución colombiana y la reforma por Acto legislativo

La Constitución de Colombia es rígida ya que establece un procedimiento agravado para su reforma. Con todo, la reforma constitucional no es un hecho excepcional en el contexto colombiano (prueba de ello es que la reforma que estamos estudiando es la número treinta y uno de la Constitución de 1991 desde su entrada en vigor)⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ F. SÁNCHEZ; J. ZENTENO GONZALES, “Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: el caso de Colombia”, en Marielle Del Valle, Arturo Galindo (eds.) *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: los casos de Colombia y Perú*, Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2010, p. 57.

⁴⁰⁶ Hasta octubre de 2017, se habían adelantado 41 reformas al texto constitucional. Adicionalmente, cuatro más que no superaron el estudio de constitucionalidad.

La iniciativa de reforma fue presentada por el gobierno saliente el día 20 de julio de 2010 (primer día de la legislatura) y el trámite se desarrolló bajo el nuevo gobierno, que inició su mandato el día 7 de agosto del mismo año. Es útil hacer una aproximación al proceso de reforma constitucional mediante Acto Legislativo. El artículo 375 de la Constitución establece que el Congreso puede modificar la Constitución mediante el procedimiento de Acto Legislativo. A su vez, el artículo 376 dispone que el gobierno tiene la facultad de proponer reformas constitucionales para que sean tramitadas en el Congreso⁴⁰⁷.

El procedimiento para reformar la Constitución es similar al del proceso legislativo con especialidades. Por ejemplo, no se admiten procedimientos de aceleración del trámite para tramitar los Actos Legislativos⁴⁰⁸. Además, es necesario que el proyecto de reforma supere un total de ocho debates (es decir, el doble que una ley ordinaria). También está previsto que durante la primera vuelta -primeros cuatro debates- sea aprobado por mayoría simple, es decir, al menos la mayoría de los presentes de cada cámara, mientras que para la segunda vuelta -los cuatro debates restantes- es necesario que la mayoría sea absoluta, es decir, la mayoría de los miembros de cada cámara. Para reforzar su rigidez, la Constitución exige que el trámite se realice en dos periodos legislativos⁴⁰⁹ diferentes y consecutivos, lo cual garantiza que el proceso se lleve a cabo de manera pausada y sin apremios temporales; y dispone que en la segunda vuelta solo podrán debatirse iniciativas presentadas durante la primera vuelta⁴¹⁰.

El Acto legislativo, una vez aprobado y publicado, entra en vigor. Sin embargo, puede ser objeto de control de constitucionalidad por vicios de procedimiento en su formación. Este control se produce a través de la acción pública de inconstitucionalidad y dichas demandas son conocidas por la Corte Constitucional en virtud del artículo 241.1 C.P.

La Corte Constitucional, al hilo de la reforma constitucional por Acto legislativo, ha introducido un criterio, bastante controvertido, conocido como “juicio de sustitución de

⁴⁰⁷ También tienen iniciativa: mínimo diez miembros del congreso, el veinte por ciento de los diputados y concejales del país, y también, el cinco por ciento del censo electoral vigente.

⁴⁰⁸ Cfr COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-816/04*.

⁴⁰⁹ La actividad del congreso está dividida en dos periodos por año, desde julio a diciembre el primero, y desde marzo a junio el segundo.

⁴¹⁰ Para una aproximación exhaustiva a la reforma constitucional en Colombia, son de referencia las de G. A. RAMÍREZ CLEVES, *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005; H. A. SIERRA PORTO, *La reforma de la Constitución*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998.

la Constitución”⁴¹¹. Considera que existen unos elementos que aportan identidad a la Constitución; identifica una serie de elementos definatorios en la estructura constitucional que, por tanto, no pueden ser objeto de modificación⁴¹². Las críticas formuladas contra esta posición de la Corte argumentan que el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales debería limitarse a los vicios de procedimiento, tal y como se consagra en la Constitución. Y, sin embargo, la Corte, con la teoría de la sustitución, se (auto)habilita para realizar un análisis de fondo desbordando sus competencias constitucionales sobre la materia⁴¹³. La aplicación de esta teoría desemboca en la creación de baremos de constitucionalidad indeterminados, lo que comporta, necesariamente, la identificación de una constitución material. Se deja aquí apuntado el asunto toda vez que las demandas contra el Acto legislativo que estamos estudiando han invocado dicha teoría en contra de la reforma que incluyó la sostenibilidad fiscal en la Constitución colombiana.

2. El debate sobre la sostenibilidad fiscal

La economía se encontraba en un periodo de crecimiento en el momento en el que se produjo la inclusión de las cláusulas de disciplina fiscal en la Constitución⁴¹⁴. Según el Banco de la República, basándose en cifras del Departamento Nacional de Estadística DANE, en 2007 se había producido un crecimiento del 6,9% del PIB, seguido de un 3,5% en 2008, bajando al 1,7% en 2009; se recuperó hasta el 4% en 2010, en el año 2011 ascendió a un 6,6% y, en 2012, bajó al 4,0%⁴¹⁵. Los datos ponen de manifiesto que la reforma se produjo durante en un buen momento para la economía, sin apremios y sin presiones excesivas por parte de los mercados (a diferencia de lo que aconteció en el caso español)⁴¹⁶.

⁴¹¹ Una buena aproximación preliminar al tema en P. ROBLEDO SILVA; J. E. ROA ROA, “La Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 15, 1, 2011..

⁴¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12* Con especial interés sobre este tema los numerales 9 a 14 de las Consideraciones de la Corte. Pese que a que la Constitución establece que el control de constitucionalidad se adelanta únicamente por vicios de procedimiento en su formación, la Corte Constitucional ha considerado que la competencia para reformar el texto es uno de los ingredientes del procedimiento, y por esa vía, se habilita para realizar un juicio material.

⁴¹³ Sobre los límites del poder de reforma de la Constitución Cfr. J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Límites y soberanía en el orden constitucional español”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 19, 2009 Especialmente en la p. 272 que se refiere a la existencia de límites lógicos o inmanentes.

⁴¹⁴ Recordemos que el proyecto se radicó en julio del año 2010 y fue finalmente publicado el 1 de julio del año 2011.

⁴¹⁵ BANCO DE LA REPÚBLICA, *Boletín de Indicadores Económicos*, Banco de la República, 2017, fecha de consulta 2 enero 2018, en <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/bie.pdf>.

⁴¹⁶ F. G. CASTRO, “Restricciones presupuestales y protección judicial de derechos económicos, sociales y culturales: el debate en Colombia”, cit., p. 4.

Aunque la crisis mundial no afectó drásticamente a la economía colombiana, las consecuencias y la necesidad de garantías por parte de los mercados a los países más afectados (Grecia, Portugal, España), supusieron una lección para todos los demás, algunos de los cuales –caso colombiano- decidieron tomar medidas. Pese a que estas motivaciones no se explicitaron en el proyecto presentado por el gobierno, es importante tenerlas presentes dentro del contexto en que se adelantó el proceso.

El proyecto hacía especial referencia a la necesidad de incluir la sostenibilidad fiscal con el fin de cumplir con los objetivos del Estado social de Derecho; afirmaba que esta era una herramienta fundamental para dar cabal cumplimiento a los demás derechos⁴¹⁷. De hecho, la Exposición de Motivos presentada por el Gobierno se centró en defender la sostenibilidad fiscal como única herramienta para realizar el Estado social de Derecho, ya que así no se vería comprometido el bienestar de las generaciones venideras (se identificó la noción de Estado social como un concepto abstracto y se relacionó la materialización de los derechos con la necesidad de incluir el “nuevo derecho” que garantizara el cumplimiento de todos los demás). También se señalaba que éste era el camino para garantizar un crecimiento económico estable y alertaba de que un desequilibrio en las variables macroeconómicas podría afectar a la política de gasto, afectando el acceso a bienes y servicios y que, incluso, llevaría al incumplimiento del pago de la deuda, tanto respecto de los acreedores externos como respecto de los acreedores internos⁴¹⁸. Para finalizar, se justificó el cambio respecto de la determinación del contenido de los derechos sociales por parte del legislador, en que, dada la distribución de competencias en el Estado, a los jueces les correspondería aplicar el criterio que estableciera el Congreso en coordinación con el poder ejecutivo “sin dejar de tener en cuenta la situación fiscal y de la política económica general”⁴¹⁹. Y se sostuvo que la colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público protegería la economía de los efectos del ciclo.

El proyecto gubernamental pretendía incorporar la sostenibilidad fiscal en la Constitución de varias maneras. En primer lugar, en el artículo 334, bajo la categoría de derecho a la sostenibilidad fiscal, un “derecho de todos” que se vería reflejado en un deber para todas las ramas y órganos del poder público. También se propuso que fuera el

⁴¹⁷ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010”, *Gaceta del Congreso* 451 de 2010.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ *Ibid.* III. Política Fiscal, Sostenibilidad Fiscal y cumplimiento de las finalidades del Estado social de derecho.

Congreso quien determinara el alcance concreto de los derechos sociales y económicos y que dicha determinación asegurara la sostenibilidad fiscal. En segundo lugar, en el artículo 339, se conectaba el plan de inversiones, que forma parte del Plan Nacional de Desarrollo, con “un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”. Y, en tercer lugar, el artículo 346 sujeta el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones a “un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

El proyecto no aludía a estudios o análisis que reflejaran la necesidad de cambiar las disposiciones constitucionales en el sentido de incluir la sostenibilidad fiscal dentro de los bienes jurídicos protegidos por la Carta. Sin embargo, durante los debates se hizo referencia a un estudio del Banco Mundial⁴²⁰ que indicaba la necesidad de implementar principios que flexibilizaran el gasto, de tal manera que el gobierno tuviera una verdadera capacidad de decisión respecto de la asignación de recursos, y, además, se pusieran límites estrictos a la deuda. En ese mismo sentido, se apuntaba la importancia de dar herramientas al Ministro de Hacienda para que pudiera imponer la disciplina fiscal a las entidades territoriales. Las mencionadas recomendaciones del Banco Mundial fueron recogidas en el libro “Colombia 2006-2010: Una ventana de oportunidad. Notas de Políticas presentadas por el Banco Mundial”. Dicho texto contiene un capítulo denominado “14. Asegurar el progreso social y económico por medio de la sostenibilidad fiscal”, en el que se establece que la sostenibilidad fiscal debe ser una prioridad para el gobierno entrante. Este capítulo se ocupa fundamentalmente de la deuda externa en relación con el PIB, y de la necesidad de reducir la deuda, de tal manera que sea sostenible. Asimismo, el documento recomienda mantener la aplicación de la ley que limita la capacidad de endeudamiento de las entidades territoriales, adelantar una reforma tributaria, modificar la ley orgánica de presupuesto con el fin de flexibilizar el gasto, y eliminar las asignaciones específicas ⁴²¹.

El proyecto formuló diversas consideraciones para sostener la necesidad de la reforma y especuló con diversos escenarios económicos futuros en los que la incorporación de la sostenibilidad fiscal en la Constitución podría evitar males mayores y proteger al sistema económico frente a situaciones complejas:

⁴²⁰ C. Y. GONZÁLEZ AMADOR, “Asegurar el progreso social y económico por medio de la sostenibilidad fiscal”, cit.

⁴²¹ *Ibid.*

- Fundamentó la necesidad de reformar la Constitución en la inexistencia de cláusulas constitucionales que permitieran inferir la obligación de velar por la sostenibilidad fiscal propiamente dicha. Argumentó que la Ley 819 del año 2003 había resultado insuficiente para lograr el cometido propuesto.
- Se puso de manifiesto la capacidad limitada del Estado para generar ingresos (ya sea por vía de impuestos o deuda) y, en esa medida, se consideraba necesario e inevitable desarrollar una política de gasto que fuera sostenible en el tiempo como requisito de progreso en materia económica. En sentido contrario, planteaba que no garantizar la sostenibilidad fiscal comportaba un alto costo económico. Así pues, el crecimiento del gasto aumentaría la inflación, alteraría bruscamente la tasa de cambio y afectaría el balance general. En este orden de ideas, un aumento de la deuda supondría un incremento del gasto financiero, ya que no solo aumentaría el capital, sino también los tipos de interés y, a su vez, la tasa de cambio actuaría de manera negativa frente al crecimiento de la deuda. Todas estas posibilidades se presentaron como una forma de comprometer los presupuestos del futuro.
- El proyecto también planteó un posible escenario de crisis económicas. Y sostuvo que la política fiscal sin restricciones podía ser pro cíclica, y, de esa manera, aumentarían los efectos nocivos sobre la economía del país, aumentando las tasas de interés y el desempleo.
- El proyecto argumentaba que el fin de la reforma constitucional era estabilizar la economía y, de esa manera, garantizar a los ciudadanos el derecho al acceso a los bienes y servicios contemplados en la Constitución. También subrayaba la importancia de mantener la capacidad adquisitiva de la moneda por parte del Banco de la República con el fin de asegurar el pleno empleo y el acceso a dichos bienes y servicios, y apuntaba que la adopción de medidas que mantuvieran la sostenibilidad fiscal fortalecería la intervención del Estado en la economía para alcanzar los fines constitucionales⁴²².

⁴²² COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010”, cit.

- El texto del proyecto también mencionaba la doctrina de la Corte Constitucional que justifica o expresa la necesidad de establecer las cláusulas de disciplina fiscal⁴²³.
- Para completar la defensa del proyecto se trajeron a colación las consecuencias nocivas de la falta de sostenibilidad: 1. En caso de crisis económica aumenta la pobreza; 2. No solo frena el desarrollo, sino que implica retroceso; 3. El exceso de deuda aumenta los intereses del crédito; 4. Aumenta la inestabilidad cambiaria y; 5. Crecen las tasas de interés (costo del dinero)⁴²⁴.

En aquel momento, el Gobierno tenía mayorías significativas en el Congreso. Sin embargo, no eran suficientes para aprobar un Acto Legislativo sin la concurrencia de otros grupos políticos. Resultaba preciso contar y, sobre todo convencer, a diferentes partidos políticos para superar los ocho debates necesarios para que la reforma llegara a término. El debate, la discusión, resultaba en dicho contexto completamente indispensable (el proyecto fue objeto de profunda discusión durante la tramitación de la reforma). Esta situación contrasta con lo sucedido con ocasión de la introducción del principio de estabilidad presupuestaria (reforma del artículo 135 de la Constitución española), donde la ausencia de debate ha sido objeto de críticas unánimes por parte de la doctrina española.

Durante los debates de la reforma constitucional colombiana se esgrimieron toda clase de argumentos en pro y en contra. Los primeros obedecen a razones prácticas y casos hipotéticos mientras que los segundos hacen referencia a la naturaleza del Estado social y a los riesgos de limitar su alcance, es decir, son más teóricos y abstractos. También resulta interesante resaltar que el objetivo último de la reforma, consistente en el mantenimiento de unas finanzas sólidas, no fue objeto de controversia, lo que daba a entender que los fines en sí mismos perseguidos no pugnan con la naturaleza del Estado social.

Los defensores de la necesidad de incluir el criterio de sostenibilidad fiscal en la Constitución justificaron esta posición principalmente (aunque no solo) en los riesgos

⁴²³ Véanse las decisiones: COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-481/99*, cit., que trata sobre la obligación del Banco de la República de fijar metas de inflación decrecientes; *Sentencia C-574/05*, que estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 1 de 2005 sobre sostenibilidad financiera del sistema de pensiones; *Sentencia C-1489/00* sobre el sistema de salud.

⁴²⁴ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010”, cit., p. 21 y ss.

para la situación económica del país, tanto en el momento del debate como en el futuro. Respecto de la situación fiscal del país, se advirtió que en el año 2009 el déficit había sido del 2,6% del PIB; además, “mientras que los ingresos aumentaron un 4,8% entre 2008 y 2009, los gastos lo hicieron en un porcentaje del 13,9%”⁴²⁵. También se justificó la reforma en la protección que la Corte Constitucional había desarrollado respecto de los derechos fundamentales; en concreto, refiriéndose a la protección de colectivos como la población desplazada y carcelaria y a las decisiones que la Corte había adoptado con respecto al sistema de salud, se quiso mostrar la necesidad de incluir el criterio de sostenibilidad para evitar decisiones irresponsables que protegieran los derechos sin considerar las posibilidades económicas del Estado⁴²⁶.

Se expusieron dudas respecto del alcance que la implementación de la sostenibilidad fiscal tendría en el desempeño de la actividad judicial, con especial referencia a la Corte Constitucional. Uno de los legisladores se manifestaba de la siguiente manera:

...“Yo le propondría que a continuación del tema de sostenibilidad fiscal, ahí completamente con él existiera una disposición que distribuyera con priorización de gasto público social sobre todos los demás componentes del gasto; con esa condición yo promovería dentro de mi Partido esa posibilidad y en esas condiciones daría mi voto favorable; pero no que le cerremos la oportunidad para que se siga haciendo justicia y que más adelante la Corte Constitucional y los jueces digan, no podemos amparar su derecho fundamental a la salud, a la vida, a cualquier actividad porque el Congreso de Colombia mediante una reforma constitucional nos quitó las herramientas”⁴²⁷.

Las principales amenazas para la sostenibilidad fiscal del Estado, según mostraba el proyecto y posteriormente mostraron los debates, las constituían el pasivo pensional, el sistema de salud, la atención a población desplazada, la ley de víctimas y las demandas

⁴²⁵ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010”, *Gaceta del Congreso 723 de 2010*, p. 13.

⁴²⁶ Es importante entender esta postura en el contexto de una Corte Constitucional activista que ha materializado buena parte de los derechos fundamentales a través de sus decisiones; también es de resaltar que los avances se han afincado en órdenes directas al ejecutivo e incluso al legislativo para lograr el cumplimiento de los principios del Estado Social.

⁴²⁷ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Acta de Comisión 20 del 06 de octubre de 2010”, *Gaceta del Congreso 960 de 2010*.

contra la Nación⁴²⁸, y hoy habría que agregar los gastos correspondientes al posconflicto y al cumplimiento de los acuerdos de paz.

Otro elemento al que se acudía para justificar la reforma era el de la preservación de la soberanía. Se manifestaba que Colombia había tenido una buena tradición financiera y que, si bien se habían observado muchas recomendaciones del Banco Mundial y de otras organizaciones multilaterales, lo cierto es que el país nunca se había visto condicionado u obligado a aceptar medidas que menguaran su soberanía al contrario de situaciones como las vividas por México o Argentina. Para preservar la soberanía se consideraba importante mantener una situación económica equilibrada y de esta manera avanzar de manera progresiva –no inmediata- en la realización del Estado Social.

Sobre la deuda, afirmaron los defensores que era injusto con las generaciones futuras proteger los derechos fundamentales financiándolos a través de la deuda pública; y resaltaron que la Constitución de 1991, en medio de la euforia colectiva, no tuvo en cuenta la realidad económica del Estado cuando concretó los derechos.

Por tanto, la defensa de la implementación de las reglas fiscales se valió de la idea de progresividad como recurso para compatibilizar la realización del Estado social de Derecho y el mantenimiento de unas finanzas públicas sanas. Se argumentaba sobre ello que la deuda ascendía a un 35% del PIB⁴²⁹ y que, por lo tanto, una buena parte del Presupuesto⁴³⁰ estaba destinada a financiar la deuda; a esto se sumaba el gran gasto que se preveía con relación a la finalización del conflicto armado (la ley de víctimas, la ley de restitución de tierras y las indemnizaciones correspondientes). Gastos también significativos para las finanzas públicas los podían representar las demandas en contra del Estado (no solo las correspondientes al ámbito administrativo -fallo del servicio, responsabilidad civil extracontractual-, sino también las referidas a la guarda de la

⁴²⁸ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010”, cit., p. 14 y ss.

⁴²⁹ Esta cifra corresponde al periodo 2009 y 2010, es decir durante el debate de la reforma constitucional. Sin embargo, la deuda pública en Colombia ha tenido variaciones significativas en los últimos años. En 2012 correspondía a un 41% del PIB, en el año 2012 se situó en 44,4%, para el año 2013 tuvo una drástica subida de 6 puntos y se ubicó en un 50%, en 2015 ascendió a 56,6% y 2016 un 56,5%. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Situación de la deuda pública 2016*, Contraloría General de la República, Bogotá, 2017, p. 28.

⁴³⁰ El presupuesto destina más del 20% de los recursos al pago del servicio de la deuda. Por ejemplo, en el año 2016 correspondió a un 22%, para el 2017 fue de un 21%, y para 2018 se prevé un 22%.

“confianza inversionista”⁴³¹), y lo relativos a la protección de los derechos fundamentales que la Corte Constitucional ha defendido a través de las sentencias estructurales⁴³².

Para finalizar, también se puso de manifiesto la tendencia mundial existente en esta materia, la crítica situación de Grecia, la reforma constitucional alemana y la crisis europea, que mostraban la necesidad de poner límites al gasto público y mantener la sostenibilidad de las finanzas.

En resumen, la sostenibilidad fiscal debía ser el criterio clave para entender y desarrollar el Estado social de Derecho. Para lograr este objetivo era necesario introducir cláusulas en el texto constitucional que intervinieran los principios del Estado social de Derecho (art. 334 CP) y que modificaran las condiciones e instrucciones para elaborar el Plan Nacional de Desarrollo (art. 339 CP) y la composición del Presupuesto (art. 346 CP).

Con relación a los argumentos en contra, ya desde el primer debate, se denunció el riesgo que comportaba para la satisfacción de los derechos fundamentales el hecho de fijar una cláusula que pusiera un límite al cumplimiento del espíritu social del Estado. Se afirmó que los principios establecidos por la Constitución de 1991 resultaban incompatibles con la reforma propuesta ya que la inclusión de la sostenibilidad fiscal como un criterio (derecho o principio en los primeros debates) afectaba a la jerarquía de los principios establecidos por el constituyente en una dirección en la que la sociedad se estaba colocando al servicio de la economía. Dicha reforma, se afirmaba, iba a traer consigo un cambio en los valores sobre los cuales se funda el Estado; en otras palabras, se iba a producir una transformación de la concepción misma del Estado⁴³³.

Los opositores a la reforma advirtieron de que el Estado Social no cesa con la inclusión de derechos sociales dentro de la Constitución, sino que es indispensable que

⁴³¹ La confianza de los inversores extranjeros se ha promovido a través de contratos de estabilidad jurídica que les permite reclamar indemnizaciones al Estado por cambios en la regulación sobre la actividad económica, por ejemplo, sobre anulación de títulos mineros, cambios de regulación sobre la actividad y cambios de legislación en materia laboral, entre otros. Para una aproximación inicial, ver el trabajo de Diego Galán Barrera D. R. GALÁN BARRERA, “Los Contratos de Estabilidad Jurídica: Un estímulo a la inversión extranjera en Colombia”, *Estudios Gerenciales*, vol. 22, 101, 2006.

⁴³² Es importante resaltar que la Corte ha sido objeto de duras críticas por invadir el espacio que corresponde a otras ramas del poder público. Esta preocupación también formó parte del debate que dio paso a la reforma ya no solo desde el punto de vista económico sino también competencial.

⁴³³ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Informe de Ponencia para Primer Debate. Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010 Cámara”, *Gaceta del Congreso 734 de 2010*, p. 2.

exista protección, cumplimiento y efectividad de esos derechos para que permitan identificarlo efectivamente como social.

“Este proyecto pone por tanto sobre la mesa el debate teórico de fondo sobre una concepción normativa de principios y con enfoque de derechos del Estado constitucional y social de Derecho, frente a una concepción o visión tecnicista, economicista, utilitarista y pragmática del Estado, en la cual se subordinan los derechos y su garantía a la consecución de los fines económicos. Esta última concepción acarrearía un cambio de paradigma de Estado contrario al establecido por la Constitución de 1991, que es un paradigma de Estado social de Derecho, cuyo eje normativo y columna vertebral son los Derechos Fundamentales y su garantía”⁴³⁴.

Se dijo que la sostenibilidad fiscal es un medio para alcanzar los fines del Estado, pero se argumentó que la reforma ascendería a la economía a fin en sí mismo, con el efecto de condicionar el cumplimiento de la igualdad real y efectiva al criterio de sostenibilidad fiscal.

También se adujo que el ordenamiento jurídico colombiano ya contaba con herramientas para garantizar la sostenibilidad fiscal del país, por ejemplo, la Ley 819 de 2003, que ordena la realización de estudios de impacto fiscal respecto de los proyectos de ley. Según los detractores, la reforma menguaría la autonomía del legislador:

“En este punto llamo la atención del Congreso para verificar su limitación o autolimitación en el caso de doblegar sus competencias por el logro de indicaciones instrumentales como el de la sostenibilidad fiscal, cuando ya la propia Constitución y la Corte Constitucional le dan una competencia soberana en su papel de legislador”⁴³⁵.

En ese mismo sentido se dijo que la sostenibilidad fiscal ya estaba presente en el ordenamiento jurídico y que las tensiones entre los derechos y la sostenibilidad fiscal ya existían, en términos de Alexy; sin embargo, con la reforma se quería inclinar la balanza para favorecer el criterio económico.

En lo que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales, se observó que todos los derechos tienen un impacto fiscal en mayor o menor medida. Sin embargo,

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 3.

limitar la actividad judicial a meros criterios de sostenibilidad fiscal desnaturalizaría los postulados constitucionales y alteraría los fines del Estado. Es más, la garantía de los derechos fundamentales está protegida por la actividad judicial y no solo por los gastos por parte del poder ejecutivo, y con la reforma este equilibrio (protección judicial y orden de gasto) se rompería.

Uno de los ejemplos citados en el debate para mostrar la huella que dejaría la reforma fue el caso del “mínimo vital”. El mínimo vital ha sido un adelanto argumentativo de la Corte Constitucional para proteger y garantizar la dignidad humana. Con la reforma, la protección por la vía de la acción de tutela se vería limitada y, por tanto, se desconocerían los postulados del Estado Social.

Se temía que el motivo real de la reforma fuera detener la actividad de las altas cortes, en especial la de la Corte Constitucional. También se temía que la reforma significara un dique frente a la aprobación de leyes de alto costo (ley de víctimas y restitución de tierras, por ejemplo). Esta tesis venía apoyada, en particular, en la pretensión del proyecto original, que daba competencias al legislador para fijar el alcance de los derechos fundamentales⁴³⁶.

También se aludió, aunque sin demasiado ahínco, a la autonomía territorial. Se señaló que la reforma traería consigo la centralización de la cuestión fiscal, afectando a los principios de descentralización administrativa y de independencia de los departamentos y municipios.

En último lugar, se expresó el temor a que la sostenibilidad fiscal se convirtiera en una excusa válida y constitucionalmente avalada para incumplir con las prestaciones que impliquen erogaciones.

Los cambios al proyecto presentado por el Gobierno fueron sustanciales y se produjeron gracias a los debates y actividad parlamentaria: primeramente, se cambió la naturaleza de la sostenibilidad fiscal, pasando de ser un derecho colectivo a un mero criterio; en segundo término, se eliminó la idea de dar competencia al Congreso para

⁴³⁶ Sobre la actividad de la Corte Constitucional es importante señalar que las decisiones pueden ser de carácter estructural como son los casos de sentencias sobre protección a la población desplazada y población carcelaria; también sobre casos particulares que constituyen la mayoría de acciones de tutela, especialmente en materia de salud; e incluso las sentencias de inconstitucionalidad de leyes pueden tener efectos económicos significativos, como leyes de presupuesto o de protección de derechos laborales por poner algunos ejemplos.

determinar el alcance y contenido de los derechos fundamentales; en tercer lugar, se reiteró la prioridad del gasto público social; un cuarto cambio fue el contenido que se dio a la progresividad con una naturaleza programática; y, por último, se creó el Incidente de Impacto Fiscal. Los cambios durante la discusión parlamentaria del proyecto se circunscribieron al artículo 334 (los artículos 339 y 346, sobre el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto, fueron reformados de acuerdo con el proyecto inicial).

3. Incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal en la Constitución

La reforma constitucional incorporó la sostenibilidad fiscal con diferentes fórmulas en el ordenamiento jurídico, así pues, en el artículo 334 CP se utiliza cinco veces la expresión, y en los artículos 339 y 346 CP una vez en cada uno de ellos. Pese a la identidad semántica, los preceptos poseen diversidad funcional, lo cual genera un primer problema al momento de realizar una clasificación dogmática de sus contenidos. Además, la Constitución renunció a denominarlo principio y la interpretación histórica obliga a entender que la sostenibilidad fiscal no tiene, pues, dicha condición. En consecuencia, es indispensable identificar los diferentes contenidos normativos, y para ser más precisos, las posibilidades hermenéuticas de la sostenibilidad fiscal prescindiendo de dicha categoría dogmática y, en ese sentido, la clasificación normativa en valores, principios y reglas resulta insuficiente.

La clasificación de Santamaría Pastor de los diferentes tipos de normas se adapta mejor a las necesidades metodológicas de este estudio y es la que vamos a utilizar⁴³⁷. La primera clasificación, y la más genérica, que presenta el profesor consiste en: *normas imperativas, normas habilitantes y normas estructurales*. Con todo, profundiza más en la clasificación de las normas utilizando el criterio de su eficacia normativa. Desde este punto de vista, se puede distinguir entre *normas principales, normas directivas*⁴³⁸, *normas organizadoras*⁴³⁹, *normas materiales*⁴⁴⁰ y *normas garantizadoras*. El producto de su análisis permite identificar el alcance y los contenidos de la sostenibilidad fiscal en Colombia.

⁴³⁷ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., pp. 447-451.

⁴³⁸ Las normas directivas se subdividen en: 1. Mandatos al legislador, 2. Habilitaciones al legislador, 3. Reservas de ley, y 4. Directrices materiales de actuación de los poderes públicos.

⁴³⁹ Las normas organizadoras se subdividen en: 1. Normas constitutivas, y 2. Normas atributivas de competencia.

⁴⁴⁰ Las normas materiales se subdividen en: 1. Normas reguladoras del sistema de producción normativa, 2. Normas de reconocimiento de derechos constitucionales y 3. Regulaciones materiales típicas.

4. La sostenibilidad fiscal y la intervención del Estado en la economía

El artículo 334⁴⁴¹ de la Constitución es una de las disposiciones fundamentales del andamiaje del Estado social de Derecho. Este artículo establece la dirección general de la economía y el deber de intervenir en ella con el fin de alcanzar los objetivos propios del modelo instituido por la Constitución de 1991. El lugar donde se decidió implantar la cláusula revela la importancia y la vocación de definir el alcance del Estado social de Derecho a través del criterio de sostenibilidad fiscal. La ubicación de la norma es una de las primeras diferencias cualitativas entre el sistema español y el colombiano. En España es una norma de contenido administrativo, un principio presupuestario y se incardina directamente en la regulación del presupuesto; en Colombia se incluye también en la cláusula que trata de la intervención del Estado en la economía y que, en última instancia, desarrolla las herramientas que permiten la redistribución de la riqueza y el cumplimiento de los fines del Estado.

La sostenibilidad fiscal fue incorporada en el artículo 334 CP con la función de condicionar la intervención del Estado en la economía, sin embargo, en el mismo acto de la reforma se limitó de manera clara la interpretación y los alcances que podrían derivarse de su aplicación. En este sentido, la sostenibilidad se incorpora como una condición para la actuación de los poderes públicos, pero también circunscribe su alcance al de un “instrumento” del Estado social de Derecho ya que se rescatan los fines del modelo y se ordena la progresividad para alcanzarlos. Por si quedaran dudas, el mismo Acto

⁴⁴¹ COLOMBIA, CP, cit. , artículo 334: “La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”

Legislativo reitera la prioridad del gasto público social y en el Parágrafo del mismo artículo se prohíben las interpretaciones que puedan comprometer el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Ahora vamos a desarrollar todos estos elementos. Se presenta una interpretación inicial sobre las posibilidades normativas de los preceptos, dadas su formulación y función en el texto constitucional y luego una interpretación sistemática y armónica atendiendo las propias limitaciones del Acto Legislativo y las demás normas Constitucionales.

La intervención del Estado en la economía se ve condicionada por los fines que el mismo artículo 334 CP consagra, así: “(...) para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, **en un marco de sostenibilidad fiscal**, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”; los medios de intervención que el artículo establece para alcanzar estos fines son la intervención en “la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados”. La reforma constitucional incluyó a los diferentes niveles administrativos en el marco de sostenibilidad fiscal en materia de intervención del Estado en la economía.

En este sentido, el “marco de sostenibilidad fiscal” es una *norma estructural*, atendiendo a la primera clasificación de Santamaría Pastor, que entiende por *norma estructural*: “todas aquellas proposiciones que han de ser necesariamente tomadas en cuenta en el proceso de creación o de aplicación de otras normas, bien como condicionantes de la forma o contenido de éstas, bien como complementarias o parámetro de su aplicación”⁴⁴².

La sostenibilidad fiscal se erige como un marco, es decir, como un nuevo límite o condición para la intervención del Estado en la economía⁴⁴³. En consecuencia, la definición del concepto de sostenibilidad fiscal se revela como fundamental para entender la intervención del Estado en la economía y para identificar la situación que permite su actuación, o, para ser más precisos, el concepto de “marco de sostenibilidad fiscal” es el

⁴⁴² J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 448.

⁴⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit. Consideración 31.1.

que permite identificar las condiciones de la intervención del Estado en la economía y su alcance. La identificación de la sostenibilidad fiscal debe entenderse como un concepto abierto o vago, que no se alinea con una postura económica determinada, y, en principio, esta valoración correspondería al Gobierno, dadas sus amplias potestades en materia económica.

Atendiendo a la segunda clasificación del profesor Santamaría Pastor, “el marco de sostenibilidad fiscal”, de acuerdo con su eficacia normativa, se encuadra como una *norma directiva* del subtipo *directrices materiales a la actuación de los poderes públicos*, “mediante las cuales la CE ordena a éstos [los poderes públicos] perseguir objetivos o metas, trasunto de las normas principales (...), o bien condiciona su actividad a determinados requisitos o líneas de actuación”⁴⁴⁴.

El “marco de sostenibilidad fiscal” para el ejercicio de la intervención del Estado en la economía subordina, en principio, los fines “de mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”. Pese a lo anterior, la propia norma cuenta con pautas para su flexibilización y lograr una interpretación armónica con las demás normas constitucionales, en este sentido, se defiende que el marco de sostenibilidad fiscal debe ser entendido como un medio para alcanzar “de manera progresiva” los objetivos del Estado Social. Entonces, la construcción de un equilibrio entre los fines del Estado social y el marco económico financiero se vuelve indispensable para la comprensión de la norma constitucional, sobre todo por la última referencia que hace el artículo respecto de la sostenibilidad fiscal, en el sentido de que es un medio para alcanzar los objetivos del Estado social de Derecho. Esta flexibilidad en la interpretación es propia de la Constitución económica de corte principialista, ya que no hay una regla cerrada que cña la intervención del Estado en la economía.

Si el concepto de “sostenibilidad fiscal” se entendiera de manera estricta y cerrada, como una regla técnica, implicaría que la intervención en la economía, para ser constitucionalmente legítima, debería ceñirse a un estado específico de las finanzas públicas. Este no es el caso. Entonces, dado que la Constitución no establece cuál es el estado ideal de la situación económica o financiera, cabe interpretar que en el contenido

⁴⁴⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 450.

e interpretación del concepto “sostenibilidad fiscal” se integran las disposiciones que limitan y perfilan la actividad económica en general incluyendo los fines y valores constitucionales y que en todo caso corresponde al legislador determinar su contenido definitivo.

Este vacío o indefinición en la Constitución tiene una dimensión cualitativa en la medida que no establece qué índices van a formar parte del concepto de sostenibilidad fiscal, y un vacío cuantitativo, en tanto en cuanto no señala ninguna magnitud o índice de referencia para identificar la sostenibilidad fiscal y si se está cumpliendo o no. La primera disposición que integra el concepto de sostenibilidad fiscal es la Ley 1473 de 2011, que fijó una regla fiscal cuantitativa que establece un límite de 1% del PIB para el déficit estructural a partir del año 2022. Sin embargo, el criterio de sostenibilidad fiscal no se limita al cumplimiento de la cifra establecida por la ley, sino que da lugar a que sea el poder ejecutivo el que determine lo que es o no sostenible desde el punto de vista fiscal.

El nuevo texto constitucional establece que el marco de la sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de Derecho. Este aparte del texto permite atribuir a la sostenibilidad fiscal una naturaleza de “instrumento”. La redacción del texto viene a reforzar la idea de que los medios con que cuenta el Estado deben estar dirigidos a la consecución de los fines del Estado Social. Pese a que lo anterior resulta obvio, la verdadera novedad en el contenido constitucional es que se incluye la idea de progresividad en la consecución de los fines del Estado Social.

Ahora bien, debe advertirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido un alcance definido de la “progresividad”⁴⁴⁵ y, por esa razón, resulta importante explicar en qué consiste dicha progresividad. Según una primera aproximación, esta progresividad “consiste en la obligación del Estado de *“seguir hacia adelante”* en la consecución del goce pleno de estas garantías. Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender al aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el

⁴⁴⁵ En esta decisión se desarrolla el contenido de la progresividad de los derechos sociales. Es una de las múltiples sentencias donde la Corte ha reiterado el contenido programático de la progresividad. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-767/14*, p. Consideración 3.6.

máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier índole”⁴⁴⁶.

En la sentencia T-595/02, la Corte Constitucional reiteró que el cumplimiento de los derechos sociales es progresivo; sin embargo, la progresividad no puede ser entendida como la inacción por parte del Estado. Así: “el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”. En ese sentido, continua más adelante la sentencia, “la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de la meta que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos”⁴⁴⁷.

De la progresividad se deriva una obligación de incluir en los programas y políticas públicas medidas que promuevan el alcance de dichas prestaciones. Por lo tanto, la progresividad no puede ser entendida como la imposibilidad prolongada en el tiempo que sirva de pretexto o excusa para incumplir derechos y prestaciones, sino que está vinculada a la obligación de que exista un verdadero plan con miras a alcanzar los objetivos sujetos a dicho criterio.

La Corte se muestra categórica cuando sostiene que de las previsiones programáticas deriva una mínima obligación de que exista un plan o programa que conduzca al alcance de dichas prestaciones. Así lo mantenía en la misma decisión que venimos comentando: “(...) pero carecer de un programa que de forma razonable y adecuada conduzca a garantizar los derechos en cuestión es inadmisibles constitucionalmente. El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta, del Estado”⁴⁴⁸.

Para identificar si se está dando cumplimiento a la obligación de carácter programático, en el entendido del contenido limitado que implica, la Corte ha dicho que, en primer lugar, debe existir como mínimo: una política pública; segundo, que dicho plan o política pública esté encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho; en tercer

⁴⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit., p. Consideración 66.

⁴⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-595/02*, cit., p. Consideración 5.3.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. Consideración 5.4.

término, “dicho plan debe ser sensible a la participación ciudadana cuando así lo ordene la Constitución o la ley”⁴⁴⁹.

Tal y como se desprende de la lectura del artículo 334, la sostenibilidad fiscal entra en el ordenamiento jurídico como un bien jurídicamente tutelable y como un límite o condición de la actividad estatal; es una directriz que deben observar las actuaciones de todas las ramas del poder público. La sostenibilidad fiscal, pues, también obliga a la rama judicial, que debe desarrollar sus actuaciones atendiendo a dicho criterio; dado su carácter constitucional, aunque instrumental, el criterio debe ser defendido frente a posibles vulneraciones provenientes de leyes (en sentido lato) y su protección, eventualmente, puede activar el control de constitucionalidad de las leyes.

Como conclusión podemos apuntar al carácter en cierta medida paradójico de la sostenibilidad fiscal en la Constitución colombiana. Se entiende que el criterio de sostenibilidad fiscal es un límite o condición para la intervención del Estado en la economía, pero de otro lado se dice que dicho marco debe garantizar la progresividad en materia de realización de los derechos constitucionales. Es decir que por un lado es un límite de la actividad del Estado y por otra se revela como una prescripción de acción con un contenido programático.

Para finalizar la propia reforma instituye dos elementos para la modulación de la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal en las previsiones del artículo 334 ya que crea una cláusula que prioriza el gasto público social⁴⁵⁰ y, adicionalmente, el Parágrafo del artículo, limita la interpretación de los contenidos del criterio de sostenibilidad fiscal para salvaguardar los derechos fundamentales⁴⁵¹.

Es notoria la naturaleza abierta o vaga del criterio de la sostenibilidad fiscal en la primera parte del artículo 334 CP y por su función y nivel de abstracción en el ordenamiento jurídico, su naturaleza dogmática se asemeja a la de un principio. Pese a que la interpretación histórica impida atribuirle esta categoría en el sentido normativo del término. Es decir, que una hipotética tensión entre la satisfacción de los derechos y el

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. Consideraciones 5.5.1 y 5.5.2.

⁴⁵⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit. Consideración 31.3.

⁴⁵¹ *Ibid.* Consideración 31.6.

criterio de sostenibilidad fiscal es inadmisibile de acuerdo con el ordenamiento constitucional.

Las primeras aproximaciones para identificar el contenido de la sostenibilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano las elaboró la Corte Constitucional con ocasión de las diferentes demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 03 de 2011.

- a) La sentencia C-288/12 del Alto tribunal sostiene que el concepto de sostenibilidad fiscal en la ciencia económica no es un concepto unívoco, pero que las diferentes acepciones tienen en común el propósito de evitar la acumulación de déficits excesivos que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica⁴⁵².

La Corte Constitucional resumía así su contenido: “se tiene que el criterio de SF está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen”⁴⁵³.

- b) La diversidad de significados de la expresión “sostenibilidad fiscal” se manifestó durante el trámite del Acto legislativo. La aclaración de voto del Magistrado Sierra Porto en la sentencia C-132/12 es comprensiva de dicha diversidad. Así sintetizaba el tratamiento de la expresión en el proyecto de reforma y en los diferentes debates:

“En efecto, se le entendió como (i) ausencia de recursos económicos; (ii) falta de capacidad de pago; (iii) sinónimo de déficit estructural o coyuntural; (iv) condición en la cual un país no puede pagar sus deudas con acreedores internacionales; (v) situación que se presenta cuando los gastos superan los ingresos, pero es posible pagar la deuda a largo plazo; (vi) cesación de pagos; (vii) mecanismo para garantizar la viabilidad financiera de las entidades territoriales; (viii) fin que es preciso alcanzar dentro de una economía globalizada; (ix) instrumento económico apto para garantizar la progresividad de los DESC; o (x)

⁴⁵² *Ibid.*, p. Consideración 30.

⁴⁵³ *Ibid.*

por el contrario, para algunos, una herramienta para despojar a los jueces constitucionales de sus competencias”⁴⁵⁴.

- c) Continúa la sentencia C-288/12 verificando que el criterio de sostenibilidad fiscal se proyecta tanto sobre el ámbito nacional como en el territorial. En ese sentido, dado que modifica el artículo 334, el criterio de sostenibilidad fiscal “adiciona los condicionamientos para la intervención del Estado en la economía, pues integra la SF a los existentes y no reformados por el Acto Legislativo”⁴⁵⁵.

Otro aspecto que resalta la sentencia es que el criterio de sostenibilidad fiscal se encuentra vinculado, por la reforma, con los fines esenciales del Estado y con la cláusula de Estado social⁴⁵⁶.

Igualmente, la Corte observa que el gasto público social será prioritario y que, en esa medida, la aplicación de la sostenibilidad fiscal debe resultar compatible con tal priorización⁴⁵⁷. Se trataría de una reiteración de los artículos 350 y 366 de la Carta. La prioridad del gasto público social fue incluida durante la aprobación del Acto Legislativo con el fin de tranquilizar a una buena parte de la oposición que veía con desconfianza la reforma constitucional y que puso como condición esta aclaración para apoyar la reforma.

“Según lo expuesto, se tiene que por expresa disposición constitucional, existe una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del gasto público social y la aplicación del marco de SF en la intervención del Estado en la economía. Quiere esto decir que, en caso de conflicto entre la aplicación del criterio de la sostenibilidad fiscal y la consecución de los fines estatales prioritarios, propios del gasto público social, deberán preferirse, en cualquier circunstancia, los segundos”⁴⁵⁸.

La Corte constata que la incorporación del “principio o criterio orientador” de la sostenibilidad fiscal en la Constitución viene acompañada de un conjunto de límites que condicionan su aplicación con el objetivo de que ésta resulte compatible con los fines del

⁴⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-132/12* Aclaración de Voto del Magistrado Humberto Sierra Porto “Conclusiones sobre los antecedentes legislativos”.

⁴⁵⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit. Consideración 31.1.

⁴⁵⁶ *Ibid.* Consideración 31.2.

⁴⁵⁷ *Ibid.* Consideración 31.3.

⁴⁵⁸ *Ibid.* Consideración 31.3.

Estado Social⁴⁵⁹. En ese sentido, la reforma constitucional estableció que en ningún caso se podrá utilizar el criterio de sostenibilidad fiscal como “base para el menoscabo, restricción o negación de los derechos fundamentales”. Lo anterior significa, según el Alto Tribunal, que la reforma deja indemne las garantías constitucionales frente al nuevo criterio⁴⁶⁰.

Las sentencias son claras en el sentido de identificar que la sostenibilidad fiscal no es un principio, sino un mero criterio que orienta las actuaciones del Estado, sin embargo, las posibilidades hermenéuticas, exegéticas, deben ser advertidas. En consecuencia, la sostenibilidad fiscal no puede producir una verdadera tensión entre los principios o los fines del Estado social de Derecho, de acuerdo con la jurisprudencia actual.

“En cuanto a la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal: queda claro que se trata de un simple criterio orientador de la actividad de todas las ramas y órganos del Estado, incluida la jurisdicción constitucional. No se trata, por el contrario, de un derecho fundamental ni de un principio constitucional de la misma entidad que aquellos previstos en el Título I Superior. De tal suerte que, en adelante, todas las entidades del Estado no sólo deben actuar de manera armónica, sino que al momento de ejercer sus respectivas competencias y facultades deben trabajar conjuntamente a efectos de alcanzar la sostenibilidad fiscal del Estado”⁴⁶¹.

Es importante advertir que esta interpretación de la Corte corresponde a una interpretación histórica. La formación del criterio de sostenibilidad fiscal durante el proceso parlamentario obliga a que de manera expresa se reconozca que el nuevo criterio no es un principio del ordenamiento jurídico, al menos desde la perspectiva constitucional, como ya vimos. Con todo, la sostenibilidad fiscal es un principio legal en materia de ordenamiento territorial tal como lo define la Ley 1454 de 2011. Sin embargo, nótese cómo en la propia sentencia se habla de “alcanzar la sostenibilidad fiscal”, es decir, como un fin, aunque de rango menor.

“Para la Corte carecería de sentido, en tanto interpretación *contra legem*, contemplar que a pesar de que existe una regla constitucional específica, que confiere a la

⁴⁵⁹ *Ibid.* Consideración 31.4.

⁴⁶⁰ *Ibid.* Consideración 31.6.

⁴⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-132/12*, cit. Aclaración de Voto del Magistrado Humberto Sierra Porto “Conclusiones sobre los antecedentes legislativos”.

sostenibilidad fiscal el carácter de “instrumento”, en realidad se está ante un principio constitucional que redirecciona los fines del Estado, al punto de obligar a las autoridades del Estado a garantizar, sobre cualquier otra consideración, la disciplina fiscal y la reducción del déficit”⁴⁶².

Pues bien, esta interpretación de la Corte Constitucional colombiana plantea problemas con relación a la cuestión de la vinculatoriedad de la cláusula de la disciplina fiscal a la luz de la teoría económica. Si bien el concepto mismo de sostenibilidad fiscal, dada su diversidad semántica, es vago, la afirmación de que es un mero criterio orientativo, que no tiene la vocación de crear verdaderos conflictos con los principios del Estado Social, la vacía del contenido normativo que plantea la teoría económica como conveniente para lograr los objetivos de la regla fiscal. En otras palabras, estamos frente a una cláusula cuya fuerza normativa es limitada para la dinámica estatal. Sin embargo, esta vaguedad y las consideraciones que hemos advertido son aplicables al sentido de la sostenibilidad fiscal en la primera parte del artículo 334 ya que, como veremos a continuación, la incorporación del criterio en la segunda parte del mismo (Incidente de Impacto Fiscal) y en los artículos 339 y 346 (función de planeación) le otorgaría una naturaleza diferente.

En este punto, consideramos que la incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal en términos flexibles en el artículo fundamental del Estado social de Derecho es conforme con la naturaleza abierta de la Constitución económica. Y ello implica que es necesario, y posible, interpretar el contenido de la sostenibilidad fiscal de conformidad con los contenidos del Estado social de Derecho. Para mayor abundamiento, es reveladora la posición de la Corte Constitucional: “La acepción usual de esos conceptos indica que la SF, así entendida, consiste en un patrón o guía para la actuación de las autoridades del Estado. Al carecer de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple con objetivos autónomos ni prescribe mandaos particulares que deban ser optimizados, sino que es una herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista”⁴⁶³

⁴⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit. Consideración 64.2.

⁴⁶³ *Ibid.* Consideración 64.4.

La interpretación de la sostenibilidad fiscal como un marco de referencia de la intervención del Estado en la economía, con un contenido social, implica un crecimiento correlativo de los deberes de cumplimiento y satisfacción de las cargas prestacionales que conlleva el adjetivo “social”. En este sentido, la interpretación obliga a que en caso de que los recursos y las cuentas públicas estén dentro de los parámetros establecidos por la regla fiscal, la política social del Estado retoma toda su fuerza imperativa.

La Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la sostenibilidad fiscal como criterio a tener en cuenta por parte de los jueces y autoridades administrativas en su actividad de aplicación de la ley de víctimas. La ley fue recurrida por considerar que compeler a los jueces y autoridades a tener en cuenta el criterio de la sostenibilidad fiscal, violaba el principio de reparación integral de las víctimas del conflicto armado. En esta ocasión, la Corte consideró que, por el contrario, el criterio de sostenibilidad fiscal es un mero ‘criterio constitucional’ y que, en esa medida, la ley se ajustaba al texto constitucional⁴⁶⁴. Sin embargo, la Corte reitera la naturaleza de la “sostenibilidad fiscal” como un criterio y no como un principio, y sostiene que debe interpretarse de manera progresiva respecto de la aplicación de los derechos fundamentales; en ese mismo orden de ideas, aclara que la sostenibilidad fiscal, en este caso, debe ser atendida para evitar situaciones de doble indemnización (administrativa y judicial, donde la segunda debería descontar lo que ya se reconoció por la primera vía); y no como una reducción del monto económico de la reparación patrimonial.

5. La sostenibilidad fiscal y la actividad judicial: el Incidente de Impacto Fiscal

a. El Incidente de Impacto Fiscal en la Constitución

El Acto Legislativo 03 de 2011 agregó al artículo 334 de la Constitución un procedimiento denominado “Incidente de Impacto Fiscal”. Este procedimiento opera una vez ha terminado el proceso y ya se ha dictado sentencia sobre el fondo de la cuestión.

El texto de la norma es el siguiente:

“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán

⁴⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-581//13* Consideración 5.1.

solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

Según esta disposición, en el supuesto de que la sostenibilidad fiscal esté comprometida por una decisión judicial, los poderes públicos (Ministros de Gobierno o el Procurador General de la Nación) tienen la potestad de iniciar el Incidente de Impacto Fiscal. La sostenibilidad fiscal se entiende, en este caso, como un estado concreto de las finanzas públicas y no como un mero marco general como el que se desarrolla en el ámbito de la intervención del Estado en la economía (primera parte del artículo 334). Por otra parte, la concreción de dicha situación solo será conocida durante el desarrollo del Incidente aplicado al caso concreto, es decir, de la norma no es posible colegir, con previsibilidad, si una sentencia será o no valorada como sostenible fiscalmente dada la vaguedad del criterio, pero la valoración y la definición de la sostenibilidad fiscal podrá identificarse en la decisión que resuelva el Incidente planteado.

Atendiendo a la primera clasificación de Santamaría Pastor, la sostenibilidad fiscal en este apartado es una norma habilitante ya que “crea[n] en un sujeto (o una categoría de sujetos) la posibilidad de realizar lícitamente una determinada conducta, consistente en un libre actuar en su propia esfera jurídica o en la imposición a otros de una conducta; se trata de normas creadoras de situaciones jurídicas activas, que configuran ámbitos de libertad inmunes a la acción de terceros, atribuyen potestades o confieren derechos”⁴⁶⁵.

Y respecto de la segunda clasificación es una *norma directiva*, del subtipo *directrices materiales de la actuación de los poderes públicos*, ya que ordena “perseguir determinados objetivos o metas...”⁴⁶⁶. Pero, en este caso, también se erige como una norma organizativa, atributiva de competencia para los poderes públicos, en este supuesto a los Ministros, al Procurador General y a los jueces de las altas cortes.

⁴⁶⁵ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 448.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 450.

Por último, el establecimiento de un mecanismo de protección de la sostenibilidad fiscal tiene un contenido de *normas garantizadoras*, que “tienen por objeto establecer los órganos, procedimientos y principios tendentes a asegurar el respeto al texto constitucional y, en general, la observancia del sistema normativo”⁴⁶⁷. Este último aspecto es novedoso respecto de los contenidos de la primera parte del artículo 334 que hemos advertido como vagos y abiertos, ya que consagra un mecanismo institucional concreto en el marco de la actividad judicial para preservar la sostenibilidad fiscal. Lo anterior permite inferir que la consecución de la sostenibilidad fiscal es un camino deseable y que debe ser perseguido por la organización estatal.

En una de las sentencias que estudiaron la constitucionalidad del Acto legislativo 03 de 2011, la Corte se refirió al Incidente de Impacto Fiscal en los siguientes términos:

“Se trata, en ese sentido, de una instancia deliberativa que, aunque tiene un trámite obligatorio, no impone a las altas cortes un deber específico de modificación de lo fallado, pues supedita las opciones de modulación, modificación o diferimiento de los efectos de la sentencia al ejercicio de la potestad jurisdiccional. No de otra manera puede comprenderse la expresión “se decidirá si procede” contenida en el inciso adicionado al artículo 334 C.P. Además, debe resaltarse que la regla constitucional analizada no implica una opción de modificación sustantiva de la decisión judicial, sino que solo versa sobre los “efectos” del fallo”⁴⁶⁸.

Durante los debates de la reforma, como ya se ha advertido, una de las principales preocupaciones de sus promotores fue el impacto de las decisiones judiciales en las finanzas públicas⁴⁶⁹. De ahí que el proyecto inicial presentado por el Gobierno, y que no tuvo éxito en este aspecto, pretendiera facultar al Congreso para determinar el contenido de los derechos sociales. Es decir, que la pretensión de incluir la sostenibilidad fiscal en la Constitución siempre estuvo relacionada con la idea de limitar las intervenciones judiciales. De hecho, la figura del Incidente de Impacto Fiscal solo apareció en el

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 451.

⁴⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit. Consideración 31.5.

⁴⁶⁹ COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Ponencia Primer Debate Primera Vuelta al Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010 Cámara, 019 de 2010 Senado por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”, *Gaceta del Congreso 919 de 2010*; también en “Acta de Plenaria 26 del 26 de Octubre de 2010 Cámara”, *Gaceta del Congreso 948 de 2010* especialmente en las intervenciones como la de los Representantes Hugo Orlando Velázquez Jaramillo, Pablo Enrique Salamanca, entre otras; asimismo en “Acta de Comisión 20 del 06 de octubre de 2010”, cit.

penúltimo debate de la segunda vuelta del Acto Legislativo, lo que fue objeto de impugnación ante la Corte por violación del principio de identidad. La Corte concluyó que se ajustaba al procedimiento ya que existía una relación temática con lo discutido a lo largo del trámite del Acto Legislativo⁴⁷⁰.

Las razones para restringir el alcance de las decisiones de la Corte Constitucional y su impacto en las finanzas públicas obedecen a que este órgano ha dictado decisiones que han tenido un profundo efecto sobre la economía, sobre la planeación del gasto e incluso sobre modelos de administración⁴⁷¹. Los ejemplos paradigmáticos de estas intervenciones han sido sus decisiones sobre la protección del derecho a la vivienda digna⁴⁷², la protección a la población desplazada por la violencia⁴⁷³, la protección a la población carcelaria⁴⁷⁴, y las decisiones que han influido sobre el modelo de protección del derecho a la salud⁴⁷⁵.

El problema que subyace a esta cuestión es profundo desde un punto de vista filosófico e incluso moral. Es necesario aclarar que la Corte Constitucional ha sido protagonista en el desarrollo y satisfacción de los contenidos inherentes al Estado social. Sin embargo, tampoco se puede perder de vista que el ejercicio de sus competencias en las decisiones que enunciamos supone un impacto sobre la redistribución de la riqueza, sobre el alcance de las prestaciones y sobre la formulación de políticas públicas.

La cuestión fundamental es si los jueces tienen los recursos necesarios para tomar estas decisiones (por recursos aquí entendemos información, capacidad técnica, y poder sobre el presupuesto), y si, además, cuentan con la legitimidad democrática para ocuparse de aspectos que en estricto sentido deberían ser producto del pulso político. Durante los debates parlamentarios se cuestionó duramente la “actitud” activista de la Corte, pero también se hizo autocrítica por parte del Congreso, en el sentido de advertir que la

⁴⁷⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-1052/12*.

⁴⁷¹ Para un trabajo exhaustivo sobre las intervenciones judiciales con efectos en las finanzas públicas consultar A. M. GUTIÉRREZ BELTRÁN, *El amparo estructural de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018; para una visión más general también el ensayo de R. UPRIMNY; M. GARCÍA VILLEGAS, “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, cit.

⁴⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-383/99*; *Sentencia C-700/99*; *Sentencia C-749/99*; Para una aproximación resumida de estas decisiones consultar J. A. CASTAÑO PEÑA, “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, 31, 2013.

⁴⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-025/04*.

⁴⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-606/98*.

⁴⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-760/08*.

actividad legislativa había sido insuficiente para solucionar los problemas sociales en muchas oportunidades.

Sobre la cuestión que se plantea es necesario indicar que la administración pública y el poder legislativo son los escenarios naturales para el cumplimiento y desarrollo de los contenidos del Estado social en general y de los derechos fundamentales en particular. Por otra parte, en un escenario ideal, la actividad judicial debería estar reservada para la resolución de conflictos y en el caso de la justicia constitucional para mantener la integridad de la Constitución a través el ejercicio del control de constitucionalidad.

Bajo esta óptica, la función jurisdiccional por la naturaleza de su actividad y por la forma en que está organizada tiene recursos limitados para tomar decisiones que, en principio, corresponden a otras ramas del poder público. Sin embargo, ante la inactividad de la administración pública y del poder legislativo, que deviene en la vulneración sistemática de derechos fundamentales y de contenidos normativos propios del Estado social de Derecho, cabe interpretar que la función de guarda de la integridad de la Constitución es una función que va más allá del mero control de constitucionalidad bajo la idea clásica del legislador negativo y que se extiende a la garantía de que exista una intervención del Estado en los supuestos donde se presentan déficits de protección de los derechos fundamentales.

Lo anterior partiendo pues de que la cláusula de Estado social de Derecho tiene unos presupuestos materiales de realización de naturaleza normativa y, en esa medida, la vulneración de los contenidos de la Constitución no puede pasar desapercibida en el ejercicio de dicha función.

Con todo, salta a la vista el problema del déficit de legitimidad democrática que implica el ejercicio de la función jurisdiccional con estos alcances, ya que, como es natural, las medidas tendentes a la satisfacción material de los contenidos sociales corresponden directamente a la decisión política.

Sin embargo, si se pretende que los contenidos constitucionales tengan verdadero valor normativo es necesario que exista la posibilidad de lograr una protección por la vía judicial en los casos más urgentes de déficit de protección de los derechos fundamentales. No sin advertir que es fácilmente reconocible el riesgo que comporta un ensanchamiento

de los casos de intervenciones judiciales de esta naturaleza que pueden conllevar a un sacrificio del pluralismo político y del ejercicio de la democracia.

b. Desarrollo legal del Incidente de Impacto Fiscal y procedimiento

La Ley 1695 del año 2013 desarrolló el Incidente de Impacto Fiscal y establece que el Ministro de Hacienda será parte en todos los casos en los que se inicie el procedimiento (art. 1 de la Ley 1695/2013). Una vez notificado el auto que admite el Incidente, ya no podrá ser desistido puesto que la Constitución establece que el trámite es obligatorio (art. 10 Ley 1695/2013).

La legitimación activa para plantearlo corresponde a cualquiera de los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación⁴⁷⁶, la ley prevé que el Incidente procederá sin importar la postura de las entidades u organismos públicos dentro del proceso.

El planteamiento del Incidente procede únicamente respecto de las decisiones de las altas cortes, es decir, las proferidas por el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura. Los artículos 1 y 2 de la Ley 1695 de 2013 establecen que procede la apertura del Incidente de Impacto Fiscal respecto de las sentencias y los autos proferidos por las altas cortes. Aquí encontramos una primera deficiencia en el desarrollo legal de la figura puesto que la disposición constitucional prevé que el Incidente de Impacto Fiscal opera respecto de las sentencias, pero no se ha hecho mención de los autos⁴⁷⁷. Por otra parte, las sentencias de tutela quedan excluidas también ya que las limitaciones en materia de tutela requieren de una ley estatutaria.⁴⁷⁸

Se trata de un espacio de interlocución entre los poderes públicos cuyo propósito es permitir a los jueces conocer el impacto que sus decisiones pueden tener sobre las

⁴⁷⁶ La Procuraduría es un órgano de control que no depende del poder ejecutivo, por sus funciones y estructura se puede asimilar al Defensor del Pueblo de España. Por otra parte, la participación del Procurador General en procesos judiciales no es extraña, el artículo 277.7 CP establece dentro de las funciones del procurador: “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”

⁴⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, *Decisión de Noviembre 25 de 2014. MP. Enrique Gil Botero* Consideraciones 2.2.

⁴⁷⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-870/14* En esta decisión la Corte Constitucional declaró exequible la disposición, pero las decisiones que se proferían en el marco de la acción de tutela, por ser objeto de reserva de ley estatutaria, no pueden entenderse incluidas dentro de las disposiciones de esta norma.

finanzas públicas; de ahí que la Constitución disponga que se “oirán las explicaciones de los proponentes”.

Es importante indicar que una primera aproximación al estudio de la institución establece que será el mismo juez quien tome la decisión final respecto de si conviene modificar o no los efectos del fallo inicial (objeto del Incidente). No obstante, el desarrollo legal del artículo supone un cambio del juez de conocimiento de la causa. El artículo 3 de la Ley 1695 de 2013, prevé que sea la Sala Plena de cada una de las Cortes la competente para conocer del Incidente de Impacto Fiscal, además la decisión la deberá tomar la mayoría de los miembros de la Sala que conoce del Incidente⁴⁷⁹, que no necesariamente es la misma sala que profirió la sentencia; además, los magistrados pueden aclarar o salvar su voto sustentando sus razones para apartarse de la decisión mayoritaria⁴⁸⁰.

En el trámite del Incidente participarán el solicitante (Ministro del Gobierno o Procurador general), el Ministro de Hacienda⁴⁸¹, y los demandantes y demandados del proceso que dio origen a la sentencia objeto del Incidente.

El Incidente se presentará dentro del término de ejecutoria de la decisión ante el magistrado que realizó la ponencia de la decisión objeto de revisión. Presentada la solicitud en plazo, el juez decidirá su apertura dentro de los cinco días hábiles siguientes a la solicitud de apertura del Incidente (art. 5 Ley 1695 de 2013). El Incidente deberá sustentarse dentro de los 30 días hábiles siguientes al día en que fue concedido. Si transcurre dicho plazo sin ser sustentando se declarará desierto.

El Incidente puede ser rechazado por presentación extemporánea o si, habiendo sido inadmitido, no se hubieran corregido los defectos de la solicitud.

⁴⁷⁹ Normalmente las decisiones se toman a través de salas de decisión compuestas por tres magistrados. Para el trámite del Incidente se establece que sean las salas plenas las que conozcan del Incidente. Así, los nueve magistrados de la Corte Constitucional en Sala Plena, veintitrés de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, veintisiete Consejeros de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, siete magistrados de la Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

⁴⁸⁰ Para poner un ejemplo ilustrativo, el Consejo de Estado está dividido en cinco Secciones. Particularmente la Sección tercera, que es la más grande por el volumen de procesos que le corresponde y que se encarga de los procesos relacionados con contratación estatal y de responsabilidad civil del Estado, cuenta con nueve magistrados y las decisiones se toman a su vez en sub-secciones de tres magistrados. Pues bien, la decisión del Incidente de Impacto Fiscal no correspondería a las Sección que serán los nueve magistrados, sino que se extiende a que sean los veintisiete de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

⁴⁸¹ La ley reitera que el Ministro de Hacienda deberá participar en las Audiencias de impacto fiscal, aunque él no haya solicitado la apertura (art. 11 Ley 1695/2013).

El auto de admisión del Incidente suspende los efectos de la sentencia o de los autos proferidos con ocasión de la misma hasta que el órgano judicial decida si modula, modifica o difiere los efectos de la decisión. Los efectos de las sentencias de tutela no son suspendidos por la admisión del Incidente. Ahora bien, el auto de admisión también ordena notificar a las partes y señala la fecha para la celebración de la Audiencia de impacto fiscal. La Audiencia de impacto fiscal es el momento en el que se produce la interlocución que pretende la norma. En ella, el solicitante presentará los efectos que tendría la decisión en las finanzas públicas y propondrá un plan concreto para cumplir con lo dispuesto por la sentencia. Las demás partes también podrán presentar sus posiciones al respecto.

Después de la audiencia, el órgano judicial dispone de 10 días para tomar la decisión de modular, modificar o diferir los efectos de la providencia objeto de Incidente.

Si el Incidente prospera, los efectos de la sentencia serán cumplidos de acuerdo con la decisión que resolvió el Incidente, que puede aprobar el plan presentado por el proponente total o parcialmente.

Por otra parte, la ley 1695 de 2013 prevé, para el caso de que el Incidente no prospere:

“Artículo 14. Si la decisión que resuelve el Incidente de Impacto Fiscal es contraria a la parte que solicita su apertura, se acatará el fallo en los términos que determine la alta corporación judicial, buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial. En todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional”.

La última parte de la disposición es especialmente relevante ya que, pese a que el Incidente no haya prosperado, indica a la Corte que por lo menos tenga en cuenta el plan concreto presentado por el Gobierno para el cumplimiento de la decisión de fondo. Esta disposición fue objeto de demanda de inconstitucionalidad. La Corte consideró que se ajustaba a la Carta “en el entendido de que dicho plan no es de obligatoria observancia ni acatamiento por parte del fallador”⁴⁸². Por el contrario, una interpretación en el sentido de que el plan propuesto por el proponente del Incidente para dar cumplimiento a la sentencia

⁴⁸² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-870/14*, cit. Numeral 6 de la parte resolutive.

debiera ser aceptado necesariamente por la Corte, sería una interpretación que no se ajustaría a una interpretación sistemática y armónica de la Constitución, amenazaría la separación de poderes en general y la independencia judicial en concreto, y el mismo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El Incidente de Impacto Fiscal necesariamente tiene que ser leído en armonía con la independencia de los jueces para tomar sus decisiones. Si bien es cierto que el mecanismo plantea cuestiones novedosas respecto de la actividad judicial, no se puede interpretar que a partir de la sostenibilidad fiscal en general y del Incidente de Impacto Fiscal en particular, las competencias de los jueces han quedado mermadas. En este sentido, el Incidente de Impacto Fiscal necesariamente debe interpretarse como una herramienta de información para el ejercicio de la actividad judicial, y que, si bien existen un intercambio de información sobre los potenciales efectos de una sentencia sobre las finanzas públicas, los elementos que configuran la decisión judicial se mantienen inalterados.

En el salvamento de voto que acompaña a la decisión de la Corte Constitucional que resolvió el primer Incidente de Impacto Fiscal Auto A233/16, se fija claramente cuál debería ser el alcance del Incidente de Impacto Fiscal. Sostiene el salvamento que deberán probarse los efectos financieros de la decisión, pero también los efectos jurídicos referidos a los “riesgos que acarrearía para la realización del Estado social de Derecho. La Corte tendría, por consiguiente, la función de ponderar entre, por un parte, los principios protegidos por la decisión judicial y, por otra, los objetivos del estado social de derecho comprometido por los efectos fiscales de la providencia”⁴⁸³

A modo de conclusión, el Incidente de Impacto Fiscal busca contener los efectos que la aplicación de decisiones judiciales de las altas cortes puede acarrear para las finanzas públicas. La cuestión es si esta contención es legítima en el marco de un Estado de Derecho en el que se reconoce la responsabilidad del Estado como causante de daños y perjuicios.

