

LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135: UNA ALTERACIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR (ESTADO SOCIAL) POR LA PUERTA DE ATRÁS*

JOSÉ LUIS REY PÉREZ**

Resumen: La reciente reforma constitucional que las Cortes han llevado a cabo este verano ha estado rodeada de polémica por la forma como se ha llevado a cabo y por el fondo de la misma. Parece que conceptos como soberanía, democracia, momento constitucional, importantes para la legitimidad de nuestra forma de organización política, han quedado en un segundo plano ante las exigencias de Alemania y de los mercados. En el presente artículo, se pretende criticar esta reforma partiendo de una concepción constitucionalista del Estado, del Derecho y de la democracia. Así se intentará razonar que la reforma del artículo 135 no sólo contraviene las bases y los consensos que subyacen al modelo constitucional, sino que además altera el contenido de la Carta Magna de 1978 eliminando por la vía de hecho lo social de nuestro Estado de Derecho.

Palabras clave: Reforma constitucional, constitucionalismo, democracia, Estado social, deuda pública.

Abstract: The Constitutional reform made in Spain last summer has been discussed very deeply due to its content and to the way it has been made. It seems like concepts as sovereignty, democracy, constitutional moment, that are important in order to justify our political system, are secondary compared to the demands of Germany and the markets. In this paper, the reform is criticized from a constitutional view of the State, the Law and the democracy. It is argued that the reform of the article 135 goes against the agreements and the foundations of the constitutional model and, in addition, goes against the content of the Constitution of 1978 canceling the Social State.

Keywords: constitutional reform, constitutionalism, democracy, Social State, public debt.

SUMARIO: I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO DE DERECHO; II. LA DEMOCRACIA DUALISTA. EL MOMENTO CONSTITUCIONAL; III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135, ¿EL FINAL DEL ESTADO SOCIAL?

* Fecha de recepción: 7 de diciembre de 2011.

Fecha de aceptación: 22 de marzo de 2012.

** Profesor Propio Adjunto de Filosofía del Derecho. Universidad Pontificia de Comillas de Madrid.

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ESTADO DE DERECHO

El modelo jurídico y político español del texto constitucional de 1978 responde a una forma constitucional de Estado. El Estado legislativo se caracterizaba por la supremacía de la ley que se consideraba además como la manifestación y la expresión de la voluntad general, de la voluntad democrática. No es que en el Estado legislativo hubiera ausencia de textos constitucionales, pero éstos se configuraban como normas jurídicas de fácil modificación, ya que las simples y sucesivas mayorías políticas podían alterar el texto constitucional. En los orígenes del sistema político contemporáneo se apreciaba ya una tensión entre Constitución y pueblo soberano: “quien sostenía la necesidad de refundar las instituciones políticas sobre la base de la voluntad popular terminaba inevitablemente, como en el caso de BENTHAM, por considerar la constitución como algo embarazoso, o quizás como una ficción construida para mantener vivos unos poderes, como los del rey y las aristocracias parlamentarias inglesas, irresponsables en esencia frente al pueblo. La constitución temía a la soberanía popular, y el pueblo soberano temía a la constitución”¹. En el Estado constitucional, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y en los Estados de Derecho contemporáneos, no es meramente una norma procedimental, sino que recoge una serie de contenidos materiales, o dicho con otras palabras, una serie de contenidos de moralidad que positiviza en forma de derechos fundamentales² y que no van a poder ser modificados por mayorías simples.

La Constitución se supone que es así, por un lado, la muestra más clara de la voluntad general, puesto que surge de un consenso especialmente cualificado que se pone de manifiesto en el momento constitucional, y es, al mismo tiempo, un consenso sobre determinados contenidos de moralidad que quedarían sustraídos al poder de decisión de la mayoría en el normal procedimiento legislativo. La Constitución posee, por tanto, un carácter paradójico: por un lado, es fruto de la decisión democrática de una amplia mayoría pero, por otro, parece limitar las decisiones de las generaciones venideras al sustraer la posibilidad de revisar, limitar o decidir sobre determinados contenidos, en concreto, sobre los derechos fundamentales. La Constitución aparece entonces como una norma que limita el poder de la democracia con la aparente justificación de proteger la misma democracia. GARZÓN VALDÉS ha utilizado en este punto una afortunada expresión: los derechos fundamentales constituyen el *coto vedado* a la decisión de la mayoría democrática³: “la Constitución es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es

¹ FIORAVANTI, M., *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 103.

² Vid., entre otros, ALEXY, R., “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, *Derechos y Libertades*, n. 8, 2000, pp. 21-42.

³ GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y democracia” en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 631-650.

aquello sobre lo ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen⁷⁴. Siendo así las cosas, al poder judicial se le atribuye la función de ser el garante de ese coto vedado produciéndose la tensión entre constitucionalismo y democracia porque, por un lado, no está del todo claro el alcance de los derechos incluidos en la Constitución y, por otro, esa tarea de garantía del poder judicial puede ser tachada de contra mayoritaria, puede ser vista como una sustracción al poder democrático; sin embargo tiene su justificación porque “el control de constitucionalidad es esencial e indispensable no sólo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo, con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que siempre es el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo”⁷⁵.

