

LA EVOLUCIÓN DEL GARANTISMO: DE LAS GARANTÍAS PERSONALES A LA GARANTÍA DEL ESTADO

La reforma constitucional para la estabilidad presupuestaria y contención del déficit

José Esteve Pardo*

Resumen

La reforma del artículo 135 de la Constitución es un movimiento inédito en el constitucionalismo puesto que por vez primera se orienta a la protección del propio Estado, a su sostenibilidad, ante la excesiva exposición al crédito externo. Las garantías constitucionales fueron primero garantías de libertades personales, luego garantías de instituciones del Estado o de la sociedad y ahora por vez primera garantías del propio Estado.

THE EVOLUTION OF CONSTITUTIONAL GUARANTEES: FROM PERSONAL GUARANTEES TO GUARANTEEING THE STATE

The Constitutional Amendment for Budgetary Stability and Deficit Restraint

Abstract

The amendment of article 135 of the Constitution highlights a constitutionally unprecedented movement toward protection of the State, the State's self-protection against external credit. Constitutional guarantees were originally guarantees of personal liberties, then guarantees of the institutions of the State or civil society, and are now for the first time self-guarantees of the State.

* José Esteve Pardo, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona, Avd. Diagonal, 684, 08034 Barcelona, jestevp@ub.edu.

Artículo recibido el 30.04.2013. Evaluación ciega: 9.05.2013 y 13.05.2013. Fecha de aceptación de la versión final: 17.05.2013.

Citación recomendada: ESTEVE PARDO, José. «La evolución del garantismo: de las garantías personales a la garantía del Estado. La reforma constitucional para la estabilidad presupuestaria y contención del déficit». *Revista catalana de dret públic*, núm. 46 (2013), pp.1-13, DOI: [10.2436/20.8030.01.1](https://doi.org/10.2436/20.8030.01.1).

Sumario

- 1 Las significativas reformas constitucionales para la protección del Estado frente al sistema financiero.
 - 1.1 La necesidad de garantizar la propia sostenibilidad económica y social del Estado. La solidaridad intergeneracional en la reforma constitucional alemana.
 - 1.2 La novedosa y significativa protección del propio Estado —la garantía de su sostenibilidad— frente a los poderes externos situados en la sociedad.
 - 1.3 La evolución del garantismo. Del garantismo privado, personal, frente al Estado a la garantía del propio Estado frente a los poderes privados
 - 1.3.1 El garantismo personal, de derechos y libertades, característico del Estado liberal y su separación de la sociedad
 - 1.3.2 El garantismo institucional en el proceso de integración entre Estado y sociedad característico del Estado social
 - 1.4 El nuevo garantismo reflexivo. La garantía del Estado y de los intereses generales
 - 1.4.1 Un garantismo reflexivo y de autoprotección
 - 1.4.2 Las garantías están en el poder constituyente y no tanto en la Constitución
 - 1.4.3 Reordenación del Estado y recomposición de las autonomías interiores
 - 1.4.4 La inadmisibles afectación de derechos y la posible afectación de las piezas organizativas por su funcionalidad instrumental.

1 Las significativas reformas constitucionales para la protección del Estado frente al sistema financiero

1.1 La necesidad de garantizar la propia sostenibilidad económica y social del Estado. La solidaridad intergeneracional en la reforma constitucional alemana

La reforma más reciente de la Constitución, y sin duda la de mayor calado y extensión desde que se aprobara en 1978, es la que se opera en el 2011 con la nueva redacción de su artículo 135.¹

De ese extenso precepto constitucional destacamos sólo los primeros apartados de su redacción:

- «1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
- »2. 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.
- »Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.
- »3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito...».

A retener ya en este precepto la sorprendente y novedosa referencia a la *sostenibilidad económica o social del Estado*, muy indicativa de su propósito de configurar un mecanismo de protección del Estado mismo, del mantenimiento de su existencia efectiva y no meramente nominal, de su sostenibilidad en suma. Un precepto con un contenido rigurosamente inédito en una tradición constitucional decantada hacia la resuelta protección de los individuos, y de la sociedad en la que se integran, frente al poder omnímodo del Estado. La que se percibe ahora del todo novedosa es la necesidad de proteger al propio Estado y garantizar su continuidad efectiva, su sostenibilidad, levantando defensas ante las que se advierten como sus más reales amenazas, en este caso la excesiva exposición al crédito externo y a los mercados financieros.

En cualquier caso y muy significativamente, este no es un precepto aislado en el actual constitucionalismo europeo. Un claro precedente, en el que sin duda se inspira nuestro artículo 135, lo encontramos en la reforma de 2009 del artículo 115 de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania.²

¹ Todas estas cuestiones, y otras relativas a su entorno, las trato con mayor desarrollo en mi reciente libro *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2013. Sobre la reforma y el entorno en que se produjo, *vid.*, BLANCO VALDÉS, R. «La reforma de 2011: de las musas al teatro» y TAJADURA TEJADA, J. «Reforma constitucional e integración europea», ambos estudios en *Claves de Razón Práctica*, n° 216 (2011). También resulta muy clarificador el estudio de GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J. «La reforma del artículo 135 de la Constitución española». *Revista de Administración Pública*, n° 187 (2012), pp. 31 y ss.