La ley 1695 de 2013 trajo otra novedad, al margen del Incidente de Impacto Fiscal, el artículo 15 faculta a los jueces de las altas cortes para que soliciten la intervención del Ministro de Hacienda y Crédito Público “en cualquier momento del trámite de una acción

⁴⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Auto A233/13. Salvamento de voto de los Magistrados María Victoria Calle, Jorge Iván Palacios y Alberto Rojas Ríos*. N° 10.

judicial (...) para conocer su opinión sobre los efectos de la controversia en la sostenibilidad de las finanzas públicas. Esta intervención no es vinculante para el juez, y no reemplaza el Incidente de Impacto Fiscal”.

En este mismo sentido, el artículo 16 de la misma norma extiende la posibilidad de solicitar la intervención durante los procesos de los representantes legales de las entidades territoriales que puedan resultar condenadas como resultado del proceso.

Esta disposición desarrolla el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público prevista en los artículos 113 y 334 CP. Este escenario en el que el juez, además de valorar en derecho la causa *sub iudice* pide la participación del Ministro de Hacienda o del representante legal de una entidad territorial, implica una valoración de la conveniencia de factores ajenos al derecho que, eventualmente, pueden tener un impacto sobre la decisión judicial. Este escenario es novedoso ya que se faculta al juez para que obtenga información y la valore al momento de tomar la decisión, con la particularidad de que esta información no corresponde propiamente al objeto del proceso, a los hechos objeto de la disputa o la valoración en derecho de los mismos, sino que obedece a la conveniencia o la capacidad económica ante una eventual condena.

Por otra parte, la seguridad jurídica se puede ver afectada en dos dimensiones fundamentales: La primera, cuando se vincula el principio de seguridad jurídica con la idea de que las decisiones judiciales deben ofrecer un alto grado de previsibilidad. Con relación a esta primera dimensión, el juez que conoce una causa podrá solicitar la opinión del Ministro de Hacienda o del representante legal de la entidad territorial en el marco del proceso, esta opinión, en todo caso no podrá versar sobre la disputa en derecho, sino únicamente respecto de los efectos de la decisión final sobre las finanzas públicas. Pese a que esta opinión no es vinculante para el juez, la integración de elementos de juicio ajenos al derecho (hecho jurídico y norma) constituye una auténtica novedad para la actividad judicial. La segunda, cuando se vincula el principio de seguridad jurídica con la idea de que las decisiones judiciales, una vez se dictan, se deben acatar en los términos señalados por el juez. De conformidad con el Incidente, la parte resolutive de la decisión queda supeditada a una nueva fase donde las condiciones y efectos de la sentencia podrán ser revisados nuevamente. De esta forma, la previsibilidad de la decisión y, sobre todo, de sus efectos, disminuye ya que el espacio de interlocución puede cambiar sustantivamente los términos de las indemnizaciones correspondientes. Si se dejan de

lado las sentencias estructurales de la Corte Constitucional, y se estudian los efectos sobre las decisiones de otras corporaciones como el Consejo de Estado, en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, por poner un ejemplo, la seguridad jurídica se ve radicalmente deteriorada toda vez que el juez natural no es quien deberá valorar el impacto de su condena en términos de la sostenibilidad fiscal, sino que esta función se extiende a los jueces de la Sala Plena de la corporación correspondiente.

Con todo, los riesgos que supone la implementación de dicho Incidente o de otros mecanismos que puedan vulnerar la seguridad jurídica o la división de los poderes públicos deben ponerse de presentes con el propósito de identificarlos y dado el caso acotar su eficacia con el fin de preservar los valores fundamentales⁴⁸⁴.

Para finalizar, el Incidente de Impacto Fiscal puede tener una virtud. Partimos de las siguientes premisas:

- a) Se reconoce que los tribunales colombianos, especialmente la Corte Constitucional, pueden ser calificados de activistas.
- b) En consecuencia, algunas de sus decisiones constituyen auténticas políticas públicas, como las conocidas sentencias estructurales.
- c) Y que dichas decisiones no tienen un control político ni jurídico directo que las pueda limitar.

Entonces, el espacio de interlocución ofrece una primera aproximación para incidir en la decisión que se esté estudiando; además, permite que los jueces tengan más información a la hora de decidir y, eventualmente, pueden compensar el déficit democrático que se achaca a sus decisiones por no tener responsabilidad frente a los electores.

Es decir, la virtud del Incidente consiste en que facilita un primer control y participación del poder ejecutivo respecto de las decisiones judiciales con impacto fiscal, con especial atención a las decisiones que pueden ser activistas (sentencias estructurales). En otras palabras, permite que el poder ejecutivo intervenga en la formación de las políticas públicas diseñadas desde la jurisdicción. Esta “virtud” entra a compensar, de

⁴⁸⁴ R. ARANGO, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, 27, 2012.

algún modo, un comportamiento específico de la actividad judicial de Colombia, y que difícilmente puede ser extrapolable a otras jurisdicciones. Entonces, el Incidente de Impacto Fiscal y la posibilidad de consultar durante el proceso puede ser visto como un intento por recomponer el equilibrio de poderes en el tema de las sentencias estructurales.

Para finalizar, y desde un punto de vista crítico, hay que destacar que se produce un desequilibrio con relación al ámbito de protección en el Incidente de Impacto Fiscal ya que quedan excluidos de este mecanismo los laudos arbitrales. En consecuencia, los procesos de protección a la confianza inversionista, así como la solución de diferencias e indemnizaciones con ocasión de los tratados de libre comercio, no pueden ser objeto de este Incidente. Sobre este aspecto hay que tener en cuenta que por la cuantía de estos procesos representan un riesgo significativo para el mantenimiento de unas finanzas públicas equilibradas.

Un ejemplo que pone en evidencia el desequilibrio del que venimos hablando es el caso de Yaigojé Apaporis, en el que se revocó la autorización para la explotación de una mina de oro a la minera canadiense *Tobie Mining*. La empresa consideró que se le expropió el título minero y demandó al Estado colombiano por un monto de 16.500 millones de dólares americanos (esta cifra corresponde a un 20% el presupuesto nacional para el año 2017). La demanda se presentó ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral por sus siglas en inglés); por ello, sus consecuencias escapan a la posibilidad de iniciar el Incidente de Impacto Fiscal. Para contrastar la magnitud de la cuantía del proceso, la ley de víctimas que pretende indemnizar a las víctimas del conflicto armado desde 1984 tiene un coste previsto de 57 billones de pesos (precios de 2012)⁴⁸⁵, esto corresponde a unos 18.000 millones de dólares. Sin embargo, mientras que la primera indemnización, en caso de prosperar, no estaría sujeta a la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal y debería pagarse en los términos que fije el laudo, el cumplimiento de la segunda (en caso de que se ordenara en una decisión judicial), sí que queda vinculada al criterio de sostenibilidad fiscal; de hecho, su cumplimiento se prevé que se realice durante diez años (2012-2022).

⁴⁸⁵ COLOMBIA, MINISTERIO DE HACIENDA, *Marco Fiscal de Mediano Plazo 2012*, p. 207.

c. Decisiones que han resultado de fondo Incidentes del Impacto Fiscal

- En el año 2015 la Corte Constitucional mediante sentencia C-492/15 declaró exequible de manera condicionada el artículo 10 de la Ley 1607 de 2012. Esta norma establecía un impuesto sobre las personas físicas. La Corte decidió que para que el impuesto fuera ajustado a la Constitución debería permitir la deducción de las rentas de trabajo exentas. En este sentido, la decisión implica que a partir del año gravable 2016 (el año siguiente a la sentencia) los sujetos pasivos del impuesto podrían deducir parte del pago previsto a partir del año 2017. Frente a esta situación el Ministro de Hacienda solicitó la apertura de un incidente de impacto fiscal ya que los efectos de la decisión implicarían una disminución de los ingresos⁴⁸⁶. Mediante Auto A233/16 la Corte accede a diferir los efectos de la sentencia por un “periodo gravable adicional a lo resuelto en la citada providencia”. La norma no fue aplicada porque se hizo una reforma tributaria estructural, pero fue la primera decisión en la que la Corte decidió diferir los efectos de su decisión en el tiempo. La sentencia en su parte motiva tuvo en cuenta el cumplimiento de la regla fiscal y el momento del ciclo económico e incluso los posibles recortes de gasto público a que habría dado lugar si no se hubieran diferido los efectos de la decisión. Ahora bien, el Auto no fue suscrito por toda la sala y cuenta con un salvamento de voto muy crítico.

Uno de los primeros apartes del salvamento sostiene: “3.(...)La Constitución establece que el incidente de impacto fiscal procede para “modular, modificar o diferir” los efectos de un fallo, pero no para neutralizarlos por completo (CP art 334). La Ley 1695 de 2013, por su parte, reproduce este mismo margen de decisión, y por ende no le atribuye a la Corte competencia para enervar integralmente la efectividad de sus decisiones anteriores (arts. 9 y 12). Esto significa que la propia Constitución y el ordenamiento legal le imponían inequívocamente a la Corporación el deber de garantizar la sostenibilidad fiscal del Estado, pero dentro de un marco de respeto por

⁴⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Auto A233/13*. Ver numeral 1.6.1 “El problema, en palabras del Ministro, es que la Sentencia C-492 de 2015 produce efectos frente a los ingresos obtenidos en el año 2016, aun cuando las declaraciones se presenten en 2017, cuando la Regla Fiscal prevista en la ley colombiana obliga al Gobierno a reducir el déficit fiscal en cerca de medio punto del PIB. Ante esta realidad, los esfuerzos económicos del Estado deben dirigirse a aproximar el déficit estructural al 3.0% en el año 2017, ante un panorama actual cercano al 3.6% del PIB. Es allí en donde se produce la alteración seria de la sostenibilidad fiscal, pues el fallo impacta aproximadamente a ciento treinta y ocho mil contribuyentes, básicamente a “personas que tienen ingresos anuales desde unos 72 millones de pesos mensuales hacia arriba”. Tal circunstancia conduce a que el Estado dejaría de percibir un monto calculado de 335 mil millones de pesos (234 mil millones en IMAS y 101 mil millones en IMAN), ante un panorama en el que no cabe ampliar la reducción del gasto.”

la eficacia de la administración de justicia, y de los derechos protegidos por esta (CP arts. 2 y 228, LEAJ art 4º). Hay entonces un desequilibrio judicial, y un marginamiento objetivo del orden jurídico, si con el propósito legítimo de asegurar la estabilidad financiera, el juez del incidente de impacto fiscal cancela plenamente la efectividad del fallo que lo origina. La mayoría no ofrece argumentos para desvirtuar esta impresión, y este es uno de los motivos para discrepar de la determinación que ha tomado en este caso.”⁴⁸⁷.

Adicionalmente se reprocha que no existen criterios objetivos para que hubiera prosperado el Incidente y se deja ver que es posible que estemos en presencia una sentencia *ad hoc* que tiene por objeto cuestionar una decisión con la que el Gobierno no está de acuerdo, pero que realmente no amenaza la estabilidad financiera del Estado (Ver los puntos 5 y 6 del salvamento).

- Otra decisión que resolvió un incidente de impacto fiscal fue producto de una sentencia que resolvió una acción de grupo de la que conoció el Consejo de Estado. En el Caso se condenó al Distrito capital a pagar en un término de 10 días una indemnización cuantiosa (corresponde al 1,66% del presupuesto del año 2013). El alcalde de Bogotá solicitó al Procurador su intervención para solicitar la apertura de un incidente de impacto fiscal ya que cumplir la sentencia en los términos originales comprometía la sostenibilidad fiscal del distrito. La sentencia resuelve diferir el pago de las obligaciones en el tiempo así, un 50% antes del 31 de diciembre de 2014 y el otro 50% antes del 31 de enero del 2015). Esta decisión es relevante porque se enmarca en los procesos de responsabilidad del Estado y corresponde directamente a una indemnización y se distingue de las decisiones de protección estructural de los derechos o de los efectos de las sentencias de constitucionalidad. Es necesario indicar que la sentencia procede al cambio de la decisión por la dificultad que reconoce la Sala de modificar las partidas presupuestaria para atender el pago en un término de diez días. Sin embargo, antes de llegar a esta decisión descartó los argumentos del procurador y del Distrito por considerarlos insuficientes y más bien exagerados a la hora de valorar el impacto económico de la decisión en las finanzas públicas. Por otra parte, hay que destacar que la decisión alivia las pretensiones del Distrito toda vez

⁴⁸⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Auto A233/13. Salvamento de voto de los Magistrados María Victoria Calle, Jorge Iván Palacios y Alberto Rojas Ríos*, cit., p. 233.

que las erogaciones quedan divididas en dos ejercicios contables diferentes, pese a que parece que la diferencia es de solo un par de semanas⁴⁸⁸.

6. La sostenibilidad fiscal y la función de planeación del Estado: el plan nacional de desarrollo y el presupuesto nacional (artículos 339 y 346 C.P)

El nivel de concreción de las palabras “sostenibilidad fiscal” en las disposiciones sobre la función de planeación del Estado, Plan Nacional de Desarrollo (art. 339 CP) y Presupuestos (art. 346 CP), es mucho más alto que lo dispuesto por el artículo 334 CP. En este ámbito, la sostenibilidad opera como un indicador o parámetro que define si una medida, un presupuesto, un plan, o, eventualmente, una sentencia, se adecúan o no al criterio de la sostenibilidad fiscal. La Corte Constitucional, al referirse a la apreciación de la incidencia o impacto fiscal de una sentencia, dice que al igual que “otras modalidades de análisis fiscal de decisiones estatales”, le corresponde al poder ejecutivo. Sostiene que “si bien el Congreso debe contemplar la incidencia fiscal de la medida, en todo caso quien tiene la competencia general para evidenciar la incompatibilidad con el Marco Fiscal de Mediano Plazo es el Gobierno”⁴⁸⁹.

En ese mismo sentido, sobre el criterio de sostenibilidad fiscal en la función de planeación, la Corte sostuvo que: “En ese orden de ideas, se tiene que el Congreso otorgó carácter operativo al criterio de SF, a través de su inclusión en dos procedimientos críticos de intervención del Estado en la economía, como son la elaboración del plan nacional de desarrollo y el presupuesto general de la Nación. Se trata, por ende, de una regulación instrumental que otorga eficacia material a la SF. Con todo, como se explicará más adelante, disposiciones de esa naturaleza deben actuar de manera coordinada con las demás previsiones constitucionales que regulan el criterio de SF”⁴⁹⁰.

El instrumento más general de planeación con el que cuenta el Gobierno es el Plan Nacional de Desarrollo. En este se refleja el plan de gobierno y recoge las orientaciones generales y los objetivos del Gobierno. El Plan Nacional de Desarrollo se estableció en el artículo 339 de la Constitución y se compone de dos partes, una general y un plan de inversiones. En la parte general se trazan los objetivos, las metas, las estrategias generales

⁴⁸⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, *Decisión de Noviembre 25 de 2014. MP. Enrique Gil Botero*, cit.

⁴⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-288/12*, cit. Consideración 74.2.

⁴⁹⁰ *Ibid.* Consideración 31.7.

del Plan, así como los medios para lograr la coordinación con la planeación de carácter sectorial y regional⁴⁹¹. Este artículo fue reformado con el Acto Legislativo que venimos estudiando en el sentido de vincular el plan de inversiones a “un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”. El plan de inversiones recoge las proyecciones de los recursos financieros disponibles para cumplir con el plan general; también debe contener los presupuestos plurianuales respecto de los programas más importantes de la parte general⁴⁹². El plan tiene carácter plurianual (4 años), y su cumplimiento se controla anualmente al inicio de cada legislatura en el Congreso⁴⁹³.

El artículo 339 CP especifica que el Plan nacional de inversiones del Plan Nacional de Desarrollo se presentará “dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”. Es decir, que la sostenibilidad fiscal vuelve a plantearse en términos finalistas, como un objetivo, como un bien jurídicamente valioso que debe ser garantizado y que limita y determina el contenido del Plan de Inversiones del que venimos hablando.

Es una *norma imperativa*, según la primera clasificación de Santamaría Pastor: “son aquellas que consisten en la imposición de una conducta, positiva o negativa (esto es, en un mandato o una prohibición); conducta que es jurídicamente debida, en el doble sentido de que su cumplimiento puede ser exigido ante un órgano público, y de que éste imponerlo de forma coactiva, o que su incumplimiento puede dar lugar a consecuencias jurídicas, igualmente exigibles”⁴⁹⁴.

Por lo que se refiere al artículo 346 CP, éste dispone que “el Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y adecuarse al Plan Nacional de Desarrollo” (de este tenor literal puede inferirse que el marco ya existe y que constituye un límite al presupuesto).

⁴⁹¹ Colombia. Ley 152 de 1994. Artículo 5.

⁴⁹² Colombia. Ley 152 de 1994. Artículo 6.

⁴⁹³ Colombia. Ley 152 de 1994. Artículo 30.

⁴⁹⁴ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 448.

Así pues, la reforma consiste en la obligación de que el presupuesto general sea aprobado dentro de un marco de sostenibilidad fiscal⁴⁹⁵. La ley 1473 de 2011 hizo extensiva la aplicación de la regla fiscal al presupuesto, en el sentido de que deberá guardar relación con los ingresos⁴⁹⁶.

Siguiendo la clasificación que se ha venido utilizando a lo largo de este texto sería una *norma directiva*⁴⁹⁷, y también una norma de *directrices materiales de la actuación de los poderes públicos* en tanto que ordena al Gobierno a seguir el marco de la sostenibilidad fiscal en la confección de los presupuestos; del mismo modo, tiene una dimensión de *norma material, reguladora del sistema de producción normativa*, toda vez que el marco de sostenibilidad fiscal determina la producción de las normas, tanto del Plan Nacional de Desarrollo como del Presupuesto.

Con todo, la facultad que tiene el gobierno para dictaminar sobre la sostenibilidad fiscal de alguna medida permite que el control político se vea disminuido, lo anterior en vista de que la calificación de algunas medidas puede camuflarse bajo la idea de que viola una regla de contenido técnico y no a una decisión política propiamente dicha. Lo anterior es parcialmente cierto, sin embargo, dado que el presupuesto en Colombia es inflexible, las posibilidades del gobierno para disponer de los recursos son bastante limitadas⁴⁹⁸.

El Plan Nacional de Desarrollo es una norma abierta y su plan de inversiones contiene unas líneas generales de carácter plurianual por lo que es entendible que la interpretación del contenido de la sostenibilidad fiscal, en lo que respecta a esta norma, sea de carácter flexible. Es más, para su elaboración se atienden los datos que se presentan en el Marco Fiscal de Mediano Plazo, y de acuerdo con las estimaciones se formula en Plan para los cuatro años de gobierno.

Por otra parte, el Presupuesto, dado que es una ley anual y donde se recogen las apropiaciones, exige que el criterio de sostenibilidad fiscal tenga un alcance concreto ya

⁴⁹⁵ Colombia. Ley 38 de 1989 la ley orgánica de presupuesto, en ella se regula el ciclo presupuestario y la composición general del mismo. También el Decreto 4730 de 2005 desarrolla de manera técnica las normas orgánicas de presupuesto.

⁴⁹⁶ Colombia. Ley 1473 de 2011. Artículo 7: “Sostenibilidad y estabilidad fiscal. El presupuesto tendrá en cuenta que el crecimiento del gasto debe ser acorde con la evolución de los ingresos de largo plazo a estructurales de la economía y debe ser una herramienta de estabilización del ciclo económico, a través de una regla fiscal”.

⁴⁹⁷ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de derecho administrativo: I*, cit., p. 450.

⁴⁹⁸ M. CÁRDENAS; C. MEJÍA; M. OLIVERA, “La economía política del proceso presupuestal en Colombia”, *FEDESARROLLO Working Papers Series - Documentos de trabajo*, vol. 31, 2006; J. C. ECHEVERRY; P. QUERUBÍN, “La batalla política por el presupuesto de la nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal”, 2004, (Documentos CEDE).

que, si bien la Constitución carece de índices y magnitudes expresas, su desarrollo legal necesariamente se integra a los límites para la confección del presupuesto.

Desarrollo legal de la regla fiscal cuantitativa

Pese a la vaguedad de la “sostenibilidad fiscal” en la Constitución, la concreción de su significado en el ámbito legal devendría en una regla. Así pues, a regla fiscal desarrollada en la Ley 1173 de 2011 se integra como instrumento para mantener la sostenibilidad fiscal.

La Ley 1473 de 2011 “Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones” se tramitó de manera concomitante con la reforma que estamos estudiando. Esta ley, pese a que no hace referencia a la sostenibilidad fiscal con esas palabras, es la que realmente concreta los contenidos que dan utilidad a la regla fiscal.

Así pues, se establece que el déficit en el año 2022 deberá estar por debajo del 1% con relación al PIB⁴⁹⁹, como vemos, una regla fiscal cuantitativa de carácter legal que se integra necesariamente al concepto de sostenibilidad fiscal. Por lo tanto, una interpretación exegética implica que el 1% de déficit como límite forma parte de la sostenibilidad fiscal del Estado y, en esa medida, el Plan nacional de Desarrollo y el Presupuesto están determinados por dicho índice. Todo ello debe reflejarse, en virtud de la coherencia que exige el artículo 4 de la ley 1473 de 2011 en el Marco Fiscal de Mediano Plazo y en la decisión de la meta de superávit primario que debe trazarse cada año, entre otros instrumentos de planeación. Se pone de manifiesto, pues, que la sostenibilidad fiscal en el ámbito colombiano impacta de manera contundente en la función de planeación.

“Artículo 4. Coherencia. La regla fiscal se materializa a través del Marco Fiscal de Mediano Plazo. El Plan de Inversiones del Proyecto de Ley de Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo, el Plan Financiero, el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Proyecto de Ley de Presupuesto General de la Nación, deben ser consistentes con la regla fiscal, contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo”

Ahora bien, la Ley 1473 de 2011, sobre regla fiscal, ha reformado a su vez la ley orgánica del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 152 de 1994). Así: “El Plan de Inversiones

⁴⁹⁹ Colombia. Ley 1473 de 2011. Artículo 5

del Proyecto de la ley del Plan Nacional de Desarrollo debería guardar consistencia con la regla fiscal contenida en el Marco Fiscal de Mediano Plazo”⁵⁰⁰.

El Gobierno además debe establecer la meta de superávit primario para la siguiente vigencia fiscal, que debe ser coherente con el plan financiero del Marco Fiscal de Mediano Plazo. La ley prevé, además, que se deben fijar las metas indicativas de superávit para las diez vigencias fiscales siguientes. Esto con el fin de asegurar la sostenibilidad de la deuda pública⁵⁰¹.

Por otra parte, la meta de superávit primario también se proyecta a las entidades territoriales, de modo que “los departamentos, distritos y municipios de categoría especial, 1 y 2” deberán establecer una meta de superávit primario para cada vigencia fiscal⁵⁰².

El desarrollo legal de la regla fiscal es la ley 1473 de 2011. El artículo primero señala que el objeto de la ley es “expedir normas que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país”. El destinatario de la norma es el Gobierno Nacional Central, y su aplicación se hará de acuerdo con la metodología fijada con por el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS).

Ahora bien, la regla fiscal propiamente dicha se encuentra contenida en el artículo 5 de la ley. “Regla fiscal. El gasto estructural no podrá superar al ingreso estructural, en un monto que exceda la meta anual de balance estructural establecido.

El déficit estructural del Gobierno Nacional Central no será mayor al 1% del PIB a partir del año 2022.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional seguirá una senda decreciente anual del déficit en el balance fiscal estructural, que le permita alcanzar un déficit estructural del 2,3% del PIB o menos en 2014, de 1,9 % del PIB o menos en 2018 y de 1.0% del PIB o menos en 2022.”

⁵⁰⁰ COLOMBIA, *Ley 152 de 1994 por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo* artículo 6.

⁵⁰¹ COLOMBIA, *Ley 819 de 2003*, cit. Artículo 2.

⁵⁰² *Ibid.* Artículos 2 y 4.

La garantía de cumplimiento de las reglas fiscales puede corresponder a autoridades independientes y, eventualmente, pueden ser objeto de control jurisdiccional. En el caso colombiano, pese a que hay tres órganos que deben velar por el cumplimiento de la regla fiscal su independencia es cuestionable como lo veremos a continuación. Los órganos son: el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y el Comité Consultivo para la Regla Fiscal:

- a) El CONFIS es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito público. Este Consejo está integrado por el Ministro de Hacienda, el Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, el Consejero Económico de la Presidencia de la República, los Viceministros de hacienda, los Directores Generales de Presupuesto nacional, Crédito Público, Impuestos y aduanas, y del Tesoro⁵⁰³. Es evidente que este comité es un organismo del poder ejecutivo, sin independencia y cuya composición está en manos del Presidente a través de los nombramientos que puede realizar de todos los funcionarios que lo integran.
- b) Por otra parte, el CONPES es la máxima autoridad en materia de planeación y es el órgano asesor del Gobierno en los temas de desarrollo económico y social del país. El CONPES está conformado fundamentalmente por miembros del gobierno⁵⁰⁴. Sus funciones tienen que ver con el Plan Nacional de Desarrollo y con el Presupuesto: es el encargado de aprobar el proyecto de Plan Nacional de Desarrollo que luego será presentado a través del Ministro de Hacienda al Congreso para su aprobación⁵⁰⁵. Asimismo, le corresponde hacer el seguimiento

⁵⁰³ El artículo 26 del Estatuto enumera las funciones del CONFIS que son: 1. aprobar, modificar y evaluar el Plan Financiero del Sector Público, previa su presentación al CONPES y ordenar las medidas para su estricto cumplimiento. 2. Así mismo, analizar y conceptuar sobre las implicaciones fiscales del Plan Operativo Anual de Inversiones, previa presentación al CONPES. 3. Determinar las metas financieras para la elaboración del Programa Anual Mensualizados de Caja del Sector Público. 4. Aprobar o modificar, mediante resolución, los presupuestos de ingreso y gastos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con el régimen de aquellas dedicadas a actividades no financieras, previa consulta con el Ministerio respectivo.

⁵⁰⁴ Según el Decreto 2148 de 2009 el CONPES está conformado de la siguiente manera: Con derecho a voz y voto: El Vicepresidente de la República, todos los ministros, el Director del Departamento administrativo de la Presidencia de la República, el Director del Departamento Nacional de Planeación, y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación. Por otra parte, y solo con derecho a voz, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República y el Ministro Consejero de la Presidencia de la República. También pueden participar eventualmente, sin derecho a voto, y sobre los temas de su competencia: los Directores de departamentos administrativos diferentes a los ya mencionados, los directores o gerentes de organismos descentralizados, y los demás funcionarios públicos invitados por el Presidente de la República; asimismo, los gobernadores y alcaldes de entidades territoriales cuando se trate de asuntos que afecten directamente a la entidad territorial correspondiente.

⁵⁰⁵ COLOMBIA. Ley 152 de 1994. art. 19

del cumplimiento del Plan⁵⁰⁶. La secretaría técnica del CONPES corresponde al Departamento Nacional de Planeación, que deberá presentar ante el CONPES la programación macroeconómica anual, el proyecto de Plan Nacional de Desarrollo (también coordinar su ejecución, realizar el seguimiento y la evaluación de gestión y resultados del Plan); asimismo, deberá presentar ante el CONPES todos los proyectos, planes, estrategias, programas y proyectos para su aprobación⁵⁰⁷.

- c) De otro lado, el Comité Consultivo de la Regla Fiscal fue creado mediante el artículo 14 de la Ley 1473 de 2011. Es un comité de carácter técnico e independiente que se pronunciará sobre la metodología, definición de parámetros básicos requeridos para la operación de la regla fiscal. Podría decirse que tiene algún nivel de independencia, pero materialmente no tiene competencias ya que sus funciones se limitan a rendir conceptos sobre el cumplimiento de la regla fiscal, pero no son vinculantes. La reglamentación del Comité consultivo, mediante el decreto 1790 de 2012, dispuso que será conformado por tres decanos de las facultades de economía de las diferentes universidades del país, dos consultores, dos investigadores, los dos presidentes de las comisiones económicas del Congreso de la República.

Estos tres órganos dependen directamente del poder ejecutivo, y pese a que institucionalmente son cuerpos más bien débiles, sus conceptos u opiniones son necesarios para la planeación del gasto. En cualquier caso, es preciso señalar que, en el caso colombiano, el cumplimiento de la norma sería controlada efectivamente a través de la jurisdicción, toda vez que los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la regla fiscal dependen directamente del Gobierno, como demuestra su composición.

Uno de los elementos más comunes de las cláusulas de disciplina fiscal tiene que ver con la cláusula de escape. El artículo 11 de la ley 1473 de 2011 de desarrollo de la regla fiscal establece que “en los eventos extraordinarios que comprometan la estabilidad macroeconómica del país y previo concepto del Confis, se podrá suspender temporalmente la aplicación de la regla fiscal”.

⁵⁰⁶ COLOMBIA. Ley 152 de 1994, art. 29

⁵⁰⁷ COLOMBIA. Decreto 3517 de 2009, art. 4.

Como se advirtió, el hecho de que el control de la regla fiscal quede en manos de un órgano propio del ejecutivo implica una debilidad evidente con relación al cumplimiento de la regla adoptada, según lo indica la teoría económica, que pretende dar un contenido normativo estricto a las reglas fiscales.

La cláusula de escape también podría quedar mejor blindada frente a la discrecionalidad del ejecutivo si el desarrollo hubiera previsto que el Congreso tuviera mecanismos de control, ya fuera mediante autorización (como en el caso español), o a través del deber de información previa a las comisiones económicas de cada cámara. En todo caso, la credibilidad de la regla fiscal se ve comprometida por la flexibilidad que implica que la cláusula de escape dependa del Gobierno, representado por el Confis.

Otra novedad de la Ley 1473 de 2011 es la regulación del gasto contracíclico. En el artículo 3, dedicado a las definiciones, aparece el gasto contracíclico como uno de los factores que determinan el gasto total. El artículo 6, en concreto, desarrolla los supuestos de hecho que autorizan al Gobierno a aumentar el gasto con el fin de contener los efectos nocivos del ciclo.

Las condiciones para que se habilite esta posibilidad son:

- a) Cuando se proyecte que en un año particular la tasa de crecimiento real estará dos puntos porcentuales por debajo de la tasa de crecimiento económico real de largo plazo. Esto en el caso colombiano se deduciría de las estimaciones de crecimiento del Marco Fiscal de Mediano Plazo, que son producto de las estimaciones del Comité Consultivo de la Regla Fiscal y del Gobierno Nacional⁵⁰⁸.
- b) También es necesario que se proyecte un crecimiento negativo del producto. Esto significa que el producto real del ejercicio presente haya crecido por debajo del producto potencial⁵⁰⁹ (del mismo ejercicio). La ley establece que la metodología para su cálculo corresponde al Confis pero, en el caso colombiano, la estimación

⁵⁰⁸ COLOMBIA, MINISTERIO DE HACIENDA, *Marco Fiscal de Mediano Plazo 2017*, p. 251.

⁵⁰⁹ A. S. MAHMUD; S. JAHAN, “Vuelta a lo esencial. ¿Qué es la brecha del producto?”, cit. El producto potencial es la cantidad máxima de bienes y servicios que una economía puede generar operando a máxima eficiencia, es decir, a plena capacidad

de la brecha también la formula al Banco de la República para llevar la política monetaria⁵¹⁰.

El cumplimiento de estas condiciones habilita al Gobierno para que lleve a cabo políticas de gasto contracíclico. Sin embargo, este gasto está limitado:

- El gasto será transitorio y será desmontado en un periodo de dos años.
- Y el monto no puede superar un 20% de la brecha estimada.

Asimismo, corresponde al Confis determinar el monto del gasto y la trayectoria para su desmonte de acuerdo con la evolución de la brecha del producto.

Hay que señalar que las medidas de carácter contracíclico, en el marco de la regulación de la regla fiscal, deben ser interpretadas como instrumentos ordinarios para el desarrollo de la función de dirección general de la economía. En consecuencia, las facultades del Gobierno en estados de excepción (concretamente el estado de emergencia económica) presentan una naturaleza diferente y, por lo tanto, no estarían constreñidas por la regla fiscal. En tal sentido, los límites al monto del gasto contracíclico, e incluso los límites temporales, pueden ser superados en virtud de las competencias constitucionales que regulan los estados de excepción.

7. Conclusiones preliminares

La Constitución de 1991 previó la capacidad de endeudamiento de la nación y de las entidades territoriales, pero no impuso restricciones al alcance de dicha competencia. Esta deficiencia fue suplida a través de varias reglas fiscales de carácter legal para el ámbito subnacional. Dichas reglas fiscales lograron contener la deuda y el déficit de los departamentos y municipios del país. Sin embargo, la contención para la nación fue insuficiente.

La reforma de 2011 incluyó la sostenibilidad fiscal en tres artículos de la Constitución. Dada la ubicación y la naturaleza de las disposiciones, el significado del criterio es diferente en cada una de ellas. En el artículo 334, con dos sentidos: en el primer caso como un criterio orientador de la actividad estatal y de la intervención del Estado en la economía y, en el segundo, como un presupuesto para el cumplimiento de las

⁵¹⁰ J. L. TORRES, “La estimación de la brecha del producto en Colombia”, *Borradores de economía*, vol. 462, 2007.

decisiones judiciales con la creación del Incidente de Impacto Fiscal. Por otra parte, en los artículos 339 y 346, opera como un objetivo y un marco de la función de planeación del Estado, concretada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el Presupuesto anual.

Respecto de la intervención del Estado en la economía, la sostenibilidad fiscal se erige como un marco de actuación de los poderes públicos, que limita los mecanismos de intervención del Estado en la economía y, en consecuencia, los fines propuestos por el Estado social.

Para hacer una interpretación sistemática de la sostenibilidad fiscal en el ámbito de la intervención del Estado en la economía es indispensable considerar que el mismo artículo ha establecido la progresividad para alcanzar los fines del Estado social, también la priorización del gasto público social y un párrafo que limita la interpretación respecto de los derechos fundamentales. La suma de estos elementos indica que la cláusula de Estado social continúa teniendo herramientas suficientes para su satisfacción y cumplimiento. Así pues, la sostenibilidad fiscal tiene una naturaleza abierta y, en consecuencia, no pueden derivarse de ella reglas cerradas que limiten el alcance del contenido social del Estado.

La sostenibilidad fiscal debe ser considerada dentro de las actuaciones de todos los poderes públicos, pero con una densidad leve que no está llamada a crear auténticas tensiones con los principios que dan identidad al Estado social de Derecho.

La creación del Incidente de Impacto Fiscal plantea problemas respecto de la seguridad jurídica, ya que los efectos de las decisiones pueden ser objeto de modificación de acuerdo con razones de conveniencia económica. Esto significa que, a la clásica función judicial de tomar decisiones basadas en la aplicación de las normas, se suman ahora criterios de conveniencia económica a la hora de dar cumplimiento a las decisiones. A lo anterior debe añadirse que los efectos de la sentencia pueden ser objeto de nueva revisión por parte de un juez diferente al que tomó la decisión de fondo, ya que, como se mostró, la competencia para resolver el Incidente de Impacto Fiscal es de la Sala Plena de la corporación, que no es necesariamente la sala de decisión.

Es importante advertir que las decisiones producto de acciones de tutela (equivalente al amparo en el caso español) han quedado excluidas del Incidente de Impacto Fiscal toda vez que las normas que regulan la acción de tutela requieren de una ley estatutaria. Este

aspecto es relevante, toda vez que algunas de las decisiones de mayor impacto económico de la Corte Constitucional han sido adoptadas en sentencias de tutela.

De otro lado, este mecanismo debe ser entendido de una manera restrictiva, es decir, como un mero espacio de interlocución entre el poder ejecutivo y el judicial. Lo anterior en aras de preservar la división de los poderes públicos, la independencia judicial y la seguridad jurídica.

El Incidente de Impacto Fiscal puede aparejar una ventaja y es que permite la participación del poder ejecutivo en las sentencias estructurales. Así pues, el Incidente de Impacto Fiscal es una oportunidad para conocer las posibilidades materiales de cumplimiento de las decisiones por parte del poder ejecutivo, además, el hecho de que el plan de cumplimiento sea adoptado mediante providencia judicial permite que exista un seguimiento del plan y asegura que la corporación judicial pueda verificar el cumplimiento de los compromisos acordados o, dado el caso, decididos por el juez en la resolución del Incidente.

La función de planeación del Estado también ha sido limitada por la adopción de la sostenibilidad fiscal en la Constitución. En este aspecto, la sostenibilidad fiscal conecta o subordina las herramientas más generales como son el Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto general al nuevo marco. Además, la ley que desarrolló la regla fiscal cuantitativa extiende dicha coordinación a mecanismos más específicos como el Marco Fiscal de mediano plazo o el Plan de inversiones, entre otros. La inclusión de la sostenibilidad fiscal en el máximo nivel normativo logra que el criterio se proyecte sobre toda la función de planeación del Estado, tanto en el ámbito nacional como en los diferentes niveles territoriales.

Por otra parte, y con el propósito de comparar posteriormente, queda claro que la deuda pública nacional no está limitada a través de reglas fiscales y que depende de la discrecionalidad del gobierno central. Las limitaciones incorporadas por el Acto Legislativo 3 de 2011 y la Ley 1473 del mismo año centran su atención en el problema del déficit estructural y en ningún caso atienden al problema de la deuda pública.

Pese a ello, hay que resaltar que, si el déficit está contenido, los recursos provenientes del endeudamiento tenderán a gastarse en inversión dado que los gastos de funcionamiento estarán cubiertos por los ingresos corrientes de la Nación.

Para finalizar, la supervisión de la regla fiscal, así como la metodología para el cálculo de cumplimiento de la regla, queda en manos de órganos del Gobierno. Esto es una debilidad de la regla, aunque, por otra parte, permite que haya flexibilidad para su aplicación.

Otro ingrediente que flexibiliza la aplicación de la regla tiene que ver con que la cláusula de escape está al alcance del gobierno, ya que no se prevé la participación de otros órganos independientes como podría ser la intervención del Congreso, de la Procuraduría General de la Nación o, incluso, un control posterior y selectivo por parte de la Contraloría General de la República.

Respecto de la cláusula de Estado social de Derecho, la interpretación de la sostenibilidad fiscal con un carácter abierto, con un rango inferior al de los principios, permite que la interpretación normativa del Estado social continúe teniendo una proyección amplia sobre toda la actividad del Estado. Tampoco es posible pasar por alto que la regla fiscal prevista en la Ley 1474 de 2011 tiene mecanismos de flexibilidad para realizar, de manera explícita, gasto contracíclico, lo cual demuestra que la sostenibilidad fiscal no tiene una naturaleza cerrada y estricta que impida la realización progresiva de los postulados y obligaciones inherentes al modelo de Estado social.

V. EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La incorporación del principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución española solo puede ser entendida si se tiene en cuenta que España forma parte de la Unión Europea. En este sentido, hay que resaltar la existencia de recursos comunitarios y la obligación estatal de aportar para el mantenimiento de la Unión⁵¹¹; las obligaciones que han contraído los Estados para adelantar y fomentar ciertas políticas de distinto tipo (económica, agraria, monetaria, etc.); e incluso las restricciones a las ayudas públicas que subsidien actividades y que puedan llegar a comprometer la libre competencia económica⁵¹². Como vemos, el marco jurídico comunitario produce un impacto profundo en el ordenamiento jurídico estatal, ya sea para adaptar la normatividad al marco europeo, o para desarrollar y cumplir el conjunto de obligaciones adquiridas. Por lo tanto, es necesario conocer los antecedentes en el ámbito europeo y, posteriormente, estudiar al marco legal estatal.

Si bien es cierto que la reforma del año 2011 incorporó el principio de estabilidad presupuestaria a la Constitución, también lo es que desde el año 2001 España contaba con una regulación a nivel legal que implementaba el principio de acuerdo con la regulación europea, concretamente con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC). Es más, el marco legal se fue reformando de manera paralela a la evolución del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, especialmente con la reforma del año 2006.

El principio de estabilidad presupuestaria ha supuesto un cambio sustancial en el ordenamiento jurídico que gobierna las cuentas públicas, tanto en las dimensiones de gasto y de ingreso, como en la faceta de planificación. Las principales manifestaciones son notorias si se atiende a los cambios que ha supuesto la adopción del principio con respecto al tamaño de la administración pública (por ejemplo, con tasas de reposición bajas); también ha significado una nueva definición de los límites de las prestaciones de contenido social y, asimismo, ha impactado sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. A todo lo anterior debe sumarse la supervisión

⁵¹¹ Una reflexión actual de esta cuestión en: A. OLESTI RAYO, “¿Hacia un presupuesto específico de la Unión Económica y Monetaria?”, en Andreu Olesti Rayo (ed.) *La profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

⁵¹² V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 25.

de la Unión Europea a la que queda sujeta toda la actividad presupuestaria estatal en sus diferentes fases.

1. Contexto europeo y antecedentes de disciplina fiscal en el ordenamiento español: caminos casi paralelos (gobernanza económica europea)

En el proceso europeo de integración económica es posible distinguir entre tres tipos de medidas, complementarias pero distintas. Por un lado, las medidas para la formación del mercado único; de otro, una serie de medidas referentes a la coordinación económica y, finalmente, un tercer grupo de medidas sobre coordinación monetaria. El Tratado de Roma de 1957 estableció, por primera vez, la preocupación por la coordinación de las políticas económicas de los países miembros, pero el Tratado dejó de lado la coordinación monetaria. Ruiz Tarrías sostiene que esta coordinación monetaria no fue considerada una “necesidad inmediata” aunque se entendía como una meta de consecución progresiva. Su importancia ya se puso de manifiesto en el Informe Spaak de 1956⁵¹³.

Las políticas económicas fueron incluidas en el Tratado de Roma de manera tangencial. El preámbulo mostraba una preocupación sobre las políticas en materia económica, que a su vez fueron recogidas a lo largo del instrumento de la siguiente forma: primero, el artículo 2⁵¹⁴ del Tratado proponía como objetivos el crecimiento armónico de las actividades económicas y el acercamiento de la política económica; segundo, el artículo 6⁵¹⁵ establecía la coordinación de las políticas económicas en “estrecha colaboración” con las instituciones de la Comunidad; tercero, el artículo 104⁵¹⁶ recogía las obligaciones para cada Estado de mantener la estabilidad de precios y la confianza en la moneda; cuarto, el artículo 105.1⁵¹⁷ incluyó la obligación de coordinación de políticas económicas, promoviendo la colaboración entre las entidades competentes y los Bancos

⁵¹³ S. RUIZ TARRÍAS, *Las dimensiones constitucionales de la unión económica y monetaria europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 39 y ss.

⁵¹⁴ (UE), *Tratado de Roma*, 1957 Artículo 2: “La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la aproximación progresiva de las políticas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros”.

⁵¹⁵ *Ibid.* Artículo 6: “1. Los estados miembros, en estrecha colaboración con las instituciones de la Comunidad, coordinarán sus respectivas políticas económicas en la medida necesaria para alcanzar los objetivos del presente Tratado (...)”.

⁵¹⁶ *Ibid.* Artículo 104: “Cada Estado miembro aplicará la política económica necesaria para garantizar el equilibrio de su balanza global de pagos y mantener la confianza en su moneda, procurando asegurar un alto nivel de empleo y la estabilidad del nivel de precios.”

⁵¹⁷ *Ibid.* Artículo 105.1 “Para facilitar la consecución de los objetivos señalados en el artículo 104, los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas. Establecerán para ellos una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas Administraciones y entre sus Bancos Centrales”.

Centrales; y, quinto, el artículo 107.1⁵¹⁸ dispuso que la política en materia de tipos de cambio se consideraría como una cuestión de interés común.

Las obligaciones referidas a la convergencia de políticas económicas eran de contenido vago, mientras que las obligaciones para crear el mercado común sí eran concretas. En este sentido, el artículo 3⁵¹⁹ del Tratado de Roma establecía el propósito de eliminar los derechos de aduana nacionales y el establecimiento del arancel aduanero común. Asimismo, el de eliminar las barreras que obstaculizaran la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales.

La falta de medidas concretas para lograr la unión económica y monetaria se vio suplida por la atribución de funciones deferidas al Consejo y a la Comisión europea⁵²⁰. Además, la cláusula competencial era abierta, es decir, que se previó que en caso de que

⁵¹⁸ *Ibid.* Artículo 107.1 “Cada Estado miembro considerará su política en materia de tipos de cambio como una cuestión de interés común”.

⁵¹⁹ *Ibid.* Artículo 103.1. “Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:

- a) la prohibición, entre los Estados miembros, de derechos de aduana y de restricciones cuantitativas a la entrada y salida de las mercancías, así como de cualesquiera otras medidas de efecto equivalente,
- b) una política comercial común;
- c) un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales;
- d) medidas relativas a la entrada y circulación de personas, conforme a las disposiciones del Título IV;
- e) una política común en los ámbitos de la agricultura y de la pesca;
- f) una política común en el ámbito de los transportes;
- g) un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior;
- h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común;
- i) el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo;
- j) la política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo
- k) el fortalecimiento de la cohesión económica y social;
- l) una política en el ámbito del medio ambiente;
- m) el fortalecimiento de la competitividad de la industria de la Comunidad;
- n) el fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico;
- o) el fomento de la creación y del desarrollo de redes transeuropeas;
- p) una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud;
- q) una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros;
- r) una política en el ámbito de la cooperación al desarrollo;
- s) la asociación de los países y territorios de Ultramar, a fin de incrementar los intercambios y continuar en común el esfuerzo por el desarrollo económico y social;
- t) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores;
- u) medidas en los ámbitos de la energía, de la protección civil y del turismo. (...)

⁵²⁰ *Ibid.* Artículo 235: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes”.

el Tratado fuera insuficiente, el Consejo, la Comisión y la Asamblea llenarían estos vacíos competenciales⁵²¹.

Durante la década de los años sesenta del siglo pasado continuó el debate respecto de la armonización de las políticas económicas y monetarias. Las decisiones del Consejo 64/301/EEC y 64/300/EEC de 8 de mayo de 1964 recogían medidas para unificar las políticas monetarias, para favorecer la cooperación de los Estados en lo referente a las relaciones monetarias internacionales y para conseguir la cooperación entre los bancos centrales. Con todo, en 1968, y como consecuencia de la crisis franco alemana, se planteó la coordinación económica, monetaria y social en términos menos ambiciosos⁵²².

La Unión Económica y Monetaria fue tratada otra vez en la Cumbre de la Haya de 1969. Allí se creó el grupo de trabajo que terminaría sus labores con el conocido Informe Werner.

El Informe Werner (1970) proponía una profundización de la coordinación en materia económica⁵²³. Con relación a nuestro estudio resulta de especial interés que planteaba un control sobre el déficit público de los Estados miembros por parte de las instituciones de la Comunidad. “Según el Informe Werner, la unión económica y monetaria, que debería implicar a todas las monedas comunitarias, tendría que ir acompañada de una centralización en la creación de liquidez y del crédito, de una política cambiaria única, de la unificación de las políticas nacionales en lo que respecta al mercado de capitales, del control comunitario de los déficits de los presupuestos públicos, etc.; y de un centro de decisión independiente para la política económica que fuese responsable ante al Parlamento Europeo”⁵²⁴.

Pese a que las principales directrices del informe fueron adoptadas en la Resolución de 22 de marzo de 1971, el plan tuvo que ser abandonado por la inestabilidad monetaria internacional⁵²⁵. En 1978 se retomó la idea de continuar con el proceso para avanzar en la Unión Económica y Monetaria, y el Parlamento aprobó la “Resolución sobre el

⁵²¹ S. RUIZ TARRÍAS, *Las dimensiones constitucionales de la unión económica y monetaria europea*, cit., p. 42.

⁵²² *Ibid.*, p. 44.

⁵²³ En este informe se consideraba el aumento del presupuesto comunitario una vez alcanzada la Unión Económica y Monetaria. Para profundizar sobre esta cuestión ver: A. OLESTI RAYO, “¿Hacia un presupuesto específico de la Unión Económica y Monetaria?”, cit.

⁵²⁴ D. FERNÁNDEZ NAVARRETE; R. M. FERNÁNDEZ EGEA, *Historia de la Unión Europea: España como estado miembro*, 2, Delta Publicaciones, Madrid, 2013, p. 106.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 106 y 107.

relanzamiento de la Unión Económica y Monetaria” 1337/8 (ASS 876). Los avances producto de este relanzamiento se centraron en la política monetaria y la consolidación del Sistema Monetario Europeo.

El siguiente paso importante para la organización de una política económica y monetaria en el ámbito europeo fue la suscripción del Acta Única en 1986. La Unión monetaria era una de las principales preocupaciones del proceso de integración en ese momento y ello se vio reflejado en dicho Tratado. Con su firma, España y Portugal entraron en la Unión Europea que entonces se denominaba Comunidad Económica Europea.

El Acta Única fue la primera modificación profunda al Tratado de Roma⁵²⁶. Habría que destacar el fortalecimiento de la cooperación en materia monetaria y el propósito de realizar la Unión Económica y Monetaria, así: en el Preámbulo, párrafos séptimo y octavo⁵²⁷, y en el art. 20, que agregó el artículo 102 A al Tratado de Roma⁵²⁸.

La entrada de España a la Unión supuso su vinculación al Tratado y, por lo que a nosotros interesa, el artículo 103, que disponía que “los Estados miembros considerarán sus políticas económicas como una cuestión de interés común”, se integró a las obligaciones del Estado con respecto a la Comunidad/Unión. No se estaba, entonces, en presencia de reglas fiscales propiamente dichas; sin embargo, este compromiso fue la puerta de entrada para el establecimiento de las normas y directrices que habrían de gobernar la economía de los Estados miembros en general y de España en particular.

⁵²⁶ Se reformó el procedimiento de toma de decisión en el Consejo, se definieron las competencias de la Comisión, asimismo, las competencias del Parlamento Europeo.

⁵²⁷ (UE), *Acta Única Europea*, 1986 “CONSIDERANDO que los Jefes de Estado o de Gobierno, con ocasión de su Conferencia de París, de 19 a 21 de octubre de 1972, han aprobado el objetivo de la realización progresiva de la Unión Económica y Monetaria, CONSIDERANDO el Anexo a la conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bremen, de 6 y 7 de julio de 1978, así de como la Resolución del Consejo Europeo de Bruselas, de 5 de diciembre de 1978, sobre el establecimiento del Sistema Monetario Europeo (SME) y las cuestiones afines y observando que, de conformidad con dicha Resolución, la Comunidad y los Bancos Centrales de los Estados miembros ha adoptados determinado número de medidas destinadas a establecer la cooperación monetaria, (...)”.

⁵²⁸ *Ibid.* Artículo 20. “1. A fin de garantizar la convergencia de las políticas económica y monetarias, necesaria para el desarrollo ulterior de la Comunidad, los Estados miembros cooperarán de acuerdo con los objetivos enunciado en el artículo 104. Los Estados miembros tendrán en cuenta para ellos las experiencias adquiridas por medio de la cooperación en el marco del sistema monetario europeo y del desarrollo del Ecu, dentro del respeto de las competencias existentes.

2. En la medida en que el desarrollo ulterior de la política económica y monetaria exigiere modificaciones institucionales, se aplicarán las disposiciones del artículo 236. En caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario, el Comité Monetario y el Comité de Gobernadores de los Bancos Centrales serán igualmente consultados”

El artículo 103 es una disposición que representa la adopción de los supuestos económicos propios del ordoliberalismo “para el buen funcionamiento de la economía”, la estabilidad de precios concretamente y, por lo tanto, fija un contenido microeconómico en la constitución económica europea. El hecho de que esos compromisos correspondieran a cada Estado no le priva de esta naturaleza constitucional, en igual sentido, la garantía de las libertades individuales en cabeza de cada Estado permite poner en marcha el sistema económico que se venía formando en el marco del proceso de integración. De esta forma se refuerza la implementación del modelo europeo basado en la competencia y en la estabilidad de precios⁵²⁹.

Pero puede decirse que la verdadera gobernanza económica europea comienza con el tratado de Maastricht.

a. El Tratado de la Unión Europea – Maastricht

En 1992 se firma el Tratado de la Unión Europea, conocido también como el Tratado de Maastricht. Este tratado profundiza la integración. Se corresponde con la segunda etapa de la creación de la moneda única⁵³⁰. Además, es el Tratado donde se establecen los primeros contenidos del principio de estabilidad presupuestaria, como veremos a continuación.

El Tratado de Maastricht es producto, en alguna medida, del informe de la Comisión *White Paper on Completion of Internal Market*, elaborado bajo la presidencia de Delors. El informe proponía una profundización de la integración, sentando las bases para la desregulación de sectores económicos y un avance paralelo de la Unión Monetaria y de la Unión Económica⁵³¹.

⁵²⁹ K. TUORI; K. TUORI, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, cit., p. 296.

⁵³⁰ La consolidación económica y la convergencia eran presupuestos para lograr la consecución de la moneda única, el proceso se llevó a cabo en tres etapas. El plan para alcanzar el objetivo se inició en 1990 con la creación de un espacio financiero europeo con la participación de las doce monedas correspondientes a los países miembros; la segunda etapa comenzaría con el tratado de Maastricht que tenía como propósito profundizar la coordinación de políticas económicas hasta llegar a la consolidación y, por último, la constitución de reservas comunes y la creación de la moneda única. Para profundizar la forma en que se construyó el tratado consultar F. J. FONSECA MORILLO; J. A. MARTÍN BURGOS, “El Tratado de Maastricht: análisis y perspectivas”, *Revista de instituciones europeas*, vol. 19, 2, 1992.

⁵³¹ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 61.

El propósito del Tratado era fortalecer la Unión y dar coherencia a la relación entre los Estados (art. A del TUE)⁵³², lograr la convergencia económica de los países miembros de la Unión (art. B TUE)⁵³³ y fortalecer el mercado único (art. 2 TUE, modificado por el art. G de Maastricht)⁵³⁴.

Las obligaciones asumidas por los Estados en esta etapa superaban la vaguedad del compromiso de 1986. Este Tratado recogió la obligación expresa de asegurar una sostenibilidad financiera, que estaba asociada a la cantidad de déficit público. Los objetivos de convergencia económica se basaban en la estabilidad de los precios, la ausencia de déficits públicos, niveles de deuda no muy elevados y un mercado común. En otras palabras, en este Tratado se implementaron de manera inequívoca reglas fiscales, formuladas, como lo veremos, a través de principios como la responsabilidad o la plurianualidad, y de índices concretos, así pues, los límites a la inflación y los más conocidos, límites a la deuda pública y al déficit. Todo lo anterior sujeto al deber de información y la correlativa supervisión de la Unión Europea.

El Tratado y sus Protocolos disponían que la inflación no podía superar en 1.5 puntos porcentuales la tasa media de los tres países menos inflacionistas de la Unión Europea⁵³⁵; también establecía que el techo de la deuda pública sería de un 60% con respecto al PIB; para finalizar, fijaba el límite de déficit en un 3% del PIB⁵³⁶. Esta combinación de criterios se convirtió en el contenido del principio de estabilidad presupuestaria; así, la previsión de estos objetivos en el Tratado creaba incentivos para que el comportamiento de las

⁵³² (UE), *Tratado de la Unión Europea (Maastricht)*, cit. “Artículo A. Por el presente Tratado, las Altas Partes Contratantes constituyen entre sí una Unión Europea, en lo sucesivo denominada “Unión”.

El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos. La Unión tiene su fundamento en las Comunidades Europeas completadas con las políticas y formas de cooperación establecidas por el presente Tratado. Tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos.”

⁵³³ *Ibid.* “Artículo B. La Unión tendrá los siguientes objetivos:

-promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado, (...)”

⁵³⁴ *Ibid.* “Artículo G. La comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.

⁵³⁵ *Ibid.* Protocolo sobre criterios de convergencia previstos en el artículo 109J del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

⁵³⁶ *Ibid.* PROTOCOLO sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

haciendas estatales se mantuviera acorde con su capacidad de financiación a través de ingresos corrientes, además de asegurar la capacidad de pago de la deuda pública.

Se advertía que un país que incumpliera con los parámetros adoptados por el Tratado “puede crear efectos externos negativos sobre el resto de la Unión Monetaria, bien obligando a otros países a seguir políticas más deflacionistas de optar por estabilizar sus ratios deuda pública /PIB, bien presionando al BCE para que relaje su política monetaria”⁵³⁷.

El Tratado pretendía garantizar que las economías mantuvieran la estabilidad a través los criterios que hemos señalado, de tal manera que a través de la homogenización de los criterios facilitara la convergencia de las economías de los Estados.

Entre sus objetivos se perseguía que el gasto estructural fuera cubierto por el sistema tributario y no a través de la deuda. El cumplimiento de lo anterior provocaría “un incremento neto del patrimonio de los entes públicos, dejando que los recursos disponibles del mercado de capitales se dirijan a financiar las inversiones del sector empresarial”⁵³⁸.

Para complementar estas medidas, el Reglamento (CE) nº. 3605/93 del Consejo Europeo contenía una serie de definiciones respecto de locuciones como “administración pública”, “deuda” o “inversión”⁵³⁹; la definición de los conceptos permitía asegurar cierta homogeneidad y facilitaba la supervisión del cumplimiento de los criterios. Sin embargo, las definiciones de este Reglamento eran bastante generales y dieron lugar a una interpretación flexible por parte de los Estados.

Se pretendía, con todas estas medidas, garantizar una convergencia económica real entre los Estados miembros para que la adopción de la moneda única fuera lo menos traumática posible para todos aquellos que integrarían posteriormente la zona euro⁵⁴⁰. A

⁵³⁷ J. BAREA TEJEIRO, “El marco conceptual de la estabilidad presupuestaria y su traslación en la Constitución Europea”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 82, 2005, p. 279.

⁵³⁸ J. BAREA TEJEIRO, “La discusión sobre el déficit: estado actual de la cuestión”, *Papeles de economía española*, 100, 2004, p. 152.

⁵³⁹ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (CE) 3605/93 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*.

⁵⁴⁰ J. LÓPEZ DÍAZ, “Disciplina fiscal en una unión monetaria: una alternativa”, *Cuadernos de Economía*, vol. 23, 66, 1995.

su vez, estos indicadores se convirtieron en requisitos para pertenecer a la zona euro y entrar a formar parte de la Unión Monetaria.

La convergencia económica y la estabilidad como objetivos de la Unión, con miras a la materialización de la moneda única, fueron los fines que se establecieron, y, en materia económica, los que determinaron los contenidos del Tratado; para mayor ilustración, nótese que estas disposiciones están acompañadas de prohibiciones de autofinanciación por parte de los Bancos Centrales de cada país y, obviamente, del Banco Central Europeo. En consecuencia, quedó vedada expresamente la posibilidad de comprar la deuda soberana de los países miembros y, a su vez, se prohibió la corresponsabilidad financiera, la famosa «cláusula no-bailout»⁵⁴¹.

Con todo, las obligaciones en materia presupuestaria y de política económica se veían limitadas a la supervisión multilateral. De ahí, que las instituciones europeas formularan unas orientaciones generales y que su cumplimiento fuera verificado a través de los informes que los Estados estaban obligados a presentar ante la Comisión⁵⁴².

El Tratado de Maastricht resultó insuficiente para lograr las metas a pesar de que sus objetivos eran muy claros y específicos. La indefinición de conceptos y la diversidad de metodologías permitieron que los Estados incumplieran de forma importante las disposiciones del Tratado⁵⁴³. Estella de Noriega afirma que la flexibilidad del sistema planteado por Maastricht obedecía a que los objetivos planteados eran nominales, tampoco se advertía sobre el momento concreto en que deberían cumplirse dichos objetivos (corto plazo, mediano o largo plazo)⁵⁴⁴, además los supuestos para incumplir los

⁵⁴¹ (UE), *Tratado de la Unión Europea (Maastricht)*, cit. Artículo 104. “1. Queda prohibida la autorización de descubiertos o la concesión de cualquier otro tipo de créditos por el Banco Central Europeo y por los bancos centrales de los Estados miembros (denominados en lo sucesivo "bancos centrales nacionales"), en favor de instituciones u organismos comunitarios, Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales, u otras autoridades públicas, organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, así como la adquisición directa a los mismos de instrumentos de deuda por el BCE o los bancos centrales nacionales.” y el artículo 104B: “La Comunidad no asumirá ni responderá de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas u otros organismos de Derecho público o empresas públicas de los Estados miembros, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. Los Estados miembros no asumirán ni responderán de los compromisos de los Gobiernos centrales, autoridades regionales o locales u otras autoridades públicas y otros organismos de Derecho público o empresas públicas de otro Estado miembro, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos.”

⁵⁴² S. RUIZ TARRÍAS, *Las dimensiones constitucionales de la unión económica y monetaria europea*, cit., p. 84.

⁵⁴³ J. E. BOSCA; R. DOMÉNECH; D. TAGUAS, “La política fiscal en la Unión Económica y Monetaria”, *Moneda y Crédito*, vol. 206, 1999, p. 270.

⁵⁴⁴ A. ESTELLA DE NORIEGA, “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Implicaciones constitucionales desde una perspectiva del derecho como credibilidad”, en Pietro Masala (ed.) *La Europa social: alcances, retrocesos y*

criterios en casos excepcionales tampoco estaban reglados⁵⁴⁵. Además, pese a que el Tratado de Maastricht preveía sanciones frente al incumplimiento, éstas no fueron regladas (hasta la llegada el Pacto de Estabilidad y Crecimiento); sin embargo, la posibilidad de quedarse por fuera del Euro generaba incentivos suficientes para que los Estados cumplieran, o, al menos, intentaran alcanzar los indicadores fijados por el Tratado.

Como vimos, los indicadores se convirtieron en requisitos para ingresar al selecto grupo del Euro, sin olvidar que también eran vinculantes para todos los estamos miembros de la Unión. Sin embargo, en algunos supuestos, era posible obviar el cumplimiento estricto de dichos índices por parte de los Estados en general: 1. Que aun cuando el déficit fuera superior al 3% del PIB, éste estuviera cerca del índice y se viera una disminución sustancial, 2. Que el exceso fuese excepcional y temporal y se mantuviera cercano al valor de referencia, 3. En el caso de la deuda, si superaba el 60% del PIB era importante que estuviera cerca del valor de referencia y que disminuyera a un ritmo satisfactorio, 4. La Comisión valoraría si el déficit superaba el gasto de inversión, además de la situación económica y presupuestaria a medio plazo⁵⁴⁶.

Todas estas disposiciones del Tratado de Maastricht, desde la formulación de los objetivos generales, hasta llegar al establecimiento de índices concretos y los mecanismos de supervisión, creaban un verdadero marco normativo con un nivel de concreción controlable y, en esa medida, daba lugar a una responsabilidad de los Estados.

El Tribunal Constitucional Federal alemán se pronunció respecto del Tratado de Maastricht y, de paso, sobre el estado del proceso de integración europeo. La sentencia define a la Unión Europea como una Unión de Estados soberanos y deja clara su posición en el sentido de que no se constituye un único Estado europeo. Para reforzar esta postura, el Tribunal centró sus argumentos en la soberanía de los Estados miembros como eje de la integración. Así, los Estados vienen a “asumir conjuntamente una parte de sus atribuciones y, en esa medida, ejercer conjuntamente su correspondiente soberanía”⁵⁴⁷. En

desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Madrid), 2018 (Foros y debates), p. 219.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 221.

⁵⁴⁶ Concretamente el artículo 124 C del (UE), *Tratado de la Unión Europea (Maastricht)*, cit.; Para una síntesis ver J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la ley de estabilidad presupuestaria en perspectiva*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001, p. 37.

⁵⁴⁷ T. STEIN, “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de instituciones europeas*, vol. 21, 3, 1994, p. 751.

consecuencia, la pertenencia de Alemania está en consonancia con la Ley Fundamental dado que el Estado continúa ejerciendo su soberanía.

Esta postura venía concretándose de manera discreta desde el caso Solange I, en el que el Tribunal Constitucional alemán advertía de que el fundamento constitucional del proceso de integración europeo no respondía a la cesión de soberanía del Estado, sino a una manifestación de la cláusula de apertura⁵⁴⁸.

Por otra parte, y a juicio del mismo Tribunal, la legitimidad democrática de la Unión procedía de los Parlamentos nacionales. Así, “las principales funciones y competencias siguen en manos de los Parlamentos nacionales”⁵⁴⁹ y, en consecuencia, la ampliación de las funciones y facultades de la Unión debería entonces ser objeto de una revisión de los Tratados, y, en todo caso, producto de una ampliación democrática paralela al proceso de integración.

La legitimidad democrática se convierte entonces en el parámetro de control de constitucionalidad para el Tribunal Constitucional alemán. Así, “La sala considera abiertamente a un núcleo del principio democrático como elemento inmodificable y mínimo a prueba de reforma constitucional según el artículo 79, párrafo 3, LF, con lo que no se trataría de una precisa forma de legitimación, sino de un contenido de legitimación democrática suficientemente efectivo, de un preciso nivel de legitimación”⁵⁵⁰.

La sentencia también aborda la cuestión de la Unión Monetaria. Retoma la posición de la soberanía en poder de los Estados para la profundización del proceso y deja claro que el Tratado no da lugar a la tercera fase del proceso de integración de manera automática. Lo anterior quiere decir que Alemania reconoce un proceso de integración sometido a ciertas condiciones de las que podría depender su continuidad, en palabras de López Castillo, por “cuanto la explicitada advertencia de que, como dueña de los tratados, la Alemania revivificada podría muy bien reconsiderar su participación en el proceso de integración europea”⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ A. LÓPEZ CASTILLO, “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva”, *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014.

⁵⁴⁹ T. STEIN, “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, cit., p. 751.

⁵⁵⁰ A. WEBER, “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 15, 45, 1995, p. 40.

⁵⁵¹ A. LÓPEZ CASTILLO, “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva”, cit., p. 126.

De lo anterior se derivan importantes consecuencias y es que los criterios de convergencia establecidos en el Tratado no pueden ser cambiados sino a través del recurso a la revisión de los tratados. “En este aspecto el Tribunal Constitucional Federal trata de subrayar con especial énfasis que sin el respaldo alemán (particularmente sin la aprobación de la Dieta Federal) ni se pueden debilitar los criterios de convergencia ni puede ser obligada Alemania a acceder a la tercera fase de la Unión Monetaria”⁵⁵².

Ruiz Almendral, en su valoración de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, sostiene que el Tribunal basó su decisión de constitucionalidad sobre la Unión Monetaria en dos ideas: en primer lugar, la idea “de que el Tratado de Maastricht en el fondo implica una unión *económica* más estrecha, pero no una unión política”, y, en segundo lugar, la necesidad de que los criterios de convergencia fueran asumidos como verdaderos compromisos de estabilidad, “esto implica, aunque la sentencia no lo exprese de manera directa, que en ausencia de estos compromisos, o en caso de su incumplimiento, la atribución de competencias económicas podría ser objeto de revisión en el Parlamento”⁵⁵³.

Para López Castillo, la forma de argumentar del Tribunal Constitucional alemán en la decisión sobre el Tratado de Maastricht, si se interpreta en conexión con las decisiones ulteriores, vendría a ser una “pieza más para la reconstrucción de un estatuto de Alemania en la Unión Europea”⁵⁵⁴. Esta lectura confirma que la Unión para el Tribunal Constitucional alemán tiene que ver con el fortalecimiento de lazos económicos, pero no tanto de los políticos, y para ser más precisos, que ambos procesos, en todo caso, son independientes.

Una característica esencial, como ya se vio, es que el concepto de Constitución Económica Europea está determinado por las tesis ordoliberales y, como bien señala Ruiz Almendral, la posición del Tribunal Constitucional alemán confirma que la integración económica y la integración política son procesos “relativamente” independientes⁵⁵⁵. De ahí la valoración positiva que la sentencia realiza de los compromisos asumidos por los Estados. Pero, las consecuencias de esta valoración positiva implican, de un lado, la naturaleza apolítica del proceso de integración, y de otro, la «legitimación funcional»⁵⁵⁶

⁵⁵² T. STEIN, “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, cit., p. 761 y ss.

⁵⁵³ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 64.

⁵⁵⁴ A. LÓPEZ CASTILLO, “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva”, cit., p. 126.

⁵⁵⁵ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 65.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

de la Unión monetaria basada en el cumplimiento de los compromisos de estabilidad de precios y en evitar déficits excesivos.

Esta forma de entender el proceso de integración restringe el espacio de la política ya que limita el desempeño de la función parlamentaria y “sujeta la adopción de decisiones políticas a controles de necesidad, si no de pertinencia, mediante criterios de pretendida racionalidad que exceden manifiestamente de las exigencias constitucionales de motivación”⁵⁵⁷.

Respecto de lo que implica el Tratado de Maastricht en la construcción de una Constitución Económica Europea, dado el objeto que regulan estas disposiciones, es claro que forman parte de la Constitución Económica Europea en su aspecto macroeconómico, según la clasificación de Tuori. Así: la competencia en política monetaria, estabilidad de precios, la independencia del Banco Central Europeo, la coordinación de las políticas fiscales y económicas (pero de soberanía estatal), e incluso la unidad de la Unión Europea⁵⁵⁸. Todas estas disposiciones refuerzan y delimitan la existencia de esa Constitución Económica Europea en formación.