Por tanto, el paso de un Estado legislativo a uno Constitucional de Derecho viene dado por el papel que en este último juega la Constitución no sólo como una norma que establece cómo deben ser tomadas las decisiones, sino también sobre lo que hay que decidir, como ha puesto de relieve FERRAJOLI⁶. Este cambio procede, sobre todo, de la incorporación de los derechos fundamentales al texto constitucional, lo que ha supuesto que los sistemas normativos ya no sean dinámicos sino que se convierten en sistemas mixtos⁷ en los que el examen de la validez no es únicamente formal sino que pasa a ser también sustantivo o de contenido. Al haberse incorporado aspectos materiales a la regla de reconocimiento, hay que analizar que las normas del sistema no vulneran ese contenido material presente en la citada regla. Y eso provoca, obviamente, que la interpretación juegue un papel relevante, porque ese contenido material que, necesariamente, se presenta de forma vaga y ambigua por las propias características del lenguaje natural y de los conceptos a la vez morales y jurídicos a los que se refiere, recogido en los valores, principios y derechos fundamentales hacen del razonamiento – y, por tanto, de la argumentación– una exigencia constitucional y provocan que la visión mecanicista de la interpretación como simple operación de subsunción esté superada⁸. Y es aquí precisamente donde el poder judicial adquiere relevancia, porque será él quien deba medir el alcance del contenido de la Constitución a partir de su tarea inter-

⁴ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. M. Mtnez. Neira, Trotta, Madrid, 2008, p. 27.

⁵ FIORAVANTI, M., *Constitución*, cit., p. 109.

⁶ Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. A. IBÁÑEZ y A. GREPPI, Trotta, Madrid, 1999, y *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. GREPPI, Trotta, Madrid, 2006.

⁷ “La creciente presencia de principios puede entenderse como un cierto acercamiento del sistema dinámico al estático, como un intento de que toda norma o decisión jurídica resulte congruente con el conjunto de un ordenamiento que se considera dotado de sentido gracias precisamente a los principios”, PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 24. Vid. CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de principios ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo. A propósito de *El Derecho dúctil* de Gustavo Zagrebelsky”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. XIII, 1996, p.

pretativa. Como ha señalado LUIS PRIETO, “la Constitución ha significado un estímulo para el derecho judicial [...] el problema que debe afrontar el juez ya no se limita a inferir si la norma es idónea para resolver un supuesto de hecho, sino que, con carácter previo, ha de preguntarse acerca de la propia legitimidad constitucional de la norma y de la solución más adecuada la luz de esa misma preceptiva constitucional”⁹.

En cualquier caso, la definición que se está haciendo del Estado constitucional, puede resultar un tanto inexacta porque, como todos los conceptos complejos, admite también variadas interpretaciones. MARISA IGLESIAS, por ejemplo, señala que es posible diferenciar entre un constitucionalismo político y uno humanista. El primero defiende que en el texto constitucional se recogen una serie de valores y principios en forma de derechos que surgen de concepciones éticas compartidas en la sociedad y cuyo alcance no va más allá de lo pactado por la comunidad política. Esto llevaría, de acuerdo con esta autora, a realizar interpretaciones literales y originalistas de los contenidos recogidos en la Constitución. En cambio, el constitucionalismo humanista considera que la Constitución es un mecanismo para hacer valer a nivel institucional una serie de valores de justicia que se consideran objetivos y universales y eso lleva “a que la distinción entre derechos de los ciudadanos y derechos humanos sea cada vez más fina [...] de otro lado, tiende a una lógica expansiva tanto en la interpretación de las cláusulas constitucionales como en la identificación de principios implícitos”¹⁰. En mi opinión, sin embargo, aunque partamos de un constitucionalismo político eso no significa que no se pueda hacer una interpretación del contenido de la Constitución, y en particular, de los derechos, de acuerdo con un criterio sociológico. Y es que el contenido de los derechos es muchas veces tan ambiguo que precisa una interpretación acorde con los tiempos para así cumplir con la finalidad del constituyente cuando los reconoció jurídicamente, una finalidad que también atiende al momento presente¹¹, siempre que se mantenga fidelidad a los valores morales que subyacen a esos derechos.

138. Sobre la interpretación y aplicación del Derecho, vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R. L., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 122.

¹⁰ IGLESIAS VILA, M., “El positivismo en el Estado constitucional” en CARBONELL SÁNCHEZ, M. y SALAZAR UGARTE, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-IIIJ-UNAM, Madrid, 2005, p. 95.