² Cuya redacción en sus primeros apartados es del siguiente tenor: «1. La obtención de créditos y la prestación de fianzas, garantías u otras clases de seguridades que puedan dar lugar a gastos en ejercicios económicos futuros, necesitan una habilitación por ley federal que determine o permita determinar el monto de los mismos.

»2. Ingresos y gastos tienen que equilibrarse, en principio, sin ingresos provenientes de créditos. Se cumple este principio si los ingresos provenientes de créditos no superan 0,35 por ciento en proporción al producto interior bruto neto nominal. Además deben tomarse en cuenta en caso de un desarrollo coyuntural divergente de la situación normal, en forma simétrica en expansión y recesión, los efectos sobre el presupuesto...».

Este precepto³ que se introdujo en la Ley fundamental hace ya un tiempo ha generado una relevante literatura doctrinal. Más allá de las determinaciones formales y procedimentales que en él se establecen, lo que la doctrina advierte en este precepto es la afirmación de la solidaridad intergeneracional, la atención a las generaciones futuras que podrían verse gravadas por el endeudamiento en el que incurrieran las generaciones anteriores, la actual destacadamente.⁴

Pero la pretensión última de esa solidaridad intergeneracional —que ya tenía por lo demás otras expresiones explícitas en reformas de la Constitución alemana durante los noventa—⁵ en este caso se concentra en que las futuras generaciones puedan disponer de un nivel similar de prestaciones públicas que puedan hacerse efectivas a través de un Estado que no se encuentre bajo el gravoso peso de una deuda o un déficit que lo hagan insostenible, incapaz de mantenerse en el ejercicio de sus funciones características.⁶

A destacar que nos encontramos ante dos conceptos fundamentales —el de sostenibilidad y el de solidaridad intergeneracional— elaborados en el entorno de ese derecho de vanguardia, pródigo en fórmulas innovadoras, que es el derecho medioambiental y que vemos ahora al servicio no ya de la tutela del medio ambiente sino de la protección y tutela del propio Estado.

1.2 La novedosa y significativa protección del propio Estado —la garantía de su sostenibilidad— frente a los poderes externos situados en la sociedad

Esas nuevas determinaciones constitucionales, con los conceptos que incorporan, apuntan en una dirección nueva e inexplorada. De algún modo establecen mecanismos de garantía y protección del Estado frente a la sociedad, frente a las fuerzas sociales, sobre todo —particularmente en el entorno de la crisis económica— las que mueven y activan los sistemas financieros cuando el Estado recurre a ellos. Esta es en cualquier caso una orientación inédita por cuanto uno de los objetivos del constitucionalismo ha sido el de levantar una línea de protección de la sociedad frente a los poderes del Estado o a ordenar la intervención de éstos sobre aquella para corregir sus desequilibrios o incentivar su desarrollo y promoción. En el momento de

³ Este precepto constitucional tiene también un enunciado muy extenso del que aquí sólo se reproduce sus primeros apartados. El texto íntegro en castellano puede encontrarse en la edición del *Deutscher Bundestag*, Berlin, en traducción de los profesores R. GARCÍA MACHO y K-P. SOMMERMAN. Para mayor información sobre este nuevo precepto y las circunstancias que lo motivaron, MAYER, Ch. «Greift die neue Schuldenbremse?». *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 136, nº 2 (2011), KÖLLING, M. «Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental Alemana de 2009». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 16 (Octubre 2012), también le presta particular y atinada atención A. EMBID IRUJO en su libro, *La constitucionalización de la crisis económica* Madrid: Iustel, 2012, en especial pp. 47 y ss,

⁴ En este sentido afirma KÖLLING que la reforma de la Ley fundamental Alemana «ha dado un impulso positivo al sistema federal y ofrece una oportunidad para una mayor justicia intergeneracional», «Los límites de la deuda pública...», *cit.* p. 96.

⁵ Entre ellas el artículo 20.a: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su *responsabilidad con las generaciones futuras*, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial».

⁶ Muy oportunamente da cuenta A. EMBID de algunos destacados en la línea argumental del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el avance en el proceso de integración europea, particularmente en las políticas de contención del déficit y, sobre todo, la limitación en el recurso al crédito; «esos argumentos son los que giran en torno al necesario mantenimiento en la órbita estatal de una serie de competencias para que perviva el Estado como tal», *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid: Iustel, 2012, p. 42. Sobre la jurisprudencia de ese Tribunal, en especial la relativa al proceso de integración europea, el libro editado con motivo de sus 60 años y escrito por cuatro destacados profesores: JESTAEDT; LEPSIUS; MÖLLERS; SCHÖNBERGER. *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin: Suhrkamp, 2011. Una reseña mía de esta obra puede encontrarse en el número 188, 2012, de la *Revista de Administración Pública*.

mayor interacción entre sociedad y Estado, en la fase central del siglo XX, era sin duda la sociedad la que se sentía como más débil y bajo la amenaza del poder del Estado.⁷

Pero hasta ahora el Estado no se había visto amenazado por la sociedad, por el sector privado, y en esa amenaza a su sostenibilidad se justifica y explica esta reforma constitucional. Una reforma que, muy novedosamente, no pretende levantar una defensa frente a poderes internos del Estado, cerrando posibles vías de abuso y arbitrariedad. No se trata, en efecto, de protegerse ante posibles abusos del Gobierno, o del legislador, ante el que se construye la fórmula protectora de las garantías institucionales. La reforma se levanta frente a una amenaza exterior al Estado.