Los criterios de convergencia establecidos en Maastricht muestran que los aspectos políticos del gasto quedaban excluidos de la regulación de la Unión. El estado de bienestar, su alcance y estándares de cumplimiento seguían en manos de cada Estado miembro y a la Unión Europea no le preocupó que la función de gasto y de redistribución de la riqueza mantuvieran una evidente relación íntima con la política fiscal de cada país, de cada presupuesto y, por esta vía, de todos los países en conjunto y de la Unión.

La decisión deliberada de dejar fuera los compromisos de contenido social significó que la redistribución de la riqueza no tendría una dimensión comunitaria. Los mecanismos de redistribución propios del Estado de bienestar son de distinto calado en cada uno de los Estados; es más, la discusión sobre las prestaciones a satisfacer por el Estado de bienestar se concentra, en los debates parlamentarios, en torno al presupuesto de cada año. Esta circunstancia fue uno de los factores que impidió que el informe Delors tuviera en cuenta propuestas de contenido social. Por otra parte, posturas como la de Karl

⁵⁵⁷ A. LÓPEZ CASTILLO, “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva”, cit., p. 120.

⁵⁵⁸ K. TUORI; K. TUORI, *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, cit., p. 34. Conclusiones del Consejo europeo de los días 24 y 25 de marzo de 2011 EUCO/10/1/11

Otto Pöhl, presidente del Bundesbank (Banco central alemán) y miembro de la comisión Delors, que abogaban por una convergencia de las políticas fiscales nacionales, regionales y de las políticas sociales, fueron descartadas y en su momento consideradas como una maniobra dilatoria para posponer la entrada en funcionamiento de la Unión Monetaria y no como verdaderas propuestas que deberían haberse recogido en el Informe Delors⁵⁵⁹.

b. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento es un acuerdo político producto de la necesidad de reforzar las medidas previstas en Maastricht y de garantizar la confianza de los países miembros en los compromisos adquiridos para mantener la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad fiscal en la zona euro. Alemania estaba preocupada porque la entrada en la tercera fase de la unión monetaria se produciría en 1999 y todavía no había mecanismos que garantizaran la estabilidad presupuestaria. Su preocupación se explica si se tiene en cuenta que este país adoptó la regla de oro en el artículo 115 de su Ley Fundamental, que señala que los recursos provenientes de crédito no podrían superar el presupuesto destinado a inversión⁵⁶⁰; a lo que debe añadirse la advertencia del Tribunal Alemán en la sentencia Maastricht sobre la importancia de respetar los criterios de estabilidad como condición para entrar en la tercera etapa de la moneda única.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento fue aprobado en Ámsterdam en 1997. Se compone de una Resolución del Consejo⁵⁶¹ y de dos Reglamentos del Consejo⁵⁶². El Pacto tiene como fin reforzar los compromisos adquiridos en el Tratado de Maastricht previstos como parte de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. En ese sentido, resalta la importancia de mantener “unas finanzas públicas saneadas como medio de reforzar las condiciones para conseguir la estabilidad de los precios y un crecimiento fuerte y sostenible que favorezca la creación de empleo”⁵⁶³. Señala la Resolución que es “necesario garantizar que las políticas presupuestarias nacionales favorezcan políticas monetarias

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁶⁰ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 67 y ss.

⁵⁶¹ UNIÓN EUROPEA, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento Amsterdam, 17 de junio de 1997. Diario oficial nº 236 de 02/08/1997 (97/C 236/01)*.

⁵⁶² UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (CE) 1467/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo*.

⁵⁶³ UNIÓN EUROPEA, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento Amsterdam, 17 de junio de 1997. Diario oficial nº 236 de 02/08/1997 (97/C 236/01)*, cit. Numeral I.

orientadas a la estabilidad” y, advierte de que las situaciones presupuestarias saneadas, es decir, cerca del equilibrio o con superávit, permitirán a los Estados hacer frente a los efectos propios del ciclo económico, eso sí, en todo caso manteniéndose dentro del 3% de déficit con respecto al PIB⁵⁶⁴.

La novedad del Pacto no radicaba en los indicadores sino en el cambio de naturaleza de los mismos, así como en el endurecimiento de las condiciones como consecuencia de la concreta política fiscal implementada desde la Unión. La clave está en el primer compromiso de la Resolución: los Estados Miembros “se comprometen a respetar el objetivo presupuestario a medio plazo establecido en sus programas de estabilidad o convergencia consistente en conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con superávit”⁵⁶⁵; y esta es la primera clave porque se adiciona el criterio de “medio plazo” como marco temporal para alcanzar los objetivos y, además, las metas se expresan en términos más ambiciosos; es decir, el 3% de déficit deja de ser un objetivo y se convierte en un límite máximo y el objetivo, entonces, se transforma y consiste en alcanzar el equilibrio o superávit⁵⁶⁶.

Pese a que las reglas eran estrictas, es importante destacar que el PEC dejó un margen de déficit para asumir la oscilación del ciclo económico y, en esa medida, permitir que los estabilizadores automáticos actuaran, este margen corresponde al 3% de déficit que se permite a los Estados. Pero, en todo caso, lo que es importante resaltar aquí es que el objetivo ahora tenía un cariz diferente al planteado por Maastricht.

Respecto de la interpretación de la estabilidad presupuestaria, Barea Tejeiro sostiene que el Pacto persigue que los Estados parte dispongan “de un margen suficiente para hacer frente a futuras obligaciones de protección social, derivadas del envejecimiento de la población. (...) y se comprometen a conseguir situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o con ligero superávit, sin embargo, admite que, en casos excepcionales y de forma temporal, el objetivo de situaciones próximas al equilibrio, o con superávit, pueda transformarse en déficit que no debe superar el 3 por 100 del PIB. Tal déficit no sería

⁵⁶⁴ *Ibid.* Numeral I.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ A. ESTELLA DE NORIEGA, “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Implicaciones constitucionales desde una perspectiva del derecho como credibilidad”, cit., p. 220.

consecuencia de una política fiscal expansiva querida por el gobierno, sino por la entrada en funcionamiento de los estabilizadores automáticos”⁵⁶⁷.

El Pacto retoma como techo de la deuda un 60% del PIB, comprometiendo a los Estados a no superar dicho límite, y, si fuera necesario, a corregir las situaciones que pongan en riesgo el alcance de los objetivos. En caso de que los márgenes ya estuviesen rebasados, el Estado se compromete a disminuir el exceso a “un ritmo satisfactorio”. El cumplimiento de todo esto se consideraba como fundamental para dar estabilidad a la nueva moneda única⁵⁶⁸.

Para lograr los objetivos, frente al incumplimiento de los Estados, los Reglamentos establecieron una serie de medidas e instrumentos, el denominado Procedimiento de Déficit Excesivo, que podía consistir en alertas tempranas hasta desembocar en sanciones a los Estados que incumplieran los indicadores y que, además, no aceptaran las medidas propuestas por la Comisión y el Consejo de Ministros (depósitos con posibilidad de devolución, y, dado el caso, multas)⁵⁶⁹.

También era necesario asegurar que las sanciones pudieran imponerse en caso de que se incumplieran los índices de referencia, ya que una vez se constituyera la Unión Monetaria desaparecería uno de los principales incentivos para cumplir, es decir, la pertenecía al Euro. Por lo tanto, y una vez constituido el Euro, la credibilidad de la política fiscal futura de cada Estado miembro quedaba comprometida. El Pacto tiene como objetivo el mantenimiento de la credibilidad de las reglas fiscales. Medidas como la supervisión permanente, las alertas tempranas y las recomendaciones fortalecen dicha credibilidad que se completa con la vía sancionadora del Procedimiento de Déficit Excesivo⁵⁷⁰.

Asimismo, presenta un endurecimiento de las condiciones contables de la situación financiera de los Estados, ya que el Tratado de Maastricht ofrecía cierta flexibilidad a la hora de determinar si un déficit era excesivo o no, dado que permitía distinguir entre

⁵⁶⁷ J. BAREA TEJEIRO, “El marco conceptual de la estabilidad presupuestaria y su traslación en la Constitución Europea”, cit., p. 280.

⁵⁶⁸ A. RAMÍREZ; M. URIBE, “Entrando en cintura: implicaciones de política económica sobre la sostenibilidad de la deuda pública en la zona euro”, *Perfil de Coyuntura Económica*, 21, 2014.

⁵⁶⁹ Las multas corresponden a un 0,2% del PIB más una décima parte del exceso de déficit sin llegar a superar el 0,5% del PIB.

⁵⁷⁰ J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO, *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la ley de estabilidad presupuestaria en perspectiva*, cit., p. 40.

coyuntural y estructural; incluso, sobre lo que podría ser considerado dentro del concepto de inversión, y no contemplaba un plazo definido para alcanzar dichos objetivos.

El cumplimiento del Pacto se pretende garantizar a través de tres vías: la preventiva, la de corrección y la sancionadora.

La vía preventiva se desarrolló fundamentalmente en el Reglamento del Consejo (CE) 1466/97. En este reglamento, concretamente en el artículo 1. se adoptan las normas para el seguimiento de los programas de estabilidad y de convergencia. En virtud de este Reglamento, los Estados se obligan a presentar la información necesaria para adelantar el seguimiento de la situación económica de cada Estado. Esta información se denomina Programa de Estabilidad o Programa de Convergencia⁵⁷¹.

El Programa contenía el objetivo de medio plazo, incluyendo la trayectoria de ajuste para alcanzar el objetivo de equilibrio o superávit; asimismo, los supuestos de la evolución económica esperada; también las medidas presupuestarias y de política económica en marcha o que pretendieran implementarse en aras de lograr los objetivos; y se exigía que el Programa, en sus aspectos técnicos, fuera presentado de forma que comprendiera el ejercicio contable anterior, el corriente y los tres años siguientes (Reglamento (CE) 1466/97 artículo 3).

La información era analizada por la Comisión y el Comité, y correspondía al Consejo examinar si el objetivo del Programa a medio plazo proporcionaba la seguridad suficiente para evitar el déficit excesivo; y si las previsiones eran realistas, adecuadas y suficientes para alcanzar los objetivos trazados. También correspondía al Consejo valorar si el Programa facilitaba la coordinación de las políticas económicas y si estas eran coherentes con las orientaciones generales de política económica (de las que trataba el Tratado de Maastricht) (Reglamento (CE) 1466/97 art.5.1).

La valoración del Consejo daba lugar a un dictamen, en el que podía invitar al Estado a que ajustara su Programa en caso de que fuera preciso reforzar los objetivos. El dictamen era producto de las recomendaciones de la Comisión y de la consulta al Consejo Económico. Una vez los programas hubieran sido actualizados, de acuerdo con las

⁵⁷¹ Es de advertir que el Programa de Estabilidad lo debían presentar los Estados que formarían la Unión Monetaria, mientras que para los Estados de la Unión pero que no adoptaran el Euro debían presentar un Programa de Convergencia. La información que debe ser reportada es prácticamente la misma.

recomendaciones del dictamen, los programas volvían a ser valorados por el Comité y, si fuera necesario, también por el Consejo (Reglamento (CE) 1466/97. art. 5.2 y 5.3).

Todas estas medidas de carácter preventivo daban desarrollo a lo previsto por el art. 103.5 del Tratado de Maastricht que establece: “5. El Consejo con arreglo a lo previsto en el artículo 189 C, podrá adoptar normas relativas al procedimiento de supervisión multilateral contemplados en los apartados 3 y 4 del presente artículo.”

La vía correctora estaba en manos del Consejo. En el caso de que esta institución constatará desviaciones, alertaría mediante recomendación al Estado para evitar que incurriera en déficit excesivo; dicha recomendación podía ser producto de la detección de una situación presupuestaria, de la persistencia de las desviaciones o del agravamiento de la situación en controles posteriores (Reglamento (CE) 1466/97. art. 6.2 y .3).

Sin embargo, era la Comisión quien debía verificar el cumplimiento de los objetivos por parte de los Estados y, dado el caso, informar al Consejo sobre las situaciones presupuestarias que amenazaran dichos objetivos⁵⁷². Los Estados se comprometían a mantener el cumplimiento de los márgenes establecidos en el Tratado y, en caso de desequilibrios, a adoptar los correctivos necesarios para enderezar la situación tan pronto como fuera posible. Las medidas debían adoptarse en todo caso en un plazo de tiempo que no sobrepasara un año desde que se hubiera recibido la información que señalaba un riesgo de déficit excesivo⁵⁷³.

La vía sancionadora era competencia de la Comisión y del Consejo. Así, la Comisión se encargaba de presentar los informes y recomendaciones necesarios para que el Consejo pudiera adoptar las decisiones correspondientes⁵⁷⁴, ya fuera en la fase de alertas tempranas o la aplicación del Procedimiento de Déficit Excesivo (vía sancionadora propiamente dicha)⁵⁷⁵. El Consejo era el responsable de aplicar las sanciones a los Estados que no hubieran tomado las medidas necesarias para corregir la situación de déficit excesivo.

⁵⁷² UNIÓN EUROPEA, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento Amsterdam, 17 de junio de 1997. Diario oficial nº 236 de 02/08/1997 (97/C 236/01)*, cit. Numeral 2 de las orientaciones dirigidas a la Comisión

⁵⁷³ *Ibid.* Numerales 1, 3 y 5 de las orientaciones dirigidas a los Estados Miembros.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 236. Numerales 2 y 3 de las orientaciones dirigidas a la Comisión.

⁵⁷⁵ UNIÓN EUROPEA, *Resolución del Consejo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento Amsterdam, 17 de junio de 1997. Diario oficial nº 236 de 02/08/1997 (97/C 236/01)*, cit. Numeral 3 de las orientaciones dirigidas a la Comisión

Un primer tipo de sanción consistía en un depósito sin devengo de intereses⁵⁷⁶. Este depósito podría ser recuperado por el Estado sancionado si se tomaban las medidas correspondientes de acuerdo con las recomendaciones. Si el Estado no adoptaba las recomendaciones, pasados dos años contados a partir de la fecha en que se impuso la sanción de depósito, este depósito se “convertirá sistemáticamente el depósito en multa en todos los casos en que, a su juicio, no se hubiese corregido la situación de déficit excesivo”⁵⁷⁷.

La adopción de las disposiciones a través de Reglamentos, que se caracterizan por ser de cumplimiento directo, pone de presente el endurecimiento de la política fiscal desde el ámbito europeo. Así pues, las obligaciones de resultado, tanto en lo referente a la deuda como al déficit, serán normas en vigor, de contenido plenamente exigible, cuyo incumplimiento da lugar a consecuencias jurídicas (Procedimiento de Déficit Excesivo). El Pacto de Estabilidad y Crecimiento significó una verdadera transformación en la construcción del constitucionalismo europeo. Con el Pacto, se logran incluir nuevos valores y principios en las Constituciones económicas de los Estados⁵⁷⁸.

Después de Ámsterdam, el Consejo de Santa María de Feira (junio de 2000) aprobó unas orientaciones que instaban a los Estados miembros a proseguir el saneamiento de sus cuentas públicas más allá del mínimo exigido por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

La efectividad del Pacto pareció quedar probada cuando se aplicó como consecuencia de los incumplimientos de Irlanda⁵⁷⁹ y de Portugal⁵⁸⁰ en los años 2001 y 2002. Sin embargo, mostró su debilidad política cuando, en 2003, se constató el incumplimiento de

⁵⁷⁶ *Ibid.* Numeral 4 de las orientaciones dirigidas al Consejo

⁵⁷⁷ *Ibid.* Numeral 6 de las orientaciones dirigidas al Consejo

⁵⁷⁸ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 130 y 131.

⁵⁷⁹ Irlanda en el presupuesto de 2001 cumplía los topes tanto de deuda como de déficit. Presentaba un superávit de 4,6% del PIB y un bajo volumen de deuda, sin embargo, el presupuesto era procíclico, a criterio de la comisión, aumentaba la demanda y por lo tanto era inflacionista.

⁵⁸⁰ Portugal en 2001 presentaba un déficit de 2,2% del PIB, la comisión recomendó iniciar el procedimiento de déficit excesivo, sin embargo, el consejo decidió esperar y dar un plazo para que lo bajarán, pero la situación se hizo insostenible cuando se evidenció que el déficit había aumentado al 4,1%, así pues, en octubre de 2002 la comisión inició el Procedimiento de Déficit Excesivo y un mes después ya estaban las recomendaciones del Consejo ECOFIN.

los criterios por parte de Alemania⁵⁸¹ y Francia⁵⁸². El Consejo ECOFIN decidió suspender los procedimientos recomendados por la Comisión contra Alemania y Francia; se argumentó que no se había sancionado a Portugal y se decidió dar prórroga a estos Estados para alcanzar los objetivos⁵⁸³.

La diferencia de criterios ente la Comisión y el Consejo provocó un pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Comisión recomendó la adopción de medidas contra Alemania y Francia por el incumplimiento de los indicadores. El Consejo, por su parte, en el momento de tomar las medidas correspondientes, y dado que no alcanzó las mayorías necesarias para implementar las sanciones, adoptó unas Conclusiones en las que reconocía que concurría la situación que había sido identificada por la Comisión y formuló, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión, una serie de medidas para recuperar la senda del equilibrio; sin embargo, el Consejo decidió no actuar en ese momento, suspendiendo el Procedimiento de Déficit Excesivo.

La Comisión solicitó al Tribunal, por una parte, la anulación de la decisión del Consejo de no adoptar medidas frente al incumplimiento de Alemania y Francia (es decir, una omisión por parte del Consejo), y, de otra, la anulación de las conclusiones, ya que no formaban parte de la recomendación de la Comisión y, en esa medida, quedarían fuera del ordenamiento jurídico⁵⁸⁴.

La sentencia, sostiene Ruiz Almendral, es formalista en la decisión, ya que dejó de lado la valoración respecto de la credibilidad de las normas del Pacto. Lo que de ella se deduce es que la aplicación del Procedimiento de Déficit Excesivo no opera de manera automática, de ahí que el papel del Consejo sea esencial en el proceso⁵⁸⁵.

El Tribunal dejó clara su postura respecto de la posibilidad (fáctica) de que no se llegue a iniciar el Procedimiento por la falta de mayorías necesarias para lograr un

⁵⁸¹ Alemania en el año 2002 aumento de un 2,8% a un 3,7% el déficit, además supero la barrera de un 60% de deuda. El consejo manifestó las recomendaciones para volver a la senda de la estabilidad, las cuales fueron aceptadas por el estado.

⁵⁸² Francia para el año 2002 tenía como objetivo reducir el déficit a 1,4% del PIB, sin embargo, este subió a 2,7% y se puso en marcha el sistema de alertas tempranas. Las recomendaciones fueron adoptadas.

⁵⁸³ J. R. GARCÍA MENÉNDEZ, "Integración, convergencia e (in) cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: coordinación de políticas económicas en la Unión Europea *.", *Estudios Internacionales*, vol. 39, 155, 2006, fecha de consulta en <http://vlex.com/vid/convergencia-estabilidad-crecimiento-56841625>.

⁵⁸⁴ Una presentación general de los argumentos de la sentencia en V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 94 y ss.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 97.

acuerdo que permita poner en marcha el procedimiento. No obstante, tomar medidas no previstas en los tratados, obviando las recomendaciones de la Comisión, constituyen, a su juicio, una violación del Derecho de la Unión y, por ello, declaró nulas las Conclusiones del Consejo.

Esta crisis del Pacto terminó con una flexibilización de los criterios y medidas. En el año 2005, la Comisión, a través de una Comunicación dirigida al Consejo, sentó las bases para proceder a una reforma del Pacto en un sentido flexibilizador⁵⁸⁶.

La innovación más significativa fue el cambio de la naturaleza de los índices. Antes de la reforma tenían una naturaleza objetiva y su valoración se podría reducir a verificar la existencia de un déficit superior al 3% del PIB o de un 60% de deuda con respecto al PIB; ahora los índices pasaban a ser orientadores y, en esa medida, la valoración ya no solo respondía a la verificación del cumplimiento de estas cifras, sino que entraban en juego otros criterios como el estado general de la economía, el momento del ciclo, la consideración de la situación de cada Estado e, incluso, el grado de inversión. López Díaz se refería a este cambio con las siguientes palabras:

“En un primer momento, a raíz de los problemas experimentados en las cuentas públicas de Francia y Alemania principalmente, se llevó a cabo un ajuste de su significado, de tal forma que, sin cambiar el texto del Tratado y del Protocolo anexo, a través de la modificación de los reglamentos de desarrollo se optó por pasar de estabilidad de ejercicio a una estabilidad de ciclo económico, permitiendo situaciones de déficit en momentos de recesión, que se combinarían con resultados de superávit en ejercicios de mayor crecimiento”⁵⁸⁷.

La valoración del ciclo económico para determinar si existe o no una deuda o déficit estructural responde al modelo sueco de 1936. Para el cálculo y la identificación de si es estructural o coyuntural se toman en cuenta los gastos de funcionamiento bajo un supuesto de crecimiento “cero” de la economía y este gasto (corriente) debe ser

⁵⁸⁶ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (CE) 1055/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (CE) 1056/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.*

⁵⁸⁷ A. LÓPEZ DÍAZ, “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, *Revista Española de derecho financiero*, 157, 2013, p. 28.

financiado completamente a través del sistema tributario; por otra parte, el presupuesto de capital deberá ser financiado a través del endeudamiento⁵⁸⁸.

Otras innovaciones fueron el aumento de casos en los que se podía eximir del cumplimiento de los índices fijados por el Pacto y el aumento de los plazos para corregir el déficit excesivo⁵⁸⁹.

El problema que comportaba esta flexibilización es que podía conllevar la “redefinición” de gastos dentro del concepto de inversión saltándose, de esta manera, los márgenes establecidos. También habría que destacar que aumentaba la subjetividad de la Comisión y el Consejo a la hora de valorar si concurría o no una situación de incumplimiento.

En resumen, en 1992, el Tratado de Maastricht incorpora las directrices de la disciplina fiscal vinculantes para los países miembros de la Unión europea y, con especial énfasis, para los países pertenecientes a la Unión Monetaria. En 1997, con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, se plantea el objetivo de alcanzar el equilibrio o superávit en el medio plazo, y se constituyen los indicadores de deuda y de déficit como límites, además, se refuerzan las disposiciones del tratado de Maastricht, con la puesta en marcha del Procedimiento de Déficit Excesivo, con sus correspondientes vertientes preventiva, correctiva y sancionadora. En el año 2000, en el Consejo de Santa María de Fera, se dictan orientaciones a los Estados, invitándolos a mejorar incluso los índices propuestos por los tratados, es decir, se les llama a buscar el equilibrio e incluso el superávit. En el año 2005 se reforma el Pacto flexibilizando su aplicación para superar la crisis que había generado la inaplicación del Procedimiento de Déficit Excesivo a Alemania y a Francia. Nos quedamos con estas fechas con el propósito de señalar la relación directa y evidente que ha tenido esta evolución en el régimen legal español sobre estabilidad presupuestaria.

⁵⁸⁸ V. RUIZ ALMENDRAL, “La reforma Constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria Constitucional”, 2012, p. 92.

⁵⁸⁹ R. M. DASÍ GONZÁLEZ, “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento ante la crisis. Determinación y seguimiento del déficit público de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista española de control externo*, vol. 13, 39, 2011, p. 75.

c. Desarrollo legal en España y su relación con las disposiciones europeas.

El Pacto de Estabilidad y Crecimiento era compatible con la Constitución española con anterioridad a su reforma; el 135 CE exigía la autorización legal para endeudarse y destinar los fondos para pagar la deuda pública, pero era posible interpretar que existían unos límites dimanados del ordenamiento comunitario.

La estabilidad presupuestaria definitivamente no era parte del entramado constitucional de 1978. Sin embargo, tampoco es posible inferir que este principio fuera en contra de los postulados constitucionales; si bien la carta no es neutral en materia económica (lo vimos en el capítulo anterior), tampoco fija un modelo específico para llevar a cabo la economía de mercado.

Como marco constitucional para avalar el principio de estabilidad presupuestaria, desarrollado en las Leyes 18/2001⁵⁹⁰ y Orgánica 5/2001⁵⁹¹ cuyo contenido adoptaba los criterios europeos correspondientes a la deuda y al déficit, se contaba con varias disposiciones, así: el artículo 31 CE sobre los fines del gasto público (función de asignación equitativa) y los criterios de economía y eficiencia que lo deben orientar; en ese mismo sentido, el 40 CE establece la “política de estabilidad económica” como marco de la función redistributiva; a su vez el artículo 134 CE, sobre el presupuesto, que obliga a la inclusión de todos los gastos e ingresos en el presupuesto y exige que las enmiendas al presupuesto sean aprobadas por el gobierno; esto es, a pesar de la titularidad de la competencia, el legislador no es libre de aumentar un gasto o disminuir un ingreso; y el 135 CE en su versión original, que contenía la reserva de ley para contraer deuda y la obligación de incluir las partidas para pagarla. Estas disposiciones constituían un marco más o menos abierto que podía dar cabida al principio de estabilidad presupuestaria dentro de las normas de menor jerarquía⁵⁹².

El hecho de que la Constitución diera cobertura a la actuación de este principio no significa, sin embargo, que su previsión haya estado ausente de dificultades. La

⁵⁹⁰ ESPAÑA, *Ley 18 de 2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria*.

⁵⁹¹ ESPAÑA, *Ley Orgánica 5 de 2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria*.

⁵⁹² V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit.; F. URÍA FERNÁNDEZ, “Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria”, *Cuadernos de derecho público*, 12, 2001.

conciliación del principio de estabilidad presupuestaria con las competencias de los entes territoriales, especialmente con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, representó un escollo difícil de conciliar⁵⁹³. De hecho, este tema fue objeto de análisis profundo en la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2011, sobre la que volveremos más adelante.

Las leyes de estabilidad presupuestaria fueron aprobadas a finales del año 2001, aunque la entrada en vigor del articulado completo estaba prevista para el año 2002 (los primeros presupuestos que debían implementar la nueva normativa eran los del año 2003). Ambas leyes llegaron para dar cumplimiento y desarrollo al Pacto de Estabilidad y Crecimiento y se inspiraron en el mismo (la Exposición de Motivos y el primer artículo de la Ley General así lo señalan explícitamente). En ese orden de ideas, se debería entender por estabilidad presupuestaria la situación de equilibrio o superávit; además, se remitía a la definición y metodología del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales⁵⁹⁴.

Estas dos leyes contenían los principios generales establecidos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Las leyes de 2001 se fundamentaban en 4 principios rectores. Así pues, en la Ley 18 de 2001: primero, el principio de estabilidad presupuestaria entendida como la situación de equilibrio o superávit presupuestario (artículo 3); segundo, la plurianualidad (artículo 4); tercero, la transparencia (artículo 5); cuarto, el principio de eficiencia (artículo 6). Por otra parte, el artículo 2 de la Ley Orgánica 5 de 2001 dispone que estos mismos principios son aplicables a las Comunidades Autónomas en los términos de la ley orgánica. Además, la Ley Orgánica 5/2001 creó el Fondo de Contingencia⁵⁹⁵ y estableció la obligación de fijar la meta de déficit por parte del Gobierno antes de iniciar el proceso presupuestario propiamente dicho.

⁵⁹³ F. URÍA FERNÁNDEZ, “Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria”, cit., p. 708.

⁵⁹⁴ ESPAÑA, *Ley 18 de 2001*, cit. “Artículo 1. Ámbito de aplicación objetivo. Constituye el objeto de la presente Ley el establecimiento de los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público en orden a la consecución de la estabilidad y crecimiento económicos, en el marco de la Unión Económica y Monetaria, así como la determinación de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva del principio de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con los principios derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y en virtud de la competencia del Estado respecto de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.”

⁵⁹⁵ Según el artículo 15 de la Ley 18/2001, el monto del Fondo correspondía un 2% del techo de gasto fijado por el gobierno. Estos recursos solo podían ser usado para necesidades imposibles de prever.

Respecto de la ejecución del presupuesto prescribía que en caso de que las modificaciones al presupuesto no se pudieran financiar con reducción en otras asignaciones presupuestarias, el gasto se financiaría con cargo al Fondo, con el propósito de mantener el cumplimiento de la meta (Ley 18/2001 artículo 17).

Otro aspecto relevante es que la ley preveía que en caso de que el Estado fuera sancionado por la Unión Europea, la Administración Pública responsable del incumplimiento de los objetivos asumiría su parte de la sanción de manera proporcional (Ley 18/2001 artículo 11).

Los destinatarios de la ley, según el artículo 2 de la Ley General, eran la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades que integran el sistema de seguridad social, las entidades locales, e incluso las sociedades mercantiles dependientes de la Administración central.

Un primer contenido del principio lo propone Ruiz Almendral en los siguientes términos: “la noción de estabilidad presupuestaria implica la existencia de un marco de estabilidad presupuestaria entendido como el resultado del ciclo económico, que en todo caso incorpora la posibilidad de presentar déficits bajo determinadas condiciones... La estabilidad no implica ni se identifica necesariamente con la noción de equilibrio presupuestario, sino que éste puede ser uno de sus resultados”⁵⁹⁶.

Respecto a la fijación del límite de déficit y la plurianualidad, la ley establecía que se deberían fijar los objetivos de estabilidad presupuestaria durante el primer semestre de cada año. Estos objetivos eran plurianuales, es decir, para el ejercicio actual y los siguientes tres períodos consecutivos⁵⁹⁷.

La obligación de fijar los objetivos correspondía a los Ministerios de Hacienda y Economía, previo informe del Consejo de Política Fiscal de las Comunidades Autónomas.

Este objetivo se remitía a las Cortes Generales para someterlo a aprobación, junto con el “cuadro macroeconómico del horizonte plurianual” contenido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. El objetivo aprobado se convertía pues en el límite, de tal

⁵⁹⁶ V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 140.

⁵⁹⁷ ESPAÑA, *Ley 18 de 2001*, cit. Artículo 8.1.

manera que la Ley General de Presupuestos que posteriormente formulara el gobierno debía ceñirse fielmente a dicho objetivo⁵⁹⁸.

Para controlar el cumplimiento se ordenaba la elaboración de un informe sobre el grado de cumplimiento del objetivo trazado. El informe lo realizaba la Intervención General del Estado que lo remitía al Ministerio de hacienda⁵⁹⁹.

En caso de incumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria, la Ley 18/2001, en su artículo 11 en su versión original y posteriormente en el artículo 10.5 (reformado en el año 2006), preveía que, si España resultaba sancionada por incumplir los objetivos de la Unión, los destinatarios de la Ley (definidos en el art. 2) asumirían la parte imputable de las responsabilidades derivadas de dicho incumplimiento.

Resulta relevante que el reproche ante el incumplimiento de los objetivos no atañe a la acción o erogación que ha causado el desequilibrio o gasto adicional, tampoco afecta los actos que dieron lugar a su ocurrencia, sino que el reproche se traslada a la política general desarrollada durante todo el ejercicio⁶⁰⁰.

Las leyes 18/2001 de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001 de 13 de diciembre Complementaria a la LGEP, tras la reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de marzo de 2005, fueron reformadas por la Ley 15/2006 de 26 de mayo, y por la Ley Orgánica 3/2006 de 26 de mayo, ambas refundidas en el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria⁶⁰¹. La flexibilización del Pacto trajo consigo la también flexibilización de la regulación española sobre la materia del año 2001.

Los cambios más significativos de la reforma de 2006 consistieron fundamentalmente en la adecuación del ordenamiento doméstico a las nuevas disposiciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. También tuvo por objeto anticiparse a los recursos de inconstitucionalidad que habían sido iniciados por las

⁵⁹⁸ *Ibid.* Artículo 8.3 y 8.4.

⁵⁹⁹ *Ibid.* Artículo 9.

⁶⁰⁰ J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 40.

⁶⁰¹ J. SALINAS; J. V. PERDÍZ, *Economía política de las reglas e instituciones fiscales*, vol. 4, 1ª, Caja España de Inversiones, León, 2008, p. 43.

Comunidades Autónomas en contra de las disposiciones del 2001⁶⁰². Los principios y las líneas generales permanecieron sin variaciones pero, en armonía con el Pacto, se exigió la estabilidad presupuestaria para el ciclo económico y no para cada ejercicio.

Esta flexibilización supuso un retroceso en los mecanismos de supervisión y de disciplina presupuestaria. Así, las metas fijadas para cada Comunidad Autónoma dependían en buena medida de su poder político y de su afinidad ideológica con el Gobierno central. También permitió la existencia de un déficit permanente para financiar inversiones (incluso por encima de su crecimiento potencial). En última instancia, los planes económico-financieros no fueron exigidos en todos los casos de incumplimiento de los objetivos⁶⁰³.

Otro aspecto fundamental de la legislación del 2001 y de 2006 es que no establecía un “verdadero sistema sancionador interno, sustituyendo las posibles penalizaciones (así, por ejemplo, de carácter financiero) por otras fórmulas de control (...). Sin embargo, dicha legislación nada preveía para los supuestos de falta de presentación, no aprobación o incumplimiento de los reiterados planes”⁶⁰⁴.

En el año 2006 se reformó el alcance del principio de estabilidad presupuestaria en virtud de los sujetos a los que se dirigía. En este sentido, el sector público (la Administración General del Estado, las entidades de Seguridad Social, las Comunidades Autónomas y los entes locales” se le aplicaría el criterio a lo largo del ciclo económico. Por otra parte, las demás entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público vinculados o dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las comunidades autónomas o de las entidades locales, se debía entender que el cumplimiento del principio correspondía a la situación de equilibrio financiero⁶⁰⁵.

Las leyes de 2001 fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas. La sentencia del Tribunal Constitucional 134/2001, que resolvió uno de dichos recursos, es fundamental para la comprensión del principio de

⁶⁰² V. RUIZ ALMENDRAL, *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, cit., p. 139.

⁶⁰³ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, *Revista de estudios regionales*, 105, 2016, p. 78.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 84.

⁶⁰⁵ M. J. RIDAURA MARTÍNEZ, “La reforma del artículo 135 de la constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, p. 243.

estabilidad presupuestaria en el ámbito español. Esta resolución (recurría el Parlamento de Cataluña) se pronunció sobre la constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria del año 2001, como vemos, ¡casi diez años después de haber sido objeto de recurso de inconstitucionalidad! Es importante señalar que la sentencia fue dictada apenas un par de días antes de iniciar el proceso de reforma constitucional.

La sentencia pone de manifiesto que la adopción del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito legal no contradecía ningún principio constitucional. También dedicó buena parte de sus reflexiones a aclarar las competencias en materia de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y el alcance de la función de coordinación del Estado.

La estabilidad presupuestaria ha sido una preocupación constante de la Unión Europea, que se ha trasladado a los países que participan de ella. Esta realidad no ha sido desconocida por el Tribunal, el cual pone de manifiesto la relación existente entre las leyes de estabilidad presupuestaria y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997. Dicha relación supone que, si bien el baremo de control de constitucionalidad no varía por la pertenencia de España a la Unión, tampoco es viable vaciar de contenido al art. 93 CE⁶⁰⁶. En otras palabras, si bien la estabilidad presupuestaria tiene origen en el derecho de la Unión, este hecho no cambia que la constitucionalidad de la ley tenga necesariamente que estar soportada y ajustada a la Constitución y en las normas internas, especialmente en lo que se refiere a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; sin embargo, aclara el tribunal que: “Con este punto de partida advertimos a continuación que “tampoco cabe ignorar ‘la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 CE’ (STC 79/1992, fundamentos jurídico 2)” (STC 79/1992, FJ 1), pero deberemos tener en cuenta en todo caso que “la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas de Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE (STC 28/1991, FJ 4)” (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4)”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 134/2011* FJ 5 y 6.

⁶⁰⁷ *Ibid.* FJ 6.

En este orden de ideas, la estabilidad presupuestaria ha sido entendida por el Tribunal como un fin constitucionalmente legítimo, que se puede desarrollar a través del ejercicio de las competencias contenidas en el art. 149.1.13 y 14 CE, que dan al Estado la “competencia exclusiva” sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, y “Hacienda general y Deuda del Estado”. El Tribunal también sostiene que ésta no es la única norma habilitante, y menciona las competencias contenidas en los numerales 11 y 18 del mismo artículo⁶⁰⁸.

La contradicción con respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, contenida el art. 156.1 CE, se soluciona por el Tribunal dando preferencia a la competencia de la coordinación general de la economía, y al objetivo que corresponde al Estado de garantizar la estabilidad económica según el art. 40.1 CE (STC 134/2011 FJ 8.a). Ahora bien, según el Tribunal, la competencia del Estado para dirigir la economía no le da libertad para intervenir la economía de las Comunidades Autónomas. Sus competencias le permiten tomar medidas que afectan la independencia de la entidad territorial, siempre y cuando tengan una relación directa con los objetivos de política económica (STC 134/2011, donde se reitera la STC 62/2001). Esta consideración es especialmente relevante ya que permite identificar los límites de la intervención del Estado central en las decisiones y en la dirección sobre la economía de las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional también consideró que la supervisión de los presupuestos y la eventual necesidad de elaborar un plan económico-financiero (aprobado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera), en caso de que los presupuestos no estén en equilibrio, son medidas ajustadas a la Constitución. Y, dado que es legítimo imponer las limitaciones al gasto, es natural que también lo sea la competencia que permite supervisar los presupuestos, tanto en su fase de aprobación como en la de liquidación; de lo contrario, la competencia del Estado quedaría sin efecto (STC 134/2011 FJ 11, donde se reitera la STC 62/2001).

El Tribunal también se pronunció sobre la constitucionalidad respecto de la proyección del principio de estabilidad presupuestaria, entendiendo que el principio debe ser aplicado a los diferentes presupuestos del sector público (estatal, autonómico y local).

⁶⁰⁸ *Ibid.* FJ 7.

La disciplina presupuestaria debe entenderse como un marco dentro del cual se deben ejercer las políticas locales, es decir, forma parte de la regulación básica. Además, respecto de la posibilidad de que resulte amenazada la suficiencia financiera, el Tribunal recalca que esta obligación no altera la participación de las entidades locales en los tributos estatales (STC 134/2011 FJ 12 y 13).

“En relación con las Haciendas Locales, la STC 134/2011 precisa que lo garantizado por la Constitución en relación con las Haciendas Locales es la suficiencia de ingresos y no la autonomía financiera. Además, la estabilidad no es más que un marco presupuestario, una regla exógena y previa sobre la relación entre el conjunto de ingresos y de gastos de la Entidad Local, por lo que no vulnera la autonomía de la Entidad Local, porque no altera en sus competencias materiales. Asimismo, la fijación de límites de endeudamiento a las Entidades Locales es compatible con la autonomía local porque influye en la política crediticia y en el sistema equilibrio financiero del sistema económico del Estado”⁶⁰⁹.

Otro aspecto relevante en la argumentación del Tribunal hace referencia al impacto que tiene el objeto regulado en las finanzas generales del Estado. Es decir, el cumplimiento o incumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria por parte de los tres niveles es fundamental con relación al cumplimiento general de los objetivos, de ahí se resalta la necesidad de que el nivel local también los cumpla. En consecuencia, la supervisión y autorización de las operaciones de crédito por parte del Ministerio hacia las entidades locales (cuyos presupuestos no estén en equilibrio), obviando la participación del nivel autonómico, se ajusta al orden constitucional. Además, la competencia autonómica en materia de tutela financiera continúa vigente, y la supervisión estatal está condicionada a la situación de desequilibrio en los presupuestos locales, dejando incólume la competencia autonómica en los supuestos de hecho restantes (STC 134/2011 FJ 15 y 16).

Respecto de la necesidad de autorización hacia los entes locales por parte del Estado, para contratar deuda con entidades que no tengan su residencia legal en España o en otra moneda, alegaba la Generalitat que esta competencia le correspondía y que la

⁶⁰⁹ M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria y el desarrollo de la actividad financiera pública tras la ley orgánica 2/2012”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, 160, 2013, p. 142.

autorización por parte del Estado desnaturaliza la competencia de tutela financiera y, en esa medida, el Estado rebasa su competencia de elaborar una regulación básica. El Tribunal Constitucional declara en su decisión que esta competencia se deriva del artículo 149.1.11, .13 y .14 CE, que es necesaria, y que está justificado con relación al cumplimiento de estos objetivos, mantener competencias de carácter ejecutivo e incluso reglamentario en el Estado. Y en el caso que se estudia, resulta claro que la responsabilidad del mantenimiento del equilibrio económico corresponde al Estado y, en consecuencia, deberá conservar la competencia de autorizar o no operaciones de crédito (STC 134/2011 FJ 8.e.).

Una de las competencias fundamentales para garantizar el cumplimiento del principio es la de fijar el objetivo de estabilidad para las entidades locales. Esta competencia es de titularidad del Gobierno, a propuesta del Ministerio de Economía, previo informe de la Comisión Nacional de Administración Local⁶¹⁰.

De la corrección de las situaciones de desequilibrio, tanto en la fase de aprobación como en la de liquidación, deriva la competencia de supervisión, por parte del Ministerio de Hacienda, del plan económico-financiero que deben presentar los entes locales en situación de desequilibrio. En ese mismo sentido, la autorización, por parte del Ministerio, para la realización de operaciones de crédito, son competencias que se derivan de la función de coordinación. Además no se vulnera la autonomía financiera toda vez que no existe una imposición de un presupuesto (STC 134/2011 FJ 9 y 10).

Por todo lo anterior el Tribunal Constitucional desestima el recurso, pero su decisión permite definir claramente el alcance del principio de estabilidad presupuestaria.

Con relación a nuestro estudio, nos interesa la idea de que las normas sobre estabilidad presupuestaria eran por sí mismas compatibles con la Constitución con anterioridad a la reforma del año 2011 y, en consecuencia, para preservar la estabilidad presupuestaria era suficiente un marco legal compuesto por las leyes de estabilidad presupuestaria y los tratados y disposiciones europeas sobre la materia. Este conjunto de normas permitía contener el déficit y la deuda pública en los diferentes niveles territoriales (estatal, autonómico y local).

⁶¹⁰ Este apartado se somete al recurso por parte de la Generalitat, ya que esta última no tiene participación en la Comisión.

Lo que es seguro es que la implementación del principio de estabilidad presupuestaria fortalece las competencias estatales y despeja las pocas dudas que podría haber dejado las STC 134/2011.

No obstante, pese al aparente cambio en los títulos competenciales para coordinar y supervisar la actividad económica, la STC 157/2011, FJ 1 sostiene que los títulos no han variado, pero que el 135 CE “corroborar” la competencia del Estado en esta materia que ya había sido advertida por este Tribunal en la STC 134/2011, FJ 3⁶¹¹. Con todo, la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera se ampara directamente en el artículo 135 CE sin mencionar el 149.1 al que se refiere la STC 134/2011 y las demás decisiones al respecto.

d. El Pacto Fiscal y otros mecanismos de contención del gasto y de la deuda.

La identificación de las normas europeas vigentes en el momento de la reforma de la Constitución española del año 2011, así como de las posteriores, permiten entender el contexto en el que se produjo esta modificación del texto constitucional español.

La crisis en la zona euro provocó que la Unión Europea tomara una serie de medidas con el propósito de aminorar sus efectos más graves para los Estados. Las condiciones de urgencia fueron determinantes en la previsión de los medios para lograr los objetivos. Por esto, se han dado bandazos en la materia hasta llegar a la consolidación de un mecanismo permanente. Las medidas pueden ser clasificadas en dos grupos: las de ayuda a los Estados miembros y las de supervisión.

a) Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera -MEEF- (Reglamento (UE) 407/2010). Este instrumento permite a los Estados obtener financiación a través de la Unión Europea. Concretamente, este reglamento permite a la Comisión obtener crédito en nombre de la Unión Europea con el propósito de abrir líneas de crédito al Estado que solicite la ayuda. El préstamo está sujeto a la presentación de planes de normalización de la situación económica, que permitan al Estado volver a tener financiación en el mercado financiero⁶¹².

⁶¹¹ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 157/2011* FJ 1.

⁶¹² UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.*

- b) Facilidad Europea de Estabilidad Financiera -FEEF-. Este instrumento se constituyó como una sociedad anónima en Luxemburgo en el año 2010 con el propósito de prestar ayuda financiera a los Estados miembros bajo estricta condicionalidad. Desde el año 2013 no presta nuevas líneas de crédito, ya que fue reemplazado por el MEDE. El FEEF sigue manejando las ayudas que se concedieron a Grecia, Portugal e Irlanda bajo ese modelo.
- c) Y, el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE, en inglés European Stability Mechanism ESM). Para la conformación del MEDE se reformó el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento del Unión Europea⁶¹³. Este Mecanismo es una organización intergubernamental basada en un tratado internacional entre los Estados del eurogrupo⁶¹⁴. El Mecanismo cuenta con 700 mil millones de euros de capital autorizado (artículo 8 del Tratado). El MEDE es un “fondo de rescate” que se activa con respecto a aquellos que han suscrito el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza y han constitucionalizado la estabilidad presupuestaria⁶¹⁵, bajo el criterio de “estricta condicionalidad”, además prevé una estrecha colaboración con el FMI⁶¹⁶.

En segundo lugar, las medidas de supervisión, que se establecieron mediante el *Six Pack*, el *Two Pack*, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza.

Este es el orden cronológico de las normas y de algunos acontecimientos importantes:

En diciembre de 2009 se suscribió el Tratado de Lisboa; en el año 2011 se creó el MEDE, que empezaría a funcionar a partir de septiembre del mismo año; también desde marzo se habían iniciado las negociaciones para el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza, en marzo del 2011 se había cerrado el Pacto por el Euro Plus⁶¹⁷ que

⁶¹³ UNIÓN EUROPEA, 2011/199/UE: *Decisión del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.*

⁶¹⁴ *TRATADO CONSTITUTIVO DEL MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD*, 2012.

⁶¹⁵ M. Á. MARTÍNEZ LAGO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, en Diego López Garrido, Ma Luz Martínez Alarcón (eds.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, vol. 227, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 148.

⁶¹⁶ Para una visión comprensiva del proceso y de las implicaciones del MEDE ver TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (PLENO), *Sentencia de 27.11.2012 - Asunto C-370/12 Pringle*, 2011; D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la Sentencia Pringle”, *Revista General de Derecho Europeo*, 29, 2013.

⁶¹⁷ EUCO 10/1/11 Conclusiones del Consejo Europeo de los días 24 y 25 de marzo de 2011. Anexo 1.

consistió en un acuerdo político que buscaba aumentar la competitividad, así como la coordinación de las políticas económicas. Las obligaciones más concretas del Pacto por el Euro Plus pasan por reformar el modelo laboral, el de pensiones y en general las prestaciones sociales. Además, se da el primer paso para la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en el sentido de que cada Estado se comprometía a “traducir en legislación nacional las normas presupuestarias de la UE establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Los Estados miembros seleccionarán el instrumento jurídico nacional específico que se emplee, pero se cerciorarán de que posea un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido (por ejemplo, constitucional o de ley marco)”. Las metas que cada país se trazara se incluirían en su Plan de convergencia o Programa de estabilidad y tendrían un control político, en el marco de la supervisión ordinaria⁶¹⁸.

En julio del año 2011 ya se conocía el contenido del *Six pack*, que había sido anunciado desde marzo del año 2011, y que sería aprobado por el Parlamento en septiembre del mismo año.

Con este panorama, ya se hacía notoria la necesidad de reformar la Constitución en España, de cara a cumplir con el Pacto por el Europlus y con las normas del futuro Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. Además, los contenidos del *Six Pack* pronto entraría en vigor también. En el año 2013 entro en vigor el *Two Pack* que termina de configurar las normas en materia presupuestaria.

Ahora vamos a desarrollar esta normatividad (la del ámbito europeo) y dejaremos la reforma de la Constitución para el final.

a. El *Six pack*

El *six pack* (cinco reglamentos y una directiva) tuvo por objeto dinamizar la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, concretamente sus dimensiones de supervisión y, en especial, la puesta en funcionamiento de los procedimientos de déficit excesivo.

⁶¹⁸ “a lo sumo, el Pacto por el Euro Plus se asimila, como parte de las Conclusiones del Consejo Europeo, a una Resolución en el sentido de una suerte de compromiso normativo auto impuesto. A favor de estas interpretación abogan especialmente las referencias tanto a la función de compromisos nacionales concretos por parte de los Jefes de Estado o de Gobierno, como a la supervisión de los compromisos y de su cumplimiento por parte del Consejo Europeo” A. WEBER, “Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la Unión Monetaria”, 1, 2013, p. 48.

- Se establecen sanciones para los Estados cuya moneda sea el Euro para potenciar el cumplimiento de los componentes preventivo y corrector del PEC, que corresponden a depósitos de hasta un 0,2% del PIB. El procedimiento para imponer dichas sanciones sería el siguiente: una vez verificado el incumplimiento por parte del Consejo, éste dará noticia a la Comisión que, a su vez, recomendará al Consejo que obligue a constituir el depósito correspondiente ante la Comisión. Si el Consejo encuentra que el Estado no ha tomado las medidas correspondientes, la Comisión recomendará al Consejo que se multe al Estado por un monto correspondiente al 0.2% del PIB. También se implementan multas para sancionar la manipulación de estadísticas por un monto que no supere el 0,2% del PIB del ejercicio anterior. En caso de disputa será el Tribunal Europeo quien dirima el conflicto. Tiene la competencia de anular, reducir e incluso aumentar el monto de la multa⁶¹⁹.
- Se establecen sanciones para corregir los desequilibrios macroeconómicos. En este caso se hace referencia al 0,1% a título de multa anual y se aplica cuando se han adoptado dos Recomendaciones sucesivas por parte del Consejo y, además, el plan de medidas presentado por el Estado se considera insuficiente⁶²⁰.
- Se define el contenido, presentación, examen y seguimiento de los Programas de Estabilidad y de los Programas de Convergencia (en este instrumento están los criterios de evaluación de dichos programas). Además se implementa el Semestre europeo⁶²¹.
- Se incluyen el mecanismo de alertas, los indicadores para la evaluación de los desequilibrios financieros, y el procedimiento de desequilibrio excesivo (determinación de medidas correctoras)⁶²².
- Se aclara y acelera el Procedimiento de Déficit Excesivo⁶²³.
- Se establecen normas detalladas sobre los marcos presupuestarios. Además, se concreta la obligación de que las previsiones macroeconómicas y presupuestarias sean realistas, bajo el escenario más probable y prudente⁶²⁴.

Además del *Six pack*, en este momento se encontraba en curso la negociación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. Esta circunstancia es relevante toda

⁶¹⁹ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.*

⁶²⁰ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo.*

⁶²¹ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.*

⁶²² UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.*

⁶²³ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.*

⁶²⁴ UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.*

vez que la reforma constitucional *per se* ya cumplía con uno de los compromisos futuros que establecería el Tratado; además, el contenido del Tratado demuestra que sus contenidos fueron trasladados al ámbito constitucional antes de que éstos fueran obligatorios.

b. Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria

El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria es conocido como el “pacto fiscal”. Para nuestro objeto de estudio, lo más relevante es el “pacto presupuestario”, contenido en el Título III de dicho Tratado.

Lo primero que conviene advertir es que este Tratado es un acuerdo intergubernamental firmado por veinticinco Estados de la Unión (Reino Unido y la República Checa se quedaron fuera del Tratado). Dada la envergadura de las disposiciones del Tratado, se requería de la unanimidad para integrarlo al Derecho de la Unión (por tanto, el uso del mecanismo de revisión de los tratados). Como consecuencia de la negativa de Reino Unido y de la República Checa, se suscribió este Tratado al margen del Derecho de la Unión, pero con la pretensión de incluirlo en el futuro (art. 16)⁶²⁵. El hecho de que este Tratado no forme parte del Derecho de la Unión es relevante toda vez que las remisiones del artículo 135 CE, como veremos más adelante, no pueden entenderse como remisiones a este Tratado en concreto.

El artículo 1 del Tratado establece como objetivo: “reforzar el pilar económico de la Unión Económica y Monetaria”⁶²⁶. Para lograrlo propone como medio la adopción de normas que promuevan la disciplina presupuestaria, el refuerzo de la coordinación de las políticas económicas y una mejora de la gobernanza de la zona euro.

⁶²⁵ *TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA*. art. 16 En el plazo máximo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, se adoptarán, sobre la base de una evaluación de la experiencia en su aplicación, las medidas necesarias, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de incorporar el contenido del presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea.

⁶²⁶ *Ibid.* art.1 “1 En virtud del presente Tratado, las Partes Contratantes acuerdan, en su condición de Estados miembros de la Unión Europea, reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social.(...)”

Las partes se comprometen a que la situación presupuestaria de las administraciones públicas sea de equilibrio o superávit (art. 3.1.a)⁶²⁷.

Se entiende que existe equilibrio cuando el saldo estructural alcanza los objetivos nacionales y, en todo caso, atendiendo al límite de déficit estructural menor del 0,5% establecido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Este índice puede ser superado en circunstancias excepcionales (art. 3.1.c), entendidas como “acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante y tenga una incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión

⁶²⁷ *Ibid.* art. 3:

“1 Las Partes Contratantes aplicarán, además de sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión Europea y sin perjuicio de ellas, las normas establecidas en el presente apartado:

a. la situación presupuestaria de las administraciones públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit;

b. la norma establecida en la letra a) se considerará respetada si el saldo estructural anual de las administraciones públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado. Las Partes Contratantes garantizarán la rápida convergencia hacia su respectivo objetivo a medio plazo. El calendario para lograr dicha convergencia lo propondrá la Comisión Europea tomando en consideración los riesgos específicos para la sostenibilidad de cada país. Los avances hacia el objetivo a medio plazo y su observancia serán objeto de una evaluación global que tome como referencia el saldo estructural e incluya un análisis del gasto excluidas las medidas discrecionales relativas a los ingresos, en consonancia con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado;

c. las Partes Contratantes podrán desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo únicamente en las circunstancias excepcionales definidas en el apartado 3, letra b);

d. cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60 % y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos, el límite inferior del objetivo a medio plazo especificado en la letra b) podrá alcanzar un déficit estructural máximo del 1 % del producto interior bruto a precios de mercado;

e. en el caso de que se observen desviaciones significativas del objetivo a medio plazo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo, se activará automáticamente un mecanismo corrector. Este mecanismo incluirá la obligación de la Parte Contratante de que se trate de aplicar medidas para corregir las desviaciones en un plazo de tiempo determinado.

2 Las normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales. Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1. Dicho mecanismo corrector respetará plenamente las prerrogativas de los Parlamentos nacionales.

3 A los efectos del presente artículo, serán de aplicación las definiciones establecidas en el artículo 2 del Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo a los Tratados de la Unión Europea.

A los efectos del presente artículo se aplicarán además las siguientes definiciones:

a por «saldo estructural anual de las administraciones públicas» se entenderá el saldo anual ajustado en función del ciclo, una vez excluidas las medidas puntuales y las de carácter temporal;

b por «circunstancias excepcionales» se entenderá aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo.

económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante no ponga en el peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo ” (art.3.3.b). El índice del 0,5 de déficit estructural también puede ser superado cuando los niveles de deuda estén “muy por debajo del 60%” y no haya riesgos para la sostenibilidad a largo plazo; en todo caso se podrá superar solo hasta un 1%.

El Tratado contiene una novedad: exige que las normas que las obligaciones que acabamos de enumerar, es decir, el equilibrio de los presupuestos de las Administraciones Públicas, los límites de déficit estructural, así como las condiciones excepcionales de superación de dicho índices, sean incluidas dentro de los ordenamientos internos “mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferiblemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales” (art. 3.2 de TECG). También obliga a que las partes establezcan mecanismos de corrección en el ámbito nacional que aseguren el cumplimiento de las medidas, así como instituciones independientes que supervisen el cumplimiento de las disposiciones.

Esta previsión, en parte, obedece a que el Tratado no constituye Derecho originario de la Unión, sino que es un tratado internacional. Esto tiene un impacto significativo respecto de la remisión a la que alude la reforma constitucional.

En caso de que se rebase el nivel de deuda, los Estados Parte se comprometen a reducirla en una veintava parte al año (art. 4 TECG)⁶²⁸. Esta disposición da un nuevo contenido a la expresión “a un ritmo satisfactorio” a la que hacía referencia el PEC en cuanto a la reducción de la deuda.

⁶²⁸ *Ibid.* art. 4: “Cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto de una Parte Contratante rebase el valor de referencia del 60 % mencionado en el artículo 1 del Protocolo (n.º 12) sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo a los Tratados de la Unión Europea, tal Parte Contratante la reducirá a un ritmo medio de una veintava parte al año como referencia, según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1467/97 del Consejo, de 7 julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, modificado por el Reglamento (UE) n.º 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011. La existencia de un déficit excesivo debida al incumplimiento del criterio de la deuda se decidirá de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

El Tratado también prevé los Programas de colaboración presupuestaria y económica, para los casos en los que esté operando el Procedimiento de Déficit Excesivo. Estos Programas corresponden a lo regulado posteriormente por el *Two Pack*.

Los Estados se comprometen a informar de sus planes de emisión de deuda con el propósito de “coordinar mejor la planificación de sus emisiones de deuda nacional” (art. 6).

Otra obligación de las Partes, bastante *sui generis*, es la de apoyar las propuestas y recomendaciones de la Comisión Europea cuando se observe el incumplimiento de los criterios. Para afianzar esta obligación, se adopta el sistema de mayoría cualificada inversa, es decir, que una recomendación de la Comisión queda adoptada a menos que se oponga una mayoría cualificada del Consejo (art. 7). Esto recuerda claramente el incidente entre la Comisión y el Consejo frente al incumplimiento por parte de Alemania y Francia en el año 2005, que condujo a una flexibilización del Pacto de Estabilidad.

Este Tratado obliga a los Estados a sancionar y establecer un verdadero sistema económico. Las obligaciones del Tratado demuestran que se busca reducir el espacio de decisión parlamentaria e incluso del poder ejecutivo sobre estas cuestiones. Advertimos que el sistema económico, en el ámbito constitucional, debería estar gobernado por principios asegurándose de esta manera la apertura constitucional, el pluralismo, e incluso el respeto de la decisión mayoritaria (que puede cambiar con el tiempo). Con este Tratado, al menos en algunos aspectos, se echa mano de las reglas, que se incorporan a la Constitución eliminando la apertura que le es propia.

“Lo sorprendente de todo este proceso es que, tanto por lo que se refiere al señalamiento de los *topes cuantitativos de déficit y endeudamiento* -fruto de compromisos políticos, y que se tratan de justificar obviando posibles alternativas, lo que denota es un componente arbitrista-, como por los *procedimientos de supervisión* y control está pareciendo una idea burocrático-contable del gobierno de la economía en vez de una verdadera dirección de la política económica. El sistema parece contentarse con el mero control jurídico de unos topes o parámetros en los que las instituciones de la Unión emitirían los preceptivos informes y recomendaciones y, llegado el caso, se producirá la adopción de medidas correctoras. Nos preguntamos: *¿dónde está entonces la acción del gobierno, la dirección política europea? ¿no habremos cambiado la dirección*

gubernamental doméstica por nada, quedando desarmados los europeos en manos de los mercados?"⁶²⁹.

c. *Two Pack*

Para completar la fórmula de la gobernanza económica europea, en 2013 se implementó el *Two pack*⁶³⁰. Este es un paquete de medidas que viene a reforzar el Semestre Europeo, que consiste en agregar una fase al ciclo presupuestario, previa a la aprobación de los presupuestos por parte de los parlamentos nacionales. Esta nueva fase se desarrolla en el marco de las instituciones europeas, en este caso el Consejo Europeo, y busca afianzar la coordinación *ex ante* de las políticas económicas de los Estados. Tiene por objetivo guiar la elaboración general de los presupuestos estatales, los programas de reforma y los planes nacionales de estabilidad, en concordancia con los objetivos de la Unión.

El *Two pack* define la coordinación y plazos para presentar los presupuestos y de esta manera realizar un control eficiente y a tiempo de los presupuestos de los Estados; además incluye la posibilidad de pedir a los gobiernos que modifiquen dichos presupuestos a solicitud de la Comisión. La fase preparatoria consiste en presentar los resultados del ejercicio que está concluyendo (noviembre o diciembre). Posteriormente, durante una primera fase, se prepara el “Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento”, en el que se establecen las políticas económicas de manera general que se envían al Parlamento europeo (enero–febrero). A continuación, el Estudio Prospectivo se concreta en recomendaciones para que cada Estado las tenga en cuenta a la hora de elaborar el proyecto de presupuesto (marzo). La segunda fase corresponde a los Estados, que presentan sus planes de convergencia y de reformas, y programas de estabilidad (hasta finales de abril). Luego, la Comisión evalúa los planes presentados y prepara un proyecto de recomendaciones específicas para cada país (mayo). Acto seguido, el Consejo de la Unión trata las recomendaciones y acuerda las definitivas y el proceso finaliza con el refrendo por parte del Consejo Europeo de esas recomendaciones (junio). Una vez

⁶²⁹ F. J. GARCÍA ROCA; M. Á. MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, cit., p. 59.

⁶³⁰ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades; Reglamento (UE) 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro*.

refrendadas son adoptadas por el Consejo de la Unión y comunicadas a los países para su aplicación (julio). La última fase corresponde a los Estados, que deben aprobar los presupuestos y presentarlos en el mes de octubre a la Comisión y al Eurogrupo⁶³¹.

El Semestre Europeo pone en marcha una supervisión férrea de los presupuestos desde su fase de elaboración. Las facultades de la Unión en este sentido son muy amplias; no se circunscriben a la mera supervisión, sino que la Unión desempeña un papel activo en las decisiones que toma cada Estado, a través de las recomendaciones.

El problema que plantea este procedimiento es que la Constitución tiene previsto un mecanismo para la aprobación de los presupuestos. En él, si bien las competencias del poder legislativo son bastante limitadas, se permite que, a través del ejercicio discursivo y deliberativo que supone el principio democrático, se puedan llegar a producir acuerdos sobre los mismos y que, por tanto, dichos presupuestos puedan ser considerados un “producto democrático”. Sin embargo, la existencia de todo el proceso que implica el Semestre Europeo, que se desarrolla entre los gobiernos y las instituciones europeas, conduce a que los presupuestos una vez han recibido el visto bueno por parte de la Unión reducen el debate democrático en el ámbito local. En otras palabras, el diseño de la Constitución para la aprobación de los presupuestos no tiene previsto (por obvias razones) el inicio del ciclo presupuestario en las instituciones de la Unión y, en esa medida, los controles constitucionales parlamentarios no existen durante esta fase previa. No está de más advertir que esta fase podría y debería ser objeto de deliberación o, al menos, de seguimiento por parte de los parlamentos nacionales como expresión del principio democrático y de representación.

El efecto de que los presupuestos lleguen al parlamento previamente aprobados por la Unión produce una *sensación* o idea de legitimidad democrática respecto de dichos presupuestos y mengua, aún más, las competencias parlamentarias en este aspecto. Es decir, si bien la viabilidad que estudia la Unión y su visto bueno aumenta la confianza en dichos presupuestos desde un punto de vista técnico económico y jurídico con respecto al ordenamiento comunitario, lo cierto es que el debate parlamentario de cada Estado queda aún más mermado.

⁶³¹ CONSEJO EUROPEO, “Cómo funciona el Semestre Europeo”.

El *two pack* tiene aplicación automática y uniforme en vista de que se regula a través de Reglamentos. El Reglamento (UE) 473/2013, dirigido de manera general a los países de la zona euro, tiene por objetivo reforzar la supervisión de las políticas económicas. Además, obliga a los Estados a crear autoridades u organismos independientes encargados de vigilar el cumplimiento de las reglas fiscales establecidas por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (los límites de deuda y déficit)⁶³². Dicha obligación inspiró en buena medida la creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en España sobre la que volveremos. Y el Reglamento (UE) 472/2013, más concreto, que refuerza la vigilancia respecto de los países que puedan estar riesgo de alcanzar un déficit excesivo, o que sean beneficiarios de ayudas del MEDE o de otros fondos de la Unión.

El segundo reglamento es especialmente interesante desde una perspectiva constitucional ya que limita severamente las posibilidades de los gobiernos y somete sus actuaciones políticas a una supervisión detallada. En este se prevén los informes periódicos que debe presentar el Estado ante las instituciones europeas (hasta haber pagado el 75% de los fondos de los que se ha beneficiado) y se prevén misiones *in situ* para asesorar sobre la aplicación de los programas de ajuste macroeconómico. Por otra parte, mientras que un Estado esté bajo este modelo de vigilancia, queda exonerado de la presentación de los programas de ajuste macroeconómico regulares; también se suspenden los procedimientos de déficit excesivo en caso de que estén en curso, así como del semestre europeo.

Es decir, este Reglamento es un instrumento de carácter correctivo y temporal, sus medidas suspenden la aplicación de los que podríamos denominar la supervisión “ordinaria” y, dada su carácter especialmente incisivo, se nos muestra como un régimen especial de vigilancia⁶³³.

En definitiva, los diferentes mecanismos de apoyo al cumplimiento del principio de estabilidad se imbrican de manera progresiva hasta lograr un auténtico control sobre las decisiones presupuestarias de los Estados miembros. Hasta el punto de que la Unión Europea tiene una participación activa en la confección de los presupuestos por la vía de la supervisión. Con el MEDE, en caso de los países en crisis, se fortalece la capacidad decisoria de la Unión respecto de las políticas económicas (presupuestarias) internas. El

⁶³² UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 473/2013*, cit. art. 5.

⁶³³ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (UE) 472/2013*, cit.art. 13.

MEDE crea incentivos para que los países con mayor incertidumbre alineen sus políticas de acuerdo con las condiciones fijadas por la Unión; es decir, que haya una verdadera obediencia a las directrices europeas.

De facto, no es posible hablar de una competencia en el sentido jurídico del término. Sin embargo, materialmente es evidente lo determinante que resulta la institucionalidad europea como límite a las competencias en materia presupuestaria de cada Estado. Esta transformación no necesariamente tiene que ser tachada de “indebida” o “mala”. Pero resulta importante reconocerla para comprender su alcance y limitarla, regularla o, al menos identificar la necesidad de aumentar los controles democráticos a su ejercicio.

Además, el Fondo Monetario Internacional participa activamente del MEDE junto al Banco Central Europeo y la Comisión. Sin embargo, el Fondo no forma parte de las instituciones europeas y, en consecuencia, no puede ser objeto de control político de ningún tipo en el seno de la Unión. Por lo tanto, el poder de injerencia sobre los Estados, dada la condicionalidad estricta que implementa este mecanismo, debe ser objeto de reflexión y de definición desde un punto de vista democrático y constitucional.

2. La reforma constitucional y su relación con la crisis económica

La Constitución española es rígida. Para su reforma se establecen dos mecanismos diferentes, ambos agravados, uno que podría denominarse simple u ordinario (art. 167 CE), y otro más complejo que se reserva para los temas más sensibles de la Constitución (art. 168 CE).

Dada la ubicación del artículo 135 CE, no era necesario utilizar el procedimiento más agravado dispuesto en el artículo 168 de la Constitución, sino el más sencillo del artículo 167⁶³⁴.

España tiene poca experiencia en materia de reforma constitucional, y en este sentido, no hay una doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia; con todo la doctrina sí que se ha dedicado con profundidad⁶³⁵. Es importante señalar que, al no preverse

⁶³⁴ Una explicación breve de los supuestos que habilita uno u otro procedimiento en: P. PÉREZ TREMPES, “Las reformas de la Constitución hechas y las reformas por hacer, cuarenta años después”, en *España constitucional (1978-2018)*, vol. 1, 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2018.

⁶³⁵ L. I. GORDILLO PÉREZ, “Repertorio bibliográfico sobre la reforma constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012.

normativamente una restricción explícita sobre la aplicación de procedimientos acelerados para la reforma, las que hasta ahora se han producido se han tramitado por la vía de lectura única⁶³⁶ y de urgencia.

Esta singularidad contrasta con el grado de dificultad que la Constitución ha previsto para su reforma. Para completar las notas general.

La reforma constitucional del año 2011 se fraguó en una España que se encontraba sumida en una crisis económica desde el año 2007, con crecimiento negativo de la economía y cifras desempleo galopantes que, en su peor momento, llegaron a superar el 25% de la población económicamente activa⁶³⁷. La pertenencia del Estado español a la Unión Europea hizo imposible tomar medidas concretas para paliar estos problemas. Así, las medidas monetarias están concentradas en el Banco Central Europeo, mientras que las económicas requieren de la aceptación, en buena medida, del Consejo y de la Comisión, según el caso.

La “capacidad constituyente” de la crisis merece que un pequeño esbozo sobre lo acontecido para entender de dónde procedía la fuerza que cambiaría el rumbo de la Constitución económica de España y, en buena parte, de los demás Estados de la Unión Europea.