¹¹ De hecho, la rigidez constitucional no está reñida con una interpretación del texto constitucional adaptada a los tiempos, “esta adaptación puede producirse tanto en un sentido *expansivo* de los derechos (como ha ocurrido con respecto a la igualdad y la privacidad, por ejemplo), como un sentido *restrictivo* (así con respecto a la propiedad privada)”, FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, n. 23, 2000, p. 34. Vid. del mismo autor, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997. Personalmente considero que en términos de derechos hay que abogar siempre por interpretaciones extensivas y no restrictivas, como si la cláusula de no regresividad que algunos textos constitucionales reconocen para los derechos sociales estuviera siempre presente cuando hablamos de derechos. Lo que ocurre respecto a la propiedad es que debido a que su contenido no es generalizable, al ponderarla con otros derechos de mayor importancia debe ceder, entre otras cosas, porque la Constitución no configura la propiedad como un derecho absoluto, sino que reconoce su función social (art. 33.2).

En relación con la democracia, el problema es que en el momento constitucional se atan las manos de las generaciones posteriores para decidir sobre esos contenidos que se han incluido en el texto constitucional y eso limita y amenaza el margen de lo que se puede decidir democráticamente. Ésta es la tesis que ha sostenido el ya citado Ernesto GARZÓN VALDÉS. Para él, la inclusión de los derechos en la Constitución supone levantar un coto vedado a la decisión de las mayorías. Los derechos funcionarían así como una especie de defensa o de blindaje de las minorías frente a una posible decisión mayoritaria que supusiese una restricción de sus derechos. Y precisamente en esta visión de los derechos como coto vedado es donde se pone más en evidencia la tensión entre constitucionalismo y democracia, entre derechos y democracia. La mayoría no puede decidirlo todo: “los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la esfera de lo *indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”¹².

¿Cuáles serían entonces los rasgos que caracterizan el Estado constitucional? En primer lugar, la posición suprema que ocupa la Constitución en el ordenamiento, no sólo como norma superior que establece y define las instituciones, funciones y límites de los poderes del Estado y los procedimientos que éstos han de seguir, sino también como una norma que, al hacer esto, determina la esencia de ese Estado y, por ello, una norma que no puede ser fácilmente modificable pues es la que establece las reglas del juego. Un cambio de Constitución viene a ser un cambio de modelo político, especialmente cuando ese cambio afecta a contenidos que se protegen especialmente. En segundo lugar, esa norma no sólo incluye aspectos procedimentales, sino que reconoce también derechos, esto es, juridifica determinados valores morales como el respeto a la dignidad, la autonomía y libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad en forma de derechos. En mi opinión, éste es el rasgo esencial y *sine qua non* para que estemos en un Estado constitucional: que en la norma suprema del sistema se incluyan derechos, se reconozcan valores morales juridificados. En consecuencia, el modelo constitucional no supone abrir la entrada de la moral en el Derecho de forma plena, como si se firmara un cheque en blanco. La moral penetra en el Derecho de forma muy medida, únicamente si así se ha decidido por el poder constituyente y en el grado en el que éste haya determinado. Por eso mismo se puede mantener la separación entre la moral crítica y la moral positivizada, porque no necesariamente tienen por qué coincidir. Podemos criticar Estados constitucionales porque la forma de plasmar esos valores no sea la adecuada o haya resultado insuficiente, porque se haya dado mucha importancia a la libertad y poca a la igualdad (por ejemplo, reconociendo únicamente derechos de libertad, civiles y políticos, y no derechos de igualdad, derechos sociales) o porque no se hayan reconocido los derechos de nueva generación¹³ (que realmente sólo aparecen en los textos

¹² FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, cit., p. 24.

¹³ Vid. sobre este particular, RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002. Hay una 2ª edición revisada, corregida y ampliada: Dykinson, Madrid, 2010.

constitucionales más recientes). Se da, por tanto, una separación entre la moral crítica y el Derecho. Y, en tercer lugar y como consecuencia de este segundo rasgo, como los contenidos morales poseen una cierta ambigüedad e indeterminación, especialmente cuando los derechos se enfrentan con circunstancias variadas en los casos concretos, el poder judicial cobra un protagonismo que no tenía en el Estado legislativo donde simplemente era la boca muda por la que hablaba la ley. Ahora la judicatura cobra mayor protagonismo al tener que tomar decisiones a la hora de delimitar el alcance de los derechos, ponderarlos, examinar su significado. Y esto lo hace a través de la argumentación, de una argumentación que no va a ser únicamente jurídica sino que va a tener también contenidos de moralidad. De ahí la importancia que está cobrando la teoría de la argumentación y la hermenéutica jurídica¹⁴. Y de ahí también el protagonismo del poder judicial que se percibe como una amenaza a la democracia, como un poder contramayoritario.