Pero es justamente aquí, a nada que reparemos, donde se nos hace bien visible, tal como me cuidaba de destacar en la primera parte de este estudio, la fragmentación, la deconstrucción, de la sociedad. En rigor, lo que opera —y puede presentarse como una amenaza para el Estado por una excesiva exposición a sus riesgos— no es la sociedad, sino el que siempre se ha considerado el principal eje articulador de la sociedad civil, el mercado. Pero tampoco es el mercado en general, sino un mercado singularizado y segmentado, como es el que se conoce como el mercado financiero. Un mercado que, por supuesto, supera el espacio territorial de los estados para operar en dimensiones planetarias.

No estamos así ante la idealizada sociedad civil, ante una supuesta sociedad supranacional, sino ante un genuino sistema autorreferencial —perfectamente segmentado y atento sólo a sus exclusivos intereses— según las categorías luhmanianas y la teoría de sistemas. Un sistema autorreferencial, este de los mercados financieros, que ha desarrollado y afinado sus mecanismos de autorregulación dotándolos de una indudable efectividad, sobre todo si se tiene en cuenta que la regulación pública es predominantemente de ámbito estatal cuando los mercados financieros rebasan por completo ese espacio. Merecen ser mencionadas las fórmulas de autorregulación normativa, con las normas y prácticas aprobadas y reconocidas por los propios operadores; o, sobre todo, las de autorregulación declarativa, como son las valoraciones y declaraciones emitidas por las famosas agencias de calificación crediticia, o agencias de rating, a las que se atienen, por haberlo convenido así, los operadores de este mercado. Unas declaraciones que, como es ya notorio para el gran público, están haciendo tambalear a *poderosos* Estados soberanos. Es justamente la excesiva exposición al poder del sistema que en torno a los mercados financieros se articula la que se pretende evitar, protegiendo así al mismo Estado, mediante la reforma del artículo 135 de la Constitución. Un precepto novedoso por cuanto establece por vez primera una fórmula de garantía de la propia sostenibilidad del Estado frente a posibles amenazas provenientes de la sociedad, de uno de sus sistemas en este caso.

1.3 La evolución del garantismo. Del garantismo privado, personal, frente al Estado a la garantía del propio Estado frente a los poderes privados

Pero más allá del tenor de estas novedades, que se limitan a un único pero muy elocuente precepto constitucional, lo que conviene destacar es su decidida orientación hacia la protección de los intereses generales por lo que son así expresión cabal de un nuevo garantismo. Podemos al efecto recapitular y

⁷ Un sentimiento que estaba por lo demás perfectamente justificado como muestra la experiencia de los regímenes totalitarios de la Unión Soviética y la Europa del Este en los que la llamada sociedad civil fue virtualmente desarticulada.

ordenar muy sumariamente los sistemas garantistas que se advierten en la evolución del constitucionalismo y que se explican, precisamente, en las diferentes correlaciones entre Estado y sociedad que se han sucedido en los dos últimos siglos.

1.3.1 El garantismo personal, de derechos y libertades, característico del Estado liberal y su separación de la sociedad

El modelo garantista de carácter personal, entrado en la protección de derechos y libertades de los ciudadanos, es propio de las constituciones liberales del XIX y en él se advierte la impronta que deja la estricta separación entre Estado y sociedad característica de ese periodo. Se garantizan así libertades y derechos de corte individual, destacando entre ellos el derecho de la propiedad radicalmente proclamado y enarbolado por la pujante burguesía.

Este garantismo, como cualquier otro, se concibe y desarrolla reparando particularmente en un sujeto que se presenta como una amenaza. El sujeto que entonces se muestra más amenazante para los derechos individuales, el de la propiedad en especial, no es otro que el poderoso Estado a través de su Administración pública o de la Justicia y su aparato.⁸ El programa protector de los derechos esbozado en las primeras constituciones liberales será entonces desarrollado por el derecho administrativo que adquiere así una marcada impronta garantista que ha dominado su evolución hasta el presente y que necesita por ello de una revisión crítica para adecuarlo al entorno actual que aquí se describe, con una correlación entre Estado y sociedad muy diferente a la del periodo de gestación de este sistema garantista liberal.

1.3.2 El garantismo institucional en el proceso de integración entre Estado y sociedad característico del Estado social

El garantismo institucional se explica, tal como tuvimos ocasión de significar, en el proceso de integración entre Estado y sociedad que cristaliza en las constituciones del siglo xx. Se plantea justamente como una reacción o limitación a ese proceso integrador del que se quieren situar al margen, y proteger por tanto determinadas instituciones.⁹ Además de los derechos y libertades personales se garantizan ahora toda una serie de instituciones, gestadas unas en la sociedad y otras en el seno del Estado, con el objeto de que en ese proceso de integración, de fusión podría decirse, esas instituciones no se disuelvan y mantengan sus señas de identidad características.¹⁰ Es el caso de la garantía institucional de la autonomía de los municipios, originariamente células de la sociedad, o la garantía de la burocracia profesional o la independencia judicial, que no se gestan en la sociedad sino en la estructura del Estado y que pretenden protegerse de la presión social, particularmente de los partidos políticos que dicen actuar como canales o portavoces de la sociedad.