Una reacción en cadena tuvo lugar en el verano del año 2007. En Estados Unidos, el mercado de las hipotecas de alto riesgo estaba a punto de romperse (las famosas “*sub-prime*”). El mercado hipotecario había recibido grandes cantidades de inversión como producto de la baja tasa de interés del mercado financiero de los Estados Unidos. Las tasas estaban por el suelo para compensar la caída de las empresas “.com” y la inyección de capital fue recibida por el mercado inmobiliario; era un mal negocio ahorrar. Así pues, cualquier persona podía acceder a un crédito hipotecario. En caso de que se previera que no podría pagar, simplemente se le prestaba a más alto interés, y si no podía pagar los

⁶³⁶ ESPAÑA, *Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982*. La lectura única está prevista en el artículo 150 del Reglamento del Congreso y prevé su aplicación “1. Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita (...)”. Hay que señalar que no existe una interpretación restrictiva respecto de la diferencia entre el proceso de formación de las leyes y del procedimiento de reforma constitucional. La utilización de estos mecanismos debería estar reservada únicamente para los casos de procesos legislativos, mientras que el procedimiento de reforma constitucional, dada su especialidad e importancia, debería interpretarse como un proceso diferente y que no es dable cambiar o flexibilizar en virtud del Reglamento del Congreso.

⁶³⁷ Se estima que en el año 2013 llegó a 26.1%. EUROSTAT, *Unemployment rate - annual data*, Eurostat, fecha de consulta 25 mayo 2019, en <https://ec.europa.eu/eurostat/>.

intereses fijados, se pasaban al capital y así las cuotas se podían mantener bajas. Todas estas hipotecas fueron empaquetadas en títulos negociables (productos financieros). “Tras este proceso de empaquetamiento de hipotecas, venta, reordenación del paquete, recalificación de los activos, nueva reventa, etcétera, al final llegó un momento en el que nadie sabía lo que tenía en el balance, quién debía dinero y a quién, ni cuál era el riesgo real de los activos con que comerciaba”⁶³⁸.

Una vez aumentan las tasas de interés, suben las cuotas de los créditos y, de manera correlativa, (ante el exceso de oferta), los precios de las viviendas empiezan a descender. Hay que señalar que el valor de la garantía de la obligación era inferior al valor de crédito, de tal manera que la solución de los deudores de créditos hipotecarios fue dejar de pagar, así que, solo en el año 2006, hubo un millón doscientos cincuenta mil desahucios hipotecarios en Estados Unidos.

De esta forma, el mercado interbancario se resiente, por decir lo menos; se paraliza como consecuencia de la desconfianza existente.

“El 18 de julio, el banco de inversión de Estados Unidos, Bear Stearns, anuncia la quiebra de tres *hedge funds* por las pérdidas en las hipotecas *subprime* y el fenómeno se traslada muy pronto a Europa, pues el 7 de agosto de 2007, el banco francés BNP Paribas suspende la retirada de dinero de tres de sus fondos y solo dos días después se produce la intervención de la Reserva Federal y del Banco Central Europeo (BCE) con 200.000 millones de dólares expresando el BCE el 10 de agosto de 2007 «una crisis sin precedentes, desconocida en la reciente historia económica»⁶³⁹

Una vez se conoció el valor real de los productos, que habían recibido buenas evaluaciones por parte de las calificadoras de riesgo, las cosas iban a cambiar radicalmente. La confianza había sido sustraída del mercado en cuestión de días. Así pues, el mercado interbancario se ralentizaba y se comprometía la liquidez. La caída de Northern Rock y de Lehman Brothers logró generar desconfianza con relación a todas las entidades financieras y esto imposibilitaba el flujo del mercado. Los productos financieros tóxicos que distribuían el riesgo de manera opaca minaron la credibilidad del sistema financiero

⁶³⁸ G. BEL I QUERALT; A. ESTRUCH MANJÓN, “Crisis financiera y regulación. Tentación, pecado, penitencia y propósito de enmienda”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 4, 2009.

⁶³⁹ A. EMBID IRUJO, *El derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009, p. 13.

mundial que quedó al borde del abismo; hoy se sabe que la mitad de los títulos basura habían sido adquiridos por instituciones financieras europeas gracias a la libre circulación de capitales⁶⁴⁰.

La crisis se asienta en España y en el resto de Europa en el año 2008, justo un año después que en Estados Unidos.

Situaciones como el crecimiento de la deuda pública durante la crisis daban cuenta de la necesidad de apaciguar el mercado; la prima de riesgo⁶⁴¹ había aumentado y en esa misma medida la deuda pública. En agosto del año 2011 (momento de la reforma), la prima de riesgo estuvo cerca de alcanzar los 400 puntos básicos, y el 23 de julio de 2012, uno de los peores momentos de la crisis, la prima alcanzó 630 puntos básicos.

Por otra parte, los mercados estaban alterados por la situación de Grecia, Portugal e Irlanda, que amenazaban con entrar en suspensión de pagos. Se temía que Grecia pudiera quedar fuera de la Unión y, en la lista de países con problemas en su economía, seguía España. Como colofón, en 2010 se había descubierto que Grecia, además de tener un alto índice de déficit y de deuda, había estado manipulando los estados financieros que presentaba a la Unión Europea; por lo tanto, la credibilidad del sistema y de la moneda se veían comprometidas⁶⁴².

En el caso español, la economía estuvo en recesión entre el tercer trimestre de 2008 hasta 2010, con un crecimiento negativo del -3,6% durante el 2009. Para el año 2010 se “recuperó” a un 0,01% de crecimiento positivo, pero en el año 2011 se registraba crecimiento negativo nuevamente con un -1%, seguido en 2012 de un -2,9% y en 2013 un -1,7%⁶⁴³.

La situación de la economía fue el mejor impulsor de la reforma que estamos estudiando. Ahora bien, en materia política también hay información que resulta útil para la comprensión de lo acontecido. El gobierno de Rodríguez Zapatero, ya desgastado,

⁶⁴⁰ A. J. MENÉNDEZ, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, EOLAS Ediciones, 2012, p. 33.

⁶⁴¹ La prima de riesgo es un índice para establecer la diferencia en el precio de colocar deuda en el mercado por parte de un Estado con respecto a otro. En Europa se calcula con el Bono a 10 años con respecto al Bono de Alemania.

⁶⁴² A. BAR CENDÓN, “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea”, *Teoría y realidad constitucional*, 30, 2012, p. 61; J. TAJADURA TEJADA, “Reforma constitucional e integración europea”, *Claves de razón práctica*, 216, 2011, p. 20.

⁶⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Crecimiento en volumen (Base 2010)*, Instituto Nacional de Estadística, fecha de consulta 25 mayo 2019, en https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm.

había anunciado desde junio de 2011 el adelanto de las elecciones generales. Por otra parte, desde febrero del mismo año, se venían desarrollando las negociaciones para modificar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Estas negociaciones se convirtieron en el nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, también conocido como el Pacto Fiscal, que obligaba a los Estados firmantes a incluir cláusulas de disciplina fiscal en la Constitución o en normas de rango equivalente.

Ante la situación crítica frente a la Unión europea y, sobre todo, frente a los mercados, España se adelantó al Tratado y decidió reformar la Constitución⁶⁴⁴. Los partidos mayoritarios, el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, decidieron el contenido de la reforma que llevarían ante el Congreso.

Lo que aconteció en el caso de España tiene connotaciones especiales. Por una parte, es una reforma constitucional que evidentemente responde al requerimiento de “organismos” de la Unión Europea, al clima político europeo (la renegociación del Pacto de Estabilidad, el Pacto por el Europlus, y las negociaciones de TECEG) y, también, a la especulación de los mercados.

Estos requerimientos no necesariamente son canalizados por vías formales y por lo tanto escapan el filtro de la institucionalidad (comisiones, consejos, expedición de resoluciones o recomendaciones); sin embargo, tienen los efectos deseados⁶⁴⁵.

Se dudó en su momento si había existido o no una carta del Banco Central Europeo dirigida al Gobierno con el propósito de que continuaran las reformas al objeto de recuperar la senda de los índices de convergencia y de reformar la Constitución. Tanto es así que se recurrió ante el Defensor del Pueblo Europeo para que el Banco Central Europeo diera acceso a dicha carta. Sin embargo, aunque no se conoció el contenido de la carta, se concluyó, por parte del Defensor del Pueblo, que la carta “no sugería cambio en la Constitución española”⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ La reforma constitucional en España se adelantó en septiembre del año 2011, el Tratado fue firmado en marzo del año 2012 y fue ratificado por España en Julio del año 2012.

⁶⁴⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Crisis Económica y Crisis Constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 2013.

⁶⁴⁶ DIARIO EL PAÍS, “El BCE no exigió a Zapatero cambiar la Constitución, según el Defensor del Pueblo de la UE”, *EL PAÍS*, 2012, fecha de consulta 18 diciembre 2017, en https://elpais.com/economia/2012/07/31/agencias/1343731813_727514.html.

En todo caso, los contenidos de la reforma constitucional dieron cumplimiento a los postulados del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza que hasta ahora estaba en su fase de negociación, pero que desde el Pacto por el Europlus ya se podían avistar.

El Pacto por el Europlus fue aprobado por el Consejo el 24 y el 25 de marzo del año 2011 y en él los Estados se comprometían a reforzar la gobernanza económica y a adoptar normas internas de “carácter vinculante y duradero suficientemente sólido” que proyectara el cumplimiento de la disciplina tanto en el ámbito nacional como el subnacional⁶⁴⁷.

“No obstante, los acontecimientos europeos posteriores han llevado a «imponer» desde Bruselas y sobre todo a través de presiones de Alemania la denominada «Regla de oro» del déficit presupuestario, exigiendo que ésta se consagre en las Constituciones de los países de la zona euro (...) siguiendo, aunque no se afirme expresamente, el modelo del art. 109 de la Ley fundamental de Bonn, reformado en 2009 y el art. 124 del TFUE”⁶⁴⁸.

La reforma simplemente respondió a las necesidades económicas, y, sobre todo, políticas del momento. Sin embargo, no se puede pensar que España haya jugado un papel pasivo en los acuerdos que han concluido en la reforma de la Constitución; hay que tener en cuenta que el país ha jugado un papel decisorio y que, en esa medida, no es una víctima de las circunstancias y exigencias de la Unión, pese tener que pagar el alto precio de realizar esta reforma⁶⁴⁹.

“Hay que entender, por tanto, la existencia de otras causas en la situación delicada en que se encontraba España, que empujaba a la reforma constitucional. En primer lugar, enviar un mensaje de buenas intenciones, confianza y deseos de rectificación financiera a las instituciones comunitarias. En segundo lugar, extender el compromiso a las Comunidades Autónomas de manera clara, dada la superior jerarquía de la Constitución en relación con la ley orgánica que aprueba los Estatutos de Autonomía”⁶⁵⁰.

La Constitución de España establece una mayoría calificada de tres quintos para aprobar la reforma constitucional, es decir 210 votos de los 350 posibles en el Congreso

⁶⁴⁷ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 76.

⁶⁴⁸ F. DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, 153, 2012, p. 1.

⁶⁴⁹ A. BAR CENDÓN, “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea”, cit.

⁶⁵⁰ R. CALVO ORTEGA, *El Pacto fiscal europeo*, 1ª, Civitas, Madrid, 2013, p. 28.

de Diputados y 159 de los 264 en el caso del Senado. El PSOE y el PP contaban con 323 escaños en el Congreso de los Diputados (169 el PSOE y 154 el PP) y 189 escaños en el Senado. Por tal motivo, era imposible para la oposición cualquier intento por frenar el proyecto o, por lo menos, lograr enmendarlo.

La reforma se produjo en un tiempo record gracias a que se adoptaron los mecanismos de tramitación acelerada de lectura única y de urgencia para su aprobación⁶⁵¹. El clima político permitió que las mayorías necesarias para la reforma se alinearan dando lugar a la aprobación del texto con una discusión limitada, más bien nula, sin modificaciones al proyecto planteado.

El objeto de la reforma en el ordenamiento jurídico corresponde al artículo 135 de la Constitución española, que forma parte del título VII, denominado Economía y Hacienda. Es la segunda reforma que se hace a la Constitución desde su entrada en vigor en 1978.

La iniciativa fue impulsada por los representantes de los dos partidos mayoritarios el día 26 de agosto de 2011 tal y como consta en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG Congreso de los diputados Serie B, Núm. 329-1). Esta propuesta recogía el texto que fue aprobado definitivamente, incluyendo las disposiciones transitorias. En la misma iniciativa fue solicitado que se tramitara por el procedimiento de urgencia y en lectura única.

La urgencia en este caso es difícil de apreciar, toda vez que algunas de las disposiciones entran en vigor en el año 2020, y otro tanto quedaban pendientes de la expedición de una ley orgánica de desarrollo. Además, no se puede perder de vista que el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza estaba en su fase de negociación. Así que la urgencia tendría que ver más con la presión de los mercados o también con el adelantamiento de las elecciones, ya que para celebrar los comicios el 20 de noviembre las Cortes tendrían que disolverse el día 27 de septiembre⁶⁵².

⁶⁵¹ Cfr. P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para la tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?”, *Cuadernos de derecho público*, 38, 2009; “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 2012.

⁶⁵² A. LÓPEZ DÍAZ, “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, cit., p. 42.

La presión de los mercados se veía reforzada por la de los socios europeos que preveían el riesgo de *default*, dado el crecimiento de la prima de riesgo y un eventual cierre del acceso a los mercados financieros para España⁶⁵³.

Contra las decisiones de acelerar el trámite (lectura única y procedimiento de urgencia) se interpuso recurso de amparo, que fue inadmitido mediante Auto del Tribunal Constitucional ATC 9/2012. El Tribunal sostuvo que la Mesa había cumplido con el Reglamento con relación al procedimiento de urgencia. Y respecto del procedimiento de lectura única afirmó que no existe ninguna restricción para aplicar dicho procedimiento al trámite de reforma constitucional. Veamos sus consideraciones al respecto:

- Sobre la vía para la reforma: los recurrentes alegaban que la reforma constitucional tenía un impacto sobre el Título Preliminar de la Constitución y que, en consecuencia, se debía tramitar a través de lo dispuesto por el artículo 168 CE (procedimiento agravado de reforma). El Tribunal sostuvo que una interpretación extensiva de los supuestos en los que opera el procedimiento agravado de reforma atenta contra “el espíritu de la Constitución que delimitó con bastante precisión las dos vías de reforma constitucional”⁶⁵⁴ (ATC 9/2012 FJ 2).
- Sobre el procedimiento de lectura única: el Tribunal sostuvo que, ni de la lectura de la Constitución, ni del artículo 146 del Reglamento del Congreso de los Diputados, “se advierte que la aprobación de la reforma constitucional haya quedado excluida del procedimiento de lectura única”. Para reafirmar su posición, el Tribunal interpreta que de la prohibición de delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la reforma constitucional (art. 75.3 CE) es posible inferir que lo importante es que sea el Pleno quien delibere y decida y, en consecuencia, este procedimiento de aceleración del trámite se ajusta a la Constitución (ATC 9/2012 FJ 3).
- También se refiere a los casos en los que se prevé el recurso a la lectura única: el artículo 150 del Reglamento del Congreso establece que “Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad formulación lo permita” podrá aprobarse el proyecto en lectura única. El Tribunal

⁶⁵³ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 75.

⁶⁵⁴ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Auto ATC 9/2012 FJ 2*.

Constitucional aclaró que no existen temas vedados para que pueda operar este mecanismo; asimismo, consideró que no existen elementos de juicio que permitan inferir la necesidad de motivar la decisión de dar trámite por esta vía expedita, sino que la decisión del Pleno es suficiente (ATC 9/2012 FJ 3).

- Respecto de la urgencia, que tiene como efecto la reducción de los plazos para la presentación de enmiendas: el Tribunal argumentó que el Reglamento de la Cámara se había cumplido cabalmente. En igual sentido que en el punto anterior, advirtió de que “el órgano rector de la Cámara no ha de motivar o justificar su decisión, sino adoptarla en función de la solicitud elevada por los sujetos legitimados para ejercerla”. Ahora bien, respecto del caso concreto, afirmó que la anticipación de las elecciones es una razón de excepcionalidad suficiente para que opere esta reducción de los plazos (ATC 9/2012 FJ 4).

Salta a la vista que el Tribunal Constitucional hizo una interpretación extensiva de las competencias legislativas respecto de las competencias para reformar la Constitución. La interpretación que se plantea en el Auto impide distinguir entre el proceso de creación de las leyes (actividad legislativa) y el proceso de reforma constitucional (función constituyente derivada).

La distinción entre estas funciones hubiera significado, posiblemente, una interpretación restrictiva respecto del uso de los instrumentos de aceleración del trámite. Así, la función de constituyente derivada debería atender fielmente al proceso previsto en la Constitución y sustraerse de las posibles vías abreviadas que el legislador (e incluso la Constitución) han previsto para cumplir con la función legislativa, pero no para la función constituyente.

Por otro lado, los supuestos de hecho previstos para la aprobación mediante lectura única es una restricción normativa, no una mera fórmula vacía de contenido. La interpretación del Tribunal en este caso concreto significa que la lectura única puede operar siempre y cuando el Pleno lo decida, dejando de lado los supuestos de hecho que habilitan a la Cámaras para hacer uso de este mecanismo. En otras palabras, la fórmula establecida por el legislador en forma condicional (“Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad formulación lo

permita”) es una condición completamente vacía de contenido, según la doctrina del ATC 9/2012.

Por otra parte, la valoración de los supuestos de hecho, y si estos concurren o no, es a todas luces un problema de interpretación de la Constitución, y los conflictos que emerjan de su aplicación deberían ser resueltos por el Tribunal Constitucional de fondo. Evitar el trámite del proyecto por la Comisión tiene como consecuencia natural la supresión de un proceso democrático y, en esa medida, debería recibir una interpretación restrictiva.

A propósito de esto, López Díaz sostiene: “Por ello, a nuestro entender, no basta con verificar que la decisión la haya adoptado el órgano competente, el Pleno, sino que, además, debería razonarse si concurren las circunstancias derivadas de la naturaleza de la proposición o de su simplicidad, que justifican tal decisión, ya que las normas reglamentarias de la Cámara cuando regulan los procedimientos legislativos vinculan a la propia Cámara. Y, desde esta óptica, consideramos que la reforma tanto por su naturaleza, como por su indudable complejidad, no encajaría en los supuestos habilitantes para la tramitación en lectura única”⁶⁵⁵.

La institución de la reforma constitucional tiene hondas implicaciones en la comprensión del sistema político y en la concepción misma de la Constitución. Pedro de Vega sostiene que la rigidez constitucional se asienta:

“1) en la necesidad de acoplar la Constitución al cambio histórico; 2) en la necesidad de que ese acoplamiento se produzca dentro de la continuidad jurídica formal del ordenamiento fundamental; 3) en la necesidad de que toda reforma constitucional no implique la posibilidad de que la Constitución se coloque al servicio de una mayoría, y pierda su naturaleza protectora de las minorías. O, lo que es lo mismo, en la necesidad de impedir que una mayoría pueda arbitrariamente convertirse en poder constituyente”⁶⁵⁶.

Sin en ánimo de exhaustividad, es interesante detenerse en el tercer aspecto para identificar la necesidad de que los medios, las formas y las competencias para reformar la Constitución deban ser entendidos de manera rigurosa y restrictiva. La posibilidad de un control en la Comisión, donde las mayorías pueden variar, constituye un verdadero

⁶⁵⁵ A. LÓPEZ DÍAZ, “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, cit., p. 43.

⁶⁵⁶ P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 87.

control democrático al que se renuncia si se permite, como ha entendido el Tribunal Constitucional, la aceleración del trámite por medio de la lectura única y la urgencia. Esta desviación se incrementa si se tiene en cuenta que estos dos mecanismos eliminan materialmente una estancia deliberativa y decisoria y, además, reducen drásticamente los plazos, que pueden dar lugar a avivar el debate de cara a la opinión pública o a convencer dentro de la misma corporación.

La exposición de motivos de la reforma informaba claramente sobre la necesidad de enviar un mensaje claro y contundente al mercado sobre el compromiso del Estado español de cumplir con sus acreedores, de no incurrir en déficit y de no convertirse en un elemento desestabilizador de la Unión Monetaria. Para ello, detalla un breve recuento de los pasos que se han dado para llegar a una gobernanza común europea y de la importancia basilar y condicionante que tiene el principio de estabilidad presupuestaria en la actuación de los Estados en los mercados financieros; además recordó las bondades que trajo consigo la aplicación de este principio con relación a la consolidación fiscal que permitió el ingreso de España al Euro.

Para culminar con las razones que justificaban el cambio normativo, no podía faltar la mención de la cruda crisis que se vivía en ese momento y al compromiso con la Unión Europea:

“La actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia a nuestra Constitución, al objeto de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo.

La presente reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”⁶⁵⁷.

Continuando con el proceso de reforma, el mismo día 27 de agosto, la Mesa de la Cámara aprobaba la solicitud de convocar al Pleno y abría el plazo para la proposición de

⁶⁵⁷ ESPAÑA, *Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011*. Exposición de Motivos.

enmiendas⁶⁵⁸. Fueron muchas y de distinta naturaleza las enmiendas que se presentaron al texto propuesto⁶⁵⁹. Sin embargo, no fueron admitidas.

En el primer debate que se celebró el día 30 de agosto, las mayorías fueron aplastantes. Se aprobaron las dos solicitudes: a. tomar en consideración la reforma propuesta y, b. el procedimiento de urgencia y lectura única. Los votos para tomar en consideración la reforma fueron 318 a favor, 17 en contra y 2 abstenciones; respecto del procedimiento la votación fue de 319 a favor, contra 17 votos⁶⁶⁰.

Finalmente, el 27 de septiembre del año 2011, el Rey sancionó la reforma constitucional, se publicó el mismo día en todas las lenguas oficiales del Estado y entró en vigor. Hay que señalar que sus disposiciones sobre déficit estructural entrarán en vigor en el año 2020.

Por otra parte, a criterio de algunos tratadistas, se rompió el consenso, es decir, el hecho de que una reforma tan profunda se hubiera tramitado de manera sumaria, durante el verano, aunado a que unos meses atrás había existido una manifestación de origen popular de gran calado, evidencia que esta reforma se hizo a espaldas de la opinión pública. En ese mismo sentido, sostiene Rey Pérez, que el mero hecho de que la reforma constitucional tuviera como propósito calmar los mercados, ya era un motivo suficiente para rechazarla⁶⁶¹.

Si bien estas críticas son válidas, también es válido identificar que el uso instrumental de la Constitución es esperable en el contexto de dificultad política y económica en que se encontraba España y la Unión en general. Sobre este uso instrumental, sostiene Rubio Llorente que “la utilización instrumental del poder constituyente no sólo no niega la supremacía de la Constitución, sino que sólo tiene sentido a partir de ella”⁶⁶². Por lo tanto,

⁶⁵⁸ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 329-2, de 31 de agosto de 2011. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/B/B_329-02.PDF

⁶⁵⁹ P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)”, cit., p. 180.

⁶⁶⁰ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, núm. 269 de 30 de agosto de 2011

⁶⁶¹ J. L. REY PÉREZ, “La reforma del artículo 135: Una alteración del Título preliminar (estado social) por la puerta de atrás”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 24, 2011, p. 239.

⁶⁶² E. ET AL ÁLVAREZ CONDE, “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 93, 2011, p. 207.

recurrir a grandes remedios, como la reforma constitucional, con el propósito de solucionar grandes, aunque coyunturales problemas, es una respuesta esperable.

El problema de la reforma en cuestión es si las medidas adoptadas cambiaron en alguna medida las condiciones del Estado social de Derecho y si esta decisión de cambio resultaba adecuada como respuesta del sistema ante la situación económica. También hay que destacar que el resultado no puede consistir en una reducción del espacio político y que la coyuntura no es una justificación suficiente para cerrar el margen que la Constitución originariamente ha establecido como válido y que ha legitimado el sistema democrático basado en el “consenso”.

Si fuera cierto que la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria, en el entendido de “valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento del Estado social que proclama el artículo 1.1 de la propia ley fundamental”, transforma el modelo de Estado, habría sido necesario que la reforma se tramitara bajo las normas del 168 CE⁶⁶³.

También es imperioso resaltar que los contenidos de la Constitución, en lo que concierne su artículo 135, dependen directamente del desarrollo de la ley orgánica que finalmente reguló el tema. Nos ocuparemos de esta cuestión más adelante.

3. El principio de estabilidad presupuestaria: El nuevo 135 de la Constitución española y su desarrollo legal.

La actividad económica y financiera del Estado tiene como límites y como justificación los fines y objetivos constitucionales. Por tanto, la naturaleza teleológica de las disposiciones constitucionales propias de un Estado social de Derecho condiciona (debe condicionar) toda la actividad del Estado. Por lo tanto, la actividad económica y financiera del Estado presenta una naturaleza mediática, en el sentido de que debe procurar al Estado los medios (económicos y materiales) que permitan realizar sus fines constitucionales.

En esta misma línea de pensamiento se expresa el profesor Martínez Lago: “La obtención de los ingresos y la realización de los gastos no constituyen un fin en sí mismos, es decir, no satisfacen por sí mismos las necesidades públicas, sino que procuran los

⁶⁶³ M. Á. MARTÍNEZ LAGO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, cit., p. 154.

medios necesarios para que tales necesidades puedan ser cumplidas. El último fundamento, pues, que delimita la actividad financiera es el concepto de necesidad pública puesto que el fin de los entes públicos no es gastar en sí, sino satisfacer necesidades públicas”⁶⁶⁴.

El principio de estabilidad presupuestaria se integra en el ordenamiento jurídico a través de varios instrumentos legales. Ya vimos los primeros pasos de su desarrollo en el marco de la Unión Europea con el tratado de Maastricht, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (y su posterior flexibilización), así como la implementación y desarrollo del sistema legal español desde el año 2001, reformado en 2006. Ahora corresponde analizar la inclusión del principio en el artículo 135 CE y el marco jurídico infraconstitucional aplicable, es decir, la Ley Orgánica 2 de 2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

Lo primero que queremos destacar es que los contenidos del artículo 135 CE recogieron en buena medida las disposiciones comunitarias sobre la materia. Recordemos que desde el tratado de Maastricht estaban en vigor los índices que materializaban el principio, y que con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento se habían creado mecanismos necesarios para el cumplimiento de los índices, a través del Procedimiento de Déficit Excesivo.

La reforma del artículo 135 de la Constitución española se produjo en el año 2011, es decir, vigentes las nuevas disposiciones del Tratado de Lisboa (el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Protocolo nº 12 anejo al mismo). En realidad, estos dos preceptos no introducen novedad alguna en lo que respecta al contenido del principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito de la Unión. Sí que se produce una reorganización de las disposiciones, que se estructuran en un solo instrumento.

Pese a que la Constitución no define en su propio texto cuáles son los supuestos de cumplimiento del principio de estabilidad o sus contenidos, la remisión a los criterios fijados por la Unión Europea define los contornos del principio de estabilidad

⁶⁶⁴ M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria y el desarrollo de la actividad financiera pública tras la ley orgánica 2/2012”, cit., p. 124.

presupuestaria. Asimismo, la Constitución remite a una ley orgánica para el desarrollo del principio.

Las remisiones de la Constitución hacia las normas europeas que determinan los índices de deuda y de déficit, otorgan rango constitucional a dichos límites. Así pues, las decisiones en materia de estabilidad presupuestaria de la Unión Europea se convierten en parámetro de constitucionalidad de las leyes⁶⁶⁵.

Sobre el contenido del artículo 135 de la Constitución española, lo primero que queremos aclarar es que el concepto de estabilidad presupuestaria como principio no es asimilable con el de equilibrio del presupuesto. Es pues legítimo y posible, desde el punto de vista constitucional, que el Estado y las Comunidades Autónomas tengan déficit, o, también hay que decirlo, superávit. Sin embargo, en el caso de las entidades locales, la previsión constitucional es la de guardar “equilibrio presupuestario”, es decir, la tendencia a cero del presupuesto en la relación de ingresos y gastos. Este objetivo se cumple cuando los ingresos y los gastos son iguales y es una regla fiscal propiamente dicha, más estricta que la estabilidad⁶⁶⁶. Además, la regla de equilibrio presupuestario, en el marco de la estabilidad presupuestaria, al menos en el ámbito local, implica que el equilibrio es exigible no solamente en la fase de presentación y planeación del presupuesto, sino que se extiende a la fase de ejecución y de liquidación⁶⁶⁷.

Ahora bien, resulta absolutamente imprescindible discernir qué se entiende por “principio de estabilidad presupuestaria”, un término que no es nuevo dentro del ordenamiento jurídico español. Como estudiamos en los antecedentes de la reforma, en el año 2001 se aprobó la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y cabe pensar, por lo menos *a priori*, que el contenido de esta norma (refundida en el Real Decreto Legislativo 2/2007, concretamente en el artículo 3) fue elevado a rango constitucional en el año 2011. Por cierto, De la Hucha Celador señala que el concepto manejado del principio de estabilidad presupuestaria en las leyes vigentes en el momento de proceder a reformar la Constitución no constriñe la definición de los nuevos contenidos constitucionales que

⁶⁶⁵ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 80.

⁶⁶⁶ M. MEDINA GUERRERO, “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y realidad constitucional*, 29, 2012, p. 146; F. J. CUEVAS GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en las entidades locales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015, p. 74.

⁶⁶⁷ A. CORCUERA TORRES, “La necesaria adaptación de la normativa presupuestaria local a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, en Pablo Chico de la Cámara (ed.) *Aspectos de interés para una futura reforma de las haciendas locales*, 1, Tirant lo Blanch, 2019, p. 463.

podría aportar el Tribunal Constitucional. Esta apreciación es relevante toda vez que la definición del contenido del principio de estabilidad presupuestaria no remite a la ley orgánica de desarrollo para su definición y, en consecuencia, si bien el legislador en ejercicio de su función puede ofrecer la definición y alcance de la estabilidad presupuestaria, no se puede perder de vista que en última instancia es el Tribunal Constitucional el que podría aclarar la definición y alcance del principio⁶⁶⁸.

El artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2012, que desarrolla el artículo 135 CE, define la estabilidad como sigue: “Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural”.

Ahora bien, si la estabilidad de un presupuesto viene dada por la relación entre los ingresos y los gastos, parece natural entender que el contenido del principio consistirá entonces en buscar que la diferencia entre estos dos elementos sea la menor posible o que el resultado sea superávit. En otras palabras, que al final del ejercicio o periodo que se tenga en cuenta la ejecución del presupuesto tienda a cero o incluso que haya superávit (situación de equilibrio según la ley). Asimismo, el principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito europeo en general, y en el español en particular, en armonía con la reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento del año 2006, se circunscribe al ciclo económico y no a cada ejercicio contable. En este sentido, el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 2/2012 de manera explícita hace referencia a que el déficit que se considera es “ajustado del ciclo”.

Por otra parte, el desarrollo de la estabilidad presupuestaria también tiene una relación directa con la capacidad de pago. Así pues, exige que los presupuestos puedan solventar los pasivos sin aumentar la deuda, es decir, que la actividad presupuestaria sea sostenible en el tiempo. La Ley Orgánica 2/2012 incorpora el principio de “sostenibilidad financiera” en su artículo 4.2: “Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”. Como ya advertimos, este principio de sostenibilidad financiera está directamente vinculado con la capacidad de pago y no solo respecto de un balance o presupuesto de un periodo o ejercicio específico,

⁶⁶⁸ F. DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit.

sino que se proyecta hacia el futuro. Entonces, el principio de sostenibilidad financiera es un instrumento que permite alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria, ya que admite limitar la deuda con base en la capacidad de pago a lo largo del tiempo, lo cual va más allá del mero ejercicio contable y permite amortiguar la variación del ciclo económico.

Sobre este particular es interesante advertir que el concepto de “sostenibilidad financiera” fue cambiado en tan solo un año de vigencia de la norma original del año 2012 y que las previsiones respecto del contenido de deuda comercial fueron agregadas en el año 2013. Esto no es un cambio menor, puesto que el concepto de sostenibilidad financiera es fundamental en toda la regulación del derecho presupuestario, y de la definición de este concepto se derivan consecuencias jurídicas⁶⁶⁹. Además, la sentencia STC 134/2011 había advertido que las competencias del Estado en materia económica se limitaban a las funciones que se derivan de la coordinación y de las medidas que afectaran la política económica, sin embargo, la consideración de la deuda comercial de las Comunidades Autónomas como parte de esas dos funciones no parece del todo clara.

El propósito del principio de sostenibilidad financiera tiene una relación directa con la capacidad de pago, de tal manera que los límites que se derivan de este principio garantizan que la deuda se pague en el largo plazo. De otro lado, los límites al endeudamiento serán definidos, como se deduce del propio artículo 135 CE, de la autorización que el poder legislativo permita al Estado o a la Comunidad Autónoma.

Por ejemplo, en el caso de las Comunidades Autónomas, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas -LOFCA- establece en el artículo 14.2 literal b. una restricción referente a la capacidad de endeudamiento. La disposición prevé que las Comunidades Autónomas puedan obtener créditos siempre y cuando el monto de las anualidades no supere un 25% de los ingresos corrientes de la entidad territorial. Esta norma es una restricción al endeudamiento, pero su propósito no estaba relacionado con la preservación de la estabilidad presupuestaria en estricto sentido, sino con garantizar la capacidad de pago en cada ejercicio.

⁶⁶⁹ A. EMBID IRUJO, “Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica: el control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones”, *Documentación Administrativa*, 1, 2014, p. 13.

Por otra parte, la distinción entre el principio de estabilidad presupuestaria y control de gasto es relevante. Reconocer que existen, en los artículos 134 y 136 CE, elementos que permiten reconocer el principio de estabilidad presupuestaria, nos llevaría al equívoco de pensar que no ha cambiado nada con respecto a la Constitución en su estado anterior a la reforma. No parece acertado concluir, teniendo en cuenta que la reforma constitucional pretendía apaciguar los “ánimos” del mercado, que no se afectó a su contenido anterior.

La estabilidad presupuestaria no regula el gasto público, sino que hace referencia a la relación entre los ingresos y los gastos. De tal manera que las disposiciones constitucionales del artículo 135 CE no se convierten en un techo de gasto *per se* para el Estado o las Comunidades Autónomas. Sin embargo, las reglas de gasto pueden ser útiles para la satisfacción de los objetivos de estabilidad presupuestaria (aunque tengan un impacto sobre la autonomía territorial).

El artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2012 de desarrollo prevé una regla de gasto⁶⁷⁰. Como primer límite establece que no puede producirse una variación del gasto que supere la tasa de crecimiento del PIB de medio plazo y, en caso de que los límites ya estén rebasados, la regla de gasto lo constriñe a lo establecido en los planes económico-

⁶⁷⁰ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. Artículo 12. Regla de gasto:

“1. La variación del gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española.

No obstante, cuando exista un desequilibrio estructural en las cuentas públicas o una deuda pública superior al objetivo establecido, el crecimiento del gasto público computable se ajustará a la senda establecida en los respectivos planes económico-financieros y de reequilibrio previstos en los artículos 21 y 22 de esta ley.

2. Se entenderá por gasto computable a los efectos previstos en el apartado anterior, los empleos no financieros definidos en términos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, excluidos los intereses de la deuda, el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo, la parte del gasto financiado con fondos finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales vinculadas a los sistemas de financiación.

3. Corresponde al Ministerio de Economía y Competitividad calcular la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española, de acuerdo con la metodología utilizada por la Comisión Europea en aplicación de su normativa. Esta tasa se publicará en el informe de situación de la economía española al que se refiere el artículo 15.5 de esta Ley. Será la referencia a tener en cuenta por la Administración Central y cada una de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en la elaboración de sus respectivos Presupuestos.

4. Cuando se aprueben cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se obtengan los aumentos de recaudación podrá aumentar en la cuantía equivalente.

Cuando se aprueben cambios normativos que supongan disminuciones de la recaudación, el nivel de gasto computable resultante de la aplicación de la regla en los años en que se produzcan las disminuciones de recaudación deberá disminuirse en la cuantía equivalente.

5. Los ingresos que se obtengan por encima de lo previsto se destinarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública”.

financieros correspondientes⁶⁷¹. Además, el artículo 30 de la misma Ley prevé que la restricción del gasto de acuerdo con dicho límite es aplicable a todos los niveles territoriales. El gobierno central determina la regla de gasto que se va a aplicar a las diferentes entidades territoriales, que por esta vía puede incidir en la política de cada entidad territorial. Desarrollaremos esta regla de gasto más adelante.

4. Ámbito subjetivo de aplicación del principio de estabilidad presupuestaria

“Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.”

El artículo 135 CE incorpora el principio de “estabilidad presupuestaria” al sistema normativo y lo hace vinculando a “todas las Administraciones Públicas”. En esa medida, el Estado, las Comunidades autónomas y las entidades locales son los destinatarios de la norma. Sin embargo, el uso de la expresión Administraciones Públicas resulta excesivo; existen una serie de entidades que desde el punto de vista organizativo podrían no estar comprendidas bajo el concepto de Administración Pública, aunque debe entenderse que efectivamente también el principio las vincula⁶⁷². De ahí la importancia de la definición y alcance del destinatario, especialmente si se atiende a la necesidad de distinguir entre los diferentes niveles de gobierno. También es necesario una aclaración sobre el tema para evitar que se evada el cumplimiento del principio a través de cambios de carácter organizativo⁶⁷³.

Es evidente que la intención del constituyente fue la de recoger el principio de estabilidad presupuestaria de manera general, aunque en el marco de la Unión Europea la definición de las Administraciones Públicas viene dada por el Sistema Europeo de Cuentas SEC.

El SEC 2010, Capítulo 20, establece una definición funcional de las Administraciones Públicas. Establece que las Administraciones Públicas “tienen competencias para recaudar impuestos y otros gravámenes obligatorios y para aprobar leyes que influyen en el comportamiento de las unidades económicas”. La norma señala

⁶⁷¹ Esta previsión es similar a las disposiciones europeas, cuando un Estado se encuentra bajo el procedimiento de déficit excesivo, queda suspendida la supervisión normal y la supervisión se realiza en el marco de dicho procedimiento.

⁶⁷² A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 74.

⁶⁷³ M. BASSOLS COMA, “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, 325, 2012, p. 15.

que las Administraciones Públicas tienen las siguientes funciones: a) ofrecer bienes y prestar servicios a la comunidad, ya sea para el consumo colectivo, como la administración de los asuntos públicos, la defensa y la aplicación de la ley, o para el consumo individual, como los servicios de educación, salud, ocio y cultura, y financiarlos por medio de impuestos u otro tipo de ingresos; b) redistribuir la renta y el patrimonio por medio de transferencias como los que constituyen impuestos y las prestaciones sociales; c) participar en otro tipos de producción no de mercado” (SEC.2010, Cap. 20, punto 20.02)

Por otra parte, según la misma norma, en el punto 20.05, todas las unidades administrativas públicas y todas las Instituciones sin fines de lucro (ISFL), no de mercado controladas por las unidades de las administraciones públicas, también están comprendidas dentro de este concepto⁶⁷⁴.

Por lo tanto, como advierte López Díaz, hay una discrepancia entre el concepto tradicional de Administraciones Públicas y el aplicable bajo los parámetros europeos.

“- Hay entes que, siendo Administración Pública en sentido estricto, sin embargo no se consideran como tales a efectos de estabilidad por considerarse como productores de mercado, como puede ser el caso de organismos autónomos u otros entes públicos que cubren más del 50% de costes de producción con precios de mercado.

(...) En sentido contrario, otras entidades a pesar de no formar parte de la Administración Pública con arreglo a la normativa interna, sin embargo, van a integrar el perímetro de la estabilidad. Tal es el caso de sociedades con participación mayoritaria o

⁶⁷⁴ UNIÓN EUROPEA, *Sistema Europeo de Cuentas Nacionales (SEC 2010)*. Definición del sector de las Administraciones Públicas 20.05

El sector de las administraciones públicas (S.13) comprende todas las unidades de las administraciones públicas y todas las instituciones sin fines de lucro (ISFL) no de mercado controladas por las unidades de las administraciones públicas. También incluye a otros productores no de mercado conforme a lo indicado en los puntos 20.18 a 20.39.

20.06

Las unidades de las administraciones públicas son entidades jurídicas establecidas mediante un proceso político que disponen de autoridad legislativa, judicial o ejecutiva sobre otras unidades institucionales dentro de un área determinada. Su función principal es ofrecer bienes y prestar servicios a la comunidad y a los hogares sobre una base no de mercado y redistribuir la renta y el patrimonio.

20.07

Una unidad de las administraciones públicas por lo general tiene autoridad para recaudar fondos a través de transferencias obligatorias de otras unidades institucionales. Con el fin de satisfacer los requisitos básicos de una unidad institucional, una unidad de las administraciones públicas debe contar con sus propios fondos, ya procedan de la recaudación de ingresos de otras unidades o de transferencias de otras unidades de las administraciones públicas, y debe tener autoridad para desembolsar dichos fondos en la consecución de sus objetivos políticos. También debe poder obtener fondos en préstamo por su propia cuenta.

capacidad de dirección por un ente público que no puede considerarse como productor de mercado por no cubrir al menos el 50% de los costes de producción con precios de mercado”⁶⁷⁵.

La Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera matiza claramente el ámbito subjetivo. El artículo 1 establece que sus disposiciones van dirigidas a los poderes públicos⁶⁷⁶.

Embid Irujo resalta que el primer apartado del artículo 135 CE hace referencia a las “Administraciones Públicas”, mientras que en el segundo apartado se señala a “el Estado y las Comunidades Autónomas”. Advierte el autor que es importante tener en cuenta que las “Administraciones Públicas” no son lo mismo que el “Estado” toda vez que en este último concepto quedan englobados también los Organismos constitucionales y estatutarios que no son administraciones públicas (Tribunal Constitucional, Asambleas legislativas...). En palabras del mismo autor, “Creo que este ámbito la expresión «Administraciones públicas» se ha «apoderado» de conceptos más amplios, que las incluyen. y ello porque la real voluntad de la reforma constitucional es que sean los «poderes públicos» (Incluyendo a las Administraciones Públicas) los que se sujeten al principio de estabilidad presupuestaria tal y como lo entiende la Constitución y más tarde precisará la Ley Orgánica a las que la misma Constitución apela”⁶⁷⁷.

Bassols Coma por su parte resalta la importancia de la definición del ámbito subjetivo, por parte de la ley de desarrollo, con el propósito de evitar, que a través de la “manipulación de las formas de las estructuras administrativas”, se puedan reconducir algunas administraciones públicas a organizaciones de Derecho Privado que

⁶⁷⁵ A. LÓPEZ DÍAZ, “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, cit., p. 48.

⁶⁷⁶ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. Artículo 1. Objeto. “Constituye el objeto de la presente Ley el establecimiento de los principios rectores, que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española. Asimismo, se establecen los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, en los que se garantiza la participación de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera; el establecimiento de los límites de déficit y deuda, los supuestos excepcionales en que pueden superarse y los mecanismos de corrección de las desviaciones; y los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española y en el marco de la normativa europea.”

⁶⁷⁷ A. EMBID IRUJO; L. COSCULLERA MONTANER; L. MEDINA ALCOZ.; M. HERNANDO RYDINGS, “Crisis económica y reforma local”, en *Crisis económica y reforma del régimen local*, 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2012, p. 66.

eventualmente puedan soslayar el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria⁶⁷⁸.

En definitiva, se puede afirmar que el ámbito subjetivo de la norma abarca a todos los poderes públicos, y que exige que todos los presupuestos sean elaborados teniendo en cuenta el criterio de estabilidad presupuestaria.

5. Tratamiento del déficit estructural en el artículo 135 de la Constitución española y su desarrollo legal

“El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”.

El principio de estabilidad presupuestaria tiene una relación explícita con el objetivo de que no haya déficit estructural según el tenor literal del artículo. La regulación del déficit estructural es una de las cuestiones que ha regulado la Unión Europea desde el Tratado de Maastricht, y en esa medida es uno de los elementos que han formado parte del principio de estabilidad presupuestaria. Como vimos en la consideración general de las reglas fiscales, así como en los antecedentes, asegurar que los gastos de funcionamiento u ordinarios sean cubiertos con los ingresos corrientes tiene como consecuencia correlativa que los nuevos recursos provenientes de deuda, por ejemplo, sean destinados a inversión. Además, si el funcionamiento del Estado está financiado a través de los ingresos corrientes, se contiene uno de los aspectos que hacen crecer la deuda de manera constante.

El déficit estructural es regulado en la Constitución con un carácter abierto, con dos remisiones concretas; en primer lugar, a la regulación europea y, en segundo lugar, a una ley orgánica. Y respecto de las entidades locales, se adopta una regla de equilibrio.

El ordenamiento constitucional, tras la reforma, incorpora por primera vez referencias a la Unión Europea, cuestión de ninguna manera secundaria. La reforma de 1992⁶⁷⁹, si

⁶⁷⁸ M. BASSOLS COMA, “La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista española de derecho administrativo*, 155, 2012, p. IV.

⁶⁷⁹ Un primer contacto con la reforma constitucional de 1992 y con especial atención en el consenso como método de toma de decisiones se puede consultar el trabajo de P. BIGLINO CAMPOS, “Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011”, en Diego López Garrido, Ma Luz

bien tenía como motor la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los nuevos tiempos de Europa, no hacía mención alguna de la Unión. Pese a que el 135 se refiere a las instituciones europeas, e incluso al Tratado de Funcionamiento, hoy la Constitución sigue sin definir claramente qué representa la Unión Europea para España⁶⁸⁰.

Esta alusión al déficit estructural constituye una de las novedades de la regulación del nuevo 135 CE, toda vez que el artículo original únicamente se ocupaba del problema de la deuda. La definición del concepto de déficit estructural fue desarrollada en la Ley Orgánica 2/2012, según lo dispuesto por el propio 135. 5 literal b⁶⁸¹.

Si bien el objeto de este estudio no es de naturaleza económica, tampoco sería permisible pasar por alto alguna mención sobre lo que significan los elementos que la Constitución ha adoptado.

El saldo presupuestario es el resultado que permite saber si las cuentas están en déficit (los gastos son superiores a los ingresos), superávit (los ingresos son superiores a los gastos), o en equilibrio (ingresos y gastos son iguales). Para determinarlo es posible tomar como referencia el presupuesto al inicio del ejercicio contable o durante la ejecución del mismo.

Para definir en qué consiste el déficit estructural al que se refiere la Constitución es preciso, en primer lugar, saber que el saldo presupuestario puede ser estructural o coyuntural. El estructural hace referencia a los gastos y partidas decididos por los gobiernos y no son una manifestación o reflejo del estado de la economía. Mientras que el saldo coyuntural depende del ciclo económico y funciona de manera contracíclica, es decir, es la variación de los estabilizadores automáticos⁶⁸².

Martínez Alarcón (eds.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, vol. 227, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 70 y ss.

⁶⁸⁰ A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, cit., pp. 68-70.

⁶⁸¹ Constitución española. art. 135.5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:
a La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

⁶⁸² Los estabilizadores son fundamentalmente dos, dependiendo del ciclo. En momentos de crecimiento económico aumentan los ingresos (vía impuestos, aportes a seguridad social); mientras que en momentos de contracción

Aunque podemos hablar de varias formas o procedimientos para determinar el déficit, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y el Sistema Europeo de Cuentas (SEC) adoptan una específica para los países de la Unión⁶⁸³. La Constitución no ha señalado los medios para el establecimiento del índice de déficit del que venimos hablando. El artículo 135 CE y la ley orgánica de desarrollo remiten a la normativa europea sobre los límites tolerables de déficit. En sentido se produce un verdadero desplazamiento de la competencia en esta materia hacia las instituciones europeas.

“El déficit estructural se define como la diferencia entre ingresos y gastos en una situación de pleno empleo, es decir, sin considerar los efectos del ciclo económico. Se trata, pues, del déficit que existiría si la economía siguiera fielmente la senda del crecimiento potencial y operase a pleno rendimiento. A su vez, el déficit cíclico se caracteriza como el inducido o derivado del ciclo económico, de suerte que el déficit cíclico vendría dado por la diferencia entre el déficit total y el estructural, es decir, atribuible al proceso cíclico de la economía”⁶⁸⁴

Así pues, queda abierta la Constitución para cumplir y adoptar los índices que establezca la Unión. El problema es que la misma Constitución ha omitido identificar los medios para determinar los índices, dejando una cláusula en blanco y genérica, ya que los índices podrían ser adoptados mediante tratados, resoluciones, reglamentos y decisiones de las instituciones europeas (a diferencia del régimen de la deuda que expresamente se refiere al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Hoy los límites están determinados por los tratados. Sin embargo, esto podría cambiar para atribuir la determinación de los índices a otros mecanismos de decisión de responsabilidad más difusa. Por otra parte, la norma no prevé la posibilidad de intervención por parte del legislador español para verificar o por lo menos avalar la cifra que la Unión decida⁶⁸⁵. En

económica los estabilizadores que se disparan son gastos (la prestación por desempleo y la disminución de los ingresos).

⁶⁸³ UNIÓN EUROPEA, *Reglamento (CE) 479/2009 del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Modificado posteriormente por el Reglamento (CE) 220/2014)*.

⁶⁸⁴ M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria y el desarrollo de la actividad financiera pública tras la ley orgánica 2/2012”, cit.

⁶⁸⁵ Sobre esta problemática son de sumo interés las consideraciones de Tribunal Constitucional alemán, a propósito de la adopción del MEDE. Así lo resumía Ordóñez Solís: “Por tanto, el Tribunal Constitucional alemán exige que la ratificación del Tratado MEDE por Alemania esté condicionada por dos reservas sobre estos aspectos relevantes desde el punto de vista del Derecho constitucional alemán: la inexcusable participación parlamentaria y el sometimiento de la institución financiera internacional, el MEDE, a las exigencias de transparencia e información que permitan al Parlamento alemán cumplir sus funciones constitucionales”. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, “De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la Sentencia Pringle”, cit., p. 9 y ss.

definitiva, las remisiones para determinar los márgenes de déficit estructural difieren la competencia, en primer lugar, a la Unión Europea, y de manera subsidiaria y complementaria, al Estado español a través de una ley orgánica. Es subsidiaria/complementaria porque el establecimiento de los márgenes corresponde a la Unión, y la ley orgánica deberá tener en cuenta las determinaciones comunitarias para su desarrollo y en ningún caso contravenirlas.

La ley orgánica tiene una naturaleza subsidiaria ya que en caso de que la Unión Europea no establezca dichos límites será competencia exclusiva del legislador a través de la ley orgánica determinarlos; mientras que, si la Unión establece los límites, la ley orgánica podría complementar las disposiciones europeas e incluso exigir unos estados financieros con unas cotas más altas de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Medina Guerrero advierte que la habilitación de constitucional permite al legislador fijar los límites de cumplimiento a grados de exigencia superiores a los que establezca la Unión, en consecuencia, mediante la Ley Orgánica es posible establecer un límite como la regla de equilibrio a las Comunidades Autónomas o al Gobierno central inclusive. En todo caso, esta decisión puede ser objeto de objeciones de carácter técnico económico, pero en ningún caso objeto de revisión jurídica porque las regulaciones europeas responden a unos mínimos de cumplimiento, pero las competencias del legislador en esta materia son más amplias⁶⁸⁶.

La primera norma de carácter europeo para determinar las obligaciones del Estado en materia de déficit es el artículo 126 de TFUE: “los Estados miembros evitarán déficits excesivos”. La segunda es el Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficits excesivos anejo a los Tratados, en el que se retoman los topes en los siguientes términos: “el 3% en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado”. Y la tercera sería el Reglamento (CE) 479/2009, modificado por el Reglamento (CE) 220 de 2014 que, en su artículo 1, define el déficit como sigue: “Por «déficit (superávit) público» se entenderá la necesidad (capacidad) de financiación (B.9) del sector «administraciones públicas» (S.13), tal como se define en el SEC 2010. Los intereses incluidos en el déficit público estarán constituidos por los intereses (D.41), tal como se definen en el SEC 2010.”

⁶⁸⁶ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 81.

La Ley Orgánica 2 de 2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Fiscal, en su artículo 11.2, recoge la prohibición de incurrir en déficit estructural:

“2. Ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural, definido como déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior.”

En ese mismo sentido, el artículo 3.3 literal A del Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza recoge la definición de déficit estructural como sigue: “por «saldo estructural anual de las administraciones públicas» se entenderá el saldo anual ajustado en función del ciclo, una vez excluidas las medidas puntuales y las de carácter temporal;”. Es de resaltar la similitud de las definiciones recogidas por la Ley Orgánica y por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. Ahora bien, las remisiones constitucionales del artículo 135 CE al derecho de la Unión europea no pueden conducir a la integración de las disposiciones de dicho tratado, toda vez que se trata, de momento, de un tratado de derecho internacional que no forma parte del Derecho de la Unión⁶⁸⁷.

El objetivo de este entramado normativo es que las administraciones públicas puedan hacer frente a sus gastos corrientes con ingresos corrientes; es decir, que los eventos de naturaleza temporal (coyunturales) no cambien los rubros que son permanentes (estructurales).

Pese a que no existe una limitación en estricto sentido del gasto público, la relación inescindible entre los ingresos no financieros, o corrientes, y el gasto (estructural), constituye un auténtico límite para el gasto público. Para mantener dicha relación se es posible controlar el gasto público, generalmente a través de los recortes; o bien, es posible aumentar los ingresos; generalmente, ante situaciones concretas se utilizan ambos tipos de medidas con el objetivo de lograr los objetivos constitucionales, legales y comunitarios.

⁶⁸⁷ J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “El nuevo Tratado de Estabilidad y Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados Constitutivos”, 2012, fecha de consulta en <http://hdl.handle.net/10234/99634>.

El cálculo del déficit no es una tarea sencilla, cada definición supone verdaderos problemas para el cómputo de las cifras correspondientes.

“(…) el saldo estructural es un valor de carácter residual para cuyo cálculo primero deberá obtenerse el saldo cíclico. Sin embargo, este componente cíclico tampoco es un valor directamente observable, sino que se trata de un valor calculado de forma indirecta a través de macromagnitudes como la brecha de producción (también conocida como output gap) o las elasticidades de los ingresos y gastos públicos. Este procedimiento determina que la validez de los resultados obtenidos dependa de la bondad de la metodología empleada, lo que a nuestro juicio introduce cierto margen de incertidumbre e incluso de subjetividad respecto al uso de las distintas metodologías”⁶⁸⁸.

Hay que destacar, por otro lado, la previsión constitucional sobre en déficit con relación al ámbito local, en el que se exige el equilibrio presupuestario. Esto quiere decir que las entidades locales tienen la obligación de respetar el principio de estabilidad presupuestaria a través del cumplimiento de una regla (en el sentido constitucional) concreta que es la de equilibrio presupuestario. La Constitución exige a las entidades locales equilibrio (la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Fiscal les permite, en su artículo 11, tener superávit).

En consecuencia, el margen de déficit en el que pueden incurrir las Administraciones Públicas queda reservado para el Estado y las Comunidades Autónomas y, dentro del concepto de Estado, abarcaría administraciones públicas como la seguridad social⁶⁸⁹.

6. Los límites a la deuda pública en el artículo 135 de la Constitución española y la protección reforzada de los acreedores

Artículo 135.3 CE: “El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus

⁶⁸⁸ J. SÁNCHEZ MAYORAL; B. ANTOLÍN RUIZ DE LA CUESTA; L. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Nueva gobernanza económica europea, reglas fiscales y evolución del presupuesto”, *Revista española de control externo*, vol. 15, 44, 2013, p. 159.

⁶⁸⁹ A. LÓPEZ DÍAZ, “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, cit., p. 52.

presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

La reserva de ley en materia de deuda pública ya estaba recogida en la Constitución de 1978. Sin embargo, la reforma introduce algunas variaciones. Antes de la reforma, el artículo recogía el principio de la siguiente forma: “el gobierno deberá estar autorizado...”. Con la nueva redacción se hace referencia a que “El Estado y a las Comunidades autónomas habrán de estar autorizados...”.

El artículo originalmente establecía que el “gobierno” habría de estar autorizado, sin embargo, con la reforma se estableció que serán “el Estado y las Comunidades Autónomas”. La transformación del ámbito subjetivo sugiere la idea de que ha habido un cambio material en este aspecto; sin embargo, es una cuestión más bien cosmética en palabras de De la Hucha Celador, ya que la aplicación de la reserva de ley, tanto en el nivel central como en el autonómico, ha operado desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978⁶⁹⁰. Esta ampliación comporta más problemas que soluciones a la interpretación de la norma ya que en la redacción anterior hacía referencia al “gobierno” y de ahí se derivaba la obligación tanto para el gobierno central como para el gobierno de las Comunidades Autónomas de lograr la autorización, sin embargo, con el cambio, no queda clara la competencia del gobierno para contraer deuda.

“Como hemos adelantado, en la primigenia redacción estaba claro quién era el órgano constitucionalmente habilitado para emitir Deuda o contraer crédito -el Gobierno- en tanto que ahora queda en manos de la legislación ordinaria (fundamentalmente la LGP y las Leyes de Hacienda Pública o similares de las Comunidades Autónomas) determinar quién dicta el Decreto o la Orden Ministerial de creación de Deuda Pública, lo cual empobrece técnicamente el precepto y elimina el sujeto -dentro de la organización

⁶⁹⁰ F. DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 3.

administrativa estatal y autonómica- a quien se dirige la autorización de la ley de emisión...’’⁶⁹¹.

En todo caso, esta transformación bien pudiera obedecer al temor de que el Tribunal Constitucional interpretara el nuevo 135 CE siguiendo el mismo criterio ya utilizado del artículo 134 CE. Según De la Hucha Celador, desde la STC 116/1994, se ha venido interpretando que el 134.7 no era aplicable a las Comunidades Autónomas y que por Estado debía entenderse exclusivamente el Estado central.

El primer inciso obliga a contar con autorización legal para emitir deuda o contraer crédito. Es decir, las decisiones económicas en materia de deuda quedan sometidas a control político pues corresponde al cuerpo legislativo autorizar o no dichas medidas. En resumen, es una norma competencial que establece el principio de reserva de ley.

El segundo inciso dispone que el presupuesto debe incluir los gastos correspondientes para pagar la deuda pública (estas partidas no podrían ser objeto de modificación siempre y cuando se adecúen a la ley de emisión). Esta disposición es una regla fiscal de orden procedimental; sin embargo, se erige como una garantía constitucional para los acreedores, ya que, desde el mismo momento de la suscripción, la partida de gastos queda blindada contra reformas y su inclusión resulta obligatoria para el siguiente presupuesto.

La naturaleza jurídica de las operaciones de crédito suele ser de carácter contractual, y da origen a títulos que se intercambian en los mercados. Para llegar a la creación de estos títulos se requiere en primer lugar una autorización legal para la emisión; en segundo lugar, la oferta o emisión propiamente dicha; por último, una suscripción. Estos son los actos necesarios para llevar a cabo una operación de crédito que posteriormente constituirán la deuda pública.

La relación creada entre el prestamista y el prestatario será regulada por la ley que autoriza la operación; así, lo pactado estará siempre en concordancia con la ley. Y la voluntad de las partes consiste en aceptar esas condiciones que darán vida al contrato y a su vez a los títulos valores (donde también se incorporan las condiciones del crédito). Esta relación está salvaguardada por la Constitución; los inversionistas conocen las condiciones en el momento de comprar los títulos.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 13.

Sin embargo, pese a que el artículo recoge la definición de crédito más estricta y pareciera que se circunscribe a los supuestos de emisión de deuda pública, lo cierto es que el artículo 135 se aplica a todas las formas de crédito público, en consecuencia, operaciones como prestar garantía o aval, y las operaciones de tesorería⁶⁹², necesitan de autorización. Es decir, la necesidad de autorización de ley prevista en el 135 CE se aplica a los supuestos donde efectivamente hay un endeudamiento del ente público y que de lugar a créditos pasen a ocupar un lugar dentro de los pasivos de las cuentas públicas⁶⁹³.

La regulación del principio de estabilidad presupuestaria del artículo 135 CE está pensada para los casos de deuda financiera (no cabe duda sobre esto). Sin embargo, la Ley Orgánica 9/2013, de control de deuda comercial del sector público, que reformó la Ley Orgánica 2/2012 (LOEPSF), asimila la deuda financiera y la deuda comercial del Estado. Así, el preámbulo de la Ley Orgánica 9/2013 identifica la estabilidad presupuestaria como un principio constitucional cuya ley de desarrollo estableció el principio de sostenibilidad financiera; y afirma que: “el endeudamiento del sector público no solo se refleja en el volumen de su deuda financiera, sino también en su deuda comercial. Limitar el control del endeudamiento a la deuda pública financiera es obviar una de las expresiones más relevantes del endeudamiento, la deuda comercial. La sostenibilidad financiera no es sólo el control de la deuda pública financiera, sino también el control de la deuda comercial”⁶⁹⁴.

Esta asimilación pretende justificar la adopción de las medidas contenidas en el capítulo IV de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera a los casos de morosidad de la deuda comercial que, advertimos, no están previstos en el sentido original del artículo 135 CE. Es más, el propio preámbulo de la ley observa que “esta reforma amplía el concepto de deuda pública para mejorar la protección de todos los acreedores”, y sostiene que esta extensión del concepto encuentra asidero en el 135 CE. Sin embargo, a renglón seguido, establece que la prioridad absoluta del pago de la deuda se reserva para la deuda financiera únicamente, dando lugar a la duda de si la deuda del artículo 135 CE puede abarcar o no la deuda comercial del Estado. Señala Medina

⁶⁹² Las principales operaciones de tesorería son los créditos de corto plazo y las pólizas de crédito.

⁶⁹³ F. DE LA HUCHA CELADOR, “Artículo 135: Estabilidad presupuestaria y deuda pública”, en María Emilia Casas Baamonde, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (eds.) *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2, 1, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, p. 927.

⁶⁹⁴ ESPAÑA, *Ley Orgánica 9 de 2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público*.

Guerrero que “de ser cierto que la deuda comercial forma parte del concepto constitucional de deuda pública *ex art. 135 CE*, es obvio que el legislador orgánico no estaría en modo alguno facultado para seleccionar qué parte del art. 135 CE se aplica, o deja de aplicarse, a la deuda comercial. Sencillamente, no se puede asumir un régimen jurídico a unos efectos y rechazarlo a otros efectos”⁶⁹⁵.

Es posible discernir si estas previsiones sobre la deuda comercial encajan en el artículo 135 CE pero, en todo caso, y como ya hemos señalado, en la actualidad, la morosidad de la deuda comercial del Estado también activa todo el conjunto de medidas establecidas en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera que, como veremos, comprometen la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

En relación con el principio de reserva de ley en materia de deuda pública y financiación del Estado se han planteado tres posibles formas de entenderlo: 1. Que simplemente debe existir la autorización genérica de endeudarse; 2. Que la ley deberá ser precisa y, en esa medida, contener los elementos esenciales definidos de la operación, es decir, el monto, los intereses y el plazo; 3. Que la ley debería establecer unos mínimos o márgenes (es decir, no definidos exactamente) de estos aspectos del crédito ya que son parte estructural del concepto.

Pues bien, la reforma ha regulado esta cuestión de forma más estricta. El 135 CE previo a la reforma constitucional establecía un principio general de reserva de ley para el endeudamiento y el contenido de dicha ley no estaba regulado por la Constitución, de lo cual se infería que los límites, condiciones y contenido de la ley que autorizara la emisión debían ser fijados por la ley orgánica. Sin embargo, las nuevas disposiciones constitucionales restringen la libertad de configuración legislativa.

El nuevo marco constitucional establece el ejercicio de la reserva de ley subordinándolo al principio de la estabilidad presupuestaria. En otras palabras, antes, el legislativo actuaba como filtro y decidía autorizar o no el endeudamiento; ahora, con las nuevas disposiciones, el ejecutivo y el legislativo quedan vinculados a los criterios fijados

⁶⁹⁵ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 99.

por la Unión Europea, y así se desplaza una parte de su capacidad decisoria en esta materia.

Como nota distintiva, el límite del volumen de deuda pública debe ser el establecido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (de manera expresa), a diferencia del límite del déficit público, que el artículo 135 CE dejó abierto a las disposiciones europeas de manera general. La Unión Europea ha cambiado el nombre y ha modificado los Tratados en múltiples ocasiones. Desde un punto de vista técnico, esto se debería haber previsto habiendo recogido cierta flexibilidad con relación al Tratado que habría de fijar los criterios de volumen de deuda con el objeto de evitar reformas constitucionales en el futuro con el único objeto de acomodar a redacción a dichos cambios.

Ahora bien, el artículo 135.3 CE prevé la presunción de que los créditos correspondientes para satisfacer la deuda pública se entenderán incluidos en los presupuestos. Sobre el incumplimiento esta disposición, es importante señalar que la vulneración de la obligación de incluir en el presupuesto las partidas para atender los créditos, puede ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional mediante cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, se advierte que esta posibilidad no impide la solicitud de aplicación directa de la Constitución dado que se protegen derechos subjetivos (de los tenedores).

Por otra parte, el artículo original no preveía un límite al endeudamiento. Es decir, la responsabilidad sobre la cantidad de deuda dependía del poder político, encabezado por el parlamento, de tal manera que las restricciones necesarias para evitar el endeudamiento excesivo estaban ausentes en el articulado anterior.

Un aspecto importante y novedosos de la reforma del año 2011 es la adopción de la “prioridad absoluta” referida al pago de la deuda (capital e intereses). Se trata de una expresión inapropiada dentro de un texto constitucional que adopta el modelo de Estado Social y Democrático. La previsión, evidentemente, responde las “necesidades del mercado” y no a los fines propios de la Constitución.

El lenguaje jurídico puede tener un efecto emotivo y su uso produce efectos de doble vía. En este caso concreto se observa la necesidad de transmitir a los mercados y países vecinos la contundencia y la fuerza del compromiso adquirido respecto de la confección del presupuesto y la certeza del pago de la deuda. Por otro lado, el uso del lenguaje

emotivo afecta negativamente a la legitimidad del propio Estado cuando la interpretación del nuevo texto permite inferir que todos los demás compromisos son secundarios.

Medina Guerrero sostiene, con acierto, que esta es una locución completamente desafortunada, innecesaria y, sobre todo, inútil, lo cual la hace doblemente reprochable. No hacía falta que la Constitución estableciera de una manera tan burda algo que naturalmente sucede incluso desde antes de la Constitución de 1978 ⁶⁹⁶. Los Estados, para acceder al mercado financiero, necesitan gozar de credibilidad. El mercado se encarga de dar la información necesaria para que los capitales fluyan o no en una dirección o en otra.

Es un hecho que la deuda es lo primero que se tiene en cuenta para la confección del presupuesto; así ha sido históricamente y así será mientras el sistema de mercado se mantenga como una fuente de financiación para la hacienda pública. Hoy los mercados no confían en la capacidad de pago como consecuencia del cambio constitucional con la inclusión de la fórmula “prioridad absoluta”; los mercados confían por el pago puntual y por los indicadores de la economía⁶⁹⁷.

Por su parte, Embid Irujo considera que las palabras “prioridad absoluta”, en una situación “normal”, no tienen ninguna aplicabilidad; especialmente si se parte de la idea de que los presupuestos estarán correctamente elaborados y que, además, los ingresos serán suficientes para cubrir los gastos previstos. Sin embargo, sostiene el autor que esta calificación puede llegar a cobrar vida en el momento en que falle esa situación de normalidad. Lo anterior permite interpretar que la deuda está por encima de cualquier otro gasto e indica, con más claridad que antes, cuáles serían los gastos en los que habría que recortar⁶⁹⁸. García Guerrero va más allá y sostiene que ha operado un verdadero cambio respecto del contenido del interés general. Afirma que el artículo 128.1, que se refiere a la subordinación de la riqueza al interés general, aunado a la nueva priorización que establece el 135.3 CE, permite interpretar que “parece evidente que el primer interés general al que está subordinada toda la riqueza del país es el pago de la deuda pública y

⁶⁹⁶ M. MEDINA GUERRERO, “Ponencia «Las consecuencias del 135 sobre la actividad económica del Parlamento. O Parlamento nacional y economía vs Unión Europea» en las VII Jornadas sobre Derecho Parlamentario: El Parlamento y la función presupuestaria en un contexto de Reforma Constitucional”, 2015, fecha de consulta 29 abril 2015, en <https://canal.uned.es/serial/index/id/2039>.

⁶⁹⁷ A. NAVARRO-FAURE, “El gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una hacienda plural”, 2013, p. 125.