La Constitución de 1978 responde a este modelo constitucional. Es una norma que no sólo establece las formas de producción normativa y la distribución de competencias entre los diversos poderes del Estado, sino que además contiene unos contenidos de moralidad que aparecen desde el Título Preliminar y que responden a ese modelo de Estado social y democrático que reconoce derechos civiles, políticos y sociales. Por ello mismo, es necesario que el texto constitucional tenga una cierta estabilidad y no sea fácilmente modificable, porque hay que asegurar una permanencia en el modelo de Estado que nos dimos por consenso hace más de treinta años, que tendrá sus problemas y sus carencias, pero que ha logrado mantener el período democrático más estable de la historia de España. Precisamente por ello, siempre ha habido mucha resistencia a cambiar la Constitución.

II. LA DEMOCRACIA DUALISTA. EL MOMENTO CONSTITUCIONAL

Además, el modelo de Estado constitucional parte de una concepción de la democracia que podríamos denominar con, BRUCE ACKERMAN, dualista, puesto que diferencia las decisiones tomadas en el momento constitucional y aquellas otras adoptadas en las decisiones políticas de todos los días. Las primeras aparecen revestidas de una importancia que no tendrían las segundas y de ahí que las mayorías políticas, que cambian cada pocos años, no puedan entrar a reformar esos acuerdos adoptados en el momento constitucional. Este modelo dualista de democracia ha sido defendido por muchos autores y es donde encuentra

¹⁴ “El texto jurídico de la norma es expuesto a interpretación para facilitar la búsqueda y alcance de un sentido en cuanto sentido de justicia, que resulta colmado hermenéuticamente cuando es objeto de argumentación jurisprudencial enlazando lo fáctico y lo normativo para alcanzar una nueva dimensión jurídica: la resolución judicial con discurso argumentativo que soluciona, persuade y se hace realidad en la vida convivencial; la argumentación jurisprudencial deviene en experiencial. Cuando esta argumentación jurisprudencial apunta a un sentido de justicia jurídico desde la conciencia juzgadora a la conciencia de la comunidad el Derecho goza de alcance ético, y el mismo en cuanto resolución de determinación precisa adquiere justificación” (GRANDE YÁÑEZ, M., “Hermenéutica jurídica y justicia”, *Icade*, n. 82, 2011, p. 289).

justificación el hecho de que muchas Constituciones presenten determinada rigidez a la hora de ser alteradas, rigidez que se manifiesta en la exigencia de una mayoría especialmente cualificada o en la necesidad de respaldar la modificación con un referéndum, como es el caso del artículo 168 de la Constitución española, que para la reforma del Título Preliminar, el Capítulo II de la Sección I del Título I y el Título II requiere que la reforma se apruebe por mayoría de dos tercios en las dos Cámaras (Congreso y Senado), la disolución de estas Cortes, la realización de unas elecciones generales, que las nuevas Cámaras ratifiquen la reforma nuevamente por mayoría de dos tercios, y que posteriormente se convoque un referéndum para ratificar la reforma. Hay incluso algunos textos constitucionales que excluyen de la posibilidad de reforma algunas de sus partes. Por ejemplo, el artículo 79 de la Ley Fundamental alemana rechaza cualquier cambio que afecte a sus primeros veinte artículos, que es donde se recogen los derechos humanos, o el artículo 60 de la Constitución brasileña establece que los derechos en ella recogidos son intangibles y es imposible su revisión. Parece, pues, que el modelo de Estado constitucional extendido en la mayoría de los países de nuestro entorno, al menos de la tradición continental¹⁵, contemplan restricciones a la posibilidad de realizar reformas y eso se debe precisamente a distinguir en las democracias dos tipos de decisiones.

En este sentido resulta muy interesante la tesis dualista de BRUCE ACKERMAN para quien los representantes políticos no tienen autoridad para revocar las decisiones contenidas en la Constitución y ello es debido a que, por un lado, en el texto constitucional se recogen los procedimientos a través de los cuales se resolverán los conflictos existentes en una sociedad y, por otro y como consecuencia, a que requieren un especial consenso. En los momentos constitucionales se da un debate muy intenso, con el interés de llegar a acuerdos y donde hay una conciencia colectiva de la importancia del momento y de las decisiones que se están adoptando. Algo que no se da en las decisiones políticas que cada día adoptan los diversos parlamentos¹⁶. Esta tesis no estaría negando la democracia, simplemente diferencia dos tipos de decisiones democráticas, aquellas que se adoptan en el momento constitucional y el resto; las primeras quedan protegidas por unos procedimientos y mayorías que buscan un acuerdo social amplio, las segundas, que pueden además implicar una mayor urgencia, se toman por la votación mayoritaria habitual establecida en el propio texto constitucional (por ejemplo, mayoría simple o absoluta dependiendo, en el caso español, si se trata de una ley ordinaria o una ley orgánica). Esta tesis, en el fondo, deja ver una cierta desconfianza en el principio de representatividad de acuerdo con el cual funcionan nuestros sistemas democráticos, algo que estaba presente en autores como ALEXANDER HAMILTON y el juez JOHN MARSHALL que subrayaban el carácter popular de la Constitución frente

¹⁵ No ocurre así en otros países como el Reino Unido (donde como es conocido no existe una Constitución escrita), Israel o Nueva Zelanda, donde las mayorías parlamentarias podrían modificar el texto constitucional. En consecuencia, quizá estos países no entrarían dentro del modelo constitucional de Estado, sino más bien estarían dentro del modelo de Estado legislativo al que antes se aludió.