⁸ Un importante frente de desarrollo de este primer garantismo fue precisamente el proceso penal, que desconocía hasta entonces un sistema efectivo de garantías; *vid* al respecto, FERRAJOLI, L. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2009.

⁹ Ya reparamos con detalle en esta reacción al proceso integrador entre Estado y sociedad en la trayectoria histórica que de él trazamos en este mismo libro, a lo dicho allí me remito ahora.

¹⁰ A recordar la participación de dos grandes juristas del siglo XX en la elaboración de esta categoría: Maurice HAURIUO a quien se debe la teoría de la institución y Carl SCHMITT que la utiliza para articular la fórmula defensiva, frente al legislador de Weimar, de las garantías institucionales. *Vid.* al respecto SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Alianza, 2001, pp. 175 y ss. con mayor detalle, «Freiheitsrechte und Institutionellen Garantien der Reichverfassung», en la recopilación de artículos *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958.

El enemigo ante el que defenderse con las garantías institucionales no es ya la Administración o el poder judicial, sino el legislador. La mera aritmética parlamentaria no se considera suficiente para eliminar o desnaturalizar por completo una institución que la Constitución asume con su imagen e identidad característica. La regulación legal es posible si no afecta al núcleo de la institución, utilizándose así un modelo de protección similar al que sirve para los derechos fundamentales.

1.4 El nuevo garantismo reflexivo. La garantía del Estado y de los intereses generales

El nuevo garantismo que ahora se está configurando es el que se orienta a la protección de los intereses generales, a la protección y realización de la racionalidad propia del Estado en la que se forma y define el interés general, a la protección del Estado mismo podría decirse. La realización y materialización del interés general ha justificado las potestades del Estado y su aparato ejecutivo, destacadamente las administraciones públicas que para atender esos intereses generales vieron ampliado su radio de actividad y su propia estructura. El garantismo liberal pretendía que la realización de ese interés general, definido en la Ley y ejecutado por la Administración, no se llevara por delante los derechos y libertades de los ciudadanos.

En la actualidad lo que se pretende con las nuevas fórmulas de garantía es que el Estado pueda mantener sus medios e instrumentos para la efectiva realización del interés general. Se trata de un garantismo del todo novedoso por cuanto los anteriores modelos de garantía, lógicamente más arraigados por más antiguos, se levantan frente a los poderes del Estado que habían reforzado considerablemente desde mediados del siglo XIX: frente a su Administración, en el modelo garantista de corte personal, y frente al Estado legislador, en el garantismo institucional.

Ahora, paradójicamente y por vez primera, es el propio Estado el que se presenta como sujeto amenazado abandonando su rol habitual de sujeto todopoderoso. Ahora es el Estado el que se encara con las amenazas que provienen no ya, como antaño, de otros estados y potencias, sino de la misma sociedad, de los sistemas sociales. Se han sentido ya las sacudidas del sistema financiero, articulado en torno a su propia organización y sus propias referencias como las que ofrecen las agencias de rating. Pero no son estos los únicos poderes externos al Estado que pueden desestabilizarlo.

1.4.1 *Un garantismo reflexivo y de autoprotección*

El modelo garantista del propio Estado es necesariamente un modelo reflexivo. Sólo puede realizarse mediante fórmulas de autoprotección, de autocontención, de autodisciplina. Una primera muestra de ello la encontramos en el artículo 135 de la Constitución y en la legislación de estabilidad presupuestaria dictada en desarrollo del mismo. Con ella se pretende ordenar la actuación —en función sobre todo del gasto y déficit en que puedan incurrir— de las diversas administraciones y entes públicos que son fuentes de generación de gasto público y déficit que se acaba imputando al Estado, que es en rigor el único sujeto en el ámbito europeo e internacional donde se dirime en muy buena medida la actual crisis económica al albur de la evolución de los mercados financieros y de deuda soberana que obviamente se desenvuelven también en ese ámbito supraestatal.

Nos encontramos aquí con una novedosa tensión de garantías. La pretensión autoprotectora y garantista del propio Estado entra en tensión con las garantías de autonomía de determinadas entidades públicas. Es el

caso de la autonomía de los municipios, la autonomía de las universidades o la autonomía de las comunidades autónomas. Unas autonomías que tienen diferente justificación y apoyatura constitucional y que por ello mismo disponen de distintas fórmulas y técnicas de garantías, algunas, como las de los entes locales, configuradas como genuinas garantías institucionales. Pero se trata, como ha sido hasta ahora con todos los modelos garantistas del derecho público, de garantías levantadas frente al poder y las intromisiones del Estado. No se protege y garantiza con ellas la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, sino el espacio de decisión y regulación propia de estas entidades e instituciones, las corporaciones locales, las universidades, las comunidades autónomas, aunque en ciertos casos puedan utilizarse fórmulas de garantía que se inspiran en un diseño similar al de la protección de los derechos fundamentales.