⁶⁹⁸ A. EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, cit., p. 73.

sus intereses”⁶⁹⁹. De la Hucha Celador sostiene que puede tener efectos indeseados en términos presupuestarios:

“La segunda novedad es materialmente relevante y puede tener efectos indeseados en términos presupuestarios, aunque suponga una suerte de guiño a los mercados financieros y los tenedores de Deuda. En efecto, el 135-3 de la CE establece que el pago del servicio de la Deuda pública de las Administraciones (concepto que engloba Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales, así como organismos autónomos, entes públicos, etc.) gozará de prioridad absoluta. ¿Prioridad, obviemos por el momento el adjetivo, respecto del resto de los créditos presupuestarios? La respuesta ha de ser negativa porque no habla de créditos sino de pagos y en Derecho Presupuestario los pagos de cualquier gasto público provienen de la consignación de los mismos en los Presupuestos Generales del Estado y del subsiguiente procedimiento de ejecución del gasto público. Si los créditos presupuestarios para el pago del servicio de la Deuda están automáticamente incluidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (tanto del Estado como ahora de las Comunidades Autónomas y en general de las Administraciones públicas y no cabe enmienda mientras se ajusten a ley de emisión), la pregunta que nos hacemos en la siguiente: ¿se está constitucionalizando una prelación de pagos, que no de obligaciones reconocidas ope legis? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿acaso no estaría pretiriendo otras obligaciones ex lege, contractuales o las derivadas de ejecución de sentencias judiciales?”⁷⁰⁰

Interpreta De la Hucha Celador que los acreedores de deuda pública de las Administraciones Públicas serán entonces los primeros en cobrar en caso de que no se puedan satisfacer todas las acreencias en un momento dado. Es más, esta prelación (o privilegio en derecho concursal), podría eventualmente impedir el pago de obligaciones que cuenten con el respaldo del presupuesto correspondiente dada esta priorización constitucional. En palabras del mismo autor, “La CE introduce un nuevo principio presupuestario que es el de la prioridad absoluta del pago del servicio de la Deuda pública o la prelación en el pago, que resulta técnicamente más correcto”⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ J. L. GARCÍA GUERRERO, *La publicidad: fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 216.

⁷⁰⁰ F. DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 25.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 4.

Este principio de prioridad absoluta se ve reforzado por la regla de gasto del artículo 12.5 de la Ley Orgánica 2/2012 (LOEPSF) que, como ya vimos, establece que los ingresos no previstos en los presupuestos, el superávit de cada ejercicio, serán destinados íntegramente al pago de la deuda pública. Esta disposición crea entonces una verdadera regla que da cumplimiento al nuevo principio de prioridad absoluta.

Por otra parte, este inciso incluye una presunción de derecho, la misma previa a la reforma, consistente en entender que los presupuestos incluyen las partidas necesarias para hacer frente a los pagos de la deuda. Esto tiene como efecto su exigibilidad, incluso ante instancias judiciales, en caso de que se produzca un incumplimiento o, simplemente, en caso de que el presupuesto no recoja las partidas necesarias. Por otra parte, la prohibición de modificar o enmendar protege a los acreedores frente a una ley de conversión forzosa, suspensión del pago la deuda (repudio) o de modificación de las condiciones del crédito, haciendo inconstitucional cualquier disposición en tal sentido⁷⁰².

Ahora bien, el otro elemento que nutre la comprensión del novedoso principio es la reglamentación sobre la deuda pública. Como ya se dijo antes, la regulación sobre la deuda pública fue reformada en algunos aspectos, pero ya estaba en la Constitución en su versión original. Sin embargo, la preferencia del pago de la deuda con la fórmula “prioridad absoluta” respecto de cualquier tipo de gasto, aunado a la limitación del volumen de la deuda con respecto al PIB, aclaran el objetivo de la disposición.

Con todo, no existe una definición constitucional de lo que debe entenderse por volumen de deuda pública, por tanto, debemos remitirnos a la Ley Orgánica que ha desarrollado el precepto constitucional. Así pues, al artículo 13.1⁷⁰³, que a su vez remite a la definición del Protocolo de déficit excesivo. Esto quiere decir que el concepto constitucional de deuda pública, y, sobre todo, sus límites y cálculo, tienen una naturaleza flexible y abierta.

⁷⁰² R. FALCÓN Y TELLA, “La reforma del art. 135 de la Constitución”, *Revista General de Derecho Europeo*, 25, 2011, pp. 1-2; L. MÍGUEZ MACHO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 117, 2012.

⁷⁰³ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. Artículo 13.1 “El volumen de deuda pública, definida de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de déficit excesivo, del conjunto de Administraciones Públicas no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se establezca por la normativa europea.”

“... de tal manera que, sin modificación alguna del texto constitucional, cabe que se produzca una modificación de significado o quizás más exactamente de la norma de cálculo del volumen”⁷⁰⁴.

“El importe de la deuda vendría dado por el valor de las obligaciones y préstamos que las Administraciones Públicas habrían de reembolsar a los acreedores en el momento de su reconocimiento (valor facial), sin que se comprendan los intereses devengados, ni las deudas entre Administraciones («obligaciones respaldada por activos financieros que estén en manos del sector administraciones públicas»). Es decir, que la «deuda pública debe consolidarse: han de eliminarse del cálculo los pasivos cuyos activos financieros correspondientes están en posesión de los subsectores de las administraciones públicas»⁷⁰⁵.

Por otra parte, la Ley General de Presupuesto recoge una definición mucho más estricta sobre el concepto de deuda pública. Su art. 92 señala que “Constituye la Deuda del Estado el conjunto de capitales tomados a préstamo por el Estado mediante emisión pública, concertación de operaciones de crédito, subrogación en la posición deudora de un tercero o, en general, mediante cualquier otra operación financiera del Estado, con destino a financiar los gastos del Estado o a constituir posiciones activas de tesorería”.

Esta definición es compatible con la de las disposiciones europeas pese a que se refiere únicamente a la deuda del Estado, dejando fuera de sus disposiciones la deuda de las demás “administraciones públicas”, que son reguladas aparte⁷⁰⁶.

En este apartado también recoge el otro aspecto con el que se ha desarrollado el principio de estabilidad presupuestaria, es decir, el de la deuda pública. En este caso, se remite al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para la determinación de los índices de deuda pública. Es decir, volvemos al 60% con respecto al PIB, establecido en el Protocolo 12 anejo al TFUE.

Uno de los cambios más significativos en esta materia es que la regulación constitucional incluyó por primera vez a las Comunidades Autónomas. Por lo tanto, la determinación de los límites aceptables de deuda pública que aseguran el cumplimiento

⁷⁰⁴ J. GARCÍA PASCUAL, *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, p. 204.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 206.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 207.

del principio de estabilidad se hace extensible a las Comunidades Autónomas. Esta previsión soluciona en buena medida las pocas dudas que pudieran haber permanecido tras la sentencia STC 134/2011, en la que el Tribunal despejó el camino para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de coordinación económica y autonomía financiera de las Comunidades.

Los límites a la deuda pública son desarrollados en el art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Fiscal a través del principio de sostenibilidad financiera, al que ya nos hemos referido. Así: “Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea.”. Este principio a su vez es desarrollado por el artículo 13 de la misma ley⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. Artículo 13. Instrumentación del principio de sostenibilidad financiera

1. El volumen de deuda pública, definida de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de déficit excesivo, del conjunto de Administraciones Públicas no podrá superar el 60 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el que se establezca por la normativa europea.

Este límite se distribuirá de acuerdo con los siguientes porcentajes, expresados en términos nominales del Producto Interior Bruto nacional: 44 por ciento para la Administración central, 13 por ciento para el conjunto de Comunidades Autónomas y 3 por ciento para el conjunto de Corporaciones Locales. Si, como consecuencia de las obligaciones derivadas de la normativa europea, resultase un límite de deuda distinto al 60 por ciento, el reparto del mismo entre Administración central, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales respetará las proporciones anteriormente expuestas.

El límite de deuda pública de cada una de las Comunidades Autónomas no podrá superar el 13 por ciento de su Producto Interior Bruto regional.

2. La Administración Pública que supere su límite de deuda pública no podrá realizar operaciones de endeudamiento neto.

3. Los límites de deuda pública solo podrán superarse por las circunstancias y en los términos previstos en el artículo 11.3 de esta Ley.

En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita alcanzar el límite de deuda teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.

4. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

La autorización del Estado a las Comunidades Autónomas para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (RCL 1980, 2165), de Financiación de las Comunidades Autónomas, tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, así como al cumplimiento de los principios y el resto de las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley.

5. La autorización del Estado, o en su caso de las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales para realizar operaciones de crédito y emisiones de deuda, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (RCL 2004, 602, 670), tendrá en cuenta el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, así como al cumplimiento de los principios y las obligaciones que se derivan de la aplicación de esta Ley.

6. Las Administraciones Públicas deberán publicar su período medio de pago a proveedores y disponer de un plan de tesorería que incluirá, al menos, información relativa a la previsión de pago a proveedores de forma que se garantice el cumplimiento del plazo máximo que fija la normativa sobre morosidad. Las Administraciones Públicas velarán por la adecuación de su ritmo de asunción de compromisos de gasto a la ejecución del plan de tesorería.

Cuando el período medio de pago de una Administración Pública, de acuerdo con los datos publicados, supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad, la Administración deberá incluir, en la actualización

Es evidente que la ley retoma los máximos de deuda permitidos por las disposiciones comunitarias (pudo haber sido más exigente). Además, distribuye ese margen entre los diferentes niveles territoriales del Estado: el artículo 13.1 establece que el 44% corresponde a la Administración central; un 13% para al conjunto de las Comunidades Autónomas; y el 3% restante al conjunto de las Corporaciones locales.

Un aspecto relevante es que el segundo inciso de la disposición final séptima⁷⁰⁸ aplaza la entrada en vigor de estos límites de deuda para el año 2020. Este plazo estaba previsto en la Constitución respecto de los límites de déficit estructural según la disposición adicional única apartado 3 del artículo 135 CE. Pero la ley orgánica lo extendió también a los límites de deuda.

7. La cláusula de escape en el artículo 135 de la Constitución española: nuevas competencias del Congreso de los Diputados.

“Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse 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, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.”

El artículo 135 CE, en su apartado 4, prevé los supuestos de hecho que dan lugar a la autorización para rebasar los límites establecidos.

Con relación a las catástrofes naturales hay poco que decir; en principio, se plantean pocas dudas respecto de las condiciones para aplicar esta excepción (terremotos,

de su plan de tesorería inmediatamente posterior a la mencionada publicación, como parte de dicho plan lo siguiente:

- a) El importe de los recursos que va a dedicar mensualmente al pago a proveedores para poder reducir su período medio de pago hasta el plazo máximo que fija la normativa sobre morosidad.
- b) El compromiso de adoptar las medidas cuantificadas de reducción de gastos, incremento de ingresos u otras medidas de gestión de cobros y pagos, que le permita generar la tesorería necesaria para la reducción de su período medio de pago a proveedores hasta el plazo máximo que fija la normativa sobre morosidad.

⁷⁰⁸ *Ibid.* Disposición Final séptima. Entrada en vigor

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante, los límites previstos en los artículos 11 y 13 de esta Ley entrarán en vigor el 1 de enero de 2020.

La modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, prevista en los apartados Uno a Cinco de la disposición final cuarta, ambos inclusive, entrará en vigor el 1 de enero de 2013.

Los planes económico-financieros y de reequilibrio que hayan sido presentados durante el ejercicio 2012, así como los objetivos para 2012 fijados con arreglo a la anterior Ley, se regirán, en cuanto a su seguimiento y aplicación, por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

inundaciones, sequías o avalanchas). Sin embargo, si se atiende el criterio de la Unión Europea, deberá aplicarse el artículo 2 del Reglamento CE 2012/2002, modificado por el 661/2014⁷⁰⁹.

Con relación a la recesión económica grave, establece el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 2/2012 que: “se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se dé una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional”.

Sin embargo, las Administraciones Públicas, ya sea el Estado o las Comunidades Autónomas, necesitarán autorización del Congreso de los Diputados para hacer uso de la excepción y atender las necesidades que correspondan; en consecuencia, la valoración de las circunstancias habilitantes son una competencia centralizada.

Ahora bien, el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/2012 dispone que la “desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo”. Es decir, pese al reconocimiento de la gravedad de la situación que se genere, su atención sigue estando supeditada al mantenimiento de la sostenibilidad. Además, esta posibilidad está limitada al Estado y a las Comunidades Autónomas; por tanto, quedan excluidas las entidades locales.

La cláusula de escape queda sometida a control parlamentario, con una mayoría cualificada para blindar el cumplimiento de lo dispuesto por el artículo.

Por otro lado, estas situaciones excepcionales recuerdan también a los supuestos de hecho que deben concurrir para activar el artículo 86 CE y expedir así Decretos-Ley. Vale la pena indagar si son equiparables los supuestos de hecho que dan lugar a la activación de la cláusula de escape del 135.4 CE (“catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria”) y los supuestos de hecho de “caso de

⁷⁰⁹ El Artículo 2 de Reglamento CE 2012/2002. define una catástrofe natural grave como “toda catástrofe natural que se produzca, en un Estado que puede optar a una ayuda daños directos estimados en más de 3 000 millones EUR, a precios de 2011, o en más del 0,6 % de su RNB. A efectos del presente Reglamento se entenderá por "catástrofe natural regional" toda catástrofe natural que produzca, en una región de nivel NUTS 2 de un Estado miembro que pueda optar a una ayuda, daños directos superiores al 1,5 % del producto interior bruto (PIB) de la región. No obstante lo dispuesto en el párrafo primero, cuando la región afectada por un desastre natural sea una región ultraperiférica en el sentido del artículo 349 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se entenderá por "catástrofe natural regional" toda catástrofe natural que produzca daños directos superiores al 1 % del PIB de dicha región.”

extraordinaria y urgente necesidad” contenidos en artículo 86 CE, que habilitan al Gobierno para dictar Reales Decretos-Leyes.

En principio podrían ser concurrentes y podrían pues dar lugar a activar ambos preceptos. Sin embargo, para expedir un Decreto-Ley cuyo propósito sea emitir Deuda Pública, parece necesario que se haya cumplido el requisito establecido por el 134.4 (aprobación por parte del Congreso de los Diputados). Sostiene de la Hucha Celador:

“Pero la apelación a situaciones de emergencia extraordinaria, perjuicio de la situación financiera del país o de su sostenibilidad económica, etc. ¿son situaciones equivalentes a la extraordinaria y urgente necesidad que predica el art. 86 de la CE para dictar Decretos-Leyes? A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa y lo más que permitiría sería tramitar el proyecto por el procedimiento de urgencia, pero mucho nos tememos que pueda ser utilizado el citado precepto constitucional como una coartada que elimine la necesidad de ley y habilite dictar Decretos-Leyes, como en los años de crisis ha venido sucediendo aun antes de la reforma constitucional”⁷¹⁰.

La posibilidad de rebasar los márgenes establecidos por la Unión Europea plantea un interrogante singular, en el sentido de que la fuente de los números de referencia es externa; mientras que la cláusula de escape debe ser valorada por la mayoría del parlamento para cobrar validez; es decir, el incumplimiento “justificado” tiene origen en el seno interno del Estado.

La pregunta obvia es: ¿cuál es la responsabilidad del Estado español frente al incumplimiento de lo establecido por la Unión una vez que el Parlamento ha considerado justificada (autorizándola) la aplicación de la excepción?

Una interpretación plausible pero poco convincente es que el 135 CE, en el fondo, se traduce en una reserva de soberanía que permite al Estado español apartarse de la referencia en unos supuestos dados y bajo la aquiescencia del máximo órgano de representación del Estado⁷¹¹.

⁷¹⁰ F. DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, cit., p. 41.

⁷¹¹ L. MÍGUEZ MACHO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social”, cit., p. 118.

El ejercicio de cláusulas de escape debe estar bien controlado para que las reglas fiscales logren sus objetivos según la teoría económica. En este sentido, cabe preguntarse si puede producirse el control del Tribunal Constitucional sobre los supuestos de hecho que permiten activar la cláusula de escape; no se puede perder de vista que la estabilidad presupuestaria ocupa el lugar de principio en la Constitución española.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, para interpretar los supuestos de hecho, es preciso tener en cuenta las disposiciones europeas (así, por ejemplo, la definición de catástrofe natural). Sin embargo, apreciar la amenaza de una situación de emergencia con respecto a la sostenibilidad “social” del Estado, flexibiliza la cláusula y esto debe tenerse en cuenta.

El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza es fundamental para fijar el alcance de la cláusula de escape adoptada por el 135 CE. El artículo 3, apartado 3, literal b, del Tratado se ocupa de la definición de “circunstancias excepcionales”⁷¹² que pueden dar lugar a un exceso respecto de los márgenes establecido por la Unión Europea. La primera circunstancia hace referencia a eventos coyunturales y no materiales, es decir, que no hayan sido previstos, como las catástrofes naturales. De otro lado, se hace referencia a los casos de recesión económica, de acuerdo con lo dispuesto por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, es decir, “un descenso anual del PIB de, al menos, el 2% (...) siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga el peligro la sostenibilidad presupuestaria a mediano plazo”.

La Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, desarrolla en el mismo sentido las disposiciones del artículo 135 constitucional. El artículo 11 de la ley⁷¹³, que trata de los instrumentos del Principio de Estabilidad

⁷¹² “b. por «circunstancias excepcionales» se entenderá aquel acontecimiento inusual que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo.”

⁷¹³ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. art. 11: (...) “3. Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo.

A los efectos anteriores la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se dé una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional.

En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.”

Presupuestaria, identifica los supuestos de hecho en los cuales “el Estado y las Comunidades Autónomas” pueden superar los márgenes establecidos; además, remite a la normativa europea para la definición sobre recesión económica, es decir, también se remite al Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Con todo, la superación de los márgenes, es decir, la flexibilidad de la regla, tiene un límite y es que el compromiso a medio plazo debe mantenerse incólume. En otras palabras, si el exceso de deuda o de déficit compromete dicho compromiso se activarán los mecanismos de corrección del artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En consecuencia, el ejercicio de la cláusula de escape, aun contando con las mayorías parlamentarias exigidas, puede dar lugar a la responsabilidad del Estado español frente a las instituciones europeas. Por tanto, la autorización del Congreso de los Diputados será válida y suficiente para los casos en los que el incumplimiento de los parámetros se concrete respecto de las normas internas, es decir, de los previstos en la Ley Orgánica 2/2012 y con relación a las metas internas. Sin embargo, respecto de los topes fijados por los tratados, la autorización será inane en lo que atañe a la responsabilidad del Estado frente a la Unión Europea.

“En todos los supuestos, tanto afecten a límite general fijado a nivel comunitario, como al específico determinado por la normativa interna, la excepcionalidad de la situación que justifica ese mayor déficit deber ser apreciada por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Sin embargo, su eficacia será diferente en función del límite que se vaya a rebasar: Así tal apreciación por el Congreso, resulta suficiente, cuando se vaya a exceder el límite previsto en la normativa interna, sin superar el límite previsto a nivel comunitario, al tratarse de una cuestión meramente interna. Sin embargo, si el déficit va a exceder del límite comunitario, en ese caso, además de la apreciación por el Congreso, será necesario seguir los trámites previstos en la normativa comunitaria para la consideración de tales circunstancias excepcionales”⁷¹⁴.

Los compromisos descritos y la manera en la que están imbricados unos con otros, es decir, la Constitución española, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, el Tratado de

⁷¹⁴ A. LÓPEZ DÍAZ, “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, cit., p. 57.

Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza, son los elementos que impiden ver una reserva de soberanía en la cláusula de escape incorporada por el 135 de la Constitución.

Existen otros elementos que influyen en la economía, entre ellos, los cambios demográficos, variaciones del tipo de cambio, variaciones de tipo de interés, que no forman parte de la discrecionalidad del gobierno y que, sin embargo, se introducen en el saldo estructural ⁷¹⁵. Es decir, que escapan al control del Estado, pero no se tiene en cuenta su naturaleza coyuntural.

La cláusula de escape está prevista para ambos indicadores (déficit estructural y volumen de la deuda) y, por lo tanto, el principio de estabilidad presupuestaria no solo hace referencia al presupuesto propiamente dicho (el que está regulado en el 134), sino que se proyecta hasta afectar el gasto público a lo largo del ciclo, ya que exige realizar los ajustes para recuperar y mantener el equilibrio de las finanzas.

Por otra parte, en consonancia con todo el régimen que venimos desarrollando, las Entidades Locales quedan excluidas de la posibilidad de sobrepasar los límites de deuda y de déficit previsto para este nivel administrativo. Deberán mantener siempre el equilibrio (el artículo 11 de la Ley Orgánica 2/2012 que venimos comentando prevé la posibilidad para el Estado y las Comunidades de sobrepasar los límites y, a renglón seguido, se establece el equilibrio como regla para las Entidades Locales) ⁷¹⁶.

La nueva disposición constitucional, en el caso español, ha adoptado una limitación al gasto público ya que la suma de las variables no deja otra interpretación posible. En el caso de que los ingresos fueran insuficientes para cubrir el gasto y que los límites (deuda

⁷¹⁵ T. FERNÁNDEZ SIRERA, *¿Asegura el Pacto de Estabilidad la disciplina presupuestaria en la Unión Monetaria Europea?*, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Bellaterra (Barcelona), 1998, p. 3.

⁷¹⁶ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. Artículo 11 (...) “3. Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo. A los efectos anteriores la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se de una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional. En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.

y déficit) hubieran sido superados, la única opción constitucionalmente válida es la reducción de este gasto (sea excesivo o no)⁷¹⁷.

Para concluir, en caso de que se active la cláusula de escape, de manera correlativa, nace la obligación de establecer un plan económico financiero encaminado al restablecimiento de la senda del equilibrio que implica la adopción de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera en los términos en los que los ha definido la ley.

8. El establecimiento de la regla de gasto.

El desarrollo de la regla de gasto también cuenta con un marco comunitario que determina la arquitectura de la regla en el ámbito nacional.

Desde el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) de 1997, concretamente en el Reglamento 1466/1997 (artículos 3 y 7), ya fuera en el Programa de Convergencia o en el Programa de Estabilidad, existe la obligación de establecer “el objetivo de medio plazo en términos de situación presupuestaria próxima al equilibrio o con superávit”. Con la reforma del año 2011 (el *six pack*) se fortalece el seguimiento de los objetivos a medio plazo con la supervisión propia del Semestre Europeo, y con lo dispuesto por el artículo 5 del mismo Reglamento 1466/1997 (versión consolidada), que faculta al Consejo para examinar “los objetivos presupuestarios a medio plazo”.

Las instituciones europeas estudian si los planteamientos económicos son realistas; si la trayectoria propuesta por el Programa es adecuada o no para cumplir con los objetivos del PEC.

El PEC tiene elementos de flexibilidad que permiten valorar el momento del ciclo. Así, el 5.1 establece que “(...) El Consejo y la Comisión tendrán en cuenta si se hace un esfuerzo mayor de ajuste en tiempos de bonanza económica, mientras que el esfuerzo podría ser más limitado en tiempos adversos para la economía. En particular, se tomarán en consideración los ingresos inesperados o las caídas inesperadas de los ingresos.”

En todo caso, los Estados están obligados a presentar un objetivo de medio plazo en el marco de la gobernanza económica europea. Este compromiso, como ya se ha

⁷¹⁷ L. MÍGUEZ MACHO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social”, cit., p. 15.

advertido, es un límite de la política fiscal y presupuestaria del Estado, y por tanto se traduce materialmente en una regla de gasto.

Ahora bien, el artículo 5 del Reglamento contiene una regla de gasto propiamente dicha, no en el sentido de imponer un índice numérico concreto, pero sí de mantener una relación ajustada entre ingresos y gastos. El reglamento plantea tres reglas:

1. Una vez alcanzado el objetivo presupuestario a medio plazo, el crecimiento anual de gasto no debe superar la tasa de crecimiento potencial del PIB a medio plazo. Para aumentar el gasto por encima del índice de crecimiento potencial es necesario compensar con medidas que aumenten ingresos.
2. En el caso de los Estados que no hayan alcanzado el objetivo, el crecimiento anual del gasto debe mantenerse en una tasa inferior a la del crecimiento potencial del PIB a medio plazo. Dicha tasa inferior debe permitir que se alcance el objetivo presupuestario a medio plazo.
3. Asimismo, en el caso de los Estados que no hayan alcanzado el objetivo, el ajuste para alcanzar el objetivo debe ser compensado mediante reducciones del gasto o de aumento de los ingresos públicos, o de ambas cosas.

El cálculo de la regla se basa en el gasto primario. En este sentido se excluyen a) los gastos de intereses, b) los gastos de programas de la Unión que tengan financiación completa con fondos de la Unión, c) los cambios no discrecionales en los gastos destinados a prestaciones por desempleo⁷¹⁸.

También se prevé la posibilidad de que haya un crecimiento del gasto superior al límite (crecimiento potencial del PIB), siempre que dicho exceso se vea compensado por un incremento de los ingresos establecidos por la ley (fundamentalmente impuestos).

La regla de gasto fijada por la Unión Europea tiene el objetivo de que los incrementos de gasto público cuenten con la financiación adecuada para mantener la situación presupuestaria del Estado dentro de los parámetros indicados por la Unión. Es decir, la regla de gasto no implica la prohibición de aumentar el gasto, sino que prescribe la

⁷¹⁸ E. MARCO PEÑAS, "Necesidad de incrementar la inversión pública y aplicación de la regla de gasto", *Revista catalana de dret públic*, 53, 2016, p. 124.

obligación de que haya un incremento proporcional de los ingresos para compensar el incremento de los gastos⁷¹⁹.

Antes de la reforma del año 2011, el artículo 13 de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria establecía un límite al gasto no financiero del presupuesto del Estado. Este límite de gasto se extendió a las Administraciones Públicas del nivel local en el año 2011 mediante el Real Decreto Ley 8/2011⁷²⁰. Sin embargo, el límite de gasto no era aplicable a las Comunidades Autónomas⁷²¹.

La regla de gasto contenida en el artículo 12.1 de la Ley 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en armonía con las disposiciones europeas, establece un límite al crecimiento del gasto público en los siguientes términos: “1. La variación del gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española”. Este límite ahora sí se aplica a las Comunidades Autónomas, y es la verdadera novedad de la regla.

Es notoria la similitud existente entre el criterio europeo y el adoptado por la ley española. El problema de la determinación del crecimiento potencial se plantea al más alto nivel en la aplicación de esta norma, porque la decisión (determinación de este índice) se transforma en una regla de gasto concreta, que limita la capacidad de gasto de las Administraciones.

Al igual que en la normativa europea, el segundo inciso del artículo 12.1 (Ley 2/2012 Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) dispone que en caso de que “exista un desequilibrio estructural en las cuentas públicas o una deuda superior al objetivo establecido, el crecimiento del gasto público computable se ajustará a la senda establecida en los respectivos planes económico-financieros y de reequilibrio (...)”. Esta es una transposición de la norma europea que ya comentamos.

También advertimos que la normativa europea prevé que el cálculo se base en el gasto primario. Esta disposición se recoge en el artículo 12.2 de la Ley Orgánica de Estabilidad

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ ESPAÑA, *Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.*

⁷²¹ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 93.

Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en el sentido de que el gasto computable para el cálculo de la regla son “los empleos no financieros definidos en términos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, excluidos los intereses de la deuda, el gasto no discrecional en prestaciones por desempleo, la parte del gasto financiado con fondos finalistas de la Unión Europea o de otras Administraciones Públicas y las transferencias a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales vinculadas a los sistemas de financiación”.

Asimismo, en el artículo 12.4 (Ley Orgánica 2/2102) se traspone la regla de que un aumento de los ingresos permanentes permite un aumento de los gastos en la misma cuantía. Y de manera correlativa, una disminución de los ingresos previstos deberá reflejarse en una disminución de los gastos.

Ahora bien, la determinación del índice de referencia (tasa de crecimiento del PIB de medio plazo), según el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 2/2012, corresponde al Ministerio de Economía y Competitividad. El cálculo deberá hacerse de acuerdo con la normativa europea y este índice se convierte en el límite de la regla de gasto para la Administración Central, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales.

La regla de gasto remata con la siguiente disposición: “5. Los ingresos que se obtengan por encima de lo previsto se destinarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública”.

En este sentido, la regla de gasto otorga amplios poderes de decisión al Gobierno Central para vigilar y controlar el desempeño fiscal de todas las Administraciones Públicas.

Un aspecto problemático del establecimiento de la regla de gasto es su anclaje constitucional en virtud del 135 CE⁷²². De las disposiciones que regulan el principio de estabilidad presupuestaria no parece derivarse una facultad para imponer una regla de gasto al sistema de financiación autonómico. Si bien es cierto que el establecimiento de reglas de gasto puede guardar relación con el cumplimiento de los objetivos financieros que implica el principio de estabilidad presupuestaria, también lo es que el

⁷²² X. PADRÓS, “Presupuestos y normativa sobre la actividad presupuestaria y financiera de las Comunidades Autónomas”, *Informe Comunidades Autónomas 2012*, 2013, p. 221.

incumplimiento de la regla de gasto no implica necesariamente que se rebasen los límites de deuda y de déficit públicos que son los verdaderos límites constitucionales.

“Nada en el principio de estabilidad presupuestaria configurado en la Constitución autoriza a imponer un nivel del gasto predeterminado, ya sea absoluto, ya sea relativo, en función de la evolución del PIB o de cualquier otro término de referencia. En principio, con base exclusivamente en el art. 135 CE, nada impediría teóricamente al Estado, CCAA o a las Entidades locales, llevar al cielo su volumen de gasto, siempre y cuando se elevasen a ese nivel (o al nivel de déficit constitucionalmente posible) sus correspondientes ingresos (salvo los procedentes del endeudamiento)”⁷²³.

Otro aspecto relevante que resulta indispensable destacar es que la regla de gasto es idéntica para todas las Administraciones Públicas, es decir, para el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales. El efecto concreto de esta previsión para las Comunidades Autónomas es que el desempeño financiero es irrelevante para fijar el límite de gasto. En esa medida, pueden presentarse casos donde el PIB potencial de la Comunidad Autónoma sea superior que el establecido para la economía española en su conjunto y, por lo tanto, la autonomía financiera de las entidades territoriales encontraría un límite sin justificación suficiente.

La regla de gasto, pese a que su difícil relación directa con los contenidos propios del principio de estabilidad presupuestaria es difícil, da lugar al funcionamiento de las medidas preventivas, correctivas y coercitivas que prevé el capítulo IV de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Fiscal, que inician con la elaboración de informes y pueden dar lugar a la aplicación de la cláusula de coacción federal del artículo 155 CE como veremos más adelante.

9. Alcance del principio de estabilidad presupuestaria (competencias de coordinación, o centralización, desafíos para el modelo autonómico español)

El desarrollo de las disposiciones del artículo 135 CE se encomendó a una ley orgánica que se integra en el bloque de constitucionalidad ya que sus disposiciones se ocupan de delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Además de lo anterior, la misma ley orgánica determina los límites de déficit y deuda,

⁷²³ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 94.

que en última instancia corresponden al contenido concreto del principio de estabilidad presupuestaria⁷²⁴.

La otra novedad del artículo 135 CE es el establecimiento de una regla fiscal estricta de equilibrio para las Entidades Locales. Esta regla obliga a que los entes locales presenten presupuestos balanceados o con superávit. En el caso español, y dado que las principales competencias son de titularidad estatal y autonómica, se considera una norma dirigida a limitar el gasto y el crecimiento de la deuda.

“En relación con las Haciendas Locales, la STC 134/2011 precisa que lo garantizado por la Constitución en relación con las Haciendas Locales es la suficiencia de ingresos y no la autonomía financiera. Además, la estabilidad no es más que un marco presupuestario, una regla exógena y previa sobre la relación entre el conjunto de ingresos y gastos de la Entidad Local, lo que no vulnera la autonomía de la Entidad Local, porque no altera sus competencias materiales. Asimismo, la fijación de límites de endeudamiento a las Entidades Locales es compatible con la autonomía local porque influye en la política crediticia y en el sistema equilibrio financiero del sistema económico del Estado”⁷²⁵.

El principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución tiene como efecto inmediato el cambio de naturaleza dogmática de los preceptos que la conforman e inciden en la materia. En otras palabras, el hecho de que el principio se integre en la Constitución lo sustrae de la disponibilidad del Estado. Es decir, se convierte en un contenido preceptivo y, en consecuencia, su regulación y desarrollo legal deben atender a dicho contenido (STC 157/2011 FJ 3).

La STC 134/2011 había resuelto en buena medida la adecuación del principio de estabilidad presupuestaria (de rango legal en ese momento) a los contenidos de la Constitución. La sentencia, como ya advertimos previamente, perfiló en qué consistía la función de coordinación de la economía y las competencias necesarias para mantenerla. En todo caso, esta sentencia se pronunció sobre la inconstitucionalidad de las normas de estabilidad de 2001 y se adoptó cuando todavía no se había producido la reforma de 2011

⁷²⁴ J. GARCÍA PASCUAL, *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, cit., p. 167.

⁷²⁵ M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria y el desarrollo de la actividad financiera pública tras la ley orgánica 2/2012”, cit., p. 143.

(que se produjo un mes después). Sus nuevas decisiones tuvieron en cuenta, como es natural, las nuevas disposiciones consecuencia de la reforma de 2011.

El principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito constitucional vinculó al Estado central desde un doble punto de vista: en primer lugar, como obligado al cumplimiento del principio y, en segundo lugar, como garante del principio respecto de las demás Administraciones Públicas. Por lo tanto, a los títulos habilitantes identificados en la STC 134/2011, se sumaba ahora la responsabilidad del Estado con respecto al mantenimiento del principio al amparo del artículo 135 CE, despejando cualquier duda respecto del alcance de la competencia de coordinación económica.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional en la que se utiliza el artículo 135 de la Constitución en su versión reformada es la STC 157/2011. Esta decisión reitera toda la doctrina recogida por la STC 134/2011.

La decisión que se adopta en la STC 157/2011 tenía el mismo objeto que la STC 134/2011, es decir, se enjuiciaba la constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria del año 2001. Estas dos sentencias son las de referencia, ya que se reiteran por once sentencias posteriores⁷²⁶ y con alguna variación la STC 196/2011⁷²⁷. En la sentencia 157/2011, el Tribunal Constitucional advierte sobre la nueva configuración del precepto constitucional de la siguiente manera:

“Y el apartado 1 de la nueva redacción del art. 135 CE establece que «todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria». Estamos, pues, 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 Comunidades Autónomas.

⁷²⁶ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 185/2011*; *Sentencia STC 186/2011*; *Sentencia STC 187/2011*; *Sentencia STC 188/2011*; *Sentencia STC 189/2011*; *Sentencia STC 195/2011*; *Sentencia STC 196/2011*; *Sentencia STC 197/2011*; *Sentencia STC 198/2011*; *Sentencia STC 203/2011*.

⁷²⁷ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 196/2011*, cit. Esta decisión, además de la confirmación de las posiciones ya conocidas del Tribunal, tiene una consideración adicional relevante. El gobierno de Aragón impugnó la disposición transitoria única de la Ley 18/2001, esta disposición facultaba al gobierno para hacer el cómputo de la determinación del objetivo de estabilidad presupuestaria en el Estado y en la Seguridad Social de manera conjunta, en tanto que las fuentes de los ingresos no están diferenciadas. A este respecto sostuvo el tribunal de manera escueta, en su Fundamento Jurídico 13, que: “La norma impugnada en el presente recurso posee una finalidad razonable dado que como argumenta el Abogado del Estado el sistema de Seguridad Social también se financia con recursos del Estado y mientras no exista separación de fuentes no es arbitrario que el objetivo de estabilidad se determine teniendo en cuenta a ambos.”

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.

La nueva redacción del art. 135 CE encomienda ya a una Ley orgánica el desarrollo de los principios a que se refiere el precepto –apartado 3–. Y esto es lo que ahora se destaca: la remisión a una Ley orgánica, obviamente estatal, corrobora la competencia del Estado en esta materia, que ya había declarado este Tribunal aplicando el art. 149.1, 13 y 14, por un lado, y 11 y 18, por otro – STC 134/2011 (RTC 2011, 134) , ya citada, F. 8–.”.

El conjunto de medidas que garantizan todo el andamiaje concebido en el artículo 135 CE es especialmente incisivo respecto de la autonomía financiera de las entidades territoriales infraestatales, pero mucho más generoso frente al incumplimiento del Gobierno central.

La Ley Orgánica 2/2012 (LOEPSF), en su Capítulo IV, recoge un conjunto de medidas preventivas, correctivas y coercitivas dirigidas a garantizar el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria.

- Artículo 18.1: dispone que las propias administraciones públicas harán un seguimiento de la ejecución presupuestaria en aras de garantizar que al cierre del ejercicio se cumplen los objetivos, en caso de ser necesario se deberá ajustar el gasto público.
- Artículo 18.2: establece que si el volumen de deuda supera el 95% del objetivo, las únicas operaciones de crédito permitidas serán las de tesorería.
- Artículo 18.4: establece que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas hará un seguimiento de los periodos medios de pago a proveedores de las Comunidades Autónomas. En caso de morosidad, el Ministerio “formulará una comunicación de alerta indicándose el importe que deberá dedicar mensualmente al pago a proveedores y las medidas cuantificadas de reducción de gastos, incremento de ingresos (...)”. Para el caso de las Corporaciones Locales, esta alerta será emitida por el órgano interventor, y deberá informarse a la Administración que tenga atribuida la tutela financiera de dicha Corporación

Local. En los supuestos en los que sea una Comunidad Autónoma la titular de dicha tutela financiera deberá comunicarse al Ministerio de Hacienda.

- Si persiste el estado de morosidad, el artículo 18.5 faculta al Estado o, dado el caso, a la Comunidad Autónoma, para que se retengan los recursos derivados de la participación en tributos del Estado para satisfacer las obligaciones pendientes de pago que las Corporaciones Locales tengan con sus proveedores.
- El artículo 19, sobre los riesgos de incumplimiento: faculta al Gobierno para que emita una advertencia pública a la Administración responsable. Esa advertencia se pondrá en conocimiento del Consejo de Política Fiscal y Financiera (si la administración en riesgo es una Comunidad Autónoma), o a la Comisión Nacional de Administración Local (si es una Corporación Local).
- El artículo 20, sobre medidas automáticas de corrección: establece que, en caso de incumplimiento, todas las operaciones de endeudamiento de la Comunidad Autónoma requerirán de autorización del Estado. Si la incumplidora fuese una Corporación Local, la autorización será de la entidad que ostenta la tutela financiera.
- El artículo 21: prevé que la corrección del incumplimiento se formule en un Plan económico-financiero que permita el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto⁷²⁸.
- El artículo 22: establece que se presentará un plan de reequilibrio para los casos donde se han sobrepasado los objetivos por causa de circunstancias excepcionales (catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones emergencia extraordinaria).

⁷²⁸ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. Artículo 21. 2 “El plan económico- financiero contendrá como mínimo la siguiente información:

- a) Las causas del incumplimiento del objetivo establecido o, en su caso, del incumplimiento de la regla de gasto.
- b) Las previsiones tendenciales de ingresos y gastos, bajo el supuesto de que no se producen cambios en las políticas fiscales y de gastos.
- c) La descripción, cuantificación y el calendario de aplicación de las medidas incluidas en el plan, señalando las partidas presupuestarias o registros extrapresupuestarios en los que se contabilizarán.
- d) Las previsiones de las variables económicas y presupuestarias de las que parte el plan, así como los supuestos sobre los que se basan estas previsiones, en consonancia con lo contemplado en el informe al que se hace referencia en el apartado 5 del artículo 15.
- e) Un análisis de sensibilidad considerando escenarios económicos alternativos.”

- El artículo 23 sobre la tramitación y seguimiento de los planes, ya sea el económico-financiero o el de reequilibrio así: a) En el caso de la Administración Central se elaborará por el Gobierno y se remite a las Cortes Generales para su aprobación; b) los planes elaborados por las Comunidades Autónomas serán remitidos al Consejo de Política Fiscal y Financiera; c) los planes elaborados por las Corporaciones Locales, serán aprobados por el Pleno de la Corporación y remitidos al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o al responsable de la tutela financiera.

- El artículo 25 establece las medidas coercitivas: aprobar el acuerdo de la no disponibilidad de créditos y la correspondiente retención de créditos “que garantice el cumplimiento del objetivo establecido”, asimismo, y de forma similar a lo establecido por el PEC, la administración incumplidora deberá constituir un depósito con intereses del 0,2% de su PIB nominal hasta que se apliquen las medidas que garanticen el cumplimiento de los objetivos, pasados tres meses, si no se han adoptado dichas medidas el depósito dejara de devengar intereses, y si transcurren otros tres meses, el depósito podrá convertirse en multa coercitiva.

- Es de especial relevancia la última disposición del artículo 25.1 literal a) que dice: “Asimismo, cuando resulte necesario para dar cumplimiento a los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea, las competencias normativas que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado”. Esta competencia normativa es nueva y su aplicación se torna de difícil cumplimiento y encaje constitucional toda vez que la jurisprudencia sentada en la decisión STC 134/2011 FJ 11, había advertido que el límite de las injerencias del Estado en materia de autonomía financiera es “la sustitución en la competencia de la Comunidad Autónoma”. Como bien observa Medina Guerrero esta disposición afecta de manera directa un conjunto de normas que delimitan las competencias y su reparto en materia tributaria empezando por lo dispuesto en el artículo 157.3 CE y concretamente en la LOFCA⁷²⁹.

- Según el artículo 25.2, si no se adoptan las medidas, el Gobierno podrá enviar una comisión de expertos que tendrá acceso a la información necesaria y deberá

⁷²⁹ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 88 y 89.

presentar una propuesta de medidas que serán obligatorias para la administración incumplidora. Esta escueta regulación de la comisión de expertos comporta un verdadero problema desde el punto de vista constitucional. En primer lugar, porque se desconoce por completo la composición de la Comisión, su organización o funcionamiento, pero el hecho más destacable es que sus “recomendaciones” son de obligatorio cumplimiento, sin embargo, la naturaleza jurídica de dichas recomendaciones es a todas luces cuestionable, requeriría que un cuerpo representativo o al menos el Gobierno las implementara a través del sistema de fuentes. Esta cuestión fue estudiada por el Tribunal Constitucional en la STC 215/2014, en la cual reconoce la constitucionalidad de esta disposición, pero advirtiendo que “no significa que por la sola autoridad de la comisión de expertos actuando en nombre del Gobierno, se puedan ejecutar tales medidas” (FJ 7). Es decir, que el artículo 25.2 ha generado una interpretación forzada en el seno del Tribunal Constitucional⁷³⁰, dejando en el aire si finalmente las recomendaciones de la comisión son obligatorias o no.

- Para finalizar, en el caso de las Comunidades Autónomas que no cumplan con las medidas previstas, se habilita al Gobierno para que requiera al Presidente de la Comunidad Autónoma para que dé cumplimiento a la obligación correspondiente en virtud del artículo 155 CE con todas las prerrogativas que difiere dicho artículo al Gobierno.
- En el caso de las Corporaciones Locales, ya sea el Gobierno o la Comunidad Autónoma, según el caso, podrá tomar las medidas necesarias para obligar a la corporación a cumplir. En caso de que la Comunidad Autónoma responsable de la tutela financiera de la Corporación no tome las medidas correspondientes, se faculta al Gobierno para que requiera, en aplicación del artículo 155 CE, a la Comunidad Autónoma renuente.

Vemos pues como todo el aparato que rodea la regulación del artículo 135 CE, así como las normas de la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Fiscal y la jurisprudencia que ha desarrollado la materia se articulan para fortalecer las competencias del Estado central. Si bien es cierto que parece a todas luces

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 92.

lógico que haya una coordinación y control sobre el desempeño y los resultados de las finanzas públicas, no puede pasar desapercibido el aumento de las competencias del Estado central. Que pueden llevar incluso a la activación de la cláusula de coerción federal contenida en el artículo 155 CE⁷³¹.

El principio de estabilidad presupuestaria, dada su naturaleza principal, permite alguna flexibilidad respecto de sus contenidos. De ahí, como ya es sabido, que sea a través de una ley orgánica que se haya encomendado buena parte del desarrollo del mismo. Ahora bien, uno de los principales mecanismos de aplicación es el que recoge el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012⁷³², que establece el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos. Destaca de esta disposición que dirige la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria sobre las políticas de gasto público de manera inequívoca. Exige, pues, que la estabilidad presupuestaria sea considerada desde la fase de planeación del gasto público en general, como se muestra en el apartado 1 del artículo, y se proyecta hasta las decisiones concretas como la celebración de contratos y convenios, según el apartado 3 de la misma disposición, los cuales deberán atender al principio de estabilidad presupuestaria en caso de que afecten a los gastos o ingresos del Estado, previendo el impacto que puedan llegar a tener en el cumplimiento del principio.

Esto significa que toda la función administrativa del Estado debe atender inexorablemente a las metas que se hayan fijado para el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Así, los cálculos respecto del crecimiento del PIB, el horizonte plurianual y, en última instancia, la confección de la regla de gasto, disciplinan toda la política de gasto del Estado, tanto el central como el descentralizado.

⁷³¹ E. VÍRGALA FORURIA, “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 23, 73, 2005; “El art. 155 de la Constitución: teoría y práctica”, en Esther González Hernández (ed.) *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 5, Tomo 5, 2018.

⁷³² ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. Artículo 7. Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos

1. Las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
2. La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público.
3. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

El poder del gobierno central a la hora de determinar los límites de la política (en general) es evidente, con la advertencia de que este poder está centralizado, y sobre él las Comunidades Autónomas no tienen un poder de decisión.

La ley de desarrollo va incluso más allá, y de manera categórica se retoma la priorización del pago de la deuda pública. En este sentido, el artículo 12.5 de la Ley Orgánica de Sostenibilidad Fiscal y Estabilidad Presupuestaria establece: “5. Los ingresos que se obtengan por encima de lo previsto se destinarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública.”, esto cierra las posibilidades de hacer política más allá de la que el sector central permita, incluso ante escenarios de cumplimiento de la regla de gasto.

Se crea una pinza que puede llegar a impedir el funcionamiento de la cláusula de Estado social de Derecho como una vis expansiva. Por un lado, se limita la confección de los presupuestos al cumplimiento de las metas fijadas por el gobierno, la capacidad de endeudamiento se define con la tasa de crecimiento del PIB (fijada por el Ministerio de Economía y Competitividad); y de otro, para cerrar, los ingresos que superen lo previsto en los presupuestos deberán destinarse al pago de la deuda.

Frente a este escenario es posible encontrar casos de Comunidades Autónomas que con superávit en sus cuentas y al corriente del pago de la deuda pública tienen constreñida su capacidad para gastar y, en última instancia, para desarrollar políticas de acuerdo con su posición ideológica. Ello como consecuencia de esta expresión tan intensa del principio de estabilidad presupuestaria.

Por otra parte, no sobra advertir que el hecho de que el principio de estabilidad presupuestaria tenga rango constitucional amplía los instrumentos para su protección, específicamente al recurso de inconstitucionalidad, y este opera ya no solamente para las Comunidades Autónomas, sino para cualquier Administración Pública⁷³³.

10. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal –AIRF-

Los objetivos de estabilidad presupuestaria pueden ser protegidos a través de diversos instrumentos. Desde el ámbito europeo se prevén medidas preventivas como el Semestre

⁷³³ E. ALBERTÍ ROVIRA, “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 33, 98, 2013, p. 69.

Europeo, el sistema de alertas tempranas y, en última instancia, el Procedimiento de déficit excesivo.

España, mediante la Ley Orgánica 6/2013, creó la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIRF).

La creación de la AIRF responde a las obligaciones contenidas en el *Six pack* en la Directiva 2011/85/UE, sobre “Requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados Miembros”. Esta Directiva, en las consideraciones⁷³⁴ y en el artículo 6⁷³⁵, apunta a la necesidad de crear órganos independientes o con autonomía funcional respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados para garantizar el cumplimiento de los objetivos, a través de un seguimiento técnico. En todo caso, esta función no es incompatible con el marco de supervisión prevista en el TFUE.

Esta Directiva contempla amplias posibilidades a la hora de organizar la autoridad que se dedique a la función de vigilancia del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria. La Directiva prevé la existencia de organismos que cumplan con dicha función, pero exige que sea a través de organismos independientes, o dotados de autonomía funcional al menos.

En sentido similar se expresa el TECG en el artículo 3.2⁷³⁶. Este precepto exige la independencia de las instituciones que supervisen el cumplimiento de los objetivos

⁷³⁴ UNIÓN EUROPEA, *Directiva 2011/85/UE*, cit. Consideraciones: “(16) Considerando la eficacia demostrada por los marcos presupuestarios basados en normas de los Estados miembros para mejorar la titularidad nacional de las normas presupuestarias de la Unión de fomento de la disciplina presupuestaria, una de las piedras angulares del marco reforzado de supervisión presupuestaria de la Unión debe ser la existencia de reglas presupuestarias numéricas sólidas que sean específicas para cada Estado miembro y conformes con los objetivos presupuestarios a nivel de la Unión. Las reglas presupuestarias numéricas sólidas deben proporcionar definiciones de objetivos bien precisas y prever mecanismos que permitan un seguimiento efectivo y oportuno. Dichas reglas deben basarse en un análisis fiable e independiente realizado por órganos independientes u órganos dotados de autonomía funcional respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados miembros. Además, la experiencia ha demostrado que, para que las reglas presupuestarias numéricas sean eficaces, su incumplimiento debe llevar aparejadas consecuencias, aunque ese coste sea de carácter meramente reputacional.”

⁷³⁵ *Ibid.* Artículo 6:

“1. (...), las reglas presupuestarias numéricas, específicas por país contendrán precisiones sobre los siguientes elementos:

(...);

b) el ejercicio de un seguimiento efectivo y oportuno del cumplimiento de las reglas, basado en análisis fiables e independientes realizados por órganos independientes u órganos dotados de autonomía funcional respecto de las autoridades presupuestarias de los Estados miembros; (...)”

⁷³⁶ *TRATADO DE ESTABILIDAD, COORDINACIÓN Y GOBERNANZA EN LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA*. Artículo 3.2: “(...) Las Partes Contratantes establecerán a escala nacional el mecanismo corrector mencionado en el apartado 1, letra e), sobre la base de los principios comunes que proponga la Comisión Europea, relativos en particular a la naturaleza, el alcance y el calendario de la medida correctora que se adopte, igualmente en caso de circunstancias excepcionales, y a la función e independencia de las instituciones responsables a escala nacional de supervisar la observancia de las normas establecidas en el apartado 1.(...)”.

fijados en las reglas fiscales en el ámbito nacional y, en concreto, del funcionamiento del mecanismo corrector.

En 2012, la Comunicación de la Comisión “Principios aplicables a los mecanismos de corrección presupuestaria” (COM/2012/0342 Final) adoptó el principio “(7) Función e independencia de las instituciones de supervisión”. Este principio ordena que el mecanismo corrector deberá contar con el respaldo de “organismos independientes y organismos con autonomía funcional que actuarán como instituciones de supervisión”. En esta Comunicación se prevé que dichas autoridades ejerzan sus controles a través de evaluaciones públicas sobre el mecanismo de corrección, exige al Estado que dé seguimiento a la evaluación y en caso de que no se siga que se justifique públicamente. Por otro lado, establece que “Los organismos citados contarán con el respaldo de disposiciones legales nacionales que asegurarán un elevado grado de autonomía funcional, a saber: i) un régimen jurídico basado en el Derecho; ii) libertad frente a toda injerencia, en virtud de la cual los citados organismos no aceptarán instrucciones y podrán comunicar públicamente información oportuna; iii) unos procedimientos de nombramiento sobre la base de la experiencia y la competencia; iv) unos recursos adecuados y un acceso oportuno a la información para dar cumplimiento al mandato obtenido”⁷³⁷.

Esta comunicación de 2012 guarda una relación evidente con el Reglamento 473/2013, parte del *Two pack* que, en el artículo 2.1, sobre definiciones, establece que se entenderá por: “a) «organismos independientes», organismos estructuralmente independientes u organismos dotados de autonomía funcional con respecto a las autoridades presupuestarias del Estado miembro, basados en disposiciones normativas nacionales que garanticen un nivel elevado de autonomía funcional y responsabilidad, en particular:

- i) un régimen jurídico basado en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales de carácter vinculante,
- ii) prohibición de aceptar instrucciones de las autoridades presupuestarias del Estados miembro (de cualquier otro organismo público o privado),
- iii) capacidad para comunicar información públicamente y a su debido tiempo,

⁷³⁷ UNIÓN EUROPEA, *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Principios comunes aplicables a los mecanismos de corrección presupuestaria* /* COM/2012/0342 final */ Anexo 7.

- iv) procedimientos de nombramiento de sus miembros sobre la base de su experiencia y competencia,
- v) recursos suficientes y acceso adecuado a la información para llevar a cabo el mandato conferido”.

Las disposiciones anteriores se verían fortalecidas si se adopta el proyecto de Directiva 2017/0335 de 2017⁷³⁸. En la propuesta se pretende que las Autoridades Independientes, a través de evaluaciones públicas, comprueben:

- La idoneidad del objetivo a medio plazo
- El cumplimiento del objetivo de medio plazo
- La existencia o no de circunstancias excepcionales.

En caso de que se detecten desviaciones significativas, las autoridades independientes deberán invitar a las autoridades presupuestarias a activar mecanismos de corrección. Además, deberán presentar evaluaciones públicas sobre:

- La coherencia de las medidas con el mecanismo de corrección.
- Los avances en la corrección y el plazo.
- La existencia o no de circunstancias excepcionales que puedan justificar las desviaciones.

El proyecto de Directiva exige a los Estados que se “cercioren de que las autoridades presupuestarias (...) cumplen las recomendaciones de los organismos independientes inscritas en las evaluaciones (...) o justifiquen públicamente su decisión de incumplir dichas recomendaciones”⁷³⁹.

El proyecto de Directiva busca fortalecer los organismos independientes que vigilan el cumplimiento de las reglas fiscales. Para este propósito retoma las características mencionadas en las definiciones del Reglamento 473/2013, y agrega: se recomiendan las siguientes medidas.

- iv) “estén compuestos de miembros designados y nombrados en función de su experiencia y competencia en materia de hacienda pública,

⁷³⁸ UNIÓN EUROPEA, *Comunicación COM/2017/0824 final 2017/0335 (CNS). Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO por la que se establecen disposiciones para reforzar la responsabilidad fiscal y la orientación presupuestaria a medio plazo en los Estados miembros.*

⁷³⁹ *Ibid.* art. 3.6 .

macroeconomía y gestión presupuestaria, mediante procedimientos transparentes;

- v) dispongan de recursos suficientes y estables para llevar a cabo su mandato de manera eficaz;
- vi) tengan un acceso amplio y oportuno a la información para el cumplimiento de sus tareas”⁷⁴⁰.

Es evidente que las autoridades de vigilancia han evolucionado en el marco jurídico de la Unión Europea ganando importancia y concreción, pese a que sus labores se circunscriben al ámbito estatal y no al comunitario.

En la “Recomendación del Consejo, de 21 de junio de 2013, encaminada a poner fin a la situación de déficit excesivo de España”, cinco meses antes de la creación de la AIRF, en el punto 14 de las consideraciones, hacía referencia a que “La creación de un Consejo Fiscal, con plena independencia institucional y financiera, está aún pendiente”, asimismo, en el punto 24, numeral ii), se instaba al Estado a la creación del Consejo Fiscal independiente, en aras de aumentar la transparencia⁷⁴¹.

La AIRF fue creada mediante la Ley Orgánica 6/2013, en el mes de noviembre. La creación de esta agencia estatal requiere de una ley orgánica puesto que da desarrollo a las disposiciones del artículo 135 CE, apartados 2 y 5. En este sentido, las remisiones de la Constitución a una Ley orgánica para el desarrollo de los principios contenidos en el artículo, así como los procedimientos y metodología, exigen que sea a través de este tipo de ley.

La primera Ley Orgánica de desarrollo es 2/2012 la (LOESPSF) y, en consecuencia, esta Ley Orgánica 6/2013 es complementaria a aquella. Según el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/2013, la AIRF se constituye como “ente de Derecho Público dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que ejerce sus funciones con autonomía e independencia funcional respecto de las autoridades públicas”. Este primer artículo representa una transposición plena del contenido de la Directiva 2011/85/UE (se cumple así con lo exigido por la Unión Europea).

⁷⁴⁰ *Ibid.* art.3.7.

⁷⁴¹ UNIÓN EUROPEA, *Recomendación del Consejo de 21 de junio de 2013 encaminada a poner fin a la situación de déficit público excesivo de España (2013/C 180/02)*.

Hay que destacar que el nombre que recibe la agencia incluye la independencia como signo de identidad. En la organización estatal española no existe ninguna otra agencia cuya denominación incluya el calificativo de *independiente*. Lo que demuestra la intención y compromiso del legislador por dotar de garantías a la entidad para llevar a cabo su misión. Las características que hemos advertido (plena capacidad pública y privada, autonomía e independencia funcional) permiten inferir que los principios de verticalidad y subordinación no operan con respecto a esta entidad⁷⁴².

El desarrollo más concreto de lo anterior se encuentra en el artículo 7 de la misma Ley, que reitera la plena independencia orgánica y funcional, la prohibición de que su Presidente u otros miembros reciban instrucciones de ninguna entidad pública o privada. Sin embargo, la entidad está adscrita en los aspectos “puramente organizativos y presupuestarios”.

La adscripción al Ministerio puede generar inconvenientes que impidan el funcionamiento adecuado de la AIRF; no se puede perder de vista que parte sus funciones consisten en la fiscalización y control del Gobierno. Parte de estos posibles inconvenientes se solventan por el artículo 11 de la norma, que establece que la AIRF dispondrá de patrimonio propio. Para ello, se ha dispuesto que sus principales ingresos sean las tasas de supervisión y los precios públicos de los estudios, con cargo a la Administraciones Públicas revisadas; también dispone de los recursos que se le asignen anualmente en los Presupuestos Generales del Estado. Esto último tiene su relevancia, pues si bien las competencias y facultades las puede ejercer de manera independiente y autónoma, el órgano puede ver mermada su posibilidad de actuación a través de los correspondientes recortes presupuestarios, que dependen en buena medida del Gobierno. La falta de autonomía financiera puede dar lugar a que exista poder de influencia desde la administración del Estado con respecto a la entidad que se pretende independiente.

Los problemas de independencia fueron advertidos desde el momento de la creación de la AIRF, donde se discutió si debería estar o no adscrita al Ministerio de Hacienda o si su encaje institucional sería más armónico si se hubiera hecho depender de las Cortes Generales. Esta problemática fue abordada por el Consejo de Estado en su Dictamen

⁷⁴² A. RALLO LOMBARTE, “La amenazada independencia de la autoridad de responsabilidad fiscal”, *Teoría y realidad constitucional*, 38, 2016, p. 166.

606/2013, en el que aclaraba que la adscripción del nuevo órgano podía afectar su función aunque dicha circunstancias, sin embargo, “no supone necesariamente una quiebra de la autonomía funcional de la institución”⁷⁴³.

Otro aspecto relevante que puede afectar el cumplimiento de las funciones de la AIRF es su limitada capacidad para determinar su planta de personal. Las limitaciones típicas de la organización del empleo público son relevantes pero menores (artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2013), el verdadero desafío viene dado por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, sobre todo, en los artículos 35 y 39.4.

En primer lugar, el artículo 35 faculta al Presidente de la AIRF para presentar “la propuesta de Oferta de Empleo Público” anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Y el artículo 39 dispone: “La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal contará con una relación de puestos de trabajo, propuesta por el Presidente a los órganos competentes (...)”. La propuesta sería presentada ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Es decir, que no existe una verdadera independencia respecto de la cantidad de su planta de personal; pese a que cuenta con patrimonio propio, la decisión sobre su planta de personal depende en todo caso del Gobierno⁷⁴⁴. Y no se puede perder de vista que las funciones de la agencia dependen de la capacidad de análisis de la información que necesariamente demanda de una planta de personal suficiente.

Las funciones de la AIRF, a tenor del artículo 3 de la Ley, son ejercidas a través de informes, opiniones y estudios. Para llevar a cabo su función dispone de acceso a la información económico-financiera de las Administraciones Públicas. En primer lugar, tiene acceso a la información a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (al que está adscrita); sin embargo, puede requerir directamente a las administraciones públicas “en concreto cuando la información obtenida a través del Ministerio no resultara insuficiente, completa o requiera de alguna aclaración”.

⁷⁴³ A.-M. PORRAS GÓMEZ, “La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 37, 110, 2017, p. 148.

⁷⁴⁴ A. RALLO LOMBARTE, “La amenazada independencia de la autoridad de responsabilidad fiscal”, cit., p. 177 y 178.

La información es el sustrato fundamental para el cumplimiento de las funciones de la agencia. La ley se preocupó de garantizar el acceso a la misma. En tal sentido, el Ministerio mediante orden dispondrá de la información que será remitida a la entidad; ésa podrá sin embargo requerir más información (artículo 4.2). Además, establece la obligación para todas las Administraciones Públicas de facilitar la información requerida (artículo 4.3). El incumplimiento de esta obligación tiene un efecto relativamente débil: “En caso de producirse el incumplimiento del deber de colaboración, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal incluirá en su página web una advertencia pública de dicha circunstancia”. A renglón seguido, la Ley establece que en caso de que persista el incumplimiento de suministrar la información, en armonía con la LOEPSF 2/2012, artículo 20.6, (debe entenderse que es el 20.7 de acuerdo con la reforma del año 2013), pueden imponer las sanciones previstas en el artículo 20 de la LOEPSF.

Sin embargo, hay que anotar que la competencia para la imposición de dichas sanciones corresponde al Gobierno, en concreto al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y no es posible interpretar que dichas sanciones puedan ser dispuestas por la AIRF (artículo 4.3). En otras palabras, el incumplimiento de las obligaciones con la AIRF puede acarrear las sanciones contenidas el art. 20 de la LOEPSF, pero por parte del Gobierno, no de la agencia.

Como bien lo advierte Rallo Lombarte, las sanciones previstas por el incumplimiento del deber de suministrar la información están en manos del Gobierno, esto implica que en caso de que sea el Gobierno central quien incumple con estos deberes, dichas sanciones no operarían⁷⁴⁵. En otras palabras, la “sanción” tendría efectos reputacionales para el Gobierno central, mientras que para las demás Administraciones Públicas, la “sanción” está en manos del Ministro de Hacienda.

La principal función de la AIRF es la publicación de sus informes, opiniones y estudios. En este sentido, y dado que una buena parte de su poder de control, de acuerdo con la Directiva 2011/85/UE, es de efectos reputacionales, se entiende que los poderes coercitivos de la AIRF sean limitados.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 180.

La primera limitación es que los informes son los previstos por la ley⁷⁴⁶. Según el artículo 5 de la Ley, las recomendaciones de dichos informes no son vinculantes; sin embargo, obligan a que la Administración que se aparte de las recomendaciones justifique su decisión.

Respecto de las opiniones, se formularán por iniciativa propia de la AIRF (artículo 5.2) sobre los siguientes temas (artículo 23): el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto de todas las Administraciones públicas y sobre la sostenibilidad de las finanzas públicas a largo plazo.

Los estudios de la AIRF, según el artículo 5.3, se realizarán a solicitud del Gobierno de la Nación, el Consejo de Política Fiscal y Financiera, la Comisión Nacional de Administración Local o la Comisión Financiera de la Seguridad Social. Asimismo, podrán solicitarlos las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, pero se deben circunscribir a su ámbito competencial.

Esta es una limitación extraña dada la naturaleza del objeto de dichos estudios. El interés de la preservación del principio de estabilidad presupuestaria es general y, en ese sentido, permitir que exista un control, a través de un estudio, por ejemplo, encargado por una Comunidad Autónoma respecto del Gobierno central, podría significar un aumento cualitativo de los controles y la transparencia de las cuentas públicas. Esta restricción produce la sensación de que el control tiene una naturaleza excluyente y vertical.

Los informes y las opiniones estarán disponibles en la Web de la institución, esto en armonía con el espíritu de lograr publicidad sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

La incidencia de los informes es variable, como anota Porras Gómez, ya que se manifiestan con respecto a la programación del gasto público y sobre la ejecución de los

⁷⁴⁶ Los informes previstos por la Ley son (Artículos 14 a 22): 1. Informe sobre las previsiones macroeconómicas, 2. Informe sobre la metodología para calcular las previsiones tendenciales de Ingresos y gastos, y la tasa de referencia de crecimiento, 3. Informe sobre el proyecto de Programa de Estabilidad, 4. Informes sobre el análisis de la ejecución presupuestaria, deuda pública y de la regla de gasto, 5. Informe sobre el establecimiento de los objetivos individuales para las Comunidades Autónomas, 6. Informe sobre los planes económico-financieros y planes de reequilibrio de la Administración Central y de las Comunidades Autónomas, 7. Informe de los proyectos y líneas fundamentales de los presupuestos de las Administraciones Públicas, 8. Informe sobre la aplicación de los mecanismos de corrección previstos en la Ley Orgánica 2/2012, 9. Informe sobre la concurrencia de las circunstancias excepcionales a las que hace referencia el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

presupuestos (ingresos y gastos). La programación presupuestaria es donde más inciden los informes de la AIRF, lo que plantea auténticos problemas constitucionales, según el autor, porque es el momento más álgido de la decisión política, y la AIRF no cuenta con un respaldo democrático directo que le dé legitimidad a su participación en la decisión⁷⁴⁷.

Esta cuestión es fundamental, porque si bien la AIRF no produce decisiones vinculantes, pone en marcha mecanismos de decisión de naturaleza tecnocrática. Esto se ve complementado por la obligación de las entidades públicas de justificar su decisión de apartarse de las recomendaciones de la AIRF. En otras palabras, la decisión política de gasto, en caso de que no se ajuste a los cánones establecidos por la AIRF, debe justificarse como si fuera una desviación inconveniente por la cual es necesario rendir cuentas.

11. Consecuencias sobre el estado de bienestar español

a. Transferencia de soberanía y el marco de la “constitución europea”

En España, la incorporación de normas de derecho europeo y la suscripción de tratados internacionales ha transformado la competencia y la autonomía del Estado español respecto de los presupuestos. Varios aspectos de la competencia presupuestaria se han visto transformados por el ordenamiento europeo, por ejemplo, el semestre europeo ha determinado nuevos tiempos para la aprobación del presupuesto por parte de las Cámaras, además, la Unión Europea estudia y dictamina sobre el contenido del proyecto de presupuesto. Lo anterior muestra que las previsiones constitucionales en algún sentido se han quedado obsoletas ya que la Constitución no tiene previsto la participación de las instituciones europeas en la formación del presupuesto y por lo tanto no existen en la Carta mecanismos para confrontar las decisiones europeas en esta materia.

Pérez Tremps en su valoración sobre la reforma del artículo 135 CE advierte que “Las remisiones que el art.135.2 y 3 hace al Derecho europeo producen un efecto de desconstitucionalización y europeización de las materias allí señaladas, que convierten al Derecho europeo directamente en canon o parámetro del juicio de constitucionalidad por

⁷⁴⁷ A.-M. PORRAS GÓMEZ, “La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero”, cit., p. 152.

remisión, frente a su consideración hasta ahora, como mucho, de parámetro de interpretación”⁷⁴⁸.

La materialización de la cesión de soberanía en materia presupuestaria se evidencia en la adopción de los índices de déficit y de deuda pública a través de la remisión explícita del artículo 135 CE. El artículo ni siquiera ha previsto un mecanismo de revalidación o confirmación por parte de las instituciones domésticas respecto de posibles cambios en el índice que define el límite de déficit (que no necesariamente tiene que ser un tratado). Aunado a lo anterior, es posible corroborar el ensanchamiento de las competencias europeas en esta materia, si se atiende al limitado margen de apreciación que queda a los Estados para superar los topes fijados por la Unión con motivo de la cláusula de excepción. Como vimos, el artículo 135 CE prevé que los límites de deuda pueden ser superados en caso de emergencia o crisis; sin embargo, esta decisión queda en manos del Congreso de los Diputados, que deberá aprobarlo por mayoría cualificada. Con todo, esta decisión puede generar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los tratados y en ese sentido el Estado puede ser sancionado por la Unión Europea por una decisión que se ha adoptado por parte de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, en ejercicio de una competencia constitucional⁷⁴⁹.

Esta última cuestión pone de manifiesto que los compromisos de España con la Unión Europea cada vez son más difíciles de comprender o encuadrar desde el Derecho constitucional que conocemos. Se coloca al poder legislativo en una posición incomprensible desde el punto de vista de la legitimidad democrática, en el sentido de que el ejercicio de una competencia constitucional (legítima) puede acarrear consecuencias sancionadoras por parte del propio ordenamiento jurídico que las ha deferido. Es posible que esta situación paradójica se pueda superar de forma relativamente sencilla cuando se plantea respecto de la sanción por violación de derechos humanos, discriminación e incluso respecto de medidas que falsean la competencia económica (en buena medida porque la solución a estas controversias es de naturaleza judicial); mientras que para el ejercicio de una competencia como es la de autorizar al gobierno a aumentar la deuda, parece una restricción incomprensible. Además, las

⁷⁴⁸ P. PÉREZ TREMPES, “Las reformas de la Constitución hechas y las reformas por hacer, cuarenta años después”, cit., p. 554.