¹⁶ Vid. la tesis en ACKERMAN, B., *We The People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.

al de las leyes aprobadas por los representantes políticos¹⁷. Si efectivamente la Constitución es aprobada por el pueblo mediante votación, parecería que su calidad democrática ofrece menos dudas que las de las leyes aprobadas por los representantes políticos que en cada momento cuenten con mayoría.

Sin embargo, esta idea no gusta a todos los autores que no creen que, desde los fundamentos mismos de la democracia, se puedan diferenciar decisiones cualitativas y extraordinarias –las constitucionales– y las de menor rango –las del legislador–. Así, por ejemplo, ANDREA GREPPI sostiene que “las mayorías tienen legitimidad para pronunciarse sobre materias triviales, pero también sobre las materias más importantes. De este modo, no podemos decir que los derechos sean barreras *absolutamente* infranqueables. No podemos hacerlo, a menos que estemos dispuestos a renunciar también al conjunto de principios por el cual decimos que, en democracia, la última palabra corresponde a la comunidad política”¹⁸. En mi opinión, esta crítica es fácilmente discutible. El modelo dualista no niega la democracia, ni que la comunidad tenga la última palabra en relación al destino colectivo, más bien lo que hace es intentar salvar las reglas del juego que nos hemos dado y, en caso de que se quieran modificar, obligar a abrir un nuevo momento constitucional en el que el pueblo tome conciencia de la importancia de lo que está haciendo. Por ello es por lo que los textos constitucionales, en los elementos que se consideran esenciales para el modelo político dado, incluyen esquemas de rigidez, básicamente todo lo que afecta a los derechos y quizá, como en el caso español, al modelo de Estado (Título Preliminar y Título II de la Constitución). Modificar esto supone cambiar de modelo y parece lógico que sólo se pueda hacer por mayorías cualificadas, que una mayoría política (necesariamente cambiante) no pueda alterar las bases del sistema. Esto, como digo, no se contradice con la democracia porque precisamente en los momentos constitucionales se requiere normalmente la voz del pueblo y no sólo de los representantes, que han de votar el nuevo texto constitucional. El modelo dual de democracia es, pues, profundamente democrático.

Con todo, no siempre está claro qué es lo que se puede entender por momento constitucional. Es evidente que si aceptamos reformar, por poner un caso, el Título II de nuestra Constitución siguiendo el procedimiento agravado del artículo 168, probablemente nadie dudaría de que estuviésemos ante un nuevo momento constitucional, como efectivamente lo estuvimos en 1978. El problema puede surgir en relación a otro tipo de decisiones que pueden ser vividas por el pueblo, o una parte del pueblo, como momentos constitucionales y no así por el órgano encargado de salvaguardar las decisiones del momento constitucional. En mi opinión, la reciente reforma del artículo 135 de la Constitución de 1978 supone abrir

¹⁷ Vid. HAMILTON, A.; MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994.

¹⁸ GREPPI, A., “Democracia como valor, como ideal y como método” en CARBONELL SÁNCHEZ, M. y SALAZAR UGARTE, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 356.

el momento constitucional, aun cuando formalmente no entre dentro de las materias del artículo 168. Intentaré justificar este argumento en lo que sigue.

III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135, ¿EL FINAL DEL ESTADO SOCIAL?

La reforma del artículo 135 que en las Cortes se ha llevado a cabo ha estado rodeada de polémica en cuanto a la forma y en cuanto al fondo. En relación a la primera, ha llamado la atención el acuerdo adoptado con velocidad de vértigo entre los dos grupos mayoritarios para modificar el citado artículo cuando en los años que llevamos de democracia el contenido del texto constitucional se ha presentado como intocable, aun cuando muchas partes de su contenido han quedado obsoletas e inadaptadas a la realidad de España en el siglo XXI. Además, al no estar el 135 entre los artículos que suponen un procedimiento agravado de reforma de acuerdo con el 168, la decisión de la modificación no tiene por qué ratificarse en un referéndum bastando, como así ha sido, con la voluntad de los representantes políticos. Pese a que en los medios de comunicación muchos políticos, activistas y pensadores reclamaron la ratificación de la reforma en referéndum, al no solicitarlo los 35 diputados o los 26 senadores de acuerdo con el 167.3 CE, esta posibilidad devino imposible según los partidos mayoritarios por la urgencia de llevar a cabo la reforma.