Pero en ese diseño y distribución constitucional de fórmulas de garantía para ciertas entidades públicas, destacadamente entidades territoriales, se daba por supuesto —en ningún caso se cuestionaba— que el Estado mismo, su sostenibilidad, no necesitaba de garantía alguna. Las únicas amenazas que lejanamente podían contemplarse estaban en conflictos bélicos con otros estados, con el hipotético peligro de invasión que pudiera producirse. Pero en el escenario geopolítico posterior a la segunda guerra mundial este peligro era ya muy remoto en Europa¹¹ y, desde luego, queda fuera de regulación y previsión por un poder constituyente que se presupone soberano y no bajo el dominio de una potencia externa.

Es ahora cuando, por vez primera desde que se aprueba la Constitución vigente y casi podría decirse que desde la primera de ellas, el Estado se ve expuesto a riesgos que amenazan su propia sostenibilidad.¹² Una amenaza que ciertamente conviene dimensionar: tiene como factor condicionante la adhesión a la política monetaria de la Unión Europea y como frente sobre el que se proyecta, el de la estabilidad financiera y presupuestaria. Pero no han de descartarse, sin embargo, tanto la posibilidad de que se pueda recuperar el control estatal en este frente financiero, como que lo pierda en otros. Insistiré sobre ello más adelante.

Ante esta amenaza de colapso financiero, inédita en el actual orden constitucional y el sistema de garantías que establece, el Estado acaba por dotarse de un sistema de protección orientado a garantizar su propia existencia operativa, más allá por tanto de la mera existencia nominal, garantizando la realización de cometidos y de prestaciones que se le atribuyen.¹³ Del desarrollo y materialización de este novedoso sistema garantista del propio Estado, del que acabamos de tener una muestra con el artículo 135 de la Constitución y su desarrollo legislativo, nos interesa destacar los elementos más significativos.

¹¹ Donde sólo se han conocido desde entonces conflictos civiles, en los que no han faltado componentes étnicos y religiosos como en el caso de la extinta República de Yugoslavia, pero no conflictos bélicos entre estados.

¹² La del Estado actual, cuya imagen está perfectamente arraigada en la sociedad, que es el Estado social, cuyos costes de mantenimiento son muy elevados por lo que su sostenibilidad se percibe, con todo fundamento, amenazada. Por supuesto el modelo decimonónico de Estado liberal, con mucho menor protagonismo y coste, sería más sostenible.

¹³ Abundan y son bien explícitos en este sentido los preámbulos o exposiciones de motivos, tanto de la reforma del artículo 135 de la Constitución, como de la Ley de estabilidad presupuestaria que lo desarrolla. En ésta se afirma que el objetivo de la Ley es «garantizar la financiación adecuada del sector público y los servicios públicos de calidad sobre los que descansa el sistema de bienestar». La finalidad última es por tanto la *garantía* del Estado social, su pervivencia y sostenibilidad, lo que conlleva implícita pero ineludiblemente vendría a conectar con la noción de solidaridad intergeneracional.

1.4.2 Las garantías están en el poder constituyente y no tanto en la Constitución

El primero es que las garantías del Estado, a diferencia de lo que ocurre con los restantes entes públicos que gozan de mayor relevancia y protección, no se encuentran tanto en la Constitución como en su capacidad para modificarla. No son garantías que se localicen en el poder constituido, sino en el poder constituyente. Así como las comunidades autónomas o las corporaciones locales encuentran en la Constitución un reducto protegido —de sus competencias, de sus potestades, de su autonomía en definitiva—, el Estado no tiene un espacio delimitado y protegido de un modo similar. No se conoce, ni lejanamente, la garantía institucional del Estado, entre otras razones porque, tal como hemos tenido ocasión de significar, las garantías institucionales y las garantías de que disponen toda una serie de entes públicos se levantan precisamente frente al Estado. Pero cuando el Estado ha necesitado de una protección constitucional, le ha faltado tiempo para procurársela mediante una reforma inmediata de la Constitución como la que se introduce a través del artículo 135. La rápida, y poco transparente, tramitación de esta reforma constitucional pone de manifiesto, más allá de las justificadas críticas, la efectividad del poder constituyente para dispensar protección —autoprotección bien podríamos decir— al Estado cuando se encuentra en situación de peligro, de crisis aguda, como la que se suscita por el incremento del déficit público y la exposición a los rigores de los mercados financieros.

1.4.3 Reordenación del Estado y recomposición de las autonomías interiores

El segundo rasgo es que la garantía del Estado, en este caso de su sostenibilidad financiera para hacer frente a sus cometidos, se pretende conseguir con un reforzamiento de sus capacidades decisorias reduciendo el espacio de las autonomías interiores que pudieran limitarlas o condicionarlas. La legislación de desarrollo del artículo 135 de la Constitución, particularmente la Ley orgánica de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, dota al Estado de mecanismos de control, de corrección y de coerción, en su caso, sobre todo el sector público en el que se incluyen por supuesto todas las administraciones públicas, muchas de ellas con espacios de autonomía constitucionalmente garantizados. Unos espacios que ahora —al menos en el ámbito presupuestario, en la vertiente financiera y en la de gasto— se verán mermados como consecuencia de la afirmación constitucional en favor de la sostenibilidad financiera del Estado y de limitación de su déficit.