⁷⁴⁹ L. JIMENA QUESADA, “La reforma del artículo 135 de la Carta Magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012.

medidas de sanción son de orden administrativo y solo serán conocidas por los tribunales en caso de que el Estado discuta la sanción.

Otro aspecto que nos permite identificar el impacto que ha tenido la regulación europea lo podemos observar en las directivas europeas que exigen la coordinación entre los compromisos adquiridos por el Estado y las entidades sub-nacionales, esto es lógico y coherente con los propósitos que se trazó la Unión Europea. Sin embargo, esta exigencia cambia las relaciones en el entorno español, ya que las amplias potestades de las Comunidades Autónomas se ven seriamente reducidas y centralizadas; es más, se crea la Autoridad Fiscal Independiente que tiene como misión supervisar y dictaminar sobre el desempeño financiero del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, pero que puede poner en marcha sanciones desde el gobierno central para disciplinar a las Comunidades Autónomas. Como ya se advirtió la competencia sancionadora está en manos del Gobierno, pero en buena medida la legitimidad de estas depende de los informes y opiniones de la Agencia Independiente de Responsabilidad Fiscal.

No se puede perder de vista que la variación de los estabilizadores automáticos incide especialmente en las finanzas de las Comunidades Autónomas ya que, en los tiempos de crisis, disminuyen sus ingresos y, dadas las competencias del modelo autonómico español, crecen las demandas de servicios sociales⁷⁵⁰.

b. Centralización de competencias

Uno de los efectos que ha traído la reforma del artículo 135 de la Constitución, aunado a la sentencia STC 134/2011, es el aumento de las competencias en materia financiera del Estado central. Si bien es cierto las competencias continúan en cabeza de las Comunidades Autónomas, se ha incrementado la competencia de vigilancia y control por parte del poder central de las decisiones que pueden tomar la Comunidades.

Asimismo, la norma que habilita al poder central para determinar la regla de gasto para cada ejercicio incrementa pues la capacidad del Estado para incidir de manera determinante en el desempeño fiscal de las Comunidades Autónomas⁷⁵¹. A esta norma es

⁷⁵⁰ E. ALBERTÍ ROVIRA, “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, cit., p. 64.

⁷⁵¹ P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, vol. 16, 46, 2014, p. 36.

necesario sumarle la obligación de adelantar planes económico-financieros por parte de las Comunidades Autónomas (supervisadas y condicionadas por el Ministerio) en caso de medidas de apoyo. Sobre este último punto es necesario indicar que desde una perspectiva práctica parece coherente que una entidad que requiere de ayuda financiera presente un plan para sanear sus cuentas, sin embargo, el hecho de que esta entidad sea una Comunidad Autónoma, con unas competencias definidas por la Constitución muestra que la autonomía tiene unos nuevos contornos y que los presupuestos autonómicos, en algunos escenarios, cuentan con un nuevo nivel de decisión.

Ahora bien, el artículo 135 CE centraliza en el Congreso de los Diputados la valoración de las situaciones excepcionales que permiten superar los criterios que forman el principio de estabilidad presupuestaria, ya sea el de deuda o el déficit. Sin embargo, las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no cuentan con un margen para ejercer una competencia equivalente.

Esta centralización competencial se ha manifestado en algunos casos. Por ejemplo, con ocasión de la suspensión de la paga extra de navidad mediante el Real Decreto-ley 20/2012, el gobierno vasco intentó cumplir con dicho pago pese a la suspensión por parte del gobierno central. Esta discrepancia provocó un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. El Estado pidió suspender la decisión del gobierno vasco que buscaba pagar la extra de navidad, obviando la disposición del Real Decreto-ley. Considera el Tribunal, mediante Auto 86/2013, que la medida no debía ser suspendida, ya que era la expresión de una política económica para abordar la crisis; así pues, la reducción del déficit a través de la contención del gasto es una medida ajustada a la Constitución, derivada del 40.1 CE y del 135 CE. Por otra parte, sostuvo el Tribunal que se trataba de medidas para contener el crecimiento de la deuda pública mediante la aplicación de un criterio de rigor presupuestario, con el propósito de dar estabilidad a las cuentas públicas y así responder ante la situación de desconfianza sobre la deuda soberana de la zona euro; además, reconoció que esta medida “se integra en las recomendaciones específicas formuladas por el Consejo Europeo a España”⁷⁵² (reiterado en el ATC 298/2013).

⁷⁵² ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Auto ATC 86/2013*.

El Tribunal también ha reconocido la necesidad de que las decisiones que el Estado tome para dirigir la política económica general sean eficaces; en esa medida, se reconoce el imperativo constitucional derivado del artículo 40.1 (estabilidad económica); además, considera el Tribunal que las medidas se ven fortalecidas por las nuevas disposiciones del artículo 135 CE, que eleva a rango constitucional el principio de estabilidad presupuestaria⁷⁵³.

Otro aspecto que destacar de la posición del Tribunal sobre el fortalecimiento de las medidas, se refiere a la credibilidad necesaria para que éstas tengan efecto. Si bien no es posible valorar, en términos de previsión, el impacto que las medidas van a tener en el crédito internacional, la credibilidad de las medidas sí son un factor indispensable para los mercados, y en ese orden de ideas, el Tribunal mantiene la suspensión de la norma autonómica que permitía aumentar la deuda bajo ciertos supuestos a las entidades locales (ATC 160/2011). Apoya sus argumentos en la exposición de motivos de la reforma del artículo 135 CE en lo referente a la necesidad de reforzar la credibilidad financiera. Con esa decisión se muestra pues un crecimiento de las competencias del Estado para tomar medidas que aseguren dicha credibilidad.

Otra decisión que nos muestra la centralización y aumento de las competencias del Estado en virtud de la estabilidad presupuestaria se pone de manifiesto en la sentencia STC 130/2013. En este caso el tribunal analiza la norma que supedita las subvenciones al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria, encuentra que, así como al Estado le corresponde la coordinación de los tributos, del mismo modo le corresponde la coordinación del gasto. No de una manera exhaustiva, pero sí tiene la competencia de fijar las directrices generales para el cumplimiento de los fines constitucionales (legalidad, eficiencia y economía, asignación equitativa de los recursos públicos, subordinación de la riqueza nacional al interés general, estabilidad presupuestaria y control). De donde concluye que la supeditación de las subvenciones al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria está en armonía con la Constitución y sus objetivos⁷⁵⁴.

Respecto de las entidades locales, la Constitución se decanta por la regla estricta del equilibrio presupuestario. Mientras que para el Estado y las Comunidades Autónomas se

⁷⁵³ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Auto ATC 160/2011*.

⁷⁵⁴ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 130/2013 FJ. 5*.

deja en manos de las normas europeas y de una ley orgánica de desarrollo para la concreción del principio de estabilidad presupuestaria, que al momento de escribir estas líneas corresponde, según la normativa europea con un 60% de deuda y un 3% de déficit del PIB. Mientras que la ley orgánica establece un criterio más riguroso, correspondiente a 0,4% de déficit estructural en el conjunto de las administraciones públicas, este indicador cobrará vigencia a partir del año 2020.

La norma contenida en el 135 CE, con índices de referencia concretos por remisión, implica dos problemas generales respecto del control adelantado por parte del Tribunal Constitucional. De un lado, que exista en virtud de esta disposición una ampliación de las competencias (que veremos más adelante). Y un segundo problema, es que el control de constitucionalidad sirva como instrumento político en manos del poder estatal para hacer control de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Es decir, que, dado que el ejecutivo tiene amplias prerrogativas para determinar e identificar los casos de violación del principio de estabilidad presupuestaria, estas prerrogativas pueden suponer un verdadero control que vacíe de contenido la autonomía de las Comunidades Autónomas a través de la justicia constitucional.

Las discrepancias respecto de si una comunidad cumple o no van a ser resueltas por el Tribunal Constitucional, y dado que esto es un contenido de carácter técnico que le corresponde al Ministerio de Economía, el control será laxo, o, por el contrario, el tribunal tendrá que adelantar un juicio de conveniencia, bajo la rúbrica de control jurídico.

El problema anterior puede ser salvado ya que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los títulos competenciales, sentada en la STC 134/2011, vino a ser “corroborada” por la reforma constitucional. El tribunal constitucional considera que los títulos competenciales no han cambiado en materia de coordinación económica en cabeza del Estado ex 149.1 CE.

Los mecanismos de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria también suponen un desafío para la comprensión de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. La supervisión del cumplimiento de los márgenes es férrea y otorga al poder central, al Ministro de Economía y Competitividad, amplias competencias para, dado el caso, intervenir sobre las actuaciones de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, esta apertura fue aprovechada por el legislador para establecer controles efectivos desde la Administración central hacia las demás Administraciones Públicas, incluida la administración autonómica⁷⁵⁵. Un buen ejemplo de la exhaustividad de la regulación, sobre todo con relación a las potestades y competencias sancionadoras, lo encontramos en las previsiones en materia del cumplimiento de la regla de gasto, el seguimiento de los planes económico financieros por parte del Ministerio de Hacienda e, incluso, en la activación de sanciones, en manos del Gobierno central, en caso de no responder a los requerimientos de la AIRF. Es más, la propia ley de desarrollo prevé el uso de artículo 155 CE en caso de incumplimiento que es un artículo que ha tenido relativamente poco recorrido en la tradición jurídica española por las implicaciones que supone a la autonomía.

c. El control jurisdiccional de la disciplina fiscal

La llegada de la disciplina fiscal a la Constitución pone de relieve la inclusión de una regla en estricto sentido, cuya interpretación no corresponde al desarrollo de una argumentación, sino que permite hacer análisis estructurados a modo de silogismo. Así, pues la inclusión de la disciplina fiscal en el ordenamiento jurídico juega un papel importante en materia de justicia constitucional por dos vías, en primer lugar porque la reforma que venimos estudiando ha significado una disminución de la apertura de la Constitución y en segundo lugar, porque esa disminución se traduce en normas de tipo cerrado, en reglas; estos dos aspectos, que están íntimamente relacionados, se constituyen un aumento de las competencias del Tribunal Constitucional para controlar las decisiones de contenido económico como son los presupuestos, las normas tributarias, e incluso las de participación de las entidades territoriales.

El cumplimiento de los objetivos de la estabilidad presupuestaria queda dentro del objeto de protección del Tribunal Constitucional y, en esa medida, la inconstitucionalidad de los presupuestos por razones materiales se podría convertir en un imperativo.

Miguel Ángel Martínez Lago también considera esta situación en el sentido de que el cumplimiento del artículo 135 CE y de la Ley Orgánica 2/2012 supone una “supervisión constitucional-contable de las acciones legislativas estatales y autonómicas”, donde las normas y políticas que pueden dar lugar a la infracción no solo

⁷⁵⁵ M. MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, cit., p. 87.

se circunscriben al ámbito territorial sino también al nacional y esto implica que será el Tribunal Constitucional el que solvete los recursos y cuestiones al respeto. Asimismo el autor advierte en su estudio que la defensa del principio constitucional puede devenir en verdadero control de constitucionalidad de corte activista con el peligro que comportaría⁷⁵⁶.

La ampliación de las competencias de los tribunales constitucionales viene entonces a confirmar la pérdida de apertura de la Constitución, el sacrificio en materia de pluralismo político en favor de un sistema económico decantado. Es más, la Ley Orgánica estableció en su disposición adicional tercera que será el Tribunal Constitucional quien adelantará el control jurisdiccional de los presupuestos y demás normas frente a la vulneración del principio de estabilidad presupuestaria, así pues, estimó el legislador que en caso de suspensión se prorroguen los presupuestos del ejercicio anterior⁷⁵⁷.

Una de las principales notas características de la Constitución española es su vinculación con el *consenso* como una de las propiedades que fundamenta y legitima el texto constitucional. El consenso como procedimiento para la construcción de la decisión consiste en la renuncia por parte de las mayorías a la imposición de sus puntos de vista; de otro lado, implica que las fuerzas minoritarias aceptan su poder limitado en el proceso de la toma de decisiones. Así pues, con esta disposición del poder se logra la construcción del consenso⁷⁵⁸. La aplicación del método del consenso conduce, entre otras cosas, a una norma constitucional con una estructura especialmente abierta que permite su pervivencia en el tiempo, su ajuste a las realidades sobrevinientes y, también hay que decirlo, a las preferencias políticas de cada época⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ M. Á. MARTÍNEZ LAGO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, cit., p. 157.

⁷⁵⁷ ESPAÑA, *Ley Orgánica 2 de 2012*, cit. “Disposición Adicional tercera. Control de constitucionalidad

1. En los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (RCL 1979, 2383) , del Tribunal Constitucional podrán impugnarse ante el Tribunal Constitucional tanto las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas como las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas que vulneren los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución y desarrollados en la presente Ley.

2. En el caso de que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución, la impugnación de una Ley de Presupuestos produzca la suspensión de su vigencia se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los Presupuestos del ejercicio siguiente al impugnado, hasta la aprobación de una ley que derogue, modifique o sustituya las disposiciones impugnadas o, en su caso, hasta el levantamiento de la suspensión de la ley impugnada.”

⁷⁵⁸ P. BIGLINO CAMPOS, “Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011”, cit., p. 67.

⁷⁵⁹ M. A. MARTÍNEZ LAGO; L. GARCÍA DE LA MORA; J. M. ALMUDÍ CID, *Lecciones de derecho financiero y tributario*, 12ª, Iustel, Madrid, 2016, p. 74.

d. Algunos problemas de pluralismo y apertura constitucional

La Constitución reconoce el pluralismo político como valor constitucional (que también es una manifestación de la naturaleza consensual del texto constitucional español). El valor del pluralismo político presenta un alto nivel de abstracción; sin embargo, su reconocimiento no es una formalidad (no se trata de un mero complemento ornamental de la Constitución), sino que debe producir efectos durante el proceso de desarrollo e interpretación de la norma fundamental.

El pluralismo político, según el artículo 6 CE, se manifiesta a través de los partidos políticos y ello conduce a afirmar que la propia Constitución ha dotado de un contenido más concreto al sentido y alcance de este valor.

La incorporación del principio de estabilidad presupuestaria al ámbito constitucional restringe en alguna medida el ejercicio de la política. Desde la reforma en el año 2011, se han producido reformas estructurales en ámbitos tan relevantes como el régimen del derecho del trabajo, también sobre el funcionamiento de la seguridad social y de las pensiones. Estas reformas, en última instancia, han pretendido acomodar dichas políticas al principio de estabilidad presupuestaria, un imperativo que no es posible obviar.

La mengua o reducción de las posibilidades de actuación de la política ha tenido ya lugar en algunos casos concretos, y eso que los límites de déficit y deuda aún no están en vigor en el ordenamiento jurídico español. Los primeros ejemplos de esta contracción del ámbito político se han constatado ya con relación a las posibilidades de la política de las Comunidades Autónomas, que han visto cómo sus decisiones de carácter administrativo y presupuestario han sido impugnadas en vía judicial por no respetar el principio de estabilidad presupuestaria. Así pues, la pérdida de poder adquisitivo con la supresión de la paga extraordinaria de navidad para los funcionarios públicos, la reforma laboral que ha disminuido la protección de la estabilidad laboral disminuyendo los días de indemnización, disminución en cobertura en seguridad social y, en última instancia, la centralización de la política.

Hasta la reforma del artículo 135 CE, como bien lo señala Rodríguez Bereijo, la política no tenía un límite constitucional basado en criterios propios de la técnica económica, sino que el presupuesto y, en general la situación económica, era producto

del ejercicio democrático y de la decisión política⁷⁶⁰. El principio constitucional de estabilidad presupuestaria, con un contenido concreto dado por el derecho comunitario, por un tratado internacional y por la ley orgánica que le dio desarrollo, constituyen un marco rígido para el ejercicio de la actividad política que, en términos de la Constitución española, más que la disminución de su apertura, se erige como un nuevo límite del pluralismo político.

Para finalizar, es necesario indicar que la cláusula de Estado social de Derecho es fundamental para entender y fijar el alcance de la estabilidad presupuestaria. Aragón distingue con claridad entre la Constitución en el sentido normativo y la Constitución como instrumento político. Para su distinción utiliza las denominaciones “supralegalidad” y “supremacía” (política).

“La supremacía podría ser entendida como una cualidad *política* de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquiera consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La supralegalidad no es más que la garantía *jurídica* de la supremacía y, en con tal sentido, toda la Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en supralegalidad”⁷⁶¹.

Esta aproximación de Aragón nos sirve para plantear el problema de la disciplina fiscal en el ámbito de la Constitución desde estas dos perspectivas.

Desde el punto de vista de la supremacía *política* de la Constitución, la reforma que estamos estudiando implica que la austeridad del Estado se ha convertido en un imperativo, en un fin definitorio del Estado. La reforma del artículo 135 CE recoge unos límites a la deuda y al déficit a través de la remisión al derecho de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión. Esto quiere decir, dejando claro que estamos hablando de la dimensión política de la Constitución, que todo el andamiaje del Estado, y los programas políticos deben estar en armonía con la disciplina fiscal. Y no con cualquier tipo de disciplina fiscal (que podría ser un objetivo genérico), sino con la que disponga la Unión europea, es decir, un 60% de deuda y un 3% de déficit con respecto al PIB. Para corroborar la supremacía de las disposiciones la Constitución ha utilizado una

⁷⁶⁰ Á. RODRÍGUEZ BEREJO, “Constitución económica y Constitución fiscal”, cit., p. 104.

⁷⁶¹ M. ARAGÓN REYES, *Estudios de derecho constitucional*, cit., p. 183.

fórmula de contenido normativo escaso, pero de contenido *político* irrefutable que es de prioridad absoluta del pago de la deuda. Con todo, en este punto, es necesario retomar la cláusula de Estado social de Derecho con un sentido político y normativo para atenuar todas estas interpretaciones más puristas de la estabilidad presupuestaria

El Estado social tiene una carga de prestaciones alta. Las garantías de los derechos y libertades suponen erogaciones y de un presupuesto que les de vida material a las previsiones constitucionales. Por lo tanto, incluir la disciplina fiscal, en el sentido de reglas (a través de la remisión), implica una disminución de los ámbitos para hacer política, para construir consensos y negociaciones. Se ha asegurado que el Estado social, que se ha construido a través de mínimos, por primera vez se “construya” a través de normas de máximos.

En otras palabras, la Constitución se ha cerrado en alguna medida ya que no es posible responder a los problemas planteados con soluciones que antes sí eran posibles dentro del sistema, y se ha cerrado porque las decisiones no se van a dar en el marco del sistema político propio, sino que, a través de la remisión a normas comunitarias, en este caso a reglas.

e. Los cambios en materia de derechos sociales en virtud la estabilidad presupuestaria

El mensaje inicial que provoca la existencia de una limitación material del gasto público en forma de reglas, es que existe una priorización del gasto público desde la propia Constitución, donde se deja el imperativo de la igualdad en un segundo plano, importante, pero en todo caso segundo.

La cautela que hay que tener es que la política encuentra un límite normativo en la Constitución. Pero la singularidad es que dicho límite normativo no se compadece con los fines del Estado social, es decir, el imperativo de la igualdad material del artículo 9 CE se ve matizado por los dispuesto por el 135 CE en su conjunto.

El cumplimiento de los derechos y su tutela judicial ha sido uno de los grandes temas de reflexión de la doctrina constitucional. El caso español reviste especial interés ya que la propia Carta prevé la remisión al ordenamiento legal para invocar la aplicabilidad ante instancias jurisdiccionales de los derechos sociales. Sin embargo, el hecho de que la tutela

judicial esté circunscrita a la existencia de una ley que fije el alcance de los derechos sociales, no puede entenderse como una exención del cumplimiento de estos derechos – principios- por parte de los poderes públicos. La Constitución exige que las actuaciones de los poderes públicos estén encaminadas, o por lo menos tengan en cuenta, el cumplimiento de los fines del Estado social⁷⁶².

Esta remisión que adelanta la Constitución española se ve profundizada por el especial énfasis de protección que reciben los derechos del capítulo II “Derechos y libertades”, al reconocerles un contenido esencial. Pese a lo anterior, no es de recibo asumir que este énfasis prive de valor normativo a los demás preceptos constitucionales; es más, todas las normas recogidas en el ordenamiento constitucional gozan de un contenido esencial indisponible para el legislador; de lo contrario el control de constitucionalidad no sería posible⁷⁶³.

Teniendo presente lo anterior, las nuevas disposiciones constitucionales se podrían revelar como un nuevo ingrediente del sistema constitucional que permite flexibilizar los principios esenciales del Estado social de Derecho. Esta flexibilización juega a favor del Estado liberal de corte clásico, es decir, un Estado minimalista que protege el mercado y los derechos de propiedad. Esto conduce a que los principios que informan el contenido social del Estado se vean cada vez más ligeros y que un eventual desconocimiento se vea camuflado entre las nuevas prioridades económicas. Por lo anterior, es indispensable que se revitalicen los principios y valores propios del Estado social de Derecho y se mantengan presentes a la hora de aplicar el principio de estabilidad presupuestaria y los criterios que lo conforman.

El contraargumento que se enfrenta a lo que acabamos de señalar tiene mucho éxito. Se trata de abordar el tema partiendo de la realidad económica del Estado y de las posibilidades fácticas de cumplimiento de ese contenido. Sin embargo, el contraargumento suele ir acompañado de una falacia y es la generalización para justificar el cambio de modelo. Es decir, se plantea la hipótesis de un Estado que no pueda cumplir con las absolutamente todas obligaciones económicas que supone una realización cabal

⁷⁶² T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, en *Crisis y constitución*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2015, p. 92.

⁷⁶³ *Ibid.*, p. 102.

de todos los derechos sociales y, pensando en esa hipótesis, se propone la ruptura del modelo de Estado social porque se considera insostenible.

Esta falacia triunfa ante el desconocimiento de los postulados de progresividad del Estado social y de la verdadera enjundia que supone, consistente en la organización de los recursos (los muchos o pocos que estén disponibles) en aras de lograr que la igualdad sea real y efectiva, y de buscar una sociedad equitativa y justa. Como bien lo resume Ramesh Mishra “...los límites del Estado de Bienestar no son económicos ni fiscales, sino esencialmente políticos e ideológicos”⁷⁶⁴.

Pensar pues que los Estados, para adoptar un modelo social tienen que ser ricos y prósperos, es desconocer la naturaleza expansiva de las cláusulas; lo que sí es verdad, y no debe conducir a equívocos, es que un Estado con recursos suficientes tendrá mayores niveles de satisfacción de los principios y derechos que conforman el elenco del modelo de Estado social, pero un Estado con recursos limitados que pretenda un crecimiento basado en la justicia, la igualdad material y la equidad no deja de ser un Estado social ante la escasez de recursos.

12. Conclusiones preliminares

El artículo 134 CE establece la competencia para elaborar el presupuesto. Este artículo contempla la división de poderes que debe estar presente en la confección y aprobación del presupuesto. Sin embargo, el 135 otorga amplios poderes a la Unión Europea para que intervenga en el proceso de formación del presupuesto. Lo anterior desequilibra el balance ya que “Los principios básicos y el diseño constitucional del procedimiento presupuestario nacional resultan profundamente alterados por el Derecho comunitario a fin de que se ajusten a las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Y afecta, desde luego, a las relaciones financieras del Estado con las Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y su respectivo sector público para-estatal”⁷⁶⁵. En igual sentido se expresa el profesor Martínez Lago “a nivel estatal, dichos instrumentos suponen una clara cesión de soberanía presupuestaria de las Cortes Generales, camino que puede estimarse el adecuado en un

⁷⁶⁴ R. MISHRA, “Los límites del Estado de Bienestar”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, 1, Civitas, 2000.

⁷⁶⁵ Á. RODRÍGUEZ BEREJO, “Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional”, cit., p. 183.

proceso de reforzamiento de la Unión Europea, pero en el que falta transparencia y, sobre todo, la decidida vocación acordada previamente con garantía de debate parlamentario”⁷⁶⁶.

Con esta institución se vuelve a poner en tela de juicio la necesidad de entender la Constitución como una norma de carácter sustancial que implica una senda de contenido político. En este caso, el principio de estabilidad presupuestaria se convierte en un marco de la decisión política (libre de contenido sustancial), en términos de Buchanan, la Constitución debe ser entendida como un mero procedimiento de decisión y no como una norma de contenido sustancial⁷⁶⁷. De ahí pues, que la decisión política de gasto deba, en última instancia, rendir cuentas ante el criterio tecnocrático.

Merece especial reflexión la integración al texto constitucional de algunos elementos que dificultan el cumplimiento de los fines del Estado y que son ajenos a la lógica del constitucionalismo social. El mercado financiero en este caso ha sido determinante para alcanzar la reforma de la Constitución, esta motivación fue explícita desde el proyecto mismo de reforma. La Constitución española adoptó un límite de déficit y un límite de deuda; sin embargo, la incorporación del principio de prioridad absoluta del pago de la deuda pública aporta criterios axiológicos que son difíciles de conciliar con los mínimos exigibles en virtud de la cláusula de Estado social de Derechos.

Pero la influencia del mercado también se ha manifestado en la argumentación del Tribunal Constitucional cuando reconoce la “imposibilidad” de prever el impacto de las medidas de cara a los mercados internacionales, pero que en aras de garantizar la credibilidad de las reglas fiscales y medidas económicas (que no se sabe que tan efectivas o útiles van a ser), se permite una restricción al espacio para hacer política, como lo vimos en el caso vasco.

El contenido normativo de una disposición implica que su acatamiento es obligatorio, y que en caso de incumplimiento el derecho prevé consecuencias. En el caso de la estabilidad presupuestaria, el cumplimiento de las disposiciones tiene un mecanismo de cumplimiento judicial a través del Tribunal Constitucional, además de las medidas coercitivas, desarrolladas por el artículo 26 de la ley orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Fiscal, y que como novedad, prevé el incumplimiento de

⁷⁶⁶ M. Á. MARTÍNEZ LAGO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, cit., p. 156.

⁷⁶⁷ J. M. BUCHANAN, *Los Límites de la libertad: entre la Anarquía y Leviatán*, cit., p. 152.

estos índices como supuesto de hecho de activación de las competencias contenidas en el artículo 155 CE.

VI. LOS EFECTOS DE LA DISCIPLINA FISCAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. Aspectos teleológicos del Estado social de Derecho y las cláusulas de disciplina fiscal

La noción de Estado social de Derecho, como ya se ha dicho previamente, tiene un contenido finalista. Esto significa que el Estado se ordena y fundamenta con unos propósitos definidos con amplitud en la Constitución. Partimos pues de la premisa de que el modelo de Estado Social, por su propia naturaleza, implica una disposición del gasto público que permita alcanzar los fines que ha configurado. No se puede perder de vista que la legitimidad y la justificación del Estado social se cimienta en la promesa de la satisfacción de unos mínimos que permitan alcanzar la igualdad real y efectiva, que permita un verdadero ejercicio de los derechos y libertades. Específicamente, el gasto público del Estado Social deberá buscar la satisfacción y realización de los derechos sociales como mecanismo idóneo para alcanzar la igualdad. Sin embargo, los recursos, como está manidamente advertido, son por naturaleza escasos, mientras que las necesidades se tornan infinitas.

Las manifestaciones de esta naturaleza finalista son fácilmente identificables en los preámbulos de las Constituciones que estamos estudiando. En el caso español se expresa el deseo de lograr la justicia, la libertad, la seguridad y el bienestar general, y se “proclama la voluntad” de: (...) promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”; además el artículo 1.1 establece que son principios superiores del ordenamiento jurídico “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Por otra parte, la Constitución colombiana manifiesta que se promulga con el fin de asegurar la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, lo anterior en un marco que garantice un orden político, económico y social justo.

Estas declaraciones se ven claramente desarrolladas en el resto del entramado constitucional, con especial referencia, en el caso español al artículo 9.2 CE y, en el caso colombiano, al artículo 2 CP.

La naturaleza teleológica del Estado social implica que los fines son un referente fundamental para el desarrollo de toda la actividad del Estado y que la legitimidad de sus

medidas depende de su relación con los propósitos que se han establecido en el texto constitucional. Esto es así desde los propios orígenes de la noción Estado social de Derecho, ya que existe una relación tensa entre “lo social” y el contenido libertario que implica la cláusula “de Derecho”. Lo primero que se debe destacar es que ambas recogen valores (adjetivados como superiores en el caso español), así pues, la libertad y la igualdad. La tensión se produce de manera natural porque para la realización de la idea de libertad se requiere que haya un espacio libre de actuaciones del Estado, mientras que para realizar los contenidos asociados a la igualdad (lo social) se requiere de múltiples actuaciones por parte de este⁷⁶⁸.

Lo que subyace en esta ordenación es que los medios (económicos, administrativos, recursos naturales y jurídicos) deben estar dispuestos de tal manera que permitan alcanzar los fines, en consecuencia, todos los medios orbitan en torno a la dignidad humana, al bienestar general, y a la justicia (en el sentido amplio que incluye la igualdad real y efectiva). Esto tiene desarrollo específico en las constituciones que estudiamos; por poner algunos ejemplos generales y sin ánimo de ser exhaustivos, en el caso español, la cláusula de subordinación de la riqueza al interés general (artículo 128 CE) o la previsión de la figura de la expropiación que apela a la utilidad pública o el interés social como condición para su aplicación (artículo 33.3 CE); en el colombiano en disposiciones como la prevalencia del interés general (artículo 1 CP), en la prioridad del gasto público social (artículos 334 y 350 CP), asimismo en la regulación de la figura de la expropiación (artículo 58 CP) o de la extinción del dominio, que hace referencia al grave deterioro de la moral social (artículo 34 CP).

Ahora bien, en concreto, esta naturaleza teleológica también se pone de manifiesto en las referencias a la economía en los textos constitucionales. Así pues, en la Constitución española se alude a la economía como un medio para lograr la calidad de vida y, en el caso colombiano, como un mandato para alcanzar un orden económico justo. De tal manera que la regulación constitucional de la economía está enmarcada por los fines del modelo, por los fines constitucionales.

La incorporación de las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones plantea un desafío para la interpretación de los fines del Estado porque, si bien estas cláusulas deben

⁷⁶⁸ J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, cit., p. 35 y 36.

ser interpretadas de manera sistemática con los fines y valores del Estado social, tienen la vocación de convertirse en un auténtico límite de la actividad estatal. El hecho de que la disciplina fiscal pueda limitar la consecución de los fines del Estado debe ser advertido y, en el momento de elaborar la interpretación de dichas cláusulas, se debe flexibilizar su aplicación hasta el punto en que sea compatible con los principios y valores del Estado social de Derecho. Para lograr esta flexibilización es necesario adelantar una interpretación sistemática, que mantenga la unidad de sentido de la Constitución, su integridad y coherencia.

Los contenidos en materia económica aluden, en nuestros sistemas económicos, a la defensa del mercado, a la libre competencia, al ejercicio de libertades económicas, y a la propiedad privada, entre otros, como bienes valiosos que deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico. Para contener los efectos desmedidos de todo este entramado, la Constitución, a su vez, ha previsto la limitación de los derechos y libertades basado en criterios como el interés general, la función social de la propiedad y la delimitación del mercado. Una aplicación de las libertades sin los límites que hemos advertido pugnaría con el contenido social del Estado y su deber de promoción de la igualdad real y efectiva.

Ahora bien, la inclusión de la disciplina fiscal como condición de la actividad del Estado podría llegar a interpretarse como una frontera del Estado social. En otras palabras, que si el Estado (la administración pública en general) no cumple con la disciplina fiscal, los contenidos imperativos del Estado social se verían mermados o disminuidos. Si se parte de la idea de que la sostenibilidad fiscal o la estabilidad presupuestaria constituyen una condición o requisito infranqueable para la satisfacción de los presupuestos materiales que definen el Estado social de Derecho, estaríamos frente al escenario de la desaparición del Estado social, como modelo y como norma. Al respecto se refiere la profesora Lasa en estos términos: “la constitucionalización del equilibrio presupuestario supone la introducción de un principio ajeno a la lógica del constitucionalismo social porque está vinculado a un modelo económico que se define por su oposición y ruptura con el modelo propio del Estado social. Estamos ante un “nuevo paradigma constitucional de lo económico” que obliga a revisar la relaciones política-economía propias del estado social”⁷⁶⁹.

⁷⁶⁹ A. LASA LÓPEZ, “La ruptura de la constitución material del Estado social: La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma”, cit., p. 218.

En el caso de España, las nuevas disposiciones implementan la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria de manera general; además, se establece la regla del equilibrio para las entidades territoriales locales; y el Estado queda vinculado a las disposiciones europeas. Pero el artículo 135 CE va más allá y establece la “prioridad absoluta” en el pago de la deuda pública; y para rematar no se debe olvidar que el móvil subyacente de la reforma fue “calmar los mercados”. Todos estos elementos eventualmente pueden suponer una ruptura del modelo social de Estado, no solo porque se prioriza el pago de la deuda pública, que como ya se ha dicho es una expresión desafortunada y en principio “inútil”, sino porque condiciona la actividad estatal, la actividad de la administración.

En el caso colombiano la sostenibilidad tiene una formulación paradójica y ajustada a la dialéctica propia de las constituciones. De un lado se condiciona todo el Estado social de Derecho, la competencia de intervención del Estado en la economía, incluyendo sus facetas de planeación, a que se garantice la sostenibilidad fiscal; sin embargo, se limita el alcance de la interpretación en la propia cláusula constitucional, donde se deja zanjado que la sostenibilidad fiscal es un medio para alcanzar los fines del Estado social y se prioriza explícitamente el gasto público social. Esta clase de formulaciones, como hemos visto en otros apartados de este trabajo, es propia de las Constituciones ya que permiten una variedad de interpretaciones, modulaciones y de ámbitos de aplicación que flexibilizan sus contenidos y los adapta de acuerdo con los mecanismos democráticos.

Sin embargo, pese a que los objetivos de la reforma constitucional son semejantes, existen entre ellas diferencias que tiene especial interés, y es que la configuración en ambos sistemas es heterogénea.

- a) La ubicación y el texto reformado: en el caso colombiano se incorpora en la cláusula de intervención del Estado en la economía y en la función de planeación, mientras que en el caso español exclusivamente como un principio presupuestario.
- b) Los destinatarios de la norma: en el caso colombiano se dirige en general al Estado, y a renglón seguido sostiene que “La sostenibilidad fiscal deberá orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público”, también hizo hincapié en la función judicial. En el caso de España se dirigió a “Todas las Administraciones Públicas”, pero también previó explícitamente su extensión a las Comunidades Autónomas y a los entes locales. Si

bien es cierto que la administración pública y sus diferentes niveles son los destinatarios naturales de este tipo de normas, no se puede perder de vista que en Colombia la norma busca que las decisiones judiciales tengan en cuenta la regla fiscal.

- c) La naturaleza dogmática por la que se ha decantado el constituyente: el “criterio” de la sostenibilidad fiscal en Colombia frente al principio de estabilidad presupuestaria en España. El “criterio” constitucional, atendiendo a una interpretación histórica y sistemática, en cuanto criterio, es menos eficaz que un principio constitucional. En el caso español se incluye bajo la categoría de principio constitucional del ámbito presupuestario, con todas las connotaciones que implica.
- d) Las prioridades establecidas en la reforma: en el caso colombiano se limita el contenido de la regla fiscal para dejar a salvo el “gasto público social”, en España se prioriza el pago de la deuda pública.

Una diferencia que puede dar una idea de cómo la economía o, para ser más precisos, el mercado ha ganado terreno y ha alterado la interpretación teleológica del Estado social, o por lo menos ha logrado una configuración del sistema normativo que le otorgue una protección reforzada, hace referencia a la explícita manifestación de las prioridades en la regulación de la disciplina fiscal. En ambas reformas constitucionales se ha experimentado la necesidad de utilizar referencias a las prioridades. Así, en Colombia, el artículo 334 CP, que establece: “En cualquier caso el gasto público social será prioritario”. En España, el 135 CE, que prevé: “Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta”.

Esta curiosidad explicita bien la envergadura de la reforma que estamos estudiando. En Colombia se deja claro que la regla fiscal no puede afectar el gasto público social. La necesidad de definir el tema en la propia reforma da cuenta de la vocación que podría tener una cláusula como la sostenibilidad fiscal si se dejara operar con toda su fuerza⁷⁷⁰. En el caso español sucede todo lo contrario, pues se refuerza el principio de estabilidad con la priorización del pago de la deuda pública, de tal manera que se garantiza no solo

⁷⁷⁰ Recordemos que en Colombia se degradó la sostenibilidad fiscal durante el debate legislativo, donde empezó siendo un derecho colectivo, luego se discutió como un principio constitucional, hasta llegar a “criterio constitucional”

en la etapa de planeación sino en la de ejecución del presupuesto, es decir, se extienden los efectos del principio para enviar un mensaje contundente a los mercados.

En aras de simplificar y únicamente con el fin de mostrar por qué existen estas diferencias en la formulación de las cláusulas, podríamos decir que el propósito de ambas reformas es lograr que en la Constitución se establezcan mecanismos que aseguren un estado de las finanzas públicas saneadas, esto es, mantener unos índices de deuda relativamente bajos y la contención del déficit. Si ésta es la idea subyacente, la diferencia en la implementación resulta al menos de interés científico.

Si bien las formulaciones son diferentes se puede interpretar que el Estado social se mantiene firme en supuestos de aplicación de la disciplina fiscal. Por ejemplo, dado que en Colombia se estableció como un criterio vinculante para todas las Ramas y Órganos del Poder Público en la cláusula de intervención del Estado en la economía, era necesario limitar los efectos respecto de interpretaciones que pudieran comprometer la aplicación y cumplimiento del Estado social de Derecho en general y de los derechos en particular, es decir, en materia de derechos sociales y de gasto público social. Mientras que, en España, dado que no se afectaba el núcleo del Estado social de Derecho, ni las disposiciones que mejor lo sostienen, no existía la posibilidad de que se interpretara con la contundencia del caso colombiano; es más, en el ámbito español puede afirmarse que el principio de estabilidad presupuestaria es un principio propio del derecho administrativo, y está formulado desde la Constitución con reglas estrictas por remisión al ordenamiento europeo.

Sostenemos que la economía, con una connotación de austeridad, ha ganado terreno en el ámbito constitucional. Muestra de ello es que, en el caso colombiano, se ha puesto en evidencia que una cláusula como la que venimos estudiando podría afectar de manera contundente los imperativos del Estado social de Derecho y, aun así, se decidió incluir una modulación a uno de sus efectos e implementarla. Mientras que, en el caso español, pese a que es un principio constitucional que se circunscribe al ámbito presupuestario, se ha decidido dotarlo de un contenido mucho más concreto, con referencias a los índices establecidos por la Unión Europea en esta materia y rodearlo de varias reglas constitucionales para su funcionamiento riguroso, por ejemplo, la regla de equilibrio de los entes locales o la priorización del pago de la deuda pública. Además, en los proyectos de reforma, como ya lo hemos mostrado, se hacían claras referencias a la necesidad de

enviar mensajes desde las Constituciones a los mercados, y a reconocer que el estado de la economía es una verdadera frontera del Estado social.

Mantener la economía dentro de unos límites establecidos pretende convertirse, pues, en uno de los fines del Estado social de Derecho. La novedad no radica en la orden de mantener una economía sana y equilibrada, sino en que con las nuevas disposiciones se busca cerrar la Constitución ante otras posibilidades que conduzcan al bienestar general, la justicia social, o incluso, a la igualdad real y efectiva.

Este hecho es problemático puesto que, como veremos a continuación, como bien advertía Rubio Llorente, la finalidad última del ámbito constitucional es mantenerse abierto a las posibilidades que permitan alcanzar los fines del modelo.

2. Hacia una interpretación sistemática de la disciplina fiscal

La Constitución, no solo la propia del modelo de Estado social, demanda cierta flexibilidad respecto de los instrumentos para asegurar los fines que se ha propuesto (los que sean), y también demanda plasticidad, o mejor aún, pluralidad de opciones para resolver problemas concretos⁷⁷¹. Esta obviedad tiene un fundamento material: no basta con que la teoría política o económica ofrezca modelos ideales donde el mercado se estabiliza por sus propias interacciones, o con la promesa de que se llegará a un momento de pleno empleo por la predicción que proporciona el modelo; el Estado y, por lo tanto, la Constitución, se enfrentan a resolver problemas reales y no teóricos, dado que el modelo puede tener una utilidad, pero siempre limitada.

Habida cuenta la insuficiencia de los modelos, la decisión de dotar de fuerza normativa a los supuestos del modelo, o tomar medidas basadas meramente en él, es incompatible con una visión del Estado que requiere de capacidad para resolver problemas actuales y en un tiempo razonable.

En la discusión de Keynes y Hayek sobre el modelo económico y la solución para el “crack del 29”, Hayek sostuvo que “al final el mercado se estabilizará y se creará empleo”, a lo que Keynes respondió “al final todos estaremos muertos”⁷⁷². Esta anécdota pone de manifiesto un problema profundo para la configuración del Estado social de Derecho (con

⁷⁷¹ A. TORRES DEL MORAL, “Interpretación teleológica de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, 63, 2005.

⁷⁷² N. WAPSHOTT, *Keynes vs. Hayek El choque que definió la economía moderna*, 1ª ed. en colección Booket., Deusto, Barcelona, 2016.

un sentido normativo): los ciudadanos de hoy necesitan bienestar y la solución para los problemas, y exigir un sacrificio desproporcionado a la generación actual en beneficio del bienestar abstracto de las generaciones del futuro no es admisible en el marco de un Estado social de Derecho.

Un primer instrumento para flexibilizar la interpretación de la disciplina fiscal es elaborar una interpretación de carácter teleológico a partir de los presupuestos fundamentales del constitucionalismo, de la Constitución y del Estado social. Sobre los contenidos del constitucionalismo pocas cosas nuevas hay para decir; debemos retener la idea de la disposición del poder que garantice la separación de los poderes públicos, que garantice los derechos fundamentales y que ponga en valor la democracia.

Respecto de los postulados de la Constitución, sostiene el Profesor Rubio Llorente que: “La interpretación teleológica de las normas constitucionales exige, sin embargo, que, junto a la finalidad de la norma, se tenga en cuenta el *telos* de la Constitución, y éste, como hemos intentado demostrar antes, es la creación y mantenimiento de un orden abierto, de una sociedad abierta en donde la voluntad popular no tiene otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades. (...) El *telos* de la Constitución es la posibilidad de la alternativa, la habilitación de los procedimientos que aseguren al disidente el camino de la mayoría. Solo por ese camino se alcanza una convivencia democrática, es decir, una convivencia en la justicia y la paz que es el fin supremo del Derecho y, por eso, el *telos* inmediato de su expresión más alta, de la constitución”⁷⁷³.

Siguiendo este postulado, la interpretación se va nutriendo de nuevos elementos para fijar el alcance de las normas constitucionales, así pues, resulta que se suman los valores constitucionales para determinar los contenidos de la disciplina fiscal. Y por último se suman todos los elementos normativos propios del modelo de Estado Social de Derecho.

Con todo, no es posible perder de vista que de las constituciones se infiere un sistema económico con unos rasgos que le dan identidad y unas instituciones que garantizan su funcionamiento. En los casos que se estudian se trata de un sistema neocapitalista, donde la propiedad privada y la libertad de empresa son auténticos pilares del sistema

⁷⁷³ F. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, cit.

económico, y donde los principios propios del Estado social limitan y encauzan su actividad para lograr los fines del modelo social.

En consecuencia, no se puede entender que la sostenibilidad fiscal o la estabilidad presupuestaria sean normas rígidas cuya aplicación pueda desvirtuar otros postulados constitucionales. En el caso concreto, la contención de la deuda pública y del déficit en el marco de la Constitución es un propósito constitucional que debe buscar su engranaje a la par que cualquier otro precepto de la Constitución; cabe destacar que no está revestido de especial importancia que pueda dar a entender que ostenta un grado superior dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico.

La interpretación constitucional requiere que las tensiones y contradicciones que se albergan en el texto, en nuestro contexto el contenido de la disciplina fiscal y los postulados del Estado social de Derecho, se resuelvan de manera armónica, partiendo de que la Constitución debe ser interpretada como un todo⁷⁷⁴.

Incluso la interpretación de los instrumentos internacionales requiere de una lectura armónica. En el caso que nos ocupa, el principio de estabilidad presupuestaria en el ámbito de la Unión Europea, el Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza no puede ser entendido como una pieza suelta de todo el entramado normativo de la Unión Europea. En ese sentido, concurren a la comprensión del principio de estabilidad presupuestaria los objetivos relacionados con “el crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social” del artículo primero del propio tratado. Además el tratado de Lisboa (artículos 9 a 14) establece que los valores de la dignidad humana, la solidaridad social, o incluso el que se refiere al progreso social, se aplicaran “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”. En consecuencia, como bien lo anota Salas “la conclusión no puede ser otra que la de que el principio de estabilidad presupuestaria no condiciona los presupuestos básicos del Estado social, sino

⁷⁷⁴ F. J. DÍAZ REVORIO, “Globalización, Estado social, coste económico de los derechos e interpretación”, en José Luis García Guerrero, María Luz Martínez Alarcón (eds.) *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1460, fecha de consulta en <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491909767?showPage=1#ulNotainformativaTitle>.

que conduce a una optimización de los recursos públicos en la prestación de los derechos sociales, a un condicionamiento de los fines a que aquellos –los recursos- deben ir destinados o a la ponderación necesaria entre los objetivos de la optimización de las prestaciones sociales y las disponibilidades y previsiones presupuestarias...”⁷⁷⁵

Una mención especial merece el caso español respecto de la priorización del pago de la deuda pública. Una aproximación preliminar, simplista o descuidada del contenido normativo de la cláusula de Estado social, podría indicar que las palabras elegidas han dado lugar a un desplazamiento de los fines del Estado social para dejar espacio suficiente a la “prioridad absoluta” referida al pago de la deuda que ahora forma parte del ordenamiento jurídico. Esta lectura nos llevaría a pensar que, en la tensión de cualquier derecho con respecto del pago de la deuda, el derecho no va a salir airoso en la mayoría de los supuestos. Este entendimiento, sin embargo, nos alejaría de una interpretación sistemática de la Constitución; sería una interpretación insuficiente desde el punto de vista jurídico ya que dejaría fuera todos los demás preceptos normativos que inciden en la formación de la norma y, por supuesto, en la comprensión teleológica de la Constitución. Torres del Moral sostiene que “*toda interpretación constitucional queda informada por la idea de pacto*, de manera que cuando un eventual sentido de un precepto o de un conjunto normativo puede redundar en una relajación (nada digamos si es una ruptura) del pacto político subyacente, debe ser rechazado por contravenir el sentido hondo de pacto, de consenso, de acuerdo fundamental en que consiste nuestra Constitución. He aquí, por consiguiente, otra vez teleológicamente orientada la interpretación constitucional entre nosotros”⁷⁷⁶.

Ahora bien, el argumento “realista” y pragmático para abordar el impacto que tiene esta expresión es aún más interesante. Si bien es cierto que pagar la deuda pública no forma parte de los fines del Estado social, también lo es que la deuda ha tenido un lugar preferente dentro de la confección y aprobación de los presupuestos. En este sentido, no se puede olvidar que en las versiones originales de las Constituciones que estamos estudiando ya existían previsiones respecto de la deuda pública, que buscaban proteger a los acreedores y reforzar los compromisos del Estado para honrar la deuda. Así pues, los acreedores están protegidos desde las versiones primigenias de las constituciones por la

⁷⁷⁵ P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, cit., p. 38.

⁷⁷⁶ A. TORRES DEL MORAL, “Interpretación teleológica de la Constitución”, cit., p. 17.

reserva de ley (art. 135.1 CE versión original), por la presunción de que los presupuestos cuentan con las partidas necesarias para satisfacer los créditos (art.135.2 de la versión original), lo cual garantiza que los títulos de deuda son créditos exigibles, aunque no estén en consignados en la ley de presupuesto. Ahora bien, una protección constitucional al amparo del principio de *prioridad absoluta del pago de la deuda* requiere de una interpretación para hacerlo operativo, es decir, es flexible y menos garantista en comparación con otros mecanismos o instituciones como los que hemos mencionado; en todo caso, no operaría automáticamente ya que no es un verdadero mecanismo o procedimiento, sino que necesitaría de una valoración. De tal manera que la expresión adoptada en la Constitución española, en principio y bajo condiciones de normalidad, no aumenta realmente la protección de los acreedores de deuda pública, sino que introduce nuevos criterios axiológicos en el ámbito constitucional oponibles, o, más precisamente, moduladores del alcance del Estado social.

Los fines del Estado social respecto del cumplimiento y realización de los derechos fundamentales (de todas las generaciones) están más o menos claros; sin embargo, hoy cabe preguntarse si los derechos de los acreedores tienen prelación sobre los derechos fundamentales... y ante la cuestión resulta que los intereses económicos han logrado conquistar un espacio importante dentro de la estructura normativa.

Esta última cuestión debe ser negada de manera categórica porque en el marco de un Estado social y democrático de Derecho las prioridades vienen dadas por la definición del modelo, por los fines que se han reconocido desde el preámbulo y las primeras disposiciones constitucionales, con especial incidencia en el reconocimiento de la dignidad humana y de la igualdad real y efectiva.

Entonces, la disciplina fiscal debe entenderse como un “instrumento a favor de la justicia del gasto público, en la medida que pueda garantizar la satisfacción mínima de las necesidades públicas consideradas como justas, pero no como pretexto para no satisfacer ese principio de justicia”⁷⁷⁷.

García Pelayo terminaba su reflexión sobre las cláusulas económicas de la Constitución advirtiendo que una de las líneas básicas para asegurar la estabilidad de la

⁷⁷⁷ A. NAVARRO-FAURE, “El gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una hacienda plural”, cit., p. 134.

Constitución y su posibilidad de actualización es que “los cambios en el sistema económico debidos a la acción del Estado sólo podrán llevarse a cabo de acuerdo con la disciplina jurídica que la Constitución impone a los poderes públicos, y por tanto, sin lesión a los derechos reconocidos y garantizados por ella”⁷⁷⁸ .

Partiendo pues de la necesidad de entender que la estabilidad presupuestaria debe ocupar su lugar dentro del marco finalista que supone el Estado social, encontramos que el primer elemento que debe considerarse para flexibilizar la cláusula de disciplina fiscal y de la priorización del pago de la deuda pública es el propio 135.4 CE, en la cláusula de excepción sobre el caso de emergencia extraordinaria que perjudique la *sostenibilidad social*. Este supuesto de excepción lleva a entender que en el caso de que la aplicación de los límites suponga una restricción del gasto que amenace el núcleo indisponible de los derechos, se podrían superar los márgenes y así garantizar el cumplimiento de la cláusula de Estado social en unos mínimos⁷⁷⁹.

En el caso colombiano la inclusión de la sostenibilidad fiscal en el artículo que desarrolla la intervención del Estado en la economía también da pistas del propósito de contener (en el sentido de contención) esta herramienta fundamental en el Estado social. Además, la sostenibilidad fiscal se ha incluido con una serie de instituciones y procedimientos que garantizan el respeto de sus contenidos. Así, en primer lugar, la creación del Incidente de Impacto Fiscal en los procesos de las altas cortes, también en la función de planeación. De manera que la nueva norma cuenta con una serie de elementos que aseguran su funcionamiento, pero también con algún grado de flexibilidad puesto que no existen índices en la propia norma.

Otro aspecto relevante es que las reglas de disciplina fiscal están previstas para que funcionen en situaciones de normalidad, para atender las variaciones del ciclo económico. En todo caso, el régimen de los estados de excepción no se ve afectado por las restricciones que implica el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad fiscal o de estabilidad presupuestaria. Cabe pensar que ante situaciones extraordinarias, la activación de los estados de excepción, en cualquiera de sus modalidades⁷⁸⁰, permiten al gobierno

⁷⁷⁸ M. GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, cit., p. 2874.

⁷⁷⁹ L. MÍGUEZ MACHO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social”, cit., p. 119.

⁷⁸⁰ En Colombia son: guerra exterior, conmoción interior y estado de emergencia y están regulados en los artículos 212 a 215 de la Constitución. En España son: estado de alarma, estado de sitio y estado de excepción y están regulado por el artículo 116 de la Constitución.

tomar las medidas que considere necesarias con miras a la normalización de la situación que corresponda, esta apertura incluye, como no puede entenderse de otra manera, la flexibilización de las reglas de disciplina fiscal que venimos estudiando. En todo caso, lo que si se deriva de la regulación de la sostenibilidad fiscal y del principio de estabilidad presupuestaria es que la desviación económica que se haya producido en el marco del estado de excepción deberá tenerse en cuenta una vez se normalice la situación y exige que se formule un plan que regrese las cuentas a la senda de la estabilidad.

Con todo, como ya se advirtió, la Corte Constitucional colombiana ha dejado clara su postura respecto del papel secundario que juega el criterio económico en la interpretación de las normas constitucionales. Así lo hizo para interpretar el artículo 373 CP, que señala: “El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda”. Esta cláusula podría dar lugar a una interpretación rígida que impidiera operaciones monetarias como respuesta a una crisis económica. Sin embargo, la Corte Constitucional sostuvo que: “Una interpretación sistemática de la Carta impone entonces la armonización de los artículos 334 y 373 superiores, como quiera que la salvaguarda de la capacidad adquisitiva de la moneda no es un fin en sí mismo sino que es un instrumento para hacer efectivos los fines del Estado”⁷⁸¹.

En resumen, la disciplina fiscal en el ámbito constitucional permite que se planteen fórmulas para regular las cuentas públicas. Sin embargo, la interpretación de dichas cláusulas tiene que ser abierta y en todo caso compatible con el resto de las disposiciones constitucionales. No es aceptable una interpretación que niegue las obligaciones del Estado en materia social y de promoción de los derechos sociales bajo la justificación del mantenimiento de la disciplina fiscal. Al igual que no es posible interpretar que un derecho reconocido en la Constitución da lugar a una única forma de satisfacción, tampoco es posible interpretar que la disciplina fiscal tiene un contenido absoluto y rígido que impida flexibilizar su aplicación para hacerla compatible y coherente con todo el engranaje constitucional.

⁷⁸¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-481/99*, cit. Consideración 17.

3. La satisfacción de los derechos y su relación con la disciplina fiscal

Uno de los aspectos más problemáticos que supone la disciplina fiscal en el marco de un Estado social de Derecho atañe directamente al punto de la satisfacción de los derechos consagrados en la Constitución. Es conocida la discusión en torno a la clasificación entre generaciones de derechos, o la cuestión sobre si los derechos sociales son auténticos derechos y los problemas que supone su exigibilidad⁷⁸². Para el propósito de esta tesis, el impacto sobre los derechos lo trataremos de manera generalizada, ya que las restricciones presupuestarias tienen una naturaleza transversal en esta materia. Así pues, la disposición de los recursos puede afectar de manera positiva o negativa la satisfacción de los derechos civiles y políticos, o de los derechos sociales o de los derechos colectivos; en otras palabras, no importa la clasificación de los derechos, todos son susceptibles de sufrir desmejoras en virtud de la falta de recursos.

Sin embargo, no es posible perder de vista que los derechos sociales o derechos de prestación tienen mayor riesgo de ser vulnerados dada su naturaleza heterogénea y su mutabilidad. En este sentido, los derechos sociales comportan un verdadero desafío para la disciplina jurídica, empezando porque su caracterización puede ofrecer dificultades ya que cada derecho tiene sus propios matices, sus connotaciones variables con el devenir de los tiempos y desarrollos que incluso pueden llegar a ser inesperados⁷⁸³. Estos problemas se extienden hasta aspectos como la exigibilidad ante la jurisdicción, o su naturaleza normativa, si son meros principios o si tienen dimensiones que exigen su aplicación directa (reglas). A todo lo anterior debe sumarse el entorno en el que se desarrollan ya que su contenido depende en buena medida de los recursos económicos disponibles y de la decisión política del momento.

La visión que se tenga respecto de los derechos sociales determina en buena medida la comprensión de la Constitución del Estado social de Derecho. Esto implica una dificultad adicional ya que como apunta Revenga Sánchez, es posible “que las principales

⁷⁸² Para una aproximación provocadora y enriquecedora sobre esta cuestión véase el trabajo de F. REY MARTÍNEZ, “Capítulo 29. Derribando falacias sobre derechos sociales”, en *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2012.

⁷⁸³ Para una visión general de la imbricación entre los derechos sociales, los derechos de libertad y las prestaciones ver el trabajo L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, 1, Civitas, 2000.

tesis sobre los derechos sociales sean, antes que otra cosa, ideología barnizada de dogmática”⁷⁸⁴.

En el caso español, la denominación derechos sociales no está presente en la Constitución, a decir verdad, la mayoría de lo que hoy podemos agrupar dentro de la categoría derechos sociales se halla bajo la rúbrica Título 1 “Derechos y deberes fundamentales” y, a su vez, en el capítulo 3º sobre los “Principios rectores de la política social y económica”. Con todo, la educación y el trabajo, que son derechos sociales por antonomasia, se encuentran fuera de esta rúbrica y gozan de una “mejor” posición (el capítulo 2º) en la Constitución). De otro lado, la Constitución colombiana reconoce expresamente la categoría de los derechos sociales en el Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, Capítulo II “De los derechos sociales, económicos y culturales”.

El problema fundamental sobre la naturaleza de los derechos sociales en el ordenamiento español es el artículo 53 CE ya que parece albergar una contradicción con el artículo 9.1 CE. Concretamente, el 9.1 CE vincula a todos los poderes públicos a la Constitución, es decir, no se parcela de ninguna manera; mientras que el artículo 53 CE distingue claramente entre las disposiciones así: el 53.1 sostiene que un grupo de normas de la Constitución vincula a todos los poderes públicos; el 53.2 discrimina taxativamente otra serie de normas que cuentan con la protección reforzada (el amparo); y el 53.3 establece que otro grupo de normas “informará la legislación positiva (...). Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”⁷⁸⁵.

Esta distinción ha provocado la idea de que los contenidos a los que se refiere el artículo 53.3 CE son cláusulas de segundo grado, que no cuentan con un valor normativo inmediato. La primera interpretación que podría llevarse a cabo podría consistir en que definitivamente los derechos (principios rectores) contenidos en ese capítulo no son exigibles. Sin embargo, esta manera de entender un grupo de postulados constitucionales desconoce el valor normativo de los mismos. En ese sentido, es indispensable comprender que el artículo 53.3 CE limita los mecanismos de exigibilidad ante los tribunales, pero que todas sus cláusulas tienen verdadero valor normativo y que cuentan con estructuras

⁷⁸⁴ M. REVENGA SÁNCHEZ, “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)”, *Asamblea Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 21, 2009, p. 98.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 101.

de protección diferentes a las judiciales. De la misma forma se expresa Zornoza Pérez: “en efecto, ni la engañosa estructura lingüística que el texto constitucional emplea en su formulación como principios rectores, ni la cláusula contenida en el 53-3 de la Constitución, impiden la consideración de tales principios o derechos sociales como normas constitucionales que, en palabras de Predieri, «ocupan una posición idéntica a las demás de rango constitucional»”⁷⁸⁶.

A propósito de los derechos sociales o principios rectores, razona Tomás-Ramón Fernández: “en mi opinión, la recta inteligencia de los textos constitucionales que reconocen estos derechos esbozando, porque no pueden hacer otra cosa, sus perfiles básicos obliga a entender que el Legislador tiene que completar ese esbozo y «convertir» el deber genérico de los poderes públicos que comporta su simple enunciado en una obligación jurídicamente exigible (...). El Legislador tiene, pues, obligación de desarrollar el enunciado constitucional de estos derechos, es decir, de aportar el “complemento indispensable” que dicho enunciado reclama, que eso es, en términos técnico-jurídicos, lo que significa el concepto «desarrollo» en el marco de toda operación de remisión normativa, de forma que el derecho, así complementado, pueda resultar operativo y, en consecuencia, judicialmente exigible en caso de no ser voluntariamente satisfecho”. Y continúa “La observación no es baladí. Significa, ni más ni menos, que la Constitución no puede satisfacerse con cualquier Ley (...)”⁷⁸⁷.

En el caso colombiano, por su parte, la Constitución contiene una cláusula cerrada de derechos de “aplicación inmediata” en el artículo 85 CP. Adicionalmente, el artículo 86 CP establece la protección de los “derechos constitucionales fundamentales” mediante la acción de tutela (el equivalente al recurso de amparo español). Esta caracterización es a todas luces menos problemática que la planteada en el caso español.

Sin embargo, y solo para fines didácticos, es posible forzar una discriminación o clasificación entre los derechos de aplicación inmediata (los contenidos en la lista del artículo 85 CP) y los demás derechos consagrados en la Constitución, y a partir de esa distinción forzada establecer grados o determinar la importancia de los preceptos constitucionales. Este ejercicio nos conduciría a interpretaciones erróneas e insuficientes.

⁷⁸⁶ J. J. ZORZOZA PÉREZ, “El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales”, *Hacienda Pública Española*, 113, 1988, p. 44.

⁷⁸⁷ T.-R. FERNÁNDEZ, “Las garantías de los derechos sociales”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, 1, Civitas, 2000, p. 464.

Por ejemplo, el artículo 25 CP sobre el derecho al trabajo no está en la lista del art. 85 CP y en ese sentido podría interpretarse que esta disposición no tendría aplicación inmediata; sin embargo, el artículo dispone en su parte final que: “Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”, de donde podrían resultar interpretaciones como que la dignidad en el trabajo no tiene exigibilidad inmediata en virtud de su exclusión de la lista que venimos comentando. Asimismo, están excluidos de aplicación inmediata el artículo 38 CP que consagra el derecho de asociación, y, paradójicamente, el artículo 39 CP que dispone: “Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado”, es decir, el artículo 39 tiene aplicación inmediata por su propio tenor literal aunque no esté recogido en la lista del artículo 85 CP.

Por lo tanto, en ambas Constituciones es posible ver diferencias en la protección y alcance de los derechos consagrados en ellas. El criterio más vistoso para distinguir entre los derechos es el de la protección reforzada del recurso de amparo (España) y la acción de tutela (Colombia). Sin embargo, el hecho de que este grupo de derechos cuente con unos mecanismos especiales para su protección no permite inferir que los demás tengan una condición desmejorada por su propia naturaleza. Como bien lo acota Revenga Sánchez: “una cosa es tener cerrada la vía del amparo para la protección de ciertos derechos, y otra muy distinta extraer de tal exclusión un juicio global de carácter negativo sobre el alcance, la efectividad y hasta el estatuto constitucional de los mismos”⁷⁸⁸.

Aquí es necesario volver a la protección institucional como una de las dimensiones que emana de las disposiciones constitucionales y que obligan a que el Estado actúe en aras de lograr la satisfacción de los derechos⁷⁸⁹. En este sentido, las actuaciones del Estado empiezan por la obligación del legislador de identificar y dotar de contenido dichas cláusulas, asimismo, de la administración para promover medidas que satisfagan los contenidos que el legislador haya decidido y, por último, la exigibilidad ante la jurisdicción en caso de que se vulneren los derechos entendidos de acuerdo con el desarrollo de la legislación positiva. Es más, la protección de estas cláusulas se extiende

⁷⁸⁸ M. REVENGA SÁNCHEZ, “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)”, cit., p. 103.

⁷⁸⁹ Para mayor abundamiento sobre la garantía institucional J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 11, 32, 1991, con especial interés a partir de la página 82; A. CIDONCHA MARTÍN, “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y realidad constitucional*, 23, 2009; J. M. BAÑO LEÓN, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 8, 24, 1988.

hasta la defensa ante los tribunales constitucionales, mediante la cuestión o acción de inconstitucionalidad, según el caso, ante desarrollos legales que vulneren abiertamente el texto constitucional.

Esta dimensión institucional puede ser entendida también como un “programa constitucional de distribución de bienes, que se realiza mediante el equilibrio de intereses públicos, colectivos y privados”. Entonces, los derechos sociales se convierten en herramientas o vías para encausar el debate democrático, donde los diferentes intereses generales de las partes o de los beneficiarios van a tener cabida y control recíproco hasta llegar a un equilibrio que alivie la tensión que genera la distribución de los recursos. Desde esta óptica, los derechos sociales cumplen una función que naturalmente corresponde al debate democrático y no tanto al ámbito de la jurisdicción⁷⁹⁰.

Con todo, las formulaciones de ambas constituciones tienen un claro carácter imperativo. Si bien las cláusulas no disponen de los medios o medidas concretas para alcanzar los fines que propone el modelo, lo cierto es que su naturaleza imperativa crea auténticas obligaciones de dar, hacer o no hacer según el caso concreto.

Sostiene Cascajo Castro que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos está efectivamente protegido por una serie de instituciones jurídicas que los defienden; la propia estructura del Estado liberal está dispuesta para permitir su ejercicio y para contener el poder que los pueda amenazar⁷⁹¹, mientras que los derechos sociales, o mejor, el Estado social, no cuenta con dichas estructuras garantistas. Esta dificultad desemboca en que la caracterización de los derechos sociales sea maleable, que encuentre expresiones diferentes y contradictorias, que tenga que adecuarse a los tiempos y a las posibilidades sociales y económicas. Esto es, que la satisfacción de los derechos sociales responde a niveles y grados de satisfacción y que su contenido preciso es ignoto, toda vez que es variable de acuerdo con la conveniencia, la decisión política, la sensibilidad ciudadana y las posibilidades económicas.

Con todo, los derechos sociales pueden dar lugar a “posiciones subjetivas de ventaja” a favor del particular, sin dejar de lado la dimensión institucional que implican. No se debe perder de vista que los desarrollos legales que se aprueben en el sentido de proteger

⁷⁹⁰ J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., p. 92 y 93.

⁷⁹¹ *Ibid.*, pp. 29-30.

los contenidos constitucionales son en última instancia un reflejo o manifestación de la Constitución, y eventualmente pueden dar lugar a que sus titulares dispongan de acciones para hacerlos exigibles. Esto quiere decir que la realización de los derechos sociales es “compuesta”, en el sentido de que requieren, en algunos escenarios de protección subjetiva y en otros de la intervención institucional para alcanzar algunas cotas de satisfacción⁷⁹². De lo anterior no se puede derivar un principio de inmutabilidad de las prestaciones que satisfacen los derechos sociales por vía legislativa; no es dable identificar una cláusula de no regresividad a partir de los desarrollos legales de la Constitución, o una “congelación de las ventajas sociales alcanzadas” o “una suerte de constitucionalización del *statu quo*”⁷⁹³.

Parece más razonable entender que la flexibilidad y maleabilidad de los derechos sociales obedece en buena medida a la naturaleza abierta de la Constitución, que debe mantenerse con la suficiente flexibilidad como para atender la realidad económica, y las posibilidades materiales de satisfacción de los derechos sociales. Esta apertura queda pues como una reserva para el juego democrático, para la libertad de configuración legislativa y del ejercicio de la política propiamente dicha. En todo caso, habrá manifestaciones de los derechos sociales que los tribunales constitucionales, eventualmente, puedan encontrar como irreductibles ya que estaríamos en escenarios de violación de la Constitución. Estos casos son difíciles de identificar, y dada su estrecha relación con la decisión política se presentan como un verdadero desafío desde el punto de vista democrático⁷⁹⁴.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 53.

⁷⁹³ J. J. ZORZOZA PÉREZ, “El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales”, cit., p. 48.

⁷⁹⁴ Expresiones como estas en una sentencia se revelan como un desafío para las competencias constitucionales y legales previstas para la función judicial: «Es probable que el imaginario común de la justicia de ojos vendados, como aquel frío e impávido funcionario que se limita a esperar que las partes dispongan sus pretensiones sobre la balanza, no represente a cabalidad el ideal del Juez dentro del Estado social y democrático de derecho. Como se procederá a explicar en el siguiente acápite, la Constitución de 1991 reclama una justicia que se quite la venda y observe la realidad de las partes y del proceso; una justicia que no permanezca inmóvil sino una activa y llamada a ejercer una función directiva del proceso en aras de alcanzar una decisión acorde con el derecho sustancial. (...) El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”[70], convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales[71]. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.» COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia SU-768/14* (Consideraciones 4. y 4.3).

Pese a la dificultad señalada, respecto de la identificación de facetas (prestaciones) irreductibles del derecho, no es posible renunciar a la definición y determinación en cada caso concreto⁷⁹⁵.

Adicionalmente, la posición del ciudadano frente a los derechos sociales no se agota con la mera relación entre el ciudadano y el Estado, sino que trasciende incluso a las relaciones entre particulares. El mejor ejemplo de ello es el derecho laboral cuyas regulaciones tienen un destinatario privado. También se proyecta al ámbito privado cuando la satisfacción de los derechos sociales se confía a la prestación de servicios por parte de particulares, ya sea través de la organización del servicio desde el ámbito estatal, como puede ser el caso del servicio de salud obligatorio en Colombia, o a través de agentes de mercado donde los usuarios deciden libremente los bienes que quieren adquirir, por ejemplo, el servicio de educación en instituciones privadas.