Llama la atención que esta forma de plantear las cosas se haga tan sólo unos meses después de que las calles de toda España se llenaran de protestas de ciudadanos que reclamaban una mayor participación en el proceso político y denunciaban que la democracia tenía que ser algo más que firmar un cheque en blanco cada cuatro años cuando se votan partidos políticos en listas cerradas (en el Senado abiertas, pero su funcionamiento real no está muy lejos de las listas cerradas).

Esta forma de realizar la modificación, parece que urgidos los políticos por el deseo de aplacar la voracidad de los mercados, es ya una razón suficiente para rechazarla porque se ha hecho con una falta absoluta de transparencia democrática (utilizando un procedimiento abreviado y urgente que ha privado del necesario debate sosegado), que es precisamente lo que a la larga puede restar legitimidad a nuestro texto constitucional y a todo el sistema político que tenemos en nuestro país. Por tanto, desde mi punto de vista, las solas formas son ya un motivo más que suficiente para rechazar la reforma.

Pero lo es más si atendemos al fondo. Desde los partidos mayoritarios, y en particular, desde el Partido Socialista y desde el Gobierno, la reforma se ha justificado como si fuera un simple cambio cosmético que no suponía alterar el modelo acordado en el momento constitucional de 1978 sobre todo si tenemos en cuenta que el compromiso de limitar el endeudamiento del Estado o reducir el déficit es algo que se encuentra en Tratados que vinculan a España por su pertenencia a la Unión Europea. Sin embargo, si se hace un análisis

hermenéutico sosegado de la reforma y se interpreta ésta en el contexto sistemático del texto constitucional, podemos concluir que los cambios no han sido meramente superficiales sino que suponen introducir una línea ideológica que mina, o cuanto menos, contradice la definición de España como Estado social.

El artículo 135 en su redacción de 1978 decía lo siguiente: “1. El Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito. 2. Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la Deuda Pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión”. La nueva redacción ha quedado como sigue: “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. 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. 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. 4. 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. 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. 6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias”.

Como se puede advertir, en la vieja redacción se permitía al Estado emitir deuda pública y contraer crédito, siempre sometido a los requisitos establecidos en la legislación de desarrollo, esto es, siempre sometidos al imperio de la ley. En la nueva redacción, esta posibilidad se limita ya que de la formulación como permiso positivo se pasa a la formulación de prohibición de incurrir en un déficit mayor de un porcentaje del PIB que se establecerá en la correspondiente legislación de desarrollo. Se pasa, en consecuencia, de una posibilidad, de la que el Gobierno podía hacer uso en el desarrollo de su tarea de gestión de los asuntos públicos, a una prohibición de hacerlo más allá de un límite, lo que viene a configurar el recurso a la deuda pública como una excepción al principio general de prohibición de endeudamiento.

Sin duda, todo el mundo está de acuerdo con que la estabilidad presupuestaria debiera ser un objetivo de todo buen gobernante. Lo que ocurre es que esta reforma no es simplemente una fórmula retórica que pone en negro sobre blanco ese objetivo; como no va acompañada de ninguna otra previsión, supone legitimar constitucionalmente la destrucción de los sistemas de bienestar de los que estamos siendo testigos en los últimos años. Desde mi punto de vista, la reforma del artículo 135 limitando la posibilidad del Estado de incurrir en déficit pero no estableciendo la obligación de garantizar un mínimo de gasto para satisfacer los derechos sociales, supone romper el consenso constitucional y de forma fraudulenta alterar el carácter social de nuestro Estado de Derecho asumiendo tesis neoliberales.

En el mundo de la globalización financiera en el que nos movemos, la capacidad del Estado para regular e intervenir en la economía se ha reducido de manera drástica. El modelo de Estado de bienestar que se desarrolló tras la II Guerra Mundial era el fruto de un acuerdo entre las fuerzas del capital y del trabajo, donde las primeras seguían ocupando una posición de dominio pero eran conscientes de que para mantener su margen de beneficio tenían que asegurar un cierto bienestar a la mayoría trabajadora que le permitiera consumir los productos de la economía productiva. Desde los años 90 estamos viviendo una transformación del capitalismo porque está pasando de ser productivo a ser financiero: hoy la mayor parte de la riqueza se produce en movimientos especulativos del capital: “el modo normal de funcionamiento de la globalización neoliberal ha sido la creación y recreación de burbujas sucesivas que agravaban la crisis y donde la anterior creaba y alimentaba las condiciones de la posterior”¹⁹. Como consecuencia, el pacto de la sociedad del bienestar entre capital y trabajo se ha venido abajo porque el capital ya no depende de la misma manera del trabajo y se siente libre para atacar los derechos laborales y el resto de derechos sociales y de esa forma ir minando, en un ataque constante y sin descanso, las estructuras de bienestar. La fase última de este ataque está siendo la crisis que se vive desde 2008 y sus efectos, de la que la reforma constitucional es únicamente un paso más, quizá no el más importante, pero desde luego con profunda significación simbólica.

¹⁹ MORENEO, M., “Política de las crisis y crisis de la política (emancipatoria)”, *El Viejo Topo*, n. 260, p. 36.