Esa garantía financiera del Estado requiere así para su realización de un cierto control y dominio sobre todas las administraciones y entidades que integran el sector público con la consiguiente merma de su autonomía. El problema que pueda suscitarse en los casos en que la autonomía tiene cobertura constitucional explícita se ha de resolver en atención al cuadro de garantías y facultades que la misma Constitución reconoce al Estado. La realización de estas nuevas garantías constitucionales puede conducir a redimensionar las existentes. Del mismo modo que el aseguramiento y garantía de ciertas políticas, sobre todo presupuestarias, de la Unión Europea, suponen una limitación para los estados miembros en la que cobran justamente su sentido y explicación las nuevas determinaciones constitucionales en punto a sostenibilidad financiera y limitación de gasto público a las que nos hemos referido. Y, más en sintonía con nuestra reforma del artículo 135 de la Constitución, hay que hacer mención a la revisión de las relaciones

entre poderes territoriales que se plantea en Alemania¹⁴ a raíz de su reforma constitucional, de contenido muy similar a la nuestra, como ya nos consta.

1.4.4 La inadmisibile afectación de derechos y la posible afectación de las piezas organizativas por su funcionalidad instrumental

La reacción del Estado cuando ve amenazada su sostenibilidad financiera no es una reacción agresiva, hacia el exterior, sino interna, de autoorganización, intensificando sus facultades de dirección sobre su propia estructura y extremando sus controles sobre los entes que en ella se integran. Se trata de imponer una disciplina y racionalidad en la actuación del conjunto del Estado.

Tomando como referencia el dualismo Estado y sociedad en el que aquí reparamos, esa reacción protectora se desarrolla exclusivamente en el seno del Estado; no se incide sobre la sociedad y, lo que es más significativo, tampoco se recompone la supuesta línea divisoria entre ellas. Es la posición de toda una serie de entes públicos en el seno del Estado la que se ve afectada. Es el garantismo institucional, en cuanto protector del espacio y perfil de instituciones y administraciones públicas en el seno del Estado, el que se recompone. Pero el garantismo personal, protector de la posición de los sujetos privados y de la sociedad en la que se integran, no se ha visto —ni ha de verse afectado— por esta reacción defensiva por parte del Estado que no ha tenido inconveniente en alcanzar la reforma constitucional. Se podía haber ido más allá en la reforma constitucional incidiendo precisamente sobre esos derechos personales, reformulándolos, o sobre estructuras sociales u organizaciones privadas, se podía en suma haber abordado una reforma constitucional más allá de la órbita del Estado para entrar en las determinaciones constitucionales que inciden sobre la sociedad como son las que afectan a derechos y al sector privado. Pero por el momento no se ha hecho una reforma con tal alcance.¹⁵

A modo de ejemplo y muy sumariamente: en la encrucijada en la que nos sitúa el desequilibrio financiero del Estado, constatado el nefasto e irresponsable protagonismo del sector bancario y de las entidades financieras en el origen de la crisis económica, podría plantearse, al menos considerarse, la nacionalización de la banca. Una reivindicación que figuraba, por cierto no hace tanto tiempo, en el programa de partidos políticos, radicales pero sin necesidad de ser extremos, tanto de derechas como de izquierdas. Una medida que ni siquiera ha merecido la más mínima consideración en las instancias estatales de decisión y regulación. Posiblemente se trate de un síntoma de debilidad del Estado nacional frente a los muy reforzados poderes que se han desarrollado en la sociedad, en torno a sectores determinados, y el sector financiero y el mercado de capitales, con una marcada proyección supranacional, es sin duda uno de ellos.

Haciendo abstracción de este sector, o de cualquier reforma que pudiera plantearse en otro, no deja de ser significativo que ante una situación de crisis, de exposición excesiva del Estado a las fluctuaciones del mercado, en este caso ante el mercado financiero y de capitales, se acometa con prontitud una reforma de

¹⁴ Vid. al respecto, entre otros, SCHOLL, B. «Die Neuregelung der Verschuldungsregeln von Bund und Ländern in den Art. 109 und 115 GG», en *Die Öffentliche Verwaltung*, n. 63 (2010), o ARROYO GIL, A. «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n° 10 (2010). Una exposición muy completa del federalismo alemán con anterioridad a la reforma constitucional de 2009 en el libro colectivo dirigido por WINFRIED KLUTH, *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2007.

¹⁵ En el binomio Estado y sociedad que aquí consideramos, la reforma se ha quedado en los aspectos presupuestarios del Estado.

la Constitución que no tenga ninguna incidencia reguladora o de contención sobre el mercado para concentrarse exclusivamente en la disciplina interna del Estado. Ante las exigencias del mercado, la del Estado no ha sido una reacción agresiva con el objeto de dominarlo o rechazar sus envites, sino una actuación reflexiva, de autoorganización y disciplina interna. Un movimiento defensivo que está todavía por valorar en su real alcance puesto que, aun siendo perceptible la debilidad que denota, puede ser un primer paso para sanear y racionalizar el Estado y hacerlo operativo en un nuevo escenario, con capacidad de intervención y proyección sobre una sociedad que presenta desde luego una nueva configuración y en la que algunos sectores que operan en espacios transnacionales han adquirido poderes en verdad exorbitantes, capaces de hacer tambalear a los propios estados.