En aras de buscar claridad, la caracterización de los derechos sociales, siguiendo a Cossio Díaz, tienen una primera cualidad: “el reconocimiento de prestaciones a cargo del Estado y la aceptación del valor igualdad como finalidad”⁷⁹⁶. Partiendo de esta caracterización, propone el autor que el tratamiento también sea diferente, en el sentido de que se puede hablar de “derechos de igualdad” cuando se hace referencia a los derechos desde una perspectiva abstracta (axiológica o teleológica) y, en contrapartida, hablar de “derechos prestacionales” para hacer alusión a su faceta activa o material.

Para nuestra empresa, también es necesario hacer una distinción entre las prestaciones propiamente dichas y los derechos sociales. Me propongo plantear aquí que una desmejora en una prestación no necesariamente significa una vulneración de un derecho social en concreto. Las prestaciones pueden variar de acuerdo con las circunstancias económicas, también a la sensibilidad política de un momento determinado e incluso a la ideología política del gobierno de turno. Estas variaciones son posibles, legítimas e incluso deseables, siempre y cuando se ajusten a la Constitución, ya que son el resultado del juego democrático, de una construcción dialéctica provocada por los intereses y sensibilidades de los ciudadanos, y también de las posibilidades materiales.

⁷⁹⁵ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en *Derechos fundamentales y otros estudios*, vol. 1, 1, El Justicia de Aragón, 2008, p. 378.

⁷⁹⁶ J. R. COSSIO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, cit., p. 46.

Los derechos sociales tienen una naturaleza teleológica, se plantean como ideales que deberán ser alcanzados y materializados. Son normas que no proponen los medios para llegar al cumplimiento de sus propios objetivos; es más, la Constitución no indica una manera específica de configurar y satisfacer los derechos sociales o los principios rectores. De otro lado, las prestaciones son los medios que permiten alcanzar los fines, los que satisfacen los contenidos de los derechos sociales.

La relación es muy estrecha y puede confundirse en algunos escenarios; sin embargo, de cara a estudiar la regresividad en materia de derechos sociales adquiere una importancia capital. En este sentido, el cambio de una prestación, e incluso su supresión, no implica que exista una vulneración automática de un derecho. Un derecho social puede estar satisfecho a través de múltiples prestaciones y mecanismos que dan lugar a un grado de cumplimiento. Esta posibilidad, que en el caso de los derechos civiles y políticos no se manifiesta de la misma manera, obedece a que los derechos sociales “pueden adquirir la firmeza o consistencia de un auténtico derecho subjetivo, y en otras ocasiones se configuran como intereses legítimos o meros intereses de hecho”⁷⁹⁷.

Un buen ejemplo lo ofrece el derecho a la vivienda digna, cuya satisfacción puede variar con medidas que van desde el subsidio económico para comprar vivienda, pasando por la regulación de un sistema financiero que permita el acceso a hipotecas en condiciones asequibles, tener una regulación de los contratos de arrendamiento, e incluso llegar a medidas más abstractas como la planeación del territorio urbanizable. Todas estas medidas permiten cumplir con los postulados del derecho social a la vivienda digna; sin embargo, las diferentes prestaciones pueden variar, y el hecho de eliminar los subsidios, o endurecer las condiciones para urbanizar el territorio, pueden llegar a cambiar el grado de satisfacción del derecho, pero no necesariamente significan una violación o desconocimiento de este.

Con esta distinción nos queda por aclarar que las cláusulas de disciplina fiscal, especialmente en momentos de crisis o de normalización, pueden afectar las prestaciones orientadas a la satisfacción de los derechos sociales⁷⁹⁸. En todo caso, la variación no puede desconocer el derecho y conducirlo a una vulneración, de ahí la importancia de atender a

⁷⁹⁷ J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., p. 50.

⁷⁹⁸ Una reflexión preliminar sobre esta problemática se puede ver en D. LOPERENA ROTA, “La irreversibilidad de los Derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2012.

criterios de proporcionalidad a la hora de adoptar o valorar medidas que impliquen cambios en el alcance de las prestaciones que permitan materializar el derecho.

Es una obviedad que las prestaciones que pretenden la satisfacción de los derechos tienen un componente económico singular. Habíamos advertido que los derechos civiles y políticos cuentan con las estructuras naturales propias del Estado para su protección; una buena cantidad de ellos implican obligaciones de abstención dirigidas a los poderes públicos, otras se logran con el establecimiento de un sistema judicial efectivo o simplemente con la financiación de las estructuras del Estado (piénsese en la financiación de los órganos constitucionales como la justicia, la organización militar y de policía o las autoridades electorales...), mientras que los derechos sociales adolecen de la protección de la estructura misma y necesitan prestaciones especiales para lograr su satisfacción, necesitan de una decisión política. Esta afirmación tampoco debe conducir al equívoco de pensar que los derechos civiles están blindados o que su garantía se produce por mera inercia; estos derechos también pueden ser desmejorados si se disminuye la calidad de los servicios públicos, con la imposición de barreras de acceso (tasas a la administración de justicia, por ejemplo), con el debilitamiento de la administración pública que suponga un problema para ejercer las funciones del Estado.

A modo de ejemplo, no es necesaria una política pública electoral para lograr el ejercicio del derecho al voto, ni tampoco una política pública con el objeto de garantizar la propiedad privada; por el contrario, la satisfacción de los derechos sociales, que requieren prestaciones, necesitan de unas partidas presupuestarias específicas, ya que no existen estructuras propias dedicadas a su defensa; el desafío es mayúsculo si se tiene en cuenta que, en ocasiones, establecer el contenido vinculante de un derecho (que se expresará en una prestación) ya es una dificultad previa. Para lograr la satisfacción de derechos como la vivienda digna, la seguridad social, el fomento de la educación, o el acceso a la cultura, es necesario la intervención activa del Estado; es más, en caso de que hubiera alguna dimensión subjetiva del derecho, la verdadera satisfacción de los postulados consistirá, necesariamente, en una actuación dirigida a los ciudadanos en general y no a uno en particular.

Ahora bien, las prestaciones (contenido, alcance, destinatarios, cuantía) se ven condicionadas por la asignación de los recursos; este ejercicio de distribución sucede y se manifiesta en la confección de los presupuestos generales. La tensión que se produce

de manera natural en el momento de asignar los recursos del Estado aumenta ante situaciones económicas adversas; ante cambios de la dirección política, también puede verse afectado por el momento electoral, incluso por la victoria de grupos de presión, o por la composición parlamentaria (que puede dar lugar a que un grupo pequeño tenga un poder decisorio fundamental para conformar las mayorías)⁷⁹⁹. No obstante, las reformas o cambios en las prestaciones no pueden llegar a ser tan gravosas que desnaturalicen el derecho o que impliquen su violación sistemática.

Además, no se puede perder de vista que la satisfacción y protección de los derechos sociales “trasciende de la cláusula de Estado social para situarse en el ámbito superior de la dignidad humana art. 10-1º CE), ligada al principio de igualdad material del que se deriva, a su vez, el de solidaridad”⁸⁰⁰. En este sentido, la dignidad humana asociada a los derechos sociales específicos son un verdadero límite normativo a la libertad de configuración del legislador, y, en consecuencia, se erige como parámetro de constitucionalidad ante medidas que puedan conducir a la vulneración de los derechos.

La solución ante estas situaciones pasa necesariamente por una redistribución de los recursos existentes, o por la necesidad de conseguir nuevos recursos (emisión de deuda o aumento de impuestos, o exenciones específicas, por ejemplo). En consecuencia, el debate democrático se debe centrar en buscar alternativas que logren aliviar la tensión y satisfacer de la mejor manera posible las necesidades y, en última instancia, los derechos sociales.

Las reglas de disciplina fiscal afectan directamente a la distribución de los recursos disponibles; los límites a la deuda y déficit públicos son una expresión evidente de lo anterior. Como ya hemos visto, las reglas fiscales tienen su expresión natural en determinar los presupuestos, son un primer referente que se debe de tener en cuenta para su elaboración; por otra parte, las prestaciones para satisfacer los derechos sociales demandan asignación de recursos suficientes para alcanzar cotas de cumplimiento.

La compatibilización jurídica necesariamente pasa por varios puntos de partida: i) los derechos son vinculantes con un contenido normativo; ii) la disciplina fiscal también es

⁷⁹⁹ R. DÍAZ GUIJARRO, “Los nacionalistas ponen precio a su apoyo a Rajoy”, *Cinco Días*, 2016; T. LEÓN GROSS, “La magia (oscura) del Cupo vasco”, *Diario El País*, 2017.

⁸⁰⁰ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, *cit.*, p. 375.

una norma constitucional, vinculante y cuya concreción en la ley da lugar a una regla; ii) la cláusula del Estado social de Derecho, pese a su ligereza dogmática, determina en buena medida la interpretación de todo el ordenamiento, incluyendo los derechos sociales y las normas referentes a la disciplina fiscal.

En esta situación, lo que resulta importante jurídicamente, más allá de la discusión de la conveniencia política o económica de la disciplina fiscal, es cómo se interpreta la disciplina fiscal en el marco de un Estado social de Derecho en el que se reconocen los derechos sociales con toda su proyección normativa.

Para precisar, y de acuerdo con la distinción que hemos advertido entre las prestaciones y los derechos sociales, es indispensable comprender que la prohibición de regreso o de regresividad opera sobre la dimensión institucional del Derecho, es decir, que los logros conseguidos en materia de reconocimiento de los derechos y los deberes de protección que emanan de ese reconocimiento se mantienen incólumes y en todo caso deben ir a más; y es de esta dimensión institucional que persisten los deberes de protección del Estado de acuerdo con las posibilidades fácticas y de acuerdo con la decisión democrática. Por otra parte, la prohibición de regreso o de regresividad no puede entenderse como una paralización o petrificación respecto del contenido prestacional de los derechos. En la terminología que propone Cossio Díaz, podríamos sintetizar que los derechos de igualdad son irreductibles y sobre ellos opera la prohibición de regreso, mientras que los derechos prestacionales, por su propia naturaleza, son mutables y en ese sentido pueden ser objeto de retrocesos y cambios en sus formas de garantía y satisfacción.

En esta misma línea de pensamiento se expresa Rey Pérez, aunque con una nomenclatura diferente, así pues, sostiene el autor que: “Por su parte, las garantías son el conjunto de instituciones que tratan de hacer efectivo el contenido de los derechos y que, en consecuencia, son mucho más variables porque deben adaptarse a las cambiantes circunstancias económicas, sociales y políticas. Mientras que los derechos tienen una vocación de permanencia y de estabilidad una vez han sido recogidos, las garantías

forman parte de la discusión política que se da entre las diversas ideologías y opciones políticas y por ellos tiene que ser más fácilmente modificables”⁸⁰¹.

Por ejemplo, el derecho a la salud y a la seguridad social tienen una dimensión institucional en el sentido de que se reconoce la necesidad de que el Estado intervenga o preste los servicios públicos correspondientes para asegurar el bienestar de las personas. Esta dimensión, en el sentido de identificar la responsabilidad y las obligaciones que nacen para el Estado, es invariable, y sobre ella opera la prohibición de regreso. Así pues, una modificación del ordenamiento jurídico en el sentido de retirar la intervención del Estado en la regulación, vigilancia y control del servicio público violaría los contenidos del Estado social de Derecho y vulneraría los contenidos constitucionales sin lugar a duda. Sin embargo, un cambio en los tratamientos o coberturas puede ser posible e incluso razonable ante una situación económica adversa; también es posible incluir tasas, copagos, o cambios en la estructura administrativa del servicio, con los que es posible discutir desde un punto de vista político, pero que en todo caso son factibles desde un punto de vista puramente jurídico.

Un ejemplo que ilustra perfectamente esta relación se evidenció en la argumentación de la sentencia STC 134/1987 FJ 4 y 5. En este caso se cuestionó la constitucionalidad de una norma que limitaba la cuantía de las pensiones futuras, e impedía la actualización de las ya causadas que superaran un monto dado. Sostuvo el Tribunal Constitucional que las obligaciones que se derivan de la Constitución en materia de “actualización periódica” de las pensiones, así como el concepto de “pensión adecuada” no puede entenderse en términos de una pensión específica (subjéctiva), sino que debe entenderse en relación con la garantía de un sistema de pensiones suficiente, que debe asistir y satisfacer múltiples necesidades públicas. En este sentido, la limitación impuesta por el legislador “no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponde en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones”⁸⁰².

Después de establecer esta diferenciación, ahora corresponde entender la relación entre la Constitución, gasto público, el ingreso público y el presupuesto.

⁸⁰¹ J. L. REY PÉREZ, “¿Un nuevo modelo de bienestar?: Los cambios en la filosofía del bienestar”, en *Sostenibilidad del estado de bienestar en España*, Madrid : Dykinson, D.L. 2015, 2015, p. 16.

⁸⁰² ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 134/1987 FJ 5*.

La profesora Giménez Sánchez, se plantea la cuestión de manera concreta y sin ambages: “hasta qué punto el Presupuesto General del Estado puede convertirse en el límite para los derechos fundamentales (o solo para los de contenido prestacional). O si es al contrario, esto es, que el reconocimiento de derechos de tipo prestacional en la Constitución implica un límite a la libertad de configuración del legislador en el ejercicio de su función presupuestaria”⁸⁰³.

La primera aproximación a una respuesta es que la libertad de configuración del Presupuesto tiene unos límites impuestos por la propia Constitución. Pese a que la competencia presupuestaria reposa sobre el Parlamento y el Gobierno, ambos cuentan con límites de contenido, de forma y de procedimiento. El primer límite a la confección del presupuesto tiene que ver con el gasto público consolidado que puede ocupar entre el 80 y el 90% del presupuesto, este gasto está constituido por obligaciones previas al presupuesto, deuda pública, gastos de personal. Son rigideces que tiene el sistema y que no se pueden eludir⁸⁰⁴.

Ahora bien, si entendemos que el Presupuesto es un límite para el cumplimiento de los derechos, esta comprensión apareja necesariamente la idea de que el presupuesto es una mera herramienta que refleja el compromiso político-económico para la satisfacción de los derechos, pero no tendría una verdadera dimensión normativa. Puesto que entender que el presupuesto tiene una dimensión normativa de entidad suficiente como para limitar el cumplimiento y satisfacción de los derechos podría vaciarlos de contenido y desconocería las obligaciones constitucionales en esta materia, en otras palabras, diríamos que estarían al alcance de legislador.

Por otra parte, el presupuesto pone de manifiesto el límite de “lo posible” en materia de protección y promoción de los derechos sociales. Ahora bien, el presupuesto difícilmente puede convertirse en un límite para los derechos que cuentan con el recurso de amparo o con la acción de tutela para su protección, puesto que las decisiones

⁸⁰³ I. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Capítulo 13. Límites económicos de los derechos sociales”, en *Derechos sociales y principios rectores*, 1, 2012, p. 304.

⁸⁰⁴ J. C. ECHEVERRY; P. QUERUBÍN, “La batalla política por el presupuesto de la nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal”, cit.; En Colombia para el presupuesto del año 2018 la suma de los gastos de funcionamiento y de servicio de la deuda sumaba un 83% del presupuesto J. ESPITIA Y OTROS, “El Gasto público en Colombia Reflexiones y propuestas”, *Vuniversitas Económica*, vol. 18, 7, p. 13; I. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Capítulo 13. Límites económicos de los derechos sociales”, cit., p. 305.

judiciales no se ocupan de los recursos sino de asegurar el ejercicio y la protección de los derechos.

De acuerdo con lo que hemos venido desarrollando, el presupuesto, desde una perspectiva normativa, limita las prestaciones que pueden ser soportadas por los recursos existentes, así como la distribución entre las diferentes opciones que existen para su satisfacción. Sin embargo, el presupuesto, en el marco de un Estado social de Derecho, no puede ser entendido como el límite de los derechos, sino como la manifestación política de la forma de garantía de estos y que una vez son aprobados cuentan con naturaleza jurídica. En todo caso, los derechos sociales cuentan con dimensiones objetivas -derechos de igualdad- que deberán formar parte del dialogo político en búsqueda de satisfacerlos.

La segunda cuestión que se plantea como consecuencia de la relación tensa de la que venimos hablando es si la Constitución exige la satisfacción de los derechos de una manera específica, con una destinación concreta de los recursos. La respuesta es negativa, en principio. Ya que la comprensión de la Constitución en un sentido abierto, donde las diferentes posturas políticas tienen lugar, impide dar un contenido concreto a las disposiciones como el 31.2 CE (asignación equitativa de los recursos públicos), o el artículo 350 CP (asignación del gasto público social)⁸⁰⁵.

Sin embargo, estas disposiciones exigen que de ellas se deriven contenidos con eficacia normativa. La primera interpretación y la más sencilla es de carácter negativo en el sentido de que ambos regímenes proscriben el gasto injusto, el gasto inicuo. Esta aproximación se dirige entonces a los sujetos que tienen el poder del gasto y no al gasto como magnitud. La interpretación más completa – según Navarro Faure- de lo que debe entenderse por asignación equitativa la ha proporcionado Bayona de Perogordo en el sentido de que el gasto público debe cumplir al menos con tres exigencias: en primer término “garantizar una satisfacción mínima de las necesidades públicas, segundo la ausencia de discriminaciones y la interdicción de la arbitrariedad⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ En Colombia las líneas generales de la justicia en el gasto público también pueden ser encontradas en el artículo 334 CP de la intervención del Estado en la economía que exige racionalizar la economía con el propósito de mejorar la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

⁸⁰⁶ A. NAVARRO-FAURE, “El gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una hacienda plural”, cit., p. 31.

Desde una perspectiva positiva, la justicia del gasto público tiene el propósito de dotar de recursos la satisfacción de los derechos, en el sentido de que este principio abstracto debe ser tenido en cuenta en el momento de realizar la distribución de los recursos existentes, ya sea en un momento de bonanza económica o de crisis. En esta misma línea de pensamiento se expresa Lorenzo Martín-Retortillo, sostiene que al proceso de distribución de los recursos concurren los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo), así como el principio de no discriminación⁸⁰⁷.

Por otra parte, y volviendo a la pregunta que nos planteábamos arriba, si el punto de partida es que el presupuesto se ve sujeto u obligado jurídicamente al reconocimiento de todas las prestaciones sociales preexistentes (cumplimiento de los derechos sociales) de manera inmutable, tendría como punto de partida un error en la apreciación de la realidad. Es decir, una parte fundamental para que el presupuesto funcione como herramienta de planeación es conocer los recursos disponibles (y la proyección de los recursos que se van a recaudar) para su posterior distribución. Así pues, si las prestaciones limitan la confección de los presupuestos, en el sentido de que son invariables y en todo caso deben ir a más, el resultado es que los presupuestos no necesariamente tienen en cuenta la realidad para su desarrollo, y pierden toda su eficacia de cara a hacerlos exigibles.

Lo que sí resulta relevante es comprender que el presupuesto debe tomar en consideración los valores constitucionales, propender por una distribución que tenga por objeto la búsqueda de la igualdad y en ese sentido ordenar el gasto con eficacia para tal fin. No se trata de establecer un presupuesto rígido desde la Constitución, sino que refleje los postulados del Estado social, con la ordenación de las prioridades correspondientes al modelo y de acuerdo con el debate democrático y político oportuno. En última instancia, los valores superiores, la cláusula de Estado social de Derecho, los derechos constitucionales y los fines del Estado cobran importancia y valor durante la elaboración, discusión y aprobación de los presupuestos.

Con todo, el control de constitucionalidad mal podría operar sobre las expresiones democráticas plasmadas en el presupuesto, en este caso, el parámetro de control es tan difuso que devendría necesariamente en un control de la política. Sin embargo, existen

⁸⁰⁷ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones”, cit., p. 483 y 484.

antecedentes, tanto en España como en Colombia, de control de constitucionalidad de los presupuestos no solo por motivos formales, sino materiales (en el caso español existen límites materiales como el de suficiencia financiera de las entidades locales, y la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas⁸⁰⁸. En el caso colombiano, hay casos en los que la Corte ha hecho auténticos juicios de conveniencia respecto de los presupuestos)⁸⁰⁹.

Ahora bien, en materia de planeación y concretamente en la elaboración del presupuesto, las reglas fiscales juegan un papel protagónico puesto que, desde un punto de vista teórico-económico, son el punto de partida para la confección, debate y aprobación de los presupuestos generales. Sin embargo, en el marco de un Estado social de Derecho, las reglas fiscales deben ser satisfechas en la medida de lo posible, consultando la Constitución de manera íntegra, atendiendo los compromisos sociales que emanan del texto y la exigencia de la intervención del Estado para alcanzar los fines del modelo. Esto significa que la interpretación del principio de estabilidad presupuestaria y del criterio de la sostenibilidad fiscal no puede conducir a que estos sean entendidos ni atendidos en términos absolutos.

En el caso español las reglas fiscales están revestidas de índices concretos que fija la Unión Europea, de reglas constitucionales. Esta circunstancia impide que la flexibilización sea un ejercicio sencillo: además el incumplimiento de los índices tiene consecuencias jurídicas para el Estado. Sin embargo, ante este escenario, es indispensable crear estructuras que protejan y defiendan con la misma fuerza el cumplimiento de los derechos, que se establezcan unos mínimos materiales que se deben asegurar con la misma fuerza con la que se defiende el cumplimiento de las reglas fiscales. Por ejemplo, el reconocimiento de la Carta Social y los deberes que implica para el Estado.

En el caso colombiano, como ya se ha dicho previamente, la flexibilización es más sencilla porque el contenido de “la sostenibilidad fiscal” es indeterminado en la propia Constitución, y su desarrollo legal propone metas y si bien encausa la confección de los

⁸⁰⁸ Sobre este asunto es interesante ver el análisis que ofrece el trabajo de Embid Irujo a partir de la STC 106/2013 A. EMBID IRUJO, “Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica: el control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, 1, 2014, p. 17 y ss, fecha de consulta en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4746010>; M. Á. MARTÍNEZ LAGO, “Los límites de la justicia constitucional: la interpretación constitucional y la técnica jurídica en las «leyes de contenido heterogéneo»”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 36, 106, 2016.

⁸⁰⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-1064/01*, cit.

presupuestos no cuenta con reglas rígidas o instituciones con poder que logren disuadir con fuerza vinculante el incumplimiento de las reglas.

Para finalizar el apartado dedicado a la satisfacción de los derechos sociales y su relación con la disciplina fiscal, es importante advertir que la pretensión de universalización de los derechos está cada vez más alejada. Partimos de la idea de que los derechos están asociados a la dignidad humana, en ese sentido las barreras de acceso a los derechos deberían ser las menores posibles. Sin embargo, asistimos al proceso contrario, los reconocimientos de las garantías asociadas a los derechos están siendo minados.

El acceso a muchas prestaciones sociales se ha vinculado a la calidad de trabajador. Esto podría tener algún sentido si las relaciones de trabajo tuvieran la protección que aseguraba la estabilidad en el empleo, sin embargo, con la adopción de las reformas laborales que cada vez desprotegen más las relaciones de trabajo con un correlativo crecimiento de la capacidad del mercado para gobernar estas relaciones, la provisión de prestaciones sociales asociada al empleo se convierte en una auténtica barrera que termina por excluir de las prestaciones algunos grupos, como los inmigrantes o los desempleados.

Un ejemplo sencillo, pero bastante ilustrativo, es el caso de los “autónomos” en España que plantea dos cuestiones relevantes: a) por un lado, muchos autónomos están desarrollando actividades que deberían estar reguladas bajo el modelo de contrato de trabajo, sin embargo, las reformas han incentivado que dichas actividades se enmascaren bajo el contrato por cuenta propia ya que permiten al empleador liberarse de buena parte de la carga que supone tener empleados contratados; y

b) por el otro lado, el régimen de los autónomos tiene menores beneficios y más trabas a la hora de cobrar prestaciones por desempleo, además, le corresponde al autónomo decidir si quiere cotizar o no para la prestación por desempleo. Esta regulación en últimas supone una retirada de la regulación del Estado con respecto al mercado de trabajo.

En aras de la sostenibilidad del sistema, entonces lo que se hace es crear exclusiones, reducir los beneficiarios y también los beneficios propiamente dichos. El resultado es que los derechos están en riesgo de ser violados por la falta total de prestaciones que permitan su ejercicio.

La creación de barreras de acceso generalizadas permite inferir que las prestaciones realmente no son producto del ejercicio de un derecho, sino que se están convirtiendo en una especie de caridad pública al que el ciudadano puede acceder eventualmente, pero no podría exigir una prestación en virtud de un derecho.

Estas variaciones superan la mera afectación de la faceta prestacional de los derechos y está comprometiendo la realización de los derechos en su faceta axiológica o teleológica. La falta de intervención del Estado en la economía, en ámbitos como el de trabajo por ejemplo, permitiendo que sean las condiciones del mercado las que regulen toda la actividad, es una verdadera violación a la prohibición de regresividad en materia de reconocimiento y protección (institucional) de los derechos.

4. Los estudios de factibilidad y la provisión de prestaciones sociales

Los derechos y su efectividad, en definitiva, no pueden ser dejados al albur de las voluntades políticas de cada turno y para su plena satisfacción demandan algún grado de estabilidad. En esa medida, la expresión de la voluntad popular (la ley) debe encontrar estructuras estatales suficientes para dotar de efectividad a los derechos sociales, en las diferentes dimensiones, pero, sobre todo, efectividad de las prestaciones con las que se ha comprometido. No sobra advertir que el hecho de resaltar la importancia de cierta estabilidad jurídica, e incluso material, de los derechos sociales, no implica que dichas prestaciones sean inmutables.

No sobra recordar que, con la incorporación de las reglas fiscales, según los proyectos presentados, se buscaba asegurar la viabilidad económica al Estado social de Derecho, de tal manera que los recursos destinados para las prestaciones sociales actuales no superaran las posibilidades reales de satisfacción de acuerdo con los recursos disponibles, en desmedro de las generaciones futuras.

Una herramienta fundamental para dar alcance efectivo a las prestaciones sociales tiene que ver con la planeación del gasto público, con la destinación de los recursos necesarios y en última instancia con la satisfacción de la dimensión subjetiva de los derechos o prestaciones. En este caso concreto, la planeación del gasto tiene una clara relación con el deber de presentar las memorias económicas de las leyes y los estudios de impacto correspondientes. Estos estudios sirven para identificar la factibilidad *ex ante* de las prestaciones. Aunado a lo anterior, también existen las competencias del poder

ejecutivo para vetar u objetar las leyes que puedan afectar la ejecución de los presupuestos.

En el caso colombiano ya hemos tenido oportunidad de referirnos al Marco Fiscal de Mediano Plazo. La Ley 819 de 2003 establece, en el artículo 1, la creación de un instrumento de planeación que obliga al Gobierno a que presente en dicho Marco: “f) Una estimación del costo fiscal de las exenciones, deducciones o descuentos tributarios existentes; g) El costo fiscal de las leyes sancionadas en la vigencia fiscal anterior”. Además de esta norma, que exige al gobierno presentar las estimaciones de las leyes aprobadas en el periodo anterior, el artículo 7 de la misma ley, de manera consecuente, establece la obligación de hacer explícito el impacto fiscal de todas las normas que ordenen gasto o que otorguen beneficios tributarios durante su trámite⁸¹⁰.

Un caso ilustrativo se produjo durante el trámite de la Ley 1388 de 2010 sobre la protección y atención a los niños con cáncer. Durante su trámite y aprobación por parte del Congreso no se elaboró una memoria económica o estudio consistente para conocer el impacto fiscal que tendría la implementación de la norma, aunque se hizo alguna mención del potencial coste que podría tener durante el debate parlamentario. El Presidente presentó objeciones al proyecto ante la Corte Constitucional por varias razones; la que nos interesa es justamente la que se refiere al cumplimiento del artículo 7 de la Ley 819 de 2003 en el sentido de que no se presentó una memoria económica con el proyecto de ley y que, en esa medida, se habría incurrido en un vicio de procedimiento, además alegó su alto impacto económico.

⁸¹⁰ COLOMBIA, *Ley 819 de 2003*, cit. Artículo 7. *Análisis del impacto fiscal de las normas*. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberán contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces”. Este artículo debe ser leído junto con la interpretación de la Corte Constitución en la sentencia C-850/09 “Por todo lo anterior, la Corte considera que los primeros tres incisos del art. 7º de la Ley 819 de 2003 deben entenderse como parámetros de racionalidad de la actividad legislativa, y como una carga que le incumbe inicialmente al Ministerio de Hacienda, una vez que el Congreso ha valorado, con la información y las herramientas que tiene a su alcance, las incidencias fiscales de un determinado proyecto de ley. Esto significa que ellos constituyen instrumentos para mejorar la labor legislativa”

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-850/09, mantuvo la línea que ya habíamos comentado de la C-502/07 en el sentido de entender que esta previsión no se puede convertir en un veto del Gobierno para la actividad legislativa ya que una interpretación estricta del artículo permitiría inferir que, si el Ministro decide no participar o pronunciarse, se crearía un vicio en la formación de las leyes, que materialmente puede dar lugar a un veto en manos del gobierno.

La Corte en esta oportunidad reitera la importancia de esta clase de herramientas para lograr el cumplimiento de la ley citando la sentencia C-507/07: “Con ello, los instrumentos contenidos en el artículo 7 analizado pueden contribuir a la superación de esa tradición existente en el país -de efectos tan deletéreos en el Estado Social de Derecho- que lleva a aprobar leyes sin que se incorporen en el diseño de las mismas los elementos necesarios -administrativos, presupuestales y técnicos- para asegurar su efectiva implementación y para hacer el seguimiento de los obstáculos que dificultan su cabal, oportuno y pleno cumplimiento”⁸¹¹.

La Corte, además, en la sentencia sobre las objeciones presidenciales presentadas al proyecto de ley sobre la atención a los niños con cáncer, destaca que las objeciones presidenciales, presentadas ante la Corte respecto de los altos costos que implicaría para el sistema, son argumentos abstractos y que no contemplan ningún estudio técnico que realmente permita hacer un juicio sobre “en qué consiste la incongruencia del proyecto de ley con las perspectivas fiscales”. En la misma línea de argumentación, recuerda que el artículo 7 de la Ley 819 de 2003 se erige como una carga para el Ministro de Hacienda, en el entendido de que a él le corresponde participar en el debate legislativo y convencer e ilustrar al cuerpo legislativo para que sus decisiones sean informadas; así las cosas, la Corte sostiene el Gobierno no ha cumplido con su deber de rendir concepto, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 819/03⁸¹².

⁸¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-502/07*, cit. (Consideración 34).

⁸¹² En palabras de la propia Corte: “Se aprecia que el Gobierno no sustenta ni cuantifica, con base en estudios técnicos, en qué consiste la incongruencia del proyecto de ley con las perspectivas fiscales que la Nación ha fijado para el próximo cuatrienio; es decir, no hace evaluación del impacto fiscal de la iniciativa, sino que se limita a plantear en abstracto que el proyecto de ley de la referencia altera el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en salud, desconociendo así la obligación que le impone el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, de «rendir concepto» sobre la viabilidad fiscal de la iniciativa; tampoco ofreció a los congresistas apoyo e ilustración técnica sobre las consecuencias económicas del proyecto, omisión gubernamental que, según se acotó anteriormente, no puede convertirse en obstáculo insalvable para el ejercicio autónomo de la función legislativa por parte del Congreso de la República. (...) Como lo ha precisado esta Corte[30], la actuación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es exigible y está supeditada al cumplimiento del deber establecido

En resumen, las objeciones presidenciales planteadas ante la Corte Constitucional bajo los cargos de afectar las partidas presupuestarias deben ser demostradas por el ejecutivo más allá de una simple mención hipotética de los efectos que podría tener su aprobación. Y, de otro lado, se confirma que la participación del Ministro y su concepto respecto del impacto fiscal de las normas aprobadas por el legislativo no constituye un vicio de procedimiento en la formación de la ley. Este rigor es similar al que se ha exigido en la argumentación de los incidentes de impacto fiscal a los que hicimos referencia.

Por otra parte, en el caso español, el mecanismo es un poco diferente. Si la iniciativa del proyecto de ley es del Gobierno, se aplica lo dispuesto por el Real Decreto 931/2017 que exige que el proyecto contenga una memoria económica. Ahora bien, si la iniciativa es del Congreso o del Senado, se aplican los artículos 134.6 CE y 126.2 del Reglamento del Congreso (norma que integra el bloque de constitucionalidad), que da la oportunidad al gobierno para que pronuncie “su conformidad o no a la tramitación si implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios”.

Respecto de la facultad que tiene el gobierno para vetar las leyes que afectan las partidas presupuestarias, existe un pronunciamiento de interés para este trabajo. El pronunciamiento es motivado por el conflicto constitucional de atribuciones entre el Gobierno y la Mesa del Congreso de los Diputados respecto de la aplicación de la reforma educativa, es decir, un derecho social.

El caso se presenta por la disconformidad del Gobierno con la proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. La Mesa del Congreso de los Diputados “acordó, en su reunión (...), admitir a trámite la toma en consideración de la citada proposición de ley orgánica, motivándola en que “el criterio del Gobierno no justifica de forma objetiva y suficiente que la misma implique aumento de créditos o disminución de ingresos del Presupuesto en vigor””⁸¹³.

Es la primera vez que el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre un conflicto entre órganos constitucionales debido a lo dispuesto por el 134.6 CE. En sus

en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 de emitir dictamen sobre el impacto fiscal de proyectos de ley sobre gasto público; obligación que, como lo ha precisado la jurisprudencia, mal puede dejarse solamente en cabeza del órgano legislativo, que en el presente caso sí cumplió con su deber de hacer un cálculo del costo fiscal de la iniciativa, tanto en la exposición de motivos como en las ponencias.” COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia C-850/09*.

⁸¹³ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 34/2018*.

consideraciones, si bien reconoce la centralidad del poder ejecutivo en lo que concierne al presupuesto, tanto en su concepción como en la ejecución, mantiene que las objeciones o el veto presupuestario no es una competencia que se pueda invocar de manera abstracta o hipotética y, en ese sentido, la sentencia reconoce que la Mesa del Congreso de los Diputados puede considerar como insuficientes las razones presentadas por el Gobierno y de esta manera continuar con el trámite de la ley correspondiente.

El Tribunal Constitucional, por otra parte, ha dejado claro que la afectación de los presupuestos debe ser respecto de las cuentas actuales, es decir, que no está permitido vetar el trámite de una ley por los efectos económicos que podría tener en ejercicios presupuestarios futuros; o, como en este caso, basándose en una hipotética pérdida de recursos de la Unión Europea.

Con la referencia a estos casos, tanto en Colombia como en España, se destaca que la decisión política, expresada en el presupuesto, tiene hondos efectos sobre la realización de los derechos sociales y, concretamente, sobre la faceta prestacional de estos derechos. Sin embargo, pese al amplio poder que tiene el poder ejecutivo en materia de disposición de los recursos, sus competencias son limitadas y pueden ser objeto de control, ya no solo político en los parlamentos, sino jurídico, concretamente a través de los tribunales constitucionales.

Otro aspecto para diferenciar tiene que ver con la aplicación de las leyes que requieren de gasto público. En el caso colombiano, una vez aprobada la ley, el gobierno tiene el deber de incluir en el Marco Fiscal de Mediano Plazo una proyección de los recursos necesarios para su implementación. Mientras que en España la aplicación de algunas leyes depende de la voluntad política del poder ejecutivo; recordemos que hay un alto porcentaje del presupuesto que no es flexible. En España, por ejemplo, el caso de la Ley de Memoria Histórica es especialmente llamativo, ya que durante los gobiernos de 2012 a 2018 se decidió reducir las partidas para el cumplimiento de esta ley hasta llegar a su completa eliminación del presupuesto, aunque la ley continúa en vigor.

Ahora bien, un aspecto problemático es la conciliación entre el criterio económico y el criterio jurídico, de cara a satisfacer la decisión política en la mayor medida de lo posible. El criterio económico responde en primer lugar a la relación entre costes y

beneficios; sin embargo, no siempre es posible hacer una estimación en estos términos que permita formarse una idea de la conveniencia o no de cierta prestación.

Los valores son inconmensurables en términos de costo beneficio, es decir, la paz social como un valor constitucional, una vez sometida a un juicio de coste beneficio tendría que responder a preguntas como estas: ¿cuánto beneficio se puede obtener de la paz social? ¿Cuánto deberíamos gastar para conseguirla?

Un valor no soporta un juicio de esta naturaleza, es más, en gracia de discusión, si lo soportara, pero la relación coste beneficio no fuere satisfactoria, el valor seguiría teniendo un contenido normativo que impide dar un efecto material que niegue el valor o su búsqueda.

De las normas que hemos advertido, respecto de la necesidad de que los proyectos cuenten con una memoria económica o estudios de impacto fiscal, nos conduce a que los costos de las medidas pasarán por un estudio económico que permitirá establecer la factibilidad de dichas medidas. Este es un punto neurálgico en la protección de los derechos y la distribución de los recursos.

Los criterios que se deben ponderar en esta clase de estudios deben atender a criterios cuantitativos y cualitativos.

Desde el ámbito normativo, para desarrollar la necesidad de compatibilizar posibilidades fácticas y satisfacción de los derechos sociales, podemos referirnos de manera explícita al artículo 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Ratificado por Colombia en 1968 y por España en 1977).

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

El Pacto, además en su articulado, es plenamente claro respecto de la naturaleza condicionada de las prestaciones a las que se aspira; de ahí que sea recurrente el uso de

“lo posible” como criterio y parámetro del nivel de obligación que el Estado contrae con la suscripción del pacto.

Esta norma, vigente en ambos ordenamientos, es una expresión casi natural de la racionalidad económica que se encuentra en los artículos 31.2 (eficiencia del gasto público) y 131.1 (redistribución justa) CE y el 334 CP “intervención del Estado en la economía”.

La norma reconoce la necesidad de estudiar desde un punto de vista técnico las posibilidades para satisfacer los compromisos del tratado.

Pero los criterios para estudiar el impacto de las normas han venido evolucionando más allá de la mera asignación que requieren en el presupuesto general del Estado. Por ejemplo, se estudian aspectos como los efectos que tendrá una norma respecto del mercado, así como de los sujetos (empresas, colectivos) que pueden verse afectados por la regulación. Por ejemplo, normas que se refieren a aspectos como derechos laborales, seguridad industrial o adopción de códigos de buenas prácticas, regulación de precios, límites a la publicidad de ciertos productos o actividades, o regulación sobre la contaminación, pueden ser sometidas a un escrutinio que va más allá de su coherencia con el Estado social o los fines que se propone alcanzar.

La OCDE ha recomendado adelantar un análisis del impacto de dichas regulaciones, donde los criterios que se tienen en cuenta no obedecen a beneficios desde el punto de vista del bienestar social o de garantía de los derechos, sino a criterios de garantizar la competencia del mercado. Para analizar el impacto, se debe tener en cuenta, según el criterio de la OCDE, por ejemplo: el impacto que tendría la regulación sobre las empresas establecidas, si la nueva regulación constituye una barrera de entrada a nuevos competidores, o si excluirá a algunos competidores del mercado; asimismo, evaluar el impacto sobre los precios de producción, si estos precios una vez transferidos al consumidor van a reducir la producción por falta de demanda, entre otros aspectos⁸¹⁴.

Ante este escenario, donde se pretende que la legislación atienda a estos criterios, es evidente que la realización de los derechos ya no solo depende de la voluntad política, sino que contempla también a razones de mercado. El reconocimiento de una prestación,

⁸¹⁴ OCDE, *Herramientas para la evaluación de la competencia. Principios*, vol. 1, 2011, fecha de consulta 22 noviembre 2018, en <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.

o de una mejora social, que pueda llegar a encarecer la producción de un bien o servicio, puede crear una ventaja competitiva a favor de uno de los participantes del mercado, como por ejemplo un competidor extranjero que no se vea afectado por la nueva norma. De tal manera que una regulación de contenido social puede terminar por expulsar a un competidor del mercado de manera indirecta.

Frente a esto, cobra vital importancia la convergencia en algunas materias, que permitan mantener unos mínimos que garanticen los avances sociales y se limite el dumping social que puede ocurrir en situaciones como la que acabamos de describir.

Entonces los estudios de factibilidad son herramientas complejas, que adoptan criterios que superan el bienestar individual o los fines constitucionales propiamente dichos, al menos los referidos a la protección del individuo, y que pueden llegar a desvirtuar propósitos y objetivos constitucionalmente necesarios para la realización del Estado social de Derecho.

Los criterios técnicos son fundamentales para dar vida y efectividad a los derechos prestaciones que protegen la realización de los derechos; sin embargo, entender que los criterios de costo-beneficio, en el marco de un sistema neocapitalista, limitan los avances sociales es una equivocación. Por el contrario, es necesario que los criterios técnicos se adecúen a las finalidades trazadas por el sistema constitucional y más que limitar los avances sociales, logren encontrar el camino más eficiente, y, en el peor de los casos, el apenas eficaz para lograr dichos fines.

5. La realización de los derechos sociales: La administración pública y la Justicia Constitucional como ámbitos de cumplimiento.

Después de reseñar la relación entre las reglas de disciplina fiscal, el presupuesto general y el cumplimiento de los derechos es importante describir la problemática que se presenta con la realización de los derechos y su exigibilidad. Me refiero a la necesidad de subrayar la importancia de una administración pública suficiente en recursos para asumir la carga prestacional de los derechos, las posibles limitaciones (sobre todo en el caso español) y el cumplimiento de los derechos a través de la jurisdicción (sobre todo en el caso colombiano).

El lugar natural para la realización e impulso del Estado social de Derecho es la Administración Pública; es el primer escenario donde las obligaciones que acarrea este

modelo deben ser cumplidas. No huelga recordar que en la evolución desde el Estado de Derecho liberal hacia la nueva concepción del Estado social consistió fundamentalmente en una transformación de las funciones del Estado, en un ensanchamiento paulatino de los ámbitos de intervención.

En la transformación que hemos reseñado se produce la unificación de las ideas de Estado y sociedad civil. Esta fusión permitió la comprensión de que la suerte de uno está directamente relacionada con el destino del otro, por lo tanto, se supera el distanciamiento entre las nociones de Estado y sociedad civil, que había sido útil en el modelo de Estado liberal clásico para mantener el poder sometido al derecho y para garantizar las libertades frente al poder opresor que podría significar el Estado. Este cambio de concepción implicó que bajo el concepto de Estado social se albergaran nuevas funciones que estaban relacionadas con la vida del ciudadano, con el soporte ante las contingencias de la vida (como las relacionadas con el trabajo, la familia e incluso el mercado).

Como bien lo resume Rodríguez de Santiago las funciones del Estado social se pueden englobar bajo la expresión la «política de los derechos fundamentales», que consiste en comprender la relación entre la actividad estatal y la satisfacción objetiva de los derechos de contenido clásico⁸¹⁵. Por ejemplo, la satisfacción del derecho a la vida está íntimamente relacionada con el acceso al servicio de salud, la dignidad humana se nutre directamente de la regulación de las condiciones del trabajo, el libre desarrollo de la personalidad tiene algunos fundamentos en el acceso al servicio de educación y también con el fomento de la cultura.

El encuadre constitucional de lo anterior se puede identificar en el art. 9.2 CE “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. En el caso colombiano, en el art. 2 CP “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Es necesario advertir que, en última instancia, especialmente en momentos de crisis, la salvaguarda de la Constitución en general, y de los derechos constitucionales en

⁸¹⁵ J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, cit., p. 20.

particular corresponde a los tribunales constitucionales. Este es un punto de partida que no puede ser olvidado para entender el rol que han desempeñado los tribunales constitucionales de España y Colombia en la realización del Estado Social; este papel ha sido especialmente relevante en Colombia en los casos de sentencias estructurales donde se protegen los derechos fundamentales de colectivos.

El ensanchamiento de la administración pública es entonces un resultado inevitable de la nueva concepción del Estado. En este sentido, es necesario que existan nuevas estructuras para cumplir con los objetivos constitucionales que permitan al ciudadano el ejercicio de sus derechos, ya no de manera abstracta, sino que estén al alcance del ciudadano. Si partimos pues de las premisas anteriores, es fácilmente reconocible la necesidad de que sea la administración pública la llamada a organizar y gestionar los medios para alcanzar los fines que se han propuesto en el modelo de Estado social de Derecho.

Una vez se reconoce que el cumplimiento de la agenda socio-política del Estado social exige de unos resultados empíricos, materiales y visibles en la vida de las personas, surge una vertiente formal de la adopción del modelo social. Es decir, en palabras de Rodríguez de Santiago, que: “Puede hablarse de un «principio formal del Estado social», que destaca la exigencia de una realización *institucional* del fin del Estado, una manera de hacer política social que consiste en crear el marco *organizativo y procedimental* adecuado para hacer posible el cumplimiento efectivo de tareas sociales”⁸¹⁶.

En este sentido es ilustrativa la sentencia de 29 de mayo de 1990 del Tribunal Constitucional alemán que “ha precisado que del principios del Estado social se deriva la obligación de creación de las condiciones mínimas para *una existencia humana digna de sus ciudadanos (ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger)*; es solo a partir de la garantía de dichas condiciones cuando jugaría la libertad de configuración del legislador y cuando este podría tener en cuenta los medios financieros disponibles la realización de otras tareas”⁸¹⁷.

En esta idea hay que hacer énfasis y recordar por ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-595 de 2002 (reiterada en la C-767 de 2014 (a la que ya

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 41.

⁸¹⁷ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, cit., p. 380.

nos hemos referido) en la que es posible identificar claramente ese deber de crear un *marco organizativo y procedimental* de cara a satisfacer los derechos sociales. En esta decisión se ilustra que la progresividad en materia de derechos sociales tiene un contenido normativo que mínimo debe consistir en la exigencia a las autoridades de que exista un programa o un plan con miras a lograr el goce efectivo del derecho⁸¹⁸.

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha tenido la oportunidad de identificar el deber de crear estructuras para satisfacer el goce efectivo de los derechos. En este sentido, en la STC 189/1987, en un claro exhorto al gobierno y al poder legislativo para cambiar una norma, identificaba la presencia de un “deber de adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de Seguridad Social”⁸¹⁹.

Ahora bien, la evolución del capitalismo ha permitido que no sea exclusivamente el Estado el único agente en capacidad de proporcionar servicios públicos, sino que existen otros agentes (en el mercado) con capacidad para prestar dichos servicios públicos. Este cambio ha obligado a que el Estado se convierta, al menos en algunos escenarios, en un “estado garante” o estado regulador al que le corresponde, ya no la prestación del servicio directamente, sino que su actividad consiste en asegurar que se preste el servicio efectivamente y en vigilar la calidad de este⁸²⁰.

Por ejemplo, en el caso colombiano son abundantes los casos en los que la Constitución ha previsto la posibilidad de que sean agentes privados los que presten

⁸¹⁸ «El carácter progresivo de la prestación no puede ser invocado para justificar la inacción continuada, ni mucho menos absoluta, del Estado. Precisamente por el hecho de tratarse de garantías que suponen el diseño e implementación de una política pública, el no haber comenzado siquiera a elaborar un plan es una violación de la Carta Política que exige al Estado no sólo discutir o diseñar una política de integración social, sino adelantarla. Esta es la consecuencia lógica que se sigue de la jurisprudencia constitucional en materia de prestaciones programáticas, que establece que la plena realización de éstas será gradual. La jurisprudencia ha indicado así que el alcance de exigibilidad debe aumentar con el paso del tiempo, con el mejoramiento de las capacidades de gestión administrativa, con la disponibilidad de recursos y, lo que es especialmente relevante en el presente caso, con las decisiones democráticamente adoptadas y plasmadas en leyes de la República, mediante las cuales el Congreso fija metas y señala la magnitud de los compromisos encaminados a lograr el goce efectivo de tales prestaciones.» COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-595/02*, cit. Consideración 5.4.

⁸¹⁹ ESPAÑA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia STC 189/1987*. “(...)los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y, singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 9.2 C.E.). Pero entre tales poderes públicos son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal. Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de la Seguridad Social que lo configuren, dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar, como más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos.” FJ 10

⁸²⁰ M. ARAGÓN REYES, “Del Estado intervencionista al Estado regulador”, cit.; P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, cit., p. 21.

servicios públicos, eso sí, conservando el Estado la prerrogativa de control, inspección, vigilancia y sanción. Quizás el mejor ejemplo es el del servicio de salud art. 49 CP., que es prestado por empresas privadas de acuerdo con las directrices definidas por la administración⁸²¹. Por otra parte, en el caso español actualmente se está dando un cambio en materia del servicio de educación básica hacia un modelo de centros concertados donde el usuario puede elegir entre los prestadores del servicio que participan del mercado y los centros públicos.

Por lo tanto, las cotas más altas de satisfacción de los derechos sociales se alcanzan con una administración pública con suficientes recursos que aseguren la capacidad de intervenir el mercado, de prestar directamente los servicios públicos y, en caso de que se presten por privados, que disponga de amplios poderes de vigilancia y sanción.

Como resulta obvio, la administración pública del Estado social también aumenta sus gastos, no solo de funcionamiento, sino que requiere de nuevos recursos que retornaran expresados en servicios y prestaciones (subsidios, inversión, servicios individualizados), para los ciudadanos. La necesidad pues de recaudar suficiente dinero, atendiendo a los criterios de progresividad se hace patente, asimismo, se manifiesta la necesidad de la eficiencia del gasto público y la responsabilidad de la administración en aras de alcanzar la igualdad real y efectiva a través de las estructuras estatales.

Las reglas fiscales, como ya lo hemos advertido, tienen la función de mantener un equilibrio o balance entre los ingresos y los gastos. Son normas que en principio no limitan el gasto, eso sí siempre y cuando haya una recaudación de impuestos suficiente para asumirlo⁸²². En este aspecto hay que ser claro, los recortes y las políticas de austeridad no forman parte esencial de las reglas de disciplina fiscal pese a que una de las formas de alcanzar ese balance es a través de dichas medidas. Sin embargo, y esto ha sido menos desarrollado, también se puede interpretar que el establecimiento de reglas de disciplina fiscal exige un aumento imperativo del recaudo de impuestos y rentas para alcanzar los

⁸²¹ El sistema de salud en Colombia está sometido al mercado, los beneficiarios pueden elegir entre las empresas que prestan el servicio de manera libre. Sin embargo, el servicio está organizado y estructurado por la ley 100 de 1993, de tal manera que las cotizaciones, el portafolio de servicios y las condiciones están determinadas por el Estado. Ahora bien, incluso hay regulaciones sobre la organización de las empresas que prestan el servicio, por ejemplo, la Ley 1122 art. 15 limita la integración vertical de las sociedades que prestan este servicio.

⁸²² Sobre la necesidad de mantener criterios de progresividad impositiva en momentos de crisis económica Cfr. P. NAVAU MARTÍNEZ-VAL, "Estado Social y Política Fiscal en un contexto de crisis económica y disciplina presupuestaria: el papel de la imposición patrimonial", *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 90, 2013.

finés del Estado, para cumplir con las prestaciones que le dan identidad al modelo y a su vez satisfacer el cumplimiento de las reglas fiscales.

Con todo, no es posible perder de vista que existen un buen número de prestaciones que, entendiendo los deberes sociales del Estado, se deben prestar directamente por el Estado o con un seguimiento muy exhaustivo por parte de la administración. En el caso de los servicios de salud, por ejemplo, es fundamental entender que, pese a que el servicio de salud se presta de manera individual, es necesario comprender que los efectos son de trascendencia pública, piénsese en el caso de prevención de enfermedades (vacunación), la contención de enfermedades infectocontagiosas que requieren un tratamiento estructural para proteger de manera eficiente a la población y cumplir los objetivos del servicio público.

Entonces, el cumplimiento de los índices de disciplina fiscal no puede desconocer el contenido normativo mínimo que es predicable de la cláusula social. En otras palabras, si bien las prestaciones y en general los medios para lograr los fines del Estado social son flexibles, existe un mínimo normativo que se deriva de lo que hemos denominado vertiente formal del Estado social de Derecho, cuyo contenido consiste en el deber de tener instituciones que garanticen el acceso a las prestaciones y servicios públicos propios del Estado social. Aunado a lo anterior, los derechos sociales, por su naturaleza normativa, poseen un núcleo indisponible para el legislador, y ese núcleo indisponible se proyecta sobre las prestaciones sociales que materializan los derechos sociales. Carro Fernández-Valmayor, afirma que desconocer que los derechos sociales cuentan con ese reducto indisponible para el legislador los privaría de verdadera naturaleza normativa y en cuenta a lo que debe entenderse por esencial, remata “lo esencial sería todo aquello que, faltando, afectaría la dignidad humana”⁸²³.

Bajo esta concepción, las fórmulas de cumplimiento de la disciplina fiscal (recortes en política social en concreto) encuentran un auténtico límite jurídico en la cláusula de Estado social de Derecho. En sentido contrario, es posible inferir que existe un deber de aumentar los ingresos, por parte de la administración pública para cumplir con las exigencias de la disciplina fiscal a la par que los derechos, y en ningún caso se puede llegar a comprometer ese mínimo exigible en un modelo social. Por lo tanto, un primer

⁸²³ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, cit., p. 378.

límite jurídico que puede ser objeto de control de constitucionalidad es la aplicación del principio de proporcionalidad. Donde necesariamente se ponderarán las medidas que haya tomado la administración con los derechos que puedan resultar vulnerados por la reducción de recursos de la de administración pública.

En este punto resulta crucial la actividad de los tribunales constitucionales de cara a garantizar el cumplimiento de la Constitución y controlar que los mínimos exigibles en el marco de un Estado social estén siendo atendidos. Esta premisa es problemática puesto que acarrea problemas de competencias e incluso de legitimidad de los tribunales para abordar estos temas.

La pregunta que se puede plantear es ¿en qué consiste el control de constitucionalidad de la ley en los casos de regresión en materia de derechos? Y ¿cuáles son los límites de dicho control?

La respuesta inicial debe partir de la idea de que el control de constitucionalidad tiene la vocación de asegurar que los contenidos de las leyes se ajusten a la Constitución, a una comprensión abierta de los contenidos constitucionales, donde las diferentes posturas políticas son válidas. También debe considerarse que la discrecionalidad del legislador tiene un valor fundamental en el marco de un sistema democrático y que un control de constitucionalidad llevado al límite puede terminar por minar el principio democrático.

Con esta idea en mente, el control de constitucionalidad que cabe esperar de las medidas de carácter regresivo es un control de racionalidad, es decir, un control leve que preserve, en la medida de lo posible, la decisión política que se ha tomado de acuerdo con el modelo democrático. Es más, aun si se realizara un control estricto y se declarara la inconstitucionalidad de una medida, este resultado no implica que de manera correlativa se cumpla con la Constitución y sus contenidos sociales. Pues, como bien lo anota el profesor Cascajo Castro, un buen número de postulados constitucionales tienen una función transformadora y para su cumplimiento se necesita una “progresiva definición y actuación de las instancias políticas” y no tanto de una referencia normativa que los desarrolle⁸²⁴.

⁸²⁴ J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., p. 42 y 43.

Sin embargo, las funciones de los tribunales constitucionales no se agotan en lo que hemos conocido como el legislador negativo, sino que las competencias han aumentado en materia de protección de los derechos. Es una realidad que la función judicial ha abierto nuevas dimensiones de protección de los derechos con decisiones que pueden ser calificadas como de activistas, donde el juez puede llegar a formular auténticas políticas públicas⁸²⁵. Este tipo de decisiones plantea cuestiones fundamentales para el quehacer jurídico, sometiendo las estructuras dogmáticas clásicas a prueba. Sin embargo, estas decisiones también plantean un problema fáctico y es que su realización acarrea gasto público.

Pese a las objeciones que hemos advertido, lo cierto es que la función de los tribunales constitucionales es garantizar el cumplimiento y salvaguarda de la Constitución. En este sentido, la identificación de unos límites derivados del adjetivo “social” en la Constitución, aunado a una interpretación sistemática, permite inferir la existencia de algunos aspectos del modelo económico-social que deben ser defendidos por la justicia constitucional.

Así pues, lo primero que se debe entender es que la Constitución del Estado social de Derechos no es neutral en la discusión sobre la cuestión social, sino que definitivamente ha tomado una decisión que orienta la política y la actividad del Estado. Pero también significa que es un auténtico límite de dicha actividad, y que en caso de que se vulneren esos contenidos mínimos, por los que el constituyente se ha decantado, la intervención de los tribunales constitucionales es pues legítima y necesaria.

Aquí la cuestión inicial se puede plantear en términos del alcance que pueden tener las decisiones de los tribunales constitucionales en la dirección de la economía. En este caso concreto, la cuestión radica en el objeto del control de constitucionalidad, en la necesidad de identificar las competencias que se derivan de la función de control de constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales.

La dirección general de la economía está a cargo del Estado, esta generalidad debe ser entendida bajo la óptica de que las interacciones entre las diversas instituciones que conforman el Estado forman dicha dirección. Es una obviedad que las principales

⁸²⁵ Sobre este tema es de referencia obligada el trabajo de A. M. GUTIÉRREZ BELTRÁN, *El amparo estructural de los derechos*, cit.

competencias para determinar las directrices en materia de política económica le corresponden al gobierno y al poder legislativo. Sin embargo, el poder judicial, en su calidad de institución que forma parte del Estado y como poder público, en el marco de sus competencias, puede llegar a influir en la formación de esa dirección general de la economía a la que hemos hecho referencia.

Lo anterior muestra que la pretendida, y a veces reclamada, asepsia de los tribunales constitucionales debe ser entendida de manera relativa. Si bien es cierto que la idea de no invadir las competencias de otras ramas del poder público es apenas natural, también lo es, que no es posible predicar una “neutralidad” en el ejercicio de las funciones de control de constitucionalidad. Lo anterior se debe a que la defensa de la Constitución, es una defensa que se practica sobre un texto con unos contenidos políticos⁸²⁶ y que si bien se puede decir que es un texto abierto y que alberga el pluralismo como principio estructural, las decisiones políticas de la Constitución cobran naturaleza jurídica y, en consecuencia, constituyen un verdadero límite al poder y un parámetro de control de constitucionalidad.

A propósito de esto, es interesante la postura del Tribunal Constitucional alemán, reseñada por Carro Fernández-Villamayor, que desde 1951 “afirmó que, si la realización del Estado social corresponde fundamentalmente al legislador, cuando este omita de manera arbitraria, sin razón objetiva alguna, el cumplimiento de este deber, podría surgir en el ciudadano una pretensión susceptible de ser hecha valer a través del correspondiente recurso constitucional”⁸²⁷.

En el caso colombiano, la formación de la decisión tiene herramientas institucionales nuevas como el incidente de impacto fiscal, donde es posible identificar una interacción directa entre el poder ejecutivo y el poder judicial.

Por una parte, si la satisfacción de los derechos sociales se logra u obtiene a través de estructuras propias de la Administración Pública, es más natural que dichas estructuras cuenten con un presupuesto y con un plan de cara a lograr los fines que se hayan trazado. Es decir, el ejecutivo, que cuenta con herramientas técnicas suficientes puede adelantar una política pública eficiente. Mientras que una política pública formulada mediante decisiones judiciales tiene muchos problemas, ya no solo los técnicos, sino que también

⁸²⁶ F. J. DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, cit., p. 15.

⁸²⁷ J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, cit., p. 380.

trasciende a la legitimidad de los jueces para desarrollar esta actividad, la determinación de los contenidos de la política pública, y sobre todo, la valoración de las prioridades que en principio corresponde al ejercicio de la política, lo que subyace en el fondo es un problema de naturaleza democrática.

Ahora bien, el cumplimiento de una sentencia está mucho mejor protegido que la mera creación de una estructura gubernamental. Ya que la destinación de los fondos puede afectar severamente el órgano de la Administración Pública. Mientras que una sentencia no puede verse afectada, no se puede olvidar que una sentencia es en definitiva un crédito exigible en caso de que se llegue a ordenar un gasto concreto, y también que las autoridades están obligadas a cumplir las obligaciones de hacer establecidas en las decisiones judiciales.

La creación del Incidente de Impacto Fiscal en el año 2011, como ya hemos advertido, tenía el objeto de controlar en alguna medida las decisiones judiciales de la Corte Constitucional con efectos sobre el presupuesto. También hemos hecho referencia a la necesidad de entender que la Constitución con un sentido normativo dota de fuerza vinculante a la fórmula de Estado social de Derecho. Pues bien, para ilustrar de manera sucinta el desarrollo que ha tenido el cumplimiento de unos mínimos materiales desde la jurisdicción constitucional considero oportuno mostrar la teoría del “estado de cosas inconstitucional” que ha servido a la Corte Constitucional colombiana para asegurar la satisfacción de los derechos bajo la comprensión de que existe un mínimo material que efectivamente emana de la cláusula de Estado social de Derecho y que no puede ser franqueable en virtud de la falta de recursos.

Quizá la decisión más emblemática que puede encontrarse de protección estructural de los derechos es la sentencia T-025 de 2004. En esta decisión la Corte en el marco de una decisión de tutela acumuló varios expedientes (108) que correspondían a más de mil personas afectadas. En esta decisión la Corte constata la violación de los derechos de los desplazados de “manera masiva, prologada y reiterada y (...) obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla (apartado 6.3). Tal situación

constituye un *estado de cosas inconstitucional* que será declarado formalmente en esta sentencia”⁸²⁸.

En la sentencia, la Corte observa la insuficiencia de los recursos destinados por el presupuesto para atender de manera adecuada a la población desplazada e incluso una disminución del 32% con respecto año anterior. Y la Corte va más allá y establece que la ley anual de presupuesto no representa una modificación de la Ley 387 de 1997 (que contiene prestaciones para la atención de los desplazados), en vista de lo anterior, es contundente la Corte cuando dice:

“Desde el punto de vista constitucional, es imperioso destinar el presupuesto necesario para que los derechos fundamentales de los desplazados tengan plena realización. La obligación constitucional del Estado de garantizar una protección adecuada a quienes por razón del desplazamiento forzado interno se encuentran en condiciones indignas de vida no puede ser aplazada indefinidamente. Tal como lo dispone el artículo 350 de la Carta el gasto público social, tiene prioridad sobre cualquier otra asignación. La Ley 387 de 1997 reconoció que la atención de la población desplazada es urgente y prioritaria. La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado la prelación que tiene la asignación de recursos para atender a esta población y solucionar así la crisis social y humanitaria que representa este fenómeno.”⁸²⁹

La propia decisión advierte que es necesario que las entidades encargadas “aseguren una suficiente apropiación presupuestal”, pero anota que: “Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes.”⁸³⁰

Nótese pues como en esta decisión la propia Corte prevé las implicaciones presupuestarias de su decisión, sin embargo, identifica el deber del juez constitucional en el sentido de conminar a las entidades responsables a que en virtud de la colaboración armónica se articulen de tal manera que se cumpla con la decisión y esto incluye que se garanticen los recursos necesarios para atender las necesidades básicas de los

⁸²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia T-025/04*, cit. Consideraciones 2.2.

⁸²⁹ *Ibid.* Consideraciones 6.3.2.

⁸³⁰ *Ibid.* Consideraciones 6.3.2.

desplazados⁸³¹. Esta sentencia ha tenido seguimiento estricto por parte del tribunal, que se extiende hasta el 2019, cuando se escriben estas líneas, y entre los criterios de seguimiento, el “esfuerzo presupuestal” ha sido uno de los factores que se ha venido vigilando para asegurar el cumplimiento de los mínimos fijados por la Corte.

Los tribunales constitucionales de Colombia y España son muy diferentes en su concepción de la justicia constitucional. Es evidente que el juez constitucional colombiano puede ser calificado de activista mientras que el español se identificaría con el *self-restraint*.

La dificultad de la justiciabilidad se ha puesto de relieve desde hace décadas, sin embargo, ha habido múltiples respuestas a la posibilidad de lograr la satisfacción de los derechos sociales a través de la jurisdicción. Podemos poner el caso de Colombia como uno significativo de activismo judicial, donde las Cortes han tenido un papel expansivo en la protección de los derechos sociales, o casos donde se ha reconocido la debilidad de los derechos sociales y la necesidad ineludible de su desarrollo a través del legislador, como es el caso de España. “Ciertamente la intervención del legislador no es fungible con la del juez constitucional”⁸³²

Con todo, el hecho de que las necesidades sean infinitas y que su satisfacción integral sea imposible por definición, no sirve como un verdadero argumento o fundamento para desconocer el valor y la importancia de alcanzar algunas cotas de cumplimiento de dichas necesidades. Por el contrario, este hecho implica una obligación mayor para el ejercicio de la democracia que consiste en establecer las prioridades, los grados de satisfacción y los derechos que serán protegidos de manera vigorosa.

De tal manera que las promesas de bienestar general como presupuesto para el ejercicio de los derechos fundamentales y de la democracia no son un mero acto formal de bondad del Estado o una quimera, sino que tienen un contenido verdaderamente normativo que determina las actuaciones del Estado, que encausa el quehacer político y que, en última instancia, se traduce en la legitimidad del Estado y su razón de ser, al menos en el marco de un estado adjetivado como “social”. En este punto debemos recordar el ejercicio dialéctico que supone el estado social, las tensiones que encarna

⁸³¹ *Ibid.* Consideraciones 6.3.2.

⁸³² J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, cit., p. 34.

desde su propia concepción entre las libertades económicas y la intervención del estado en la economía cuyo diálogo deberá concluir con un acuerdo de mínimos.

6. La cláusula constitucional de disciplina fiscal como nuevo ingrediente de interpretación del ordenamiento jurídico

La mayoría de los trabajos sobre las cláusulas de disciplina fiscal, incluyendo el que aquí se presenta, se han dedicado a limitar las consecuencias más lesivas de una interpretación absoluta del principio de estabilidad presupuestaria o el criterio de sostenibilidad fiscal. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que las nuevas reglas fiscales en el ámbito de una Constitución constituyen un nuevo ingrediente normativo y que en esa medida se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la interpretación sistemática de la carta considerada *in toto* precisa de dotar de unos contenidos normativos a las reglas fiscales constitucionales que servirán como baremo de constitucionalidad e incluso, se puede considerar que entran a formar parte de la Constitución con un contenido político.

El valor normativo de todas las cláusulas de la Constitución, con mayor o menos nivel concreción es innegable. A propósito de esto señala Solozábal Echavarría: “hay que señalar el carácter jurídico, la fuerza vinculante de toda esa “panoplia” de normas. Todas ellas son vinculantes, como integrantes del mismo corpus, resultado del ejercicio soberano y libre del poder constituyente del pueblo, como pertenecientes al instrumento definidor y regulador de su organización política, de su ordenamiento. A todas estas normas están en efecto sometidos los poderes públicos. (...) legitimando por consiguiente cualquier desarrollo legislativo inmediato y normalmente mediatamente en el nivel reglamentario, congruente con las mismas, inspirando la interpretación judicial y la práctica aplicativa de los operadores jurídico-políticos(...)”⁸³³

Entonces, las cláusulas constitucionales tienen una doble función. Como afirma con claridad Díaz Revorio: “Por un lado, son ellos mismos [contenidos axiológicos] objeto de la interpretación de los diversos poderes públicos, quienes deben tener en cuenta su carácter general y abierto, así como su contenido o significado ineludible. Por otro lado,

⁸³³ J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales”, cit., p. 84.

estos valores y principios son también elemento o instrumento para la interpretación del resto de la norma constitucional y el ordenamiento jurídico en su conjunto”⁸³⁴.

En el discurso de las constituciones que hemos estudiado, la solidez económica, bajo las nociones de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad fiscal, tiene efectos para interpretar la carta, los derechos y las prácticas del Estado. Para concluir, las cláusulas de Estado social de Derecho matizan y sirven de límite a las interpretaciones más puristas de la disciplina fiscal; pero este efecto es de doble vía y en ese sentido, la disciplina fiscal también sirve para interpretar el resto de la Constitución y en general toda la producción normativa ulterior a la reforma.

El ejercicio de la interpretación sistemática tiene unos nuevos elementos que no pueden ser excluidos ya que tienen naturaleza normativa. Las consecuencias de lo anterior respecto del control de constitucionalidad son bastante evidentes.

La inobservancia del principio de estabilidad presupuestaria o de la sostenibilidad fiscal tiene efectos jurídicos. En nuestras Constituciones está previsto que las normas que vulneran el texto constitucional sean objeto de control por parte de los tribunales constitucionales.