La reforma constitucional, imponiendo a los Estados el deber de no endeudarse sin distinguir si el tipo de deuda es en bienes de inversión productiva o en gasto corriente y sin paralelamente determinar un nivel de gasto mínimos dedicado a asegurar la garantía de los derechos sociales básicos, como son la educación o la salud, ni establecer una reforma fiscal que diera los recursos necesarios al Estado para conseguir precisamente la estabilidad presupuestaria, se corresponde con la ideología del neoliberalismo, con el papel que éste atribuye al Estado y su negación de los derechos sociales. Y haciendo esto no sólo se altera la cláusula social del Estado, sino que se convierte la Constitución en un texto contradictorio, antinómico, pues el nuevo 135 resulta, cuanto menos, algo incompatible con la cláusula social del artículo 1.1. donde España se define como “un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Esa cláusula social donde la igualdad aparece como uno de los valores superiores no es una fórmula vacía, sino que significa que la igualdad no sólo debe quedarse en lo formal, sino alcanzar a lo sustantivo garantizando a todas las personas un mínimo vital y una distribución de la renta de forma equitativa como señala el artículo 40: “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”. Renunciando a la posibilidad de incurrir en déficit y de endeudarse, el Estado está atándose las manos con una importante medida de política económica para poder hacer realidad el fin incluido en el artículo 40 y poder financiar aspectos fundamentales de los derechos sociales, por ejemplo en todo lo que se refiere a la educación, la protección social y la sanidad. Si esta reforma, que persigue la estabilidad presupuestaria, algo indiscutiblemente necesario, no se acompaña de una reforma que establezca un mínimo del PIB que el Estado está obligado a gastar en los derechos sociales básicos que exigiría la cláusula social, entonces lo que se está anulando por la vía de hecho es la protección social y el bienestar, se está utilizando una vía fraudulenta para reformar el Título Preliminar sin seguir la vía del 168 alterándose así los acuerdos del momento constitucional sin abrir un nuevo momento de esta naturaleza y violándose los fundamentos del procedimiento democrático.

Como se ha indicado antes, lo que se decide en el momento constitucional no es únicamente la forma y estructura del Estado, los procedimientos a seguir a la hora de aprobar las normas de diverso rango, las competencias y funciones atribuidas a cada poder, sino también se acuerdan una serie de derechos sobre los que se excluye la futura discusión. Es a lo que se refiere Ernesto GARZÓN VALDÉS cuando habla precisamente de los derechos como un coto vedado²⁰ a la decisión democrática, como un ámbito que consciente y delibe-

²⁰ GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y democracia” cit., pp. 631-650. Vid., del mismo autor, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, n. 12, 2000, pp. 7-34. Stephen Holmes habla de reglas mordaza, en el momento constitucional la sociedad se comprometería a no hablar o decidir sobre determinadas cuestiones, vid. HOLMES, S., “Gag Rules or the Politics of Omission” en ELSTER, J. y SLAGSTAD, R. (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, pp. 19-58.

radamente se decide dejar fuera del juego democrático porque de alguna forma se considera que constituye una precondition de la propia democracia. Los momentos constitucionales suelen venir marcados por ser de crisis y de inestabilidad (pensemos, por ejemplo, en el paso de una dictadura a una democracia) y eso hace que las fuerzas constituyentes tengan una especial disposición a intentar llegar a acuerdos y a consensos. Eso provoca también que en muchas ocasiones el texto constitucional sea lo suficientemente ambiguo como para que luego se pueda concretar de diversas maneras. Las condiciones en las que se alcanza ese acuerdo constitucional no son reproducibles pasado tal momento y, precisamente porque la intención que lo dirige es alcanzar un consenso de mínimos, unos mínimos que tienen que ver con la organización política y administrativa del Estado y con el reconocimiento de una serie de derechos. La reforma del artículo 135 ataca la sostenibilidad y garantía de los derechos sociales. Lo estamos viendo ya en las noticias que aparecen en los medios cada día: se recortan gastos en educación, sanidad, se priva de asistencia sanitaria a los que lleven desempleados más de un año, se recortan las rentas mínimas de inserción... Y todo ello se hace con el objetivo de reducir el déficit del Estado sin tener en cuenta que los derechos sociales tienen más importancia que la estabilidad presupuestaria, que la exigencia y el contenido moral de estos derechos supone que el Estado ha de buscar la manera de financiarlos no pudiendo quedar desprotegidos por no querer buscar la riqueza allí donde ésta se encuentra, es decir, por no querer dar cumplimiento a otro mandato constitucional, el de crear un sistema fiscal de acuerdo con los principios de progresividad y capacidad económica tal y como señala el artículo 31.