En el binomio Estado sociedad que aquí prioritariamente consideramos, la reforma constitucional del artículo 135 se ha quedado en el Estado, sin incidir sobre la sociedad. Esta afirmación requiere de dos importantes precisiones: la primera es que la reforma del Estado no está en absoluto definida ni materializada en el artículo 135, pues ahí sólo se enuncian unos objetivos, lo que ocurre es que su consecución posiblemente requiera de una reforma reductora en la estructura del Estado y de sus administraciones; la segunda, que esa reforma del Estado puede tener efectos más allá de él, sobre la sociedad, en la medida en que se reduzca el nivel de prestaciones, sobre todo de carácter social.¹⁶

En cualquier caso, conviene concluir este artículo destacando que los derechos personales, tanto los que se adscriben al primer constitucionalismo liberal, derechos de libertad, como los característicos del Estado social, derechos sociales, no habrían de verse afectados por este movimiento reflexivo de autoprotección del Estado que habría sólo de incidir en su estructura interna. Afectar a los derechos de los ciudadanos, particularmente a los derechos sociales que son los más amenazados, sería sin duda un retroceso ante el que no puede adoptarse una actitud claudicante tras los elevados logros alcanzados con el Estado social. Pero son sobre todo las rotundas afirmaciones constitucionales a favor suyo las que rechazan de plano una actuación reductora, o desnaturalizadora, de estos derechos; y no sólo en su enunciado literal, sino en su interpretación y protección en el marco del modelo de Estado social por el que la Constitución opta resueltamente. La afirmación y protección de los derechos constitucionalmente reconocidos, con las necesarias prestaciones que en su caso requieran para su realización efectiva, invalida cualquier proyecto, política o actividad de recorte o desnaturalización por la posición constitucional, netamente afirmativa y garantizada, que ostentan.¹⁷

La recomposición restrictiva sí que podría incidir plenamente, en cambio, sobre lo que son las estructuras y organizaciones instrumentales que, como tal y con toda lógica por lo demás, no disponen de garantías o

¹⁶ GARCÍA ANDRADE, «La reforma del artículo 135...», *cit.*, p. 42.

¹⁷ No comparto por tanto en este punto la propuesta de S. MUÑOZ MACHADO en la medida en que viniera a postular una reformulación a la baja de los derechos de contenido prestacional, que considera en exceso gravosos para las administraciones, «si no se producen reformas estructurales que al mismo tiempo alivien o disminuyan las referidas cargas prestacionales y reformen los derechos que permiten exigirlos», *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*. Barcelona: Crítica, 2012, p. 169. Discrepancia a matizar en cualquier caso según se trata de prestaciones cuya exigencia provenga de la propia Constitución, o prestaciones adicionales establecidas por leyes u otras normas que si serían perfectamente reformables. El panorama no es tan claro puesto que la realización del Estado social, que aquí particularmente nos preocupa, se articula fundamentalmente sobre mandatos constitucionales —como confirma de manera reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— lo que por un lado implica que en la Constitución no hay determinación definida de las prestaciones y, por otro, que muchas leyes en esta materia no sólo cuentan con su valor normativo intrínseco sino con el que les aporta el cumplir un mandato constitucional.

fórmulas constitucionales de protección —salvo los que se conocen e identifican como órganos constitucionales—, ni tan siquiera de garantías institucionales.

El caso de los municipios y, por extensión, de los que se conocen como entes locales, resulta bien ilustrativo al respecto. Ningún municipio como tal tiene garantizada su existencia con sus rasgos y perfiles peculiares, por ejemplo con la superficie territorial que ocupa en un momento dado. Se trata de una personificación de base corporativa que se configura como Administración pública con un marcado carácter servicial. La extensión del Municipio, e incluso su existencia misma, pueden verse alteradas por el legislador competente al que se encomienda la definición y tutela de los intereses generales. Una reducción del número de municipios, sobre todo en aquellas comunidades autónomas con un mapa dominado por el minifundismo municipal, redundaría favorablemente en la capacidad de prestación de unas administraciones municipales mejor dotadas que, al reducirse su número de manera significativa, habrían de generar en su conjunto un menor gasto para el erario público.

La institución que la Constitución protege, con la fórmula o envoltura de la garantía institucional, es la autonomía local y la presencia de unos entes titulares, los municipios, que operan con esa autonomía garantizada. Pero no se protege la concreta existencia de cada uno de ellos y mucho menos sus trazos o perfil singular, como pueda ser la extensión territorial. Las administraciones municipales y otras tantas estructuras organizativas en el seno del Estado no son un fin en sí mismas sino medios, instrumentos, organizaciones serviciales con los ciudadanos como destinatarios. Son éstos, y el cuadro de derechos que se les reconocen, el centro de atención y protección constitucional. Ningún programa de acción pública habría así de plantearse el objetivo de la limitación o reducción de derechos; en todo caso la mínima reducción, con carácter temporal, en derechos de contenido prestacional por falta justificada de cobertura financiera como se da en una situación de crisis. En cambio resulta perfectamente posible, y deseable en muchos casos, la reducción de las estructuras administrativas que de uno u otro modo vienen a vertebrar la estructura interna del Estado, pues tales organizaciones tienen un inequívoco carácter servicial.