Sobre este punto es necesario destacar la diferencia entre las dos Constituciones que hemos estudiado. Quizá la situación más problemática se puede presentar en el caso español dado que el artículo 135 CE ha integrado los límites de déficit y de deuda a través de la remisión. Esto permite que la actuación del Tribunal Constitucional tenga un sustrato jurídico normativo y también técnico para ejercer las competencias de control de constitucionalidad sobre los presupuestos. Ya no solo en virtud de alguna disposición concreta, sino sobre el cumplimiento abstracto de los límites constitucionales del presupuesto en cuestión.

Por otra parte, y como ya se dijo en otro apartado de este trabajo, también es importante destacar que existe la posibilidad de que se instrumentalice el control de constitucionalidad por parte del Gobierno central para ejercer un control sobre los presupuestos de las Comunidades Autónomas en virtud del cumplimiento estricto de los contenidos del principio de estabilidad presupuestaria.

⁸³⁴ F. J. DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, cit., p. 16.

En el caso colombiano el control de constitucionalidad teniendo como referencia un incumplimiento de la sostenibilidad fiscal es más difícil puesto que no existen números de referencia concretos en el ámbito de la Constitución. Es decir, que en caso de que los presupuestos sean cuestionados en virtud la sostenibilidad fiscal, el margen que tiene la Corte Constitucional es muy amplio y no cuenta con criterios técnicos que definan o restrinjan el significado de la voz “sostenibilidad fiscal”.

VII. CONCLUSIONES

El Estado social de Derecho

El Estado social de Derecho tiene una función normativa en el ordenamiento jurídico. Como se ha mostrado a lo largo de este trabajo, las implicaciones jurídicas de este modelo se hacen patentes a la hora de interpretar la Constitución y las demás normas de menor jerarquía. Este hecho no debe eclipsar la dimensión política que implica la decisión constitucional que impregna el debate democrático de elementos axiológicos.

El Estado social de Derecho permite la solución de las tensiones que provoca la vida en sociedad; en nuestro caso, una parte fundamental de estas tensiones vienen dadas por el sistema económico y productivo basado en la propiedad, las libertades individuales y los derechos fundamentales. Una de las principales virtudes del Estado social es que la solución a dichas tensiones gravita en torno a la dignidad humana y, sobre todo, se basa en el fin de alcanzar la igualdad real y efectiva. En este sentido, el Estado social es un compromiso con la satisfacción de las necesidades y condiciones mínimas que permiten la realización del ser humano.

La igualdad real y efectiva está directamente vinculada con las relaciones económicas, con las posibilidades de cada individuo de acceder a bienes y servicios. Para alcanzar este objetivo la Constitución del Estado social ha previsto diversos poderes y competencias a la organización para que intervenga en la economía en aras de cumplir con los fines que el adjetivo “social” le impone.

Estas funciones y compromisos que hemos advertido son inherentes a la organización estatal y por lo tanto determinan las actuaciones de las autoridades y perfilan los derroteros que van a encauzar el funcionamiento del Estado. Estas implicaciones se extienden necesariamente a las dimensiones que atañen a la administración pública y a la economía, entendiendo por economía tanto la actividad productiva en general, como la administración de los recursos del Estado, su organización y distribución.

Las cláusulas de disciplina fiscal, ya sea el principio de estabilidad presupuestaria en España o el criterio de sostenibilidad fiscal en Colombia, están determinadas necesariamente por el Estado social de Derecho. Si bien es cierto que la cláusula de Estado social establece los fines, también lo es que los medios para alcanzarlos quedan

abiertos las diferentes opciones políticas y a la decisión democrática. Pese a la apertura de la Constitución, y concretamente de la cláusula de Estado social, lo cierto es que dada su naturaleza normativa supone un verdadero límite y en consecuencia determina que la interpretación y aplicación de las reglas fiscales esté subordinada a los contenidos del Estado social.

La primera cuestión que salta a la vista es que la disciplina fiscal no supone una modificación de los fines esenciales que han sido determinados por la Constitución. En el caso español se ha adoptado el principio de prioridad absoluta del pago de la deuda pública, lo cierto es que esta prioridad no se extiende a los fines constitucionales del Estado social, y en ese sentido, la prioridad del pago de la deuda en todo caso está subordinada a los fines del Estado social. En contraste, en el caso colombiano, en la misma reforma constitucional se reiteró que el gasto público social sería prioritario.

Hoy más que nunca es necesario redefinir y revitalizar el valor de la Constitución como medio para cumplir con los derechos fundamentales; asimismo se hace indispensable retomar el concepto de Constitución como límite de las libertades (incluyendo las económicas) y, sobre todo, rescatar los fines de la Constitución como un reflejo del objetivo de la vida en sociedad⁸³⁵.

La Constitución económica y la necesidad de interpretarla a la luz del principio de estado social y la dignidad humana.

La construcción teórica denominada Constitución económica tiene una utilidad didáctica para delimitar un objeto de estudio concreto. La formación del concepto de Constitución económica consiste en identificar las normas que inciden en la actividad económica del Estado, y en ese sentido concurren en primer término los preceptos que aluden a la libertad de empresa, el régimen de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad. Ahora bien, al estudio del concepto Constitución económica, en el marco de un Estado social, concurren también los límites del bien común, la defensa de la competencia, la función social de la propiedad, la expropiación, el régimen del derecho del trabajo, y los derechos fundamentales.

⁸³⁵ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, 19, 2013, pp. 449-454.

De lo anterior se puede colegir que la Constitución económica del Estado social de Derecho es una interpretación armónica de las normas que inciden en el funcionamiento del sistema económico a la luz de la Constitución política, de los derechos y garantías que consagra y de las finalidades del Estado social.

El funcionamiento de estos mecanismos supone la intervención potente del Estado en la economía, no solamente a través de la creación de normas, sino que requiere de estructuras administrativas que aseguren y promuevan el cumplimiento de los fines constitucionales. El objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva impide asegurar que la mera creación de un marco normativo sea suficiente para cumplir con los fines constitucionales. De esta falencia se desprende la necesidad de que existan estructuras administrativas que vigilen, controlen y tengan el poder suficiente para reconducir las situaciones que impiden alcanzar el imperativo de la igualdad.

Hemos advertido a lo largo de este trabajo que la neutralidad del Estado social debe entenderse como neutralidad respecto de los agentes económicos, pero no bajo la óptica de la neutralidad en el sentido de abstenerse de intervenir en la dirección del proceso económico. El Estado social de Derecho es una decisión política con un contenido normativo.

La comprensión de las reglas fiscales como reglas de decisión y no sustantivas, como propone Buchanan, es incompatible con el Estado social de Derecho. Los compromisos constitucionales que implica un modelo finalista como el adoptado por las Constituciones de Colombia y España impiden entender que las reglas de disciplina fiscal sean normas neutrales. Las normas de disciplina fiscal han de ser interpretadas como una situación deseable, pero no constituyen una prohibición absoluta de sobrepasar los índices que se han integrado las reglas fiscales. Por lo tanto, las reglas de disciplina fiscal son normas de carácter sustantivo que deben ser examinadas, interpretadas y aplicadas de acuerdo con todo el engranaje de la Constitución del Estado social.

Las reglas fiscales y la cláusula de Estado social de Derecho

El principio de estabilidad presupuestaria y el criterio de la sostenibilidad fiscal tienen como fin último lograr el acceso de los Estados al mercado financiero en unas condiciones favorables. Se ha interpretado que las reglas fiscales aportan mayor seguridad a las transacciones de financiación del Estado y en consecuencia mejoran las condiciones de

acceso al mercado. Sin embargo, lo que resulta cierto es que la información y las condiciones de acceso al mercado no dependen de la norma sino del cumplimiento de las obligaciones concretas. En este sentido, la fundamentación final de las reglas fiscales y la necesidad de incorporarlas a las Constituciones está injustificada desde un punto de vista práctico.

Ahora bien, dentro del argumentario también se destaca que la disciplina fiscal es una condición *sine qua non* para realizar los objetivos del Estado social de Derecho. Se plantea entonces la necesidad de que los recursos sean suficientes para asegurar las prestaciones y además que esas condiciones sean sostenibles en el tiempo. Es obvio que el Estado social supone una disposición de los recursos con una tendencia determinada por los fines sociales, sin embargo, la elevación de la disciplina fiscal al rango constitucional no supone una mejora para alcanzar los fines de los que venimos hablando, ni asegura la suficiencia o disposición de los mismos, por el contrario, consideramos que la disciplina fiscal limita la búsqueda de los objetivos y descarta opciones de intervención del Estado en la economía.

En el caso español la justificación de la estabilidad presupuestaria tiene otros matices ya que, en el marco de la Unión Europea, también tiene por objeto lograr la convergencia económica de los Estados que forman parte de la integración; esta función no se circunscribe a los países cuya moneda es el euro, sino a todos los que forman parte de la Unión. Es posible que exista una justificación desde esta perspectiva, sin embargo, es necesario sopesarla y asegurar su compatibilidad con los valores y principios asociados a la cláusula de Estado social.

La cuestión no es menor porque la implementación de las reglas fiscales, sobre todo en el caso español, no ha correspondido a una decisión sosegada sobre la conveniencia o no de su implementación para alcanzar los fines del Estado social, sino que se han implementado en el marco de una crisis económica sin precedentes, como una respuesta rápida a la inestabilidad del momento y con las posibilidades de reacción limitadas en buena medida por las directrices de la Unión Europea. Sin embargo, se olvida con facilidad la vocación de permanencia que tienen las normas constitucionales y la naturaleza coyuntural y cambiante de la situación económica.

Una norma constitucional con posibilidades materiales de restringir el gasto público en los diferentes niveles de la administración tiene un hondo impacto sobre los compromisos del Estado social de Derecho. La apertura de la Constitución ha perdido posibilidades. En concreto, las políticas expansionistas de aumento de la demanda agregada han quedado muy restringidas desde el más alto nivel jerárquico; asimismo, algunas interpretaciones pueden suponer una restricción injustificada del endeudamiento en casos de urgente necesidad y estados de excepción, estas restricciones pueden implicar un empeoramiento de la situación económica o social en momentos de crisis.

La preservación de las *ratios* de deuda, déficit, sostenibilidad financiera, inflación, deben ser entendidos como una orientación para las situaciones de normalidad, sin embargo ante una situación que justifique la declaración de estados de excepción, las reglas fiscales no deberían constituir un límite para atender la situación habilitante.

Las reglas fiscales en el ámbito de la Constitución no son una novedad. Hemos advertido que la formulación teórica permite inferir que las normas procedimentales de elaboración del presupuesto, la necesidad de autorización para contraer deuda pública, la regulación de la banca central son reglas fiscales. La novedad es la naturaleza concreta con la que ha irrumpido el nuevo modelo de reglas fiscales que fijan parámetros estrictos para evaluarlas y que producen efectos jurídicos. Los efectos jurídicos son especialmente relevantes en el caso español por su pertenencia a la Unión Europea y en el caso colombiano pese a la vaguedad del criterio de la sostenibilidad fiscal cobra relevancia en la aplicación del Incidente de Impacto Fiscal.

Las reglas fiscales basadas en índices suponen auténticos límites para el Estado social, ya que determinan en buena medida las posibilidades del legislador y del Gobierno y, por lo tanto, limitan el tamaño de la administración y de las prestaciones que permiten realizar el Estado social de Derecho.

La constitucionalización de los índices de referencia es problemática porque son magnitudes que son variables y no son objetivamente apreciables, es decir, la metodología del cálculo puede cambiar de manera significativa el resultado de la evaluación; asimismo advertimos que pueden provocar el uso de contabilidad creativa y hacer menos confiables las cifras.

Los efectos económicos propiamente dichos de la implementación de reglas fiscales escapan a la especialidad jurídica. La conveniencia de las reglas fiscales y de las magnitudes concretas corresponde a otras áreas del conocimiento; lo que se ha querido dejar presente a lo largo de este trabajo es que la incorporación al ámbito constitucional de estas reglas imprime elementos que deben ser leídos en concordancia con otros que moderan las pretensiones más técnico-económicas.

Los objetivos de mantener la sostenibilidad fiscal o equilibrio presupuestario son fines constitucionalmente legítimos y se ajustan a la apertura que es propia de las constituciones analizadas. Sin embargo, su presencia dentro del texto constitucional se convierte en un elemento que reduce el grado de apertura, negando la pluralidad propia y necesaria dentro de un sistema democrático; además aportan elementos axiológicos al sistema jurídico en general que deben ser estudiados con profundidad por el impacto que suponen. No es casualidad que ambas reformas constitucionales hicieran referencia a las prioridades en la incorporación de las reglas fiscales.

El Derecho constitucional tiene la función de observar y delimitar los elementos de otras ciencias, como la económica, que adquieren naturaleza normativa. La necesidad de estudiar otras disciplinas bajo el prisma del Derecho constitucional aumenta el objeto de estudio y en ese sentido la Constitución se convierte en una metodología, en un baremo y en una forma de entender otras disciplinas que se incorporan al contenido de la Constitución. Así pues, las reglas fiscales entendidas o propuestas por un manual de economía política o por un programa político concreto no definen el contenido normativo que se desprende de su incorporación al texto constitucional.

Las reglas de disciplina fiscal a lo mejor necesitan un contrapeso constitucional. Keynes en su modelo advertía de la necesidad de amortizar la deuda durante la bonanza y etapas de crecimiento. Es posible que, de cara a mantener la confianza de los mercados, que al parecer es la preocupación subyacente del constituyente, sea necesario incluir reglas fiscales que aseguren cotas de recaudación apropiadas para mantener los índices de déficit y deuda en niveles aceptables.

El criterio de la sostenibilidad fiscal en Colombia.

En el caso colombiano, la sostenibilidad fiscal se dirige a todas las ramas del poder público. Pero de manera concreta se concentra en la intervención del Estado en la

economía y en la función de planeación. Por otra parte, y de manera novedosa, establece un mecanismo que busca salvaguardar las finanzas públicas de los efectos de las decisiones judiciales de las altas cortes.

La sostenibilidad fiscal en la Constitución Colombia se ha instituido como una condición para la intervención del Estado en la economía de manera explícita. Con todo, la norma es mucho más compleja y además define la sostenibilidad fiscal como una herramienta para alcanzar los fines del Estado social de Derecho. Además de lo anterior, la norma impide la relajación de las funciones del Estado en materia de protección de los derechos fundamentales y en este sentido, establece la progresividad como un elemento determinante para alcanzar los fines del Estado social de Derecho y prioriza el gasto público social. Aunado a lo anterior, y de manera explícita, se excluye la posibilidad de que se interprete la sostenibilidad fiscal en desmedro de los derechos fundamentales.

Dada la vaguedad con que se incorporó la cláusula es posible que la creación del Incidente de Impacto Fiscal sea la consecuencia más directa de la aplicación de la sostenibilidad fiscal.

Respecto del Incidente de Impacto Fiscal es necesario encuadrar esta figura en su contexto. Como es bien sabido, algunas decisiones judiciales en Colombia pueden ser calificadas como de activistas; teniendo esto en mente, el constituyente estableció un mecanismo que tiene por objeto lograr una interlocución entre el juez que ha tomado la decisión y el poder ejecutivo (que estaría llamado a cumplir las sentencias que puedan afectar la sostenibilidad fiscal). El Incidente de Impacto Fiscal se estructura como un escenario donde los jueces pueden modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia de acuerdo con las propuestas y planes concretos del poder ejecutivo para el cumplimiento de la decisión. Cabe resaltar que no está previsto que se pueda cambiar el sentido de la decisión y la norma está acompañada de la prohibición de afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales en virtud del Incidente de Impacto Fiscal.

El desarrollo legal del Incidente de Impacto Fiscal, al momento de escribir estas líneas, no permite tramitar un Incidente respecto de una sentencia de tutela, toda vez que su regulación depende de una ley estatutaria. Sin embargo, la Constitución no establece ninguna prohibición al respecto y eventualmente el desarrollo de una ley estatutaria podría ampliar la aplicación de dicho Incidente a las decisiones de tutela. No se puede

perder de vista que un buen número de decisiones con impacto en las finanzas públicas han tenido origen en acciones de tutela.

En el marco de una actividad judicial como la de Colombia, donde la Corte Constitucional, e incluso otras altas cortes han tomado decisiones que afectan las finanzas públicas y que han prodigado protección estructural de los derechos, es posible justificar el Incidente de Impacto Fiscal. Si bien es cierto que es difícil encuadrar este mecanismo en las ideas clásicas de independencia judicial, cosa juzgada y seguridad jurídica, lo cierto es que específicamente en el caso de decisiones que se asemejan a la formulación de políticas públicas parece razonable que el poder ejecutivo tenga un espacio para informar al juez y presentar un plan de cumplimiento. También es una oportunidad para la Corte de aprobar un plan concreto de cumplimiento, acordado (en los casos que así se produzca) con el poder ejecutivo y que en esa medida sea realista con las posibilidades económicas y técnicas, además de ser exigible y verificable.

Respecto de la función de planeación, se observa que la sostenibilidad fiscal es un criterio flexible y que su definición depende de la valoración del gobierno. La reforma del año 2011 previó que la sostenibilidad fiscal fuera aplicada en el Plan Nacional de Desarrollo y en el presupuesto anual.

El principio de estabilidad presupuestaria en España

El principio de estabilidad presupuestaria en España obedece en buena medida a su pertenencia a la Unión Europea. Desde el Tratado de Maastricht los índices de referencia de deuda y de déficit público han tenido una presencia permanente en el derecho de la Unión y por lo tanto han sido vinculantes para España. El apogeo de lo anterior se alcanzó con la suscripción del Tratado de Estabilidad Coordinación y Gobernanza que comprometió a los Estados a adoptar el principio de estabilidad presupuestaria en las Constituciones o normas del más alto nivel jerárquico.

El artículo 135 de la Constitución adoptó el principio de estabilidad presupuestaria con un contenido concreto referido a la contención de la deuda pública y el déficit estructural. La Constitución previó la remisión normativa a las disposiciones de la Unión Europea, que actualmente establece los índices de referencia en un máximo del 60% del PIB de deuda pública y un 3% del PIB de déficit. Además, se estableció la regla de equilibrio presupuestario para las entidades locales y se reforzó la protección de los

acreedores de deuda pública con la adopción del principio de prioridad absoluta del pago de la deuda.

La norma cuenta con supuestos que permiten superar estos índices: catástrofes naturales o recesión económica, entre otras situaciones. Los supuestos de hecho que permiten la superación de los límites (cláusula de escape) deberán ser valorados por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Sin embargo, el ejercicio de esta prerrogativa puede acarrear sanciones por parte de la Unión Europea en caso de que se superen los límites establecidos por la normativa europea.

Que la reforma constitucional ha traído consigo nuevos elementos axiológicos, que han afectado el debate democrático y al alcance de las normas, se puede ver en la ampliación de la regulación constitucional de la deuda pública a los supuestos de deuda comercial en virtud de la Ley de Sostenibilidad Financiera. Esta situación demuestra que por la adopción de un criterio axiológico (necesidad de proteger de manera reforzada a los acreedores) se han extrapolado esos efectos, incluyendo la activación de la cláusula de coacción federal en última instancia, pese a que del tenor literal del art. 135 CE no se desprenda una interpretación en tal sentido.

En el caso de los Estados miembros de la Unión Europea resulta evidente que la textura de la Constitución solo se puede entender a través del ordenamiento europeo. Lo anterior implica problemas para la interpretación de las normas y eventualmente puede provocar tensiones entre la Constitución y los Tratados. Por lo tanto, la línea económica adoptada por la Unión afecta directamente a la “realidad constitucional” de los Estados. Es decir, en el caso español, donde el pluralismo es un valor, el hecho de que el ordenamiento europeo sea cerrado en materia económica (principios ordoliberales, alta competitividad, libre competencia...) impide que la Constitución se realice en contra de dichos supuestos, o mejor aún, por cauces diferentes; de tal manera que el amplio margen que el constituyente de 1978 previó se ve claramente reducido ante el ordenamiento europeo; por ejemplo, facultades como la planificación económica del artículo 38 CE quedan por fuera de la realidad constitucional.

Futuras líneas de investigación y reflexión final

Este trabajo abre nuevas perspectivas de investigación y puede constituir un punto de partida para el estudio de la satisfacción de los derechos sociales a través de las decisiones

judiciales y su impacto en las finanzas públicas. El Incidente de Impacto Fiscal como mecanismo para preservar la estabilidad económica es una figura novedosa que merece ser estudiada en profundidad. Aspectos como la independencia judicial, el significado de la colaboración armónica y su alcance en el marco de las relaciones entre el poder ejecutivo, los órganos independientes y el poder judicial son líneas que pueden ser estudiadas en el futuro.

Las pretensiones de este trabajo como se ha dicho desde la introducción se circunscriben a la relación entre la cláusula de Estado social de Derecho y las normas de disciplina fiscal introducidas en las Constituciones en el año 2011. En este sentido, y sobre todo para el caso colombiano donde hay escasa literatura al respecto, este trabajo puede constituir un punto de partida para profundizar en el funcionamiento del criterio de la sostenibilidad en el ámbito de la planeación desde un punto de vista técnico.

Como se ha dicho a lo largo de este escrito la labor hermenéutica juega un papel fundamental a la hora de salvaguardar los postulados del Estado social de Derecho, en esa medida, es forzoso probar una interpretación de los nuevos postulados constitucionales para que sean compatibles con el espíritu del Estado social de Derecho, que ambos ordenamientos recogen en sus Constituciones.

Dada la naturaleza expansiva de la cláusula de Estado social, conviene recordar que comporta un compromiso de la organización política para llegar a unos fines “en la medida de lo posible”, con unas obligaciones de garantizar unos mínimos que permitan el desarrollo de una vida digna. El impacto de las cláusulas de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad fiscal ha disminuido y reducido el contenido de “la medida de lo posible”, puesto que pueden constituir un límite material al gasto público.

La función de redistribución de la riqueza es el camino que permite convertir el sueño de la igualdad en una realidad que permita la convivencia pacífica, la solidaridad y la realización de la dignidad humana. Reformas como la que hemos estudiado son embates del poder económico a los que hay que estar atentos y realzan la importancia de identificar los contenidos a la luz del Estado social de Derecho.

El constitucionalismo debe avanzar hacia una verificación de sus instituciones frente a fenómenos como la globalización económica. Los procesos de integración han cambiado la manera de formar la voluntad general y en consecuencia han cambiado la

actividad política. Estos cambios deben ser contrastados en aras de determinar si el constitucionalismo está sirviendo de barrera de contención frente a los embates de las fuerzas del mercado o si es necesario buscar nuevas fórmulas para proteger los valores del constitucionalismo.

Esta investigación partió de una idea bastante negativa y pesimista sobre la desnaturalización del Estado social de Derecho en virtud de las entonces recientes reformas constitucionales de Colombia y España. La crítica simplista a la incorporación de las reglas fiscales provoca el entendimiento precario de la cláusula de Estado social de Derecho y de los demás principios y valores que orbitan en torno a un modelo basado en la justicia social, el imperativo de alcanzar la igualdad real y efectiva y la dignidad humana. En este sentido, se muestra la conveniencia de encuadrar el estudio de las reglas fiscales a la luz del Estado social de Derecho con un contenido normativo. Esta aproximación nos permite entender que, si bien las reglas que hemos estudiado suponen límites a las actuaciones del Estado, también la cláusula de Estado social de Derecho opera como límite infranqueable de las interpretaciones más puristas de las reglas fiscales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, W.; DOEHRING, K.; FORSTHOFF, E., *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ACOSTA PINEDA, L. A.; PÉREZ NÚÑEZ, L. J., “¿El principio de sostenibilidad fiscal es un limitante o un acelerador para el cumplimiento de los fallos judiciales?”, 2016, Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- ADAMS, M.; FABBRINI, F.; LAROUCHE, P., *The constitutionalization of European budgetary constraints*, Pbk. ed., Oxford, United Kingdom Portland, Oregon Hart Publishing, Oxford, United Kingdom Portland, Oregon, 2016.
- ÁGUILA, R. DEL, *Manual de Ciencia Política*, Trotta, Madrid, 2009.
- AGUILERA DÍAZ, J., “Límites y alcances del principio de sostenibilidad fiscal en el Estado social de Derecho”.
- ALBERTÍ ROVIRA, E., “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 33, n.º 98, 2013, pp. 63–89.
- ALBERTÍ ROVIRA, E.; TRUJILLO, G.; LÓPEZ GUERRA, L. M.; GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., “La constitución económica”, en *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 125-158.
- ALESINA, A.; TABELLINI, G., “A positive theory of fiscal deficits and government debt”, *The Review of Economic Studies*, vol. 57, n.º 3, 1990, pp. 403-414.
- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ÁLVAREZ CONDE, E. ET AL, “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 93, 2011.
- ARAGÓN REYES, M., “Del Estado intervencionista al Estado regulador”, en Fernando Becker Zuazua, Luis María Cazorla Prieto, Julián Martínez-Simancas Sánchez, José Manuel Sala Arquer (eds.) *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- ARAGÓN REYES, M., *Estudios de derecho constitucional*, 3ª, [rev. y aum.], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

- ARANGO, R., “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, n.º 27, 2012, pp. 70-72.
- ARENAS RAMIRO, M., “La reforma constitucional Suiza: el origen de la «Regla de oro fiscal»”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, pp. 455-480.
- ARROYO GIL, A.; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M., “La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 33, n.º 98, 2013, pp. 149-188.
- AYALA REYES, S. M., “El Estado social de Derecho y la sostenibilidad fiscal en Colombia”, 2016, Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- AZZIMONTI, M., “The political economy of balanced budget amendments”, *Business Review (Federal Reserve Bank of Philadelphia)*, 2013, p. 11.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Crisis Económica y Crisis Constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, p. 91.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “El Estado Social y democrático de derecho, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, vol. 5, Comares, Granada, 2002.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 19, 2013, pp. 449-454.
- BANCO CENTRAL EUROPEO, “Garantizar la sostenibilidad fiscal en la zona del euro”, *Boletín mensual [del] Banco Central Europeo*, n.º 4, 2011, pp. 63-80.
- BANCO DE LA REPÚBLICA, *Boletín de Indicadores Económicos*, Banco de la República, 2017, fecha de consulta 2 enero 2018, en <http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/paginas/bie.pdf>.
- BANCO DE LA REPÚBLICA, *Gerencia técnica. Índice de Precios al Consumidor (IPC) 1.2.1 Serie Histórica periodicidad anual.*, Banco de la República, 2017, fecha de consulta 2 enero 2018, .
- BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 8, n.º 24, 1988, pp. 155–179.
- BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, 2002.
- BAR CENDÓN, A., “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión

- Europea”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, pp. 59-87.
- BARBOSA DELGADO, F. R., “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, n.º 33, 2014, pp. 1-23.
- BAREA TEJEIRO, J., “El marco conceptual de la estabilidad presupuestaria y su traslación en la Constitución Europea”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 82, 2005, pp. 273-298.
- BAREA TEJEIRO, J., “La discusión sobre el déficit: estado actual de la cuestión”, *Papeles de economía española*, n.º 100, 2004, pp. 146-154.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985.
- BASSOLS COMA, M., “La Constitución como marco de la legislación económica”, *Economía industrial*, n.º 349, 2003, pp. 17-28.
- BASSOLS COMA, M., “La Constitución económica”, *Revista de derecho político*, n.º 36, 1992, pp. 277-290.
- BASSOLS COMA, M., “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 325, 2012, pp. 3-15.
- BASSOLS COMA, M., “La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista española de derecho administrativo*, n.º 155, 2012, pp. 21-41.
- BEL I QUERALT, G.; ESTRUCH MANJÓN, A., “Crisis financiera y regulación. Tentación, pecado, penitencia y propósito de enmienda”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 4, 2009, pp. 50-57.
- BIGLINO CAMPOS, P., “Las tentativas de reforma constitucional en España y las reformas constitucionales de 1992 y 2011”, en Diego López Garrido, Ma Luz Martínez Alarcón (eds.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, vol. 227, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C., *La cláusula de estado social en la constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.
- BOHN, H.; INMAN, R. P., “Balanced-Budget Rules and Public Deficits: Evidence from the U.S. States”, *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, vol. 45, n.º 1,

- 1996, pp. 13-76.
- BOSCA, J. E.; DOMÉNECH, R.; TAGUAS, D., “La política fiscal en la Unión Económica y Monetaria”, *Moneda y Crédito*, vol. 206, 1999, pp. 267–324.
- BOTERO OSPINA, M. E.; HOFMAN QUINTERO, J. M.; HERNÁNDEZ CHITIVA, D. E., “Inequidades territoriales en Colombia: un balance del Sistema General de Regalías (SGR) en el cierre de la brecha interregional”, *OPERA*, vol. 17, n.º 17, 2015, p. 27.
- BOTERO, S., “La reforma constitucional de 1936, el estado y las políticas sociales en Colombia”, *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n.º 33, 2006, pp. 85-109.
- BOTIA BENAVIDES, N. J., “La sostenibilidad fiscal y su incidencia en el Estado social de Derecho”, 2014, Universidad Santo Tomás, Villavicencio.
- BUCHANAN, J. M., *Los Límites de la libertad: entre la Anarquía y Leviatán*, Katz, Buenos Aires, 2009.
- BUCHANAN, J. M., “The balanced budget amendment: Clarifying the arguments”, *Public Choice*, vol. 90, n.º 1-4, 1997.
- BUCHANAN, J. M.; WAGNER, R. E., *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, vol. VIII, Liberty Fund, Indianapolis, 2001.
- CALVO ORTEGA, R., *El Pacto fiscal europeo*, 1ª, Civitas, Madrid, 2013.
- CANCIO MELIÁ, J., “La constitución económica: promesas incumplibles”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 7, 2002, pp. 49-101.
- CANDEL-SÁNCHEZ, F., “Incentives for budget discipline in the presence of elections”, *European Journal of Political Economy*, vol. 23, n.º 4, 2007.
- CANEDO ARRILLAGA, J. R.; GORDILLO PÉREZ, L. I., “La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 163-183.
- CANTARO, A., “El declive de la «Constitución Económica del Estado Social»”, en Miguel Angel García Herrera (ed.) *El constitucionalismo en la crisis del estado social*, 1, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, Bilbao, 1997, pp. 153-178.
- CÁRDENAS, M.; MEJÍA, C.; OLIVERA, M., “La economía política del proceso presupuestal en Colombia”, *FEDESARROLLO Working Papers Series - Documentos de trabajo*, vol. 31, 2006.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en *Derechos fundamentales y otros estudios*, vol. 1, 1, El Justicia de Aragón, 2008, pp. 373–394.

- CASCAJO CASTRO, J. L., “Constitución y Derecho Constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2005, pp. 89-106.
- CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CASTAÑO PEÑA, J. A., “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 31, 2013, pp. 119-160.
- CASTRO, F. G., “Restricciones presupuestales y protección judicial de derechos económicos, sociales y culturales: el debate en Colombia”, en Luis Lloredo Alix (ed.) *Crisis económica: La globalización y su impacto en los Derechos Humanos*, 2, Editorial Universidad del Rosario, 2014.
- DE CASTRO FERNÁNDEZ, F., “Una evaluación macroeconómica de la política fiscal en España”, *Estudios económicos*, n.º 76, 2005, pp. 1-88.
- CHARRY AGUIRRE, M. P., “El incidente de impacto fiscal en el marco de la sostenibilidad financiera dentro del Estado social de Derecho”, 2016, Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- CIDONCHA MARTÍN, A., “Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental: balance jurisprudencial”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 23, 2009, pp. 149–188.
- CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- CIDONCHA MARTÍN, A., “La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución Española”, 2004, Universidad Autónoma de Madrid.
- COLINA GAREA, R.; PENA LÓPEZ, J. M., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*, José María Bosch, Barcelona, 1997.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Acta de Comisión 20 del 06 de octubre de 2010”, *Gaceta del Congreso 960 de 2010*.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Acta de Plenaria 26 del 26 de Octubre de 2010 Cámara”, *Gaceta del Congreso 948 de 2010*.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Informe de Ponencia para Primer Debate. Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010 Cámara”, *Gaceta del Congreso 734 de 2010*.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010”, *Gaceta del Congreso 723 de 2010*.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Ponencia Primer Debate Primera Vuelta al

- Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010 Cámara, 019 de 2010 Senado por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”, *Gaceta del Congreso 919 de 2010*.
- COLOMBIA. CÁMARA DE REPRESENTANTES, “Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010”, *Gaceta del Congreso 451 de 2010*.
- CONSEJO EUROPEO, “Cómo funciona el Semestre Europeo”, fecha de consulta 1 mayo 2019, en <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-semester/how-european-semester-works/>.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Situación de la deuda pública 2016*, Contraloría General de la República, Bogotá, 2017.
- COOTER, R.; ULEN, T., *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- CORCUERA TORRES, A., “La necesaria adaptación de la normativa presupuestaria local a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, en Pablo Chico de la Cámara (ed.) *Aspectos de interés para una futura reforma de las haciendas locales*, 1, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 461–491.
- CORDERO GONZÁLEZ, E. M., “La reforma de la constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la federación y los länder”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 289-324.
- CORREA HENAO, M.; GALLEGOS, J. E., “Seis tesis sobre la política minera a partir del criterio constitucional de sostenibilidad fiscal”, en Juan Carlos Henao, Milton Fernando Montoya Pardo (eds.) *Minería y Desarrollo. Tomo 1: Aspectos Jurídicos de la actividad minera*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 411-465.
- COSSIO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- CUEVAS GONZÁLEZ, F. J., *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en las entidades locales*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015.
- CUEVAS, H.; SALAZAR, M. P., “La economía política de la Constitución de 1991.”, *Revista Opera*, n.º 1, 2001, pp. 249-262.
- DASÍ GONZÁLEZ, R. M., “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento ante la crisis. Determinación y seguimiento del déficit público de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista española de control externo*, vol. 13, n.º 39, 2011, pp. 65-104.
- DE LA HUCHA CELADOR, F., “Artículo 135: Estabilidad presupuestaria y deuda pública”,

- en María Emilia Casas Baamonde, miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (eds.) *Comentarios a la Constitución española*, vol. 2, 1, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 922–949.
- DE LA HUCHA CELADOR, F., “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 153, 2012, pp. 21-48.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Derecho Público tras la crisis económica en el Estado social y democrático: Estado de bienestar y servicios de interés general”, en *Crisis y constitución*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2015.
- DE LA VILLA GIL, L. E., “La efectividad y los límites de la cláusula de Estado social en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Manuel Álvarez de la Rosa, Margarita Ramos, Gloria Rojas (eds.) *Transformaciones del estado social y derecho del trabajo: libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con motivo de su jubilación*, vol. 82, Comares, Granada, 2014.
- DE LOJENDIO, I. DE M., “Derecho constitucional económico”, en Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios y Comunicación Económica (Madrid) (eds.) *Constitución y Economía: la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, EDERSA, Madrid, 1977, p. 81.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., *El gobierno de la economía en la constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, J.M. BOSCH EDITOR, Barcelona, 2011.
- DE VEGA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *Recomendaciones para la proyección y estimación de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP)*, Bogotá, 2019.
- DIARIO EL PAÍS, “El BCE no exigió a Zapatero cambiar la Constitución, según el Defensor del Pueblo de la UE”, *EL PAÍS*, 2012, fecha de consulta 18 diciembre 2017, en https://elpais.com/economia/2012/07/31/agencias/1343731813_727514.html.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “Globalización, Estado social, coste económico de los derechos e interpretación”, en José Luis García Guerrero, María Luz Martínez Alarcón (eds.) *Constitucionalizando la globalización*, vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1421-1471, fecha de consulta en

<https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491909767?showPage=1#ulNotainformativaTitle>.

- DÍAZ REVORIO, F. J., “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 10, n.º 37, 2016, pp. 9-31.
- DOMINELLI, L., “Neo-liberalism, social exclusion and welfare clients in a global economy”, *International Journal of Social Welfare*, vol. 8, n.º 1, 1999, pp. 14–22.
- DRAZEN, A., “Fiscal rules from a political economy perspective”, en George F. Kopits (ed.) *Rules-Based Fiscal Policy in Emerging Markets*, Palgrave Macmillan, London, 2004, p. 15.
- DUNLEAVY, P., *Democracy, bureaucracy and public choice: Economic approaches in political science*, Harvester Wheatsheaf, New York, etc, 1991.
- ECHEVERRY, J. C.; QUERUBÍN, P., “La batalla política por el presupuesto de la nación: inflexibilidades o supervivencia fiscal”, 2004, (Documentos CEDE), p. 67.
- EHMKE, H., “Economía y Constitución”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 5, 2006, pp. 329-382.
- EMBID IRUJO, A., *El derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009.
- EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.
- EMBID IRUJO, A., “Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica: el control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones”, *Documentación Administrativa*, n.º 1, 2014, pp. 2–22.
- EMBID IRUJO, A., “Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica: el control judicial de la actividad administrativa en la economía. Algunas reflexiones”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, n.º 1, 2014, fecha de consulta en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4746010>.
- EMBID IRUJO, A.; COSCULLERA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L.; HERNANDO RYDINGS, M., “Crisis económica y reforma local”, en *Crisis económica y reforma del régimen local*, 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 49-74.
- ESLAVA, M., “Ciclos políticos de la política fiscal con votantes opuestos al deficit. El caso colombiano.”, *El Trimestre Económico*, vol. 73, n.º 2, 2006, pp. 289-336.
- ESPITIA, J.; FERRARI, C.; GONZÁLEZ, J. I.; HERNÁNDEZ, I.; REYES, L. C.; ROMERO, A.; Y OTROS, “El Gasto público en Colombia Reflexiones y propuestas”, *Vuniversitas Económica*, vol. 18, n.º 7, p. 57.
- ESTADOS UNIDOS (PENNSYLVANIA), *Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania*

– 1838. Amendment 1857, Article XI.

- ESTELLA DE NORIEGA, A., “El Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Implicaciones constitucionales desde una perspectiva del derecho como credibilidad”, en Pietro Masala (ed.) *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (Madrid), 2018 (Foros y debates).
- EUROSTAT, *Unemployment rate - annual data*, Eurostat, fecha de consulta 25 mayo 2019, en <https://ec.europa.eu/eurostat/>.
- FALCÓN Y TELLA, R., “La reforma del art. 135 de la Constitución”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 25, 2011, p. 1.
- FELD, L. P.; BASKARAN, T., “Federalism, budget deficits and public debt: On the reform of Germany’s fiscal constitution”, *Review of Law and Economics*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 39-67.
- FERNÁNDEZ NAVARRETE, D.; FERNÁNDEZ EGEEA, R. M., *Historia de la Unión Europea: España como estado miembro*, 2, Delta Publicaciones, Madrid, 2013.
- FERNÁNDEZ SIRERA, T., *¿Asegura el Pacto de Estabilidad la disciplina presupuestaria en la Unión Monetaria Europea?*, Institut Universitari d’Estudis Europeus, Bellaterra (Barcelona), 1998.
- FERNÁNDEZ, T.-R., “Las garantías de los derechos sociales”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, 1, Civitas, 2000, pp. 461–470.
- FONSECA MORILLO, F. J.; MARTÍN BURGOS, J. A., “El Tratado de Maastricht: análisis y perspectivas”, *Revista de instituciones europeas*, vol. 19, n.º 2, 1992, pp. 517-564.
- FORSTHOFF, E., *El estado de la sociedad industrial: el modelo de la República Federal de Alemania*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- GALÁN BARRERA, D. R., “Los Contratos de Estabilidad Jurídica: Un estímulo a la inversión extranjera en Colombia”, *Estudios Gerenciales*, vol. 22, n.º 101, 2006, pp. 111-121.
- GALLEGO BONO, J. R.; NÁCHER ESCRICHE, J.; BANYULS LLOPIS, J., *Elementos básicos de economía, un enfoque institucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GANDOUR PORDOMINSKY, M., “Constitución fiscal y equilibrio de las finanzas públicas: efectos de la Constitución de 1991 sobre la economía política del financiamiento del gasto público en Colombia.”, *Revista Colombia Internacional*, vol. 68, 2008, pp. 68-97.
- GARCÍA COTARELO, J., “El concepto de constitución económica y su aplicación a la

- Constitución española de 1978”, en *El sistema económico en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 127-158.
- GARCÍA COTARELO, R., *Del estado del bienestar al estado del malestar: la crisis del estado social y el problema de legitimidad*, vol. 24, 2ª, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª, Civitas, Madrid, 2006.
- GARCÍA GUERRERO, J. L., *La publicidad: fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, 2015.
- GARCÍA MENÉNDEZ, J. R., “Integración, convergencia e (in) cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: coordinación de políticas económicas en la Unión Europea *.”, *Estudios Internacionales*, vol. 39, n.º 155, 2006, fecha de consulta en <http://vlex.com/vid/convergencia-estabilidad-crecimiento-56841625>.
- GARCÍA PASCUAL, J., *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.
- GARCÍA PELAYO, M., “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución.”, en *Obras completas*, vol. III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 2855-2874.
- GARCÍA PELAYO, M., *Derecho constitucional comparado*, vol. 36, Alianza, Madrid, 1999.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, vol. 196, 3a. corr. y aum., Alianza Editorial, Madrid, 1982.
- GARCÍA ROCA, F. J.; MARTÍNEZ LAGO, M. Á., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA SERRADOR, A., “Teoría general sobre reglas fiscales”, *Quaderns de Política*, vol. 8, 2004, p. 21.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución (Especial consideración de la inadmisión de enmiendas. Los límites al derecho de enmienda en la reforma constitucional)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012, p. 165.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La reforma del artículo 135: ¿son suficientes trece días para la tramitación parlamentaria de una reforma constitucional?”, *Cuadernos de derecho público*, n.º 38, 2009, pp. 79–88.
- GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, M. J., “El nuevo marco de estabilidad presupuestaria y el

- desarrollo de la actividad financiera pública tras la ley orgánica 2/2012”, *Civitas. Revista española de derecho financiero*, n.º 160, 2013, pp. 123-156.
- GARRORENA MORALES, Á., *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, 2ª, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- GARZÓN, C. A. P.; PRIETO, C. H. C.; ÁVILA, P. A. Q.; FAJARDO, D. M. B.; BUITRAGO, L. K. G., “Sostenibilidad fiscal Vs. Reparación integral ¿un verdadero conflicto dentro del conflicto?”, 2014, Universidad Libre de Colombia, Bogotá.
- GAVIRIA CARDONA, A., “Sentido y alcance del incidente de impacto fiscal en Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 35, 2018.
- GAYO DE ARENZANA, L., “Configuración constitucional de la propiedad privada”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 1, 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 579-618.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., “Capítulo 13. Límites económicos de los derechos sociales”, en *Derechos sociales y principios rectores*, 1, 2012, pp. 301–314.
- GONZÁLEZ AMADOR, C. Y., “Asegurar el progreso social y económico por medio de la sostenibilidad fiscal”, en *Colombia 2006-2010: Una ventana de oportunidad. Notas de políticas presentadas por el Banco Mundial*, Mayol Ediciones S.A, Bogotá, 2007, p. 253.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M., *Costes y beneficios de la disciplina fiscal: la ley de estabilidad presupuestaria en perspectiva*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2001.
- GORDILLO PÉREZ, L. I., “Repertorio bibliográfico sobre la reforma constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 459-484.
- GREINER, A.; FINCKE, B., *Public Debt, Sustainability and Economic Growth: Theory and Empirics*, 2015, Springer International Publishing, Bielefeld, 2015.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, A. M., *El amparo estructural de los derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J., *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- HELLER, H., “El Derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales.”, en *Escritos políticos*, vol. 421, Alianza, Madrid, 1985, p. 269.
- HELLER, H., “¿Estado de Derecho o Dictadura?”, en *Escritos políticos*, vol. 421, Alianza, Madrid, 1985, p. 283.
- HELLER, H., *Teoría Del Estado*, Fondo de Cultura Económica, San Diego, 2010.

- HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M., “La constitución económica: Desde la ambigüedad a la integración”, *Revista española de derecho constitucional*, n.º 57, 1999, pp. 11-32.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Crecimiento en volumen (Base 2010)*, Instituto Nacional de Estadística, fecha de consulta 25 mayo 2019, en https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm.
- IREGUI, A. M.; RAMOS, J.; SAAVEDRA, L. A., “Análisis de la Descentralización Fiscal en Colombia”, *Banco de la República*, vol. 175, 2001, (Borradores de economía).
- JEFFERSON, T., “From Thomas Jefferson to John Taylor, 26 November 1798”, *The Papers of Thomas Jefferson. 1 January 1798–31 January 1799*, vol. 30, 2003, pp. 588-590.
- JIMENA QUESADA, L., “La reforma del artículo 135 de la Carta Magna española (La superación de los clichés del tabú y de la rigidez constitucionales)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 30, 2012, pp. 335-356.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Interpretación de la Constitución”, en Manuel Aragón Reyes, Aguado Renedo, Cesar (eds.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional. Tomo I*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2011.
- JOERGES, C., “¿Qué tiene de social-demócrata la Constitución Económica Europea?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 25, n.º 73, 2005, pp. 9-53.
- DE JUAN ASENJO, O., *La constitución económica española: iniciación económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- KANT, I., *Sobre la paz perpetua*, 3ª ed., Madrid Tecnos, Madrid, 1991.
- KÖLLING, M., “Los límites de la deuda pública según la reforma de la ley fundamental alemana de 2009”, *Revista d’Estudis Autonomics i Federals*, vol. 16, n.º 16, 2012, pp. 74-106.
- KOPITS, G., “Fiscal Rules: Useful Policy or Unnecessary Ornament?”, *IMF Working Paper*, 2001.
- KOPITS, G.; SYMANSKY, S. A., *Fiscal policy rules*, vol. 162, International monetary fund, 1998.
- KUMAR, M.; BALDACCI, E.; SCHAECHTER, A.; CACERES, C.; KIM, D.; DEBRUN, X.; Y OTROS, “Fiscal rules—anchoring expectations for sustainable public finances”, *IMF Staff Paper*, Washington DC., 2009, fecha de consulta en <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>.
- LANDRETH, H.; COLANDER, D. C., *Historia del pensamiento económico (4a. ed.)*,

- McGraw-Hill España, Madrid, 2006.
- LASA LÓPEZ, A., “La ruptura de la constitución material del Estado social: La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma”, *Revista de Derecho Político*, vol. 90, 2014, pp. 213-248.
- LAURICELLA, P. A., “The Real Contract with America: The Original Intent of the Tenth Amendment and the Commerce Clause”, *Albany Law Review*, vol. 60, 1996, p. 1377.
- LEÓN BARAJAS, D. C.; GUTIERREZ BARBOSA, Z. J., “Sostenibilidad fiscal: El alto precio de aplicar la justicia”, 2018, Universidad Santo Tomás, Villavicencio.
- LINDE PANIAGUA, E., *Introducción al sistema económico en la Constitución española*, Valencia, 1987.
- LOPERENA ROTA, D., “La irreversibilidad de los Derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 9, 2012, pp. 9–14.
- LÓPEZ CASTILLO, A., “Entre europeización y germanización. De la mutante jurisprudencia de apertura del Tribunal Constitucional Federal Alemán en perspectiva”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 165, 2014, pp. 117-139.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (DIR) (ed.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- LÓPEZ DÍAZ, A., “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, *Revista Española de derecho financiero*, n.º 157, 2013.
- LÓPEZ DÍAZ, J., “Disciplina fiscal en una unión monetaria: una alternativa”, *Cuadernos de Economía*, vol. 23, n.º 66, 1995, pp. 293-323.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. M., “El Derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, vol. 5, Comares, Granada, 2002.
- LÓPEZ-DAZA, G., “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *Revista Dixi*, vol. 14, 2012, p. 18.
- LOZANO, I., “La regla fiscal y su papel estabilizador en Colombia: ¿Qué se vislumbra en los próximos años?”, *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 9-28.
- LOZANO, I.; RINCÓN, H.; SARMIENTO, M.; RAMOS, J., “Regla fiscal cuantitativa para consolidar y blindar las finanzas públicas de Colombia”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 10, n.º 19, 2008, pp. 311-352.
- MAESTRO BUELGA, G., “Constitución económica y modelo social europeo”, *Jado: boletín*

- de la Academia Vasca de Derecho= Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, vol. 6, n.º 15, 2008, pp. 49-82.
- MAHMUD, A. S.; JAHAN, S., “Vuelta a lo esencial. ¿Qué es la brecha del producto?”, *Finanzas & Desarrollo*, vol. 50, n.º 3, 2013, p. 38.
- MARCO PEÑAS, E., “Necesidad de incrementar la inversión pública y aplicación de la regla de gasto”, *Revista catalana de dret públic*, n.º 53, 2016, pp. 116-134.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado de Estabilidad y Coordinación y Gobernanza de la UEM: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados Constitutivos”, 2012, fecha de consulta en <http://hdl.handle.net/10234/99634>.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 21, 2008, pp. 355-374.
- MARTÍNEZ LAGO, M. Á., “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, en Diego López Garrido, Ma Luz Martínez Alarcón (eds.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, vol. 227, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- MARTÍNEZ LAGO, M. Á., “Los límites de la justicia constitucional: la interpretación constitucional y la técnica jurídica en las «leyes de contenido heterogéneo»”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 36, n.º 106, 2016, pp. 17-71.
- MARTÍNEZ LAGO, M. A.; GARCÍA DE LA MORA, L.; ALMUDÍ CID, J. M., *Lecciones de derecho financiero y tributario*, 12ª, Iustel, Madrid, 2016.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, 1, Civitas, 2000, pp. 471-486.
- MEDINA GUERRERO, M., “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, *Revista de estudios regionales*, n.º 105, 2016, pp. 73-102.
- MEDINA GUERRERO, M., “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 131-164.
- MEDINA GUERRERO, M., “Ponencia «Las consecuencias del 135 sobre la actividad económica del Parlamento. O Parlamento nacional y economía vs Unión Europea» en las VII Jornadas sobre Derecho Parlamentario: El Parlamento y la función presupuestaria en un contexto de Reforma Constitucional”, 2015, fecha de consulta

- 29 abril 2015, en <https://canal.uned.es/serial/index/id/2039>.
- MENÉNDEZ, A. J., *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión Europea*, EOLAS Ediciones, 2012.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Integración económica (el Derecho constitucional económico de la UE)”, en Antonio López Castillo (ed.) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, vol. I, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 83.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La constitución económica en el marco de una Constitución Europea”, en Julio D (hom) González Campos (ed.) *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 1, 1, Edifer, Madrid, 2005, pp. 995-1012.
- MERCADO PACHECO, P., “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n.º 26, 2012.
- MERINO GARCÍA, P. A., “Reglas fiscales y mecanismos de estabilidad”, en *La arquitectura institucional de la refundación del Euro*, vol. 49, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2013 (Papeles de la Fundación).
- MÍGUEZ MACHO, L., “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 117, 2012, pp. 111-119.
- MÍGUEZ, P., “El nacimiento del estado moderno y los orígenes de la economía política”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 22, n.º 2, 2009, pp. 205-225.
- MILESI-FERRETTI, G. M., “Good, bad or ugly? On the effects of fiscal rules with creative accounting”, *Journal of Public Economics*, vol. 88, n.º 1, 2004, pp. 377-394.
- MISHRA, R., “Los límites del Estado de Bienestar”, en *Las estructuras del bienestar en Europa*, 1, Civitas, 2000, pp. 487–506.
- MOLINA HIGUERA, A., “Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, n.º 1, 2007, pp. 166-189.
- MOLINA NAVARRETE, C.; MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en Cristóbal Molina Navarrete, José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, 1, Comares, Granada, 2002, pp. 287-356.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “La Constitución social del trabajo y su crisis”, *Anuario de*

- filosofía del derecho*, n.º 20, 2003, pp. 13-38.
- MONROY RODRÍGUEZ, A., “Interpretación jurídica que sustentaría un incidente de impacto fiscal frente a la posición jurídica del Consejo de Estado del 4 de agosto de 2010, respecto de la liquidación de las pensiones del sector público”, 2014, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- NAVARRO-FAURE, A., “El gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una hacienda plural”, 2013.
- NAVAU MARTÍNEZ-VAL, P., “Estado Social y Política Fiscal en un contexto de crisis económica y disciplina presupuestaria: el papel de la imposición patrimonial”, *Revista Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 90, 2013, pp. 85–125.
- NORTH, D. C., “Transaction costs, institutions, and economic performance”, *International Center for Economic Growth, Occasional Papers*, n.º 30, 1992.
- OCDE, *Herramientas para la evaluación de la competencia. Principios*, vol. 1, 2011, fecha de consulta 22 noviembre 2018, en <http://www.oecd.org/competition/assessment-toolkit.htm>.
- OLESTI RAYO, A., “¿Hacia un presupuesto específico de la Unión Económica y Monetaria?”, en Andreu Olesti Rayo (ed.) *La profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la Sentencia Pringle”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 29, 2013, pp. 8–0.
- ORTEGA SANTIAGO, C., “El Derecho Constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 21, 2008, pp. 331-353.
- OSUNA PATIÑO, N. I., *Tutela y amparo: derechos protegidos: estudio comparativo Colombia-España*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- OTTO, I. DE, *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*, 12a, Ariel, Barcelona, 2010.
- PADRÓS, X., “Presupuestos y normativa sobre la actividad presupuestaria y financiera de las Comunidades Autónomas”, *Informe Comunidades Autónomas 2012*, 2013, p. 221.
- PAPIER, H.-J., “Ley fundamental y orden económico”, en Ernesto Benda et al. (ed.) *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 561.
- PAREJO ALFONSO, L. J., “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de la jurisprudencia”, en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 75-118.

- PAREJO ALFONSO, L. J., *Estado social y Administración Pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, 1a, Civitas, Madrid, 1983.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida (eds.) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 357.
- PÉREZ LUÑO, E.; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y TORRES, A., “Artículo 33: Propiedad privada y herencia”, en Oscar Alzaga Villaamil (ed.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 491-542.
- PÉREZ ROYO, F. J., *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, 2016.
- PÉREZ SOLA, N., “Las limitaciones al derecho de propiedad derivadas de la normativa agraria y medio ambiental”, en *El sistema económico en la Constitución española*, vol. 1, 1, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 1011-1040.
- PÉREZ TREMPES, P., “Las reformas de la Constitución hechas y las reformas por hacer, cuarenta años después”, en *España constitucional (1978-2018)*, vol. 1, 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2018, pp. 543–560.
- PERSSON, T.; SVENSSON, L. E. O., “Why a Stubborn Conservative would Run a Deficit: Policy with Time-Inconsistent Preferences”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 104, n.º 2, 1989, pp. 325-345.
- PISARELLO PRADOS, G., “Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?: elementos para una lectura de la construcción europea en clave post-estatal”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n.º 5, 2006, pp. 245-278.
- PIZA, J. R., “El régimen fiscal en la Constitución de 1991”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 21, 2008, pp. 51-80.
- PORRAS GÓMEZ, A.-M., “La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 37, n.º 110, 2017, pp. 143-163.
- QUINTERO, N. J. P.; SANGUINO, M. A. J.; BERNAL, A. S. D., “La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: un primer momento de análisis”, *Revista Temas Socio Jurídicos*, vol. 36, n.º 72, 2017, pp. 59-77.
- QUIROGA VILLAMARÍN, D. R. Q., “Recontextualizando la Globalización. El «espacio intermedio» de la Sostenibilidad Fiscal en Colombia”, *Anuario de Derecho*

- Constitucional Latinoamericano*, vol. XXII, 2016, pp. 547-570.
- RALLO LOMBARTE, A., “La amenazada independencia de la autoridad de responsabilidad fiscal”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 38, 2016, p. 143.
- RAMÍREZ, A.; URIBE, M., “Entrando en cintura: implicaciones de política económica sobre la sostenibilidad de la deuda pública en la zona euro”, *Perfil de Coyuntura Económica*, n.º 21, 2014, pp. 93-103.
- RAMÍREZ CLEVES, G. A., *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.
- RAMÍREZ PLAZAS, J., “Sostenibilidad fiscal en Colombia”, *Revista jurídica Piélagus*, n.º 11, 2012.
- RESTREPO, J. C., *Hacienda Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)”, *Asamblea Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009, pp. 97–106.
- REY MARTÍNEZ, F., “Capítulo 29. Derribando falacias sobre derechos sociales”, en *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2012, pp. 631–642.
- REY MARTÍNEZ, F., “El devaluado derecho de propiedad privada: STC 37/1987, 26 de marzo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 55, 2006, pp. 959-998.
- REY PÉREZ, J. L., “La reforma del artículo 135: Una alteración del Título preliminar (estado social) por la puerta de atrás”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 24, 2011, pp. 231-245.
- REY PÉREZ, J. L., “¿Un nuevo modelo de bienestar?: Los cambios en la filosofía del bienestar”, en *Sostenibilidad del estado de bienestar en España*, Madrid : Dykinson, D.L. 2015, 2015, pp. 15-86.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., “La reforma del artículo 135 de la constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 237–260.
- RIVERA MANTILLA, D. I., “La sostenibilidad fiscal y el impacto de los fallos judiciales”, 2014, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- ROA, J. E. R., “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Economic Analysis of Law Review*, vol.

- 8, n.º 2, 2017, p. 26.
- ROBLEDO SILVA, P.; ROA ROA, J. E., “La Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 15, n.º 1, 2011, pp. 643-676.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., “Constitución económica y Constitución fiscal”, en Diego López Garrido, Ma Luz Martínez Alarcón (eds.) *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, vol. 227, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, Á., “Disciplina presupuestaria, crisis económica y reforma constitucional”, en *Crisis y Constitución*, Tribunal Constitucional, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A., “Los «silencios» (art.2) y «la reserva de lo posible» (art. 135) en la Constitución Española”, en *España constitucional (1978-2018)*, vol. 1, 1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), 2018, pp. 837-847.
- RODRÍGUEZ CASALLAS, J. L., “La sostenibilidad fiscal, el triunfo del mercado sobre los derechos”, 2014, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ROJAS, J., “El Mercantilismo. Teoría, política e historia”, *Economía*, vol. 30, n.º 59-60, 2007, p. 75.
- ROWLEY, C. K., “Public Choice and Constitutional Political Economy”, en Charles Kershaw Rowley, Friedrich Schneider (eds.) *Readings in public choice and constitutional political economy*, Springer, New York, 2008.
- RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, 3ª rev. y amp., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- RUIZ ALMENDRAL, V., *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008.
- RUIZ ALMENDRAL, V., “La reforma Constitucional a la luz de la estabilidad presupuestaria Constitucional”, 2012, pp. 89-159.
- RUIZ TARRÍAS, S., *Las dimensiones constitucionales de la unión económica y monetaria europea*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*, 3a en español corr. y aum., Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1994.

- SABOGAL BOLÍVAR, N. A., “La colisión de principios en la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Estudio de jurisprudencia”, 2015, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- SALA SÁNCHEZ, P., “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, vol. 16, n.º 46, 2014, pp. 11–122.
- SALINAS, J.; PERDÍZ, J. V., *Economía política de las reglas e instituciones fiscales*, vol. 4, 1ª, Caja España de Inversiones, León, 2008.
- SALINAS SÁNCHEZ, F. J., “Innovaciones en el entramado institucional de la gestión de los presupuestos públicos. Introducción a la economía política de las reglas e instituciones fiscales”, en Juan Vicente Perdíz, Francisco Javier Salinas Sánchez (eds.) *Economía política de las reglas e instituciones fiscales*, vol. 4, 1ª, Caja España de Inversiones, León, 2008.
- SÁNCHEZ, F.; ZENTENO GONZALES, J., “Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: el caso de Colombia”, en Marielle Del Valle, Arturo Galindo (eds.) *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: los casos de Colombia y Perú*, Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2010.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, D. C.; RICAURTE ESPINEL, S. P.; CASTILLO CÁRDENAS, D. F., “Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia”, *Revista In Vestigium Ire*, vol. 5, 2012.
- SÁNCHEZ MAYORAL, J.; ANTOLÍN RUIZ DE LA CUESTA, B.; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, L., “Nueva gobernanza económica europea, reglas fiscales y evolución del presupuesto”, *Revista española de control externo*, vol. 15, n.º 44, 2013, pp. 147-170.
- SANTAELLA QUINTERO, H., “Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad privada en la Constitución colombiana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011, p. 233.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de derecho administrativo: I*, 1a. reimp., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M., “La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval”, *Historia constitucional*, n.º 10, 2009.
- SATURNO, J.; LYNCH, M. S., “A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options”, Congressional Research Service, Library of Congress, 1994.
- SCHIERA, P., *El constitucionalismo como discurso político*, Dykinson, Madrid, 2012.

- SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, vol. 57, Alianza, Madrid, 2003.
- SIEMS, M.; SCHNYDER, G., “Ordoliberal Lessons for Economic Stability: Different Kinds of Regulation, Not More Regulation”, *Governance*, vol. 27, n.º 3, 2014, pp. 377-396.
- SIERRA PORTO, H. A., *La reforma de la Constitución*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1998.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 5, n.º 15, 1985, pp. 79-92.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 11, n.º 32, 1991, pp. 73-114.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Límites y soberanía en el orden constitucional español”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 19, 2009, pp. 265-282.
- SPENCER EDMONDS, F., “Fiscal Aspects of Constitutional Revision”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 181, n.º 1, 1935, pp. 135-141.
- STEIN, T., “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de instituciones europeas*, vol. 21, n.º 3, 1994, pp. 745-770.
- STIGLITZ, J. E., *Economía del sector público*, 3, Antoni Bosch, S.I., 2003.
- STURM, R., “Objetivos y resultados de las dos reformas del federalismo de Alemania, 2006 y 2009”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 1, 2011, p. 15.
- SUNSTEIN, C. R., “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 124 (2d Series)*, n.º 124, 2001.
- TAJADURA TEJADA, J., *Los Derechos Fundamentales y sus Garantías*, Tirant Lo Blanch, España, 2015.
- TAJADURA TEJADA, J., “Reforma constitucional e integración europea”, *Claves de razón práctica*, n.º 216, 2011, pp. 20-28.
- TORRES DEL MORAL, A., “El Estado social y la evolución del constitucionalismo social”, en Manuel Terol Becerra, Luis Jimena Quesada (eds.) *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 29-73.
- TORRES DEL MORAL, A., “Interpretación teleológica de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, n.º 63, 2005.
- TORRES, J. L., “La estimación de la brecha del producto en Colombia”, *Borradores de economía*, vol. 462, 2007.

- Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad*, 2012.
- Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria*, .
- TUORI, K.; TUORI, K., *The Eurozone crisis: a constitutional analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- UPRIMNY, R.; GARCÍA VILLEGAS, M., “Corte Constitucional y emancipación social en Colombia”, *Emancipación social y violencia en Colombia*, 2004, pp. 463-514.
- URÍA FERNÁNDEZ, F., “Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria”, *Cuadernos de derecho público*, n.º 12, 2001, pp. 117-140.
- VALADÉS, D., “Garantías sociales y reforma institucional”, en *Estudios en homenaje a Don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, México, DF, 2013.
- VALADÉS, D., *Problemas constitucionales del estado de derecho*, vol. 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- VALENCIA AGUDELO, G. D., “Teoría económica y formación del Estado nación: mercantilistas y liberalistas”, *Ecos de Economía*, vol. 15, n.º 32, 2011, pp. 147-169.
- VAN DEN HAUWE, L. M., “Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics”, *Constitutional Political Economy and Law and Economics (August 1, 1999)*. *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, vol. 1, 1999, p. 603.
- VILLAR BORDA, L., “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, 2007, pp. 73-96.
- VÍRGALA FORURIA, E., “El art. 155 de la Constitución: teoría y práctica”, en Esther González Hernández (ed.) *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. 5, Tomo 5, 2018, pp. 55-109.
- VÍRGALA FORURIA, E., “La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 23, n.º 73, 2005, pp. 55-109.
- WAPSHOTT, N., *Keynes vs. Hayek El choque que definió la economía moderna*, 1ª ed. en colección Booket., Deusto, Barcelona, 2016.
- WEBER, A., “El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 15, n.º 45, 1995, pp. 31-51.
- WEBER, A., “Elementos de Derecho europeo e internacional para la garantía de la disciplina presupuestaria en la Unión Monetaria”, n.º 1, 2013, pp. 39-62.

- WEILER, J.; WIND, M., *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- WILSON, J. Q., “The Rediscovery of Character: Private Virtue and Public Policy”, en *American Politics, Then & Now: And Other Essays*, AEI Press, Washington, D.C., 2010.
- YSÀS MOLINERO, H., *La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- ZAPATA LÓPEZ, K.; YEPES RUIDIAZ, O., “Noción de la sostenibilidad fiscal partir de la expedición de la Ley de Víctimas (Ley 1448 de 2011) en Colombia”, Universidad Santo Tomás, Bogotá.
- ZORZOZA PÉREZ, J. J., “El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales”, *Hacienda Pública Española*, n.º 113, 1988, pp. 41–54.
- ZÚÑIGA URBINA, F., “Constitución y «cláusulas económicas y sociales». Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 21, 2009.

Normas citadas

- COLOMBIA, Constitución Política, 1991.
- COLOMBIA, Ley 152 de 1994 por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.
- COLOMBIA, Ley 358 de 1997 por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento.
- COLOMBIA, Ley 617 de 2000 Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.
- COLOMBIA, Ley 819 de 2003 por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.
- COLOMBIA, Ley 1454 de 2011 por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones.
- COLOMBIA, MINISTERIO DE HACIENDA, Marco Fiscal de Mediano Plazo 2012.
- COLOMBIA, MINISTERIO DE HACIENDA, Marco Fiscal de Mediano Plazo 2017.

ESPAÑA, Constitución española, 1978.

ESPAÑA, Ley 18 de 2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.

ESPAÑA, Ley Orgánica 2 de 2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

ESPAÑA, Ley Orgánica 5 de 2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

ESPAÑA, Ley Orgánica 9 de 2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.

ESPAÑA, Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

ESPAÑA, Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011.

ESPAÑA, Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982.

Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, 2012.

Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y (UE), Acta Única Europea, 1986.

(UE), Tratado de la Unión Europea (Maastricht), 1992.

(UE), Tratado de Roma, 1957.

UNIÓN EUROPEA, 2011/199/UE: Decisión del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

UNIÓN EUROPEA, Comunicación COM/2017/0824 final 2017/0335 (CNS). Propuesta de DIRECTIVA DEL CONSEJO por la que se establecen disposiciones para reforzar la responsabilidad fiscal y la orientación presupuestaria a medio plazo en los Estados miembros.

UNIÓN EUROPEA, COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Principios comunes aplicables a los mecanismos de corrección presupuestaria /* COM/2012/0342 final */.

UNIÓN EUROPEA, Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

UNIÓN EUROPEA, Recomendación del Consejo de 21 de junio de 2013 encaminada a poner fin a la situación de déficit público excesivo de España (2013/C 180/02).

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 479/2009 del Consejo, de 25 de mayo de 2009 , relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Modificado posteriormente por el Reglamento (CE) 220/2014).

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 1055/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 1056/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 1466/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 1467/97 del Consejo de 7 de julio de 1997 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (CE) 3605/93 del Consejo, de 22 de noviembre de 1993, relativo a la aplicación del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 407/2010 del Consejo, de 11 de mayo de 2010 , por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 , sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 1466/97

del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos.

UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.

UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento Amsterdam, 17 de junio de 1997. Diario oficial nº 236 de 02/08/1997 (97/C 236/01).

UNIÓN EUROPEA, Sistema Europeo de Cuentas Nacionales (SEC 2010).

UNIÓN EUROPEA, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

UNIÓN EUROPEA, Tratado de la Unión Europea.

Jurisprudencia

Colombia. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *Decisión de Noviembre 25 de 2014. MP. Enrique Gil Botero.*

Colombia. Corte Constitucional, *Auto A233/13.*

Colombia. Corte Constitucional, *Auto A233/13. Salvamento de voto de los Magistrados María Victoria Calle, Jorge Iván Palacios y Alberto Rojas Ríos.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-132/12.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-263/11.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-288/12.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-352/09.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-375//97.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-383/99.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-432//10.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-481/99.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-486/09.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-502/07.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-524/95.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-536/97.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-574/05.*

Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-581//13*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-665/16*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-700/99*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-749/99*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-767/14*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-816/04*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-850/09*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-865/04*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-870/14*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-1045/00*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-1052/12*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-1064/01*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia C-1489/00*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia SU-070/13*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia SU-157/99*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia SU-182/98*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia SU-768/14*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-025/04*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-276/97*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-406/92*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-492/93*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-595/02*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-606/98*.
Colombia. Corte Constitucional, *Sentencia T-760/08*.
España. Tribunal Constitucional, *Auto ATC 9/2012*.
España. Tribunal Constitucional, *Auto ATC 86/2013*.
España. Tribunal Constitucional, *Auto ATC 160/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 11/1981*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 34/2018*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 80/1982*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 130/2013*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 134/1987*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 134/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 157/2011*.

España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 185/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 186/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 187/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 188/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 189/1987*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 189/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 195/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 196/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 197/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 198/2011*.
España. Tribunal Constitucional, *Sentencia STC 203/2011*.
Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Pleno), *Sentencia de 27.11.2012 - Asunto C-370/12 Pringle*, 2011.