Por otro lado, el otro aspecto polémico del acuerdo constitucional es que supone atar las manos de las generaciones venideras, la Constitución queda fijada de una vez por todas y ya no se vuelve a discutir sobre ella salvo que se abra un nuevo momento constitucional²¹. Esto es lo que se conoce como paradoja de la democracia, porque “cada generación desea ser libre de atar a su sucesora, sin estar atada por sus predecesoras” y esto es algo que sólo es posible para esa primera generación, pero no para las posteriores, todas las generaciones “no pueden alcanzar simultáneamente ese objetivo”²². Esto plantea particulares problemas sobre todo en textos constitucionales no relativamente recientes, como es el español, sino muy antiguos, como es el caso del norteamericano. ¿Por qué no va a abrir cada generación su particular momento constitucional? ¿Cuánto duran los acuerdos tomados en ese momento? ¿No se toman democráticamente en el momento constitucional decisiones que son profundamente antidemocráticas o que limitan sustancialmente la democracia²³? ¿Cómo salir de este bucle, de esta paradoja que hace de la Constitución la decisión democrática por excelencia que recorta la democracia? Creo que este problema no deja de ser más conceptual que real si

²¹ ZAGREBELSKY, G., *Principios y votos*, cit., p. 27.

²² ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 2000, p. 159.

²³ RONALD DWORKIN defiende que los acuerdos constituyentes se aprueben por referéndum, esto es, por mayoría, vid. DWORKIN, R., “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, vol. 3, n. 1, 1995, pp. 2-11.

en el texto constitucional efectivamente se recogen procedimientos de reforma; en el fondo el concepto mismo de generación no está claro (las generaciones no son compartimentos estancos porque nuevos ciudadanos nacen cada día), pero aunque lo estuviera no habría otra forma de hacer las cosas: cuando se legisla se hace siempre de cara al futuro y resulta imposible establecer un procedimiento asambleario permanente para decidir si se está o no de acuerdo con una determinada norma. El Derecho como sistema normativo imperativo y coactivo funciona así; como expresamente señala BAYÓN “las cosas no pueden ser de otro modo: legislar es un *acto institucional* y, como tal, conceptualmente imposible en ausencia de normas constitutivas previas que al definir qué cuenta como “decisión válida” *inevitablemente* limitan y condicionan qué puede decidirse válidamente”²⁴.

Por otra parte es verdad que, en ocasiones, las reformas constitucionales son tan costosas que es difícil imaginar en qué circunstancias se pueden llevar a cabo, pero también lo es que cuando afectan al núcleo duro de los derechos no es extraño pensar que tales derechos protegen y alcanzan también a las generaciones venideras y por ello no necesitan ser revisados (en todo caso, la revisión iría por la línea de su expansión y no de su recorte), de ahí que algunos textos constitucionales excluyan de toda posible reforma precisamente los derechos. Los derechos se configuran como precondiciones de la propia democracia. En cualquier caso, como los momentos constitucionales se caracterizan por la búsqueda de un consenso más o menos generalizado en la sociedad, esta posibilidad queda muy limitada en la práctica.

Pues bien. Es comprensible que la mayor crisis económica que está viviendo el mundo desde 1929 pueda obligar a hacer un nuevo diseño de nuestro modelo político y económico. Probablemente es urgente que lo hagamos, y nadie niega que no se pueda hacer. Pero para ello es necesario que abramos un nuevo momento constitucional donde los representantes y la ciudadanía debatamos sobre las alternativas posibles y busquemos un acuerdo amplio que se base en un consenso que evite futuras tensiones y conflictos. La reciente reforma del artículo 135 del texto constitucional español ha supuesto una alteración de los acuerdos del momento constitucional de 1978 sin abrir un nuevo momento constitucional, ya que como se ha argumentado, supone minimizar la capacidad del Estado para cumplir con las obligaciones derivadas de la cláusula social tal y como se venía haciendo hasta el momento sin ofrecer una vía alternativa (la que incide en los ingresos). Como se está viendo ya, la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas únicamente pueden materializar esto reduciendo y recortando la protección efectiva de los derechos sociales. Y esta alteración de los acuerdos del momento constitucional se hace por la puerta de atrás, sin entender el porqué no se hace reconociendo el calado y la importancia de la reforma. No sólo se han alterado las bases de nuestro sistema político y social, sino que se ha atacado el procedimiento democrático. Esa democracia que hoy se encuentra tan afectada. Por mucho que se haya seguido formalmente el procedimiento del 167 y por mucho que la reforma

²⁴ BAYÓN, J. C., “Problemas de fundamentación del constitucionalismo” en CARBONELL SÁNCHEZ, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, cit., p. 333.

haya sido respaldada por una mayoría de los miembros de las Cámaras, eso no significa que sea legítima. Porque se ha utilizado una vía indirecta para reformar (o anular) el Estado social, con la conciencia de que si esto se hubiera hecho por la vía adecuada, probablemente no habría salido adelante. La democracia y la Constitución han sido atacadas y nos hemos doblegado, una vez más, al poder de los mercados para los que la democracia es un estorbo. ¿Qué será lo siguiente?