Lo que, a mero título de ejemplo, se ha dicho de los entes locales al contemplar, tal como apuntan propuestas diversas, una reducción de sus efectivos, puede extenderse con mucho mayor motivo a toda una serie de órganos cuya existencia no responde a interés social reconocido, ni a la tutela o efectividad de derechos, ni muestran utilidad alguna en la articulación de la estructura organizativa. El destino de esos órganos y estructuras organizativas habría de ser en buena lógica su disolución pura y simple.¹⁸ Lo exige

¹⁸ En esta línea MUÑOZ MACHADO, S. *Informe sobre España*, cit. p. 184 y ss, realiza un diagnóstico de estructuras organizativas, tanto en la órbita estatal como en la autonómica, en las que pueden localizarse órganos y entidades de los que podría prescindirse si no cumplen, como es relativamente frecuente, una función acreditada. Un primer grupo lo conforman las llamadas administraciones instrumentales, particularmente las que someten buena parte de su actuación al derecho privado eludiendo así el régimen de controles públicos; otro grupo lo integran los órganos autonómicos, émulos de los estatales, de cuestionable justificación en muchos casos (defensores del pueblo, órganos consultivos o asesores, etc.); en el tercer grupo sitúa este autor buena parte de las agencias reguladoras, destacando especialmente, y con todo acierto, la contradictoria y muy cuestionable posición en algunas comunidades autónomas de consejos audiovisuales cuyo ámbito subjetivo de regulación se proyecta fundamentalmente sobre entes gestores de radio y televisión de la propia comunidad autónoma vulnerando así una regla básica y muy arraigada en el derecho comunitario que postula la neta separación entre reguladores y regulados. Una regla de una lógica y prudencia por lo demás elemental que, de no observarla, puede derivar en situaciones patológicas o degradantes. Ahí está la experiencia catalana, que cito por próxima, con una radiotelevisión pública al servicio, sin rebozo alguno, de los intereses de los partidos en el poder y de su línea política, y de adoctrinamiento nacionalista, con unos contenidos que en muchos casos producen rubor cuando no bochorno. Con ser ya costosísima la estructura organizativa y de gestión pública que soporta estos medios, en muy buena medida prescindibles, lo es más todavía la presencia de un órgano regulador que se presenta como independiente pero

ya de manera acuciante el prioritario mantenimiento de los derechos, también por supuesto de los derechos sociales con los costes que comportan, que pueden verse mermados —como ya se percibe en muchos casos— y hasta negados por el pesado gravamen y coste que supone el mantenimiento de una estructura organizativa que ha de ser efectivamente servicial o, si no es así, no serlo. Para evitar que el barco se hunda y los pasajeros se ahoguen, habrá que arrojar la carga.

La reducción y aligeramiento ahí, en la estructura del Estado, es lo que podría salvaguardar el mantenimiento de los derechos y prestaciones sociales.¹⁹ Y ahí también, en cierto modo, se nos hace visible de nuevo el dualismo Estado y sociedad. Esta vez para presentar como plenamente admisible la racionalización y corrección reductora del Estado, mientras que en la sociedad se presentan como intangibles —lo contrario sería un retroceso involucionista— las conquistas de los derechos, también y destacadamente los derechos sociales.

La cuestión que entonces se suscita es como puede mantener el mismo o similar nivel de prestaciones un Estado que se ve considerablemente mermado en sus efectos. Para afrontar ese reto se están elaborando toda una serie de concepciones que, con diversas variantes, giran en torno a la idea de Estado garante como alternativa al Estado prestacional. Un Estado que no asume el protagonismo de prestación sino que asume estratégicamente otra función, la de garantizar que estas prestaciones sociales se realicen por sujetos privados. Este es ya, en cualquier caso, otro gran tema que aquí sólo se puede apuntar.

que se integra siguiendo la más pura disciplina partidista y que por ello mismo no plantea objeción relevante alguna a estos medios públicos de la misma obediencia. No es sólo un problema de costes económicos —que en el caso de esta radiotelevisión pública, muy costosa como lo son otras, es una verdadera sangría—, sino de algo de mayor valor en un sistema democrático: la garantía de una opinión pública libre a la que ha tenido ocasión de referirse en varias ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo en buena medida la orientación doctrinal del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Sobre el tema me permito la remisión a mi artículo: «Servicio público de televisión y garantía de la institución de una opinión pública libre». *Revista de Administración Pública*, n. 125.

¹⁹ «Lo llamativo —destaca con toda razón Santiago MUÑOZ MACHADO- MM— es que, sin embargo, nada se ha hecho en serio para reformar el Estado, que es donde, a juicio de la opinión pública y de los mejores expertos, deben centrarse las acciones más urgentes», *Informe sobre España*, cit. p. 18. Se están aplicando en efecto políticas restrictivas sobre la sociedad, sobre derechos y prestaciones, justamente donde hay determinaciones constitucionales de las que se deriva un rechazo o invalidación de estas intervenciones; pero muy poco se hace por reducir estructuras y organismos del todo contingentes y con una funcionalidad no acreditada.