

SOFÍA OLARTE ENCABO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén.

Extracto:

EL problema del análisis sistemático de la ordenación constitucional del sistema de Seguridad Social, pese al tiempo transcurrido y a las muchas y autorizadas plumas que se han ocupado del mismo, sigue siendo uno de los más delicados, complejos y abiertos a los que debe hacer frente el Derecho de la Seguridad Social. Es sabido que la búsqueda de un eventual modelo constitucional de Seguridad Social, o bien se ha considerado que carece de sentido (pues no existiría tal modelo), o bien se ha entendido inútil (dada la flexibilidad y ambivalencia del texto constitucional). Pese a que éste es el estado de la cuestión en nuestra doctrina, los autores de este trabajo consideran especialmente oportuno un replanteamiento del tema, en primer lugar, por la intensidad de los procesos de dispersión normativa e institucional, por el decidido proceso de reforma racionalizadora de su acción protectora, en segundo lugar, y, finalmente, por el intenso debate sobre la subsistencia misma del Sistema y la necesidad de su reforma (contexto en el que surgen, primero el Pacto de Toledo, y después, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social). En esta línea se propone una superación de la doctrina constitucional sobre la configuración de la Seguridad Social como simple garantía institucional y el avance de una garantía externa de carácter social. Es éste un artículo que, centrado en este punto, trata, también, de confrontar el marco constitucional con el proceso de reforma de la Seguridad Social en nuestro país, en estos momentos y en el marco internacional y comparado.

Sumario:

- I. Derecho, razón y Seguridad Social: ¿crisis o evolución del sistema?
 1. Seguridad Social y Estado Social: dos «compañeros» inseparables de un «viaje histórico».
 2. Seguridad Social, persona y mercado: la nueva dialéctica entre mercantilización y desmercantilización de la «ciudadanía social».
 3. Seguridad Social y orden jurídico: de la soberanía del derecho a la gobernabilidad de la economía.
 4. Seguridad Social y Derecho Social: la reafirmación de la idea transaccional de la justicia.

- II. La defensa constitucional de la Seguridad Social como instrumento de racionalización del sistema: garantismo, derecho flexible y jurisprudencia de valoración.
 1. La nueva actualidad del debate sobre las relaciones entre Seguridad Social y Constitución.
 2. El enfoque cultural: la Seguridad Social como derecho social fundamental de ciudadanía.
 3. La efectividad de los condicionantes constitucionales a las opciones de reforma legal: la ambigüedad del artículo 41 de la Constitución española. ¿«Valor añadido» o «deficiencia» de definición?

- III. El contexto comunitario, internacional y comparado: la evolución de la seguridad y la transformación de los estados industrializados.
 1. Derecho Comunitario y Seguridad Social.
 2. Derecho Internacional de la Seguridad Social.
 3. Evolución del Derecho de la Seguridad Social de los Estados industrializados.

- IV. Tendencias actuales de la política del Derecho en el sistema de la Seguridad Social: el sistema de pensiones en el marco de la proyectada reforma «consolidadora» y «racionalizadora» de la Seguridad Social.
 1. Aspectos formales y contenido de la ley.
 2. Valoración general de la reforma racionalizadora (Ley 24/1997, de 15 de julio).
 3. A modo de conclusión.

*Viva Don Juan Robles que, con caridad sin igual,
hizo hacer este Hospital, pero, primero hizo hacer
los pobres*

Anónimo de la Lirica Castellana Tradicional

I. DERECHO, RAZÓN Y SEGURIDAD SOCIAL: ¿CRISIS O EVOLUCIÓN DEL SISTEMA?

1. Seguridad Social y Estado Social: dos «compañeros» inseparables de un «viaje histórico».

Cualquier discurso que pretenda recorrer analíticamente los senderos, ciertamente cada vez más inexcrutables y movedizos, por los que se conducen los «sistemas» contemporáneos de Seguridad Social, viene obligado a referirse, no como mero lugar común ni como simple cláusula de estilo, a la íntima e interactiva relación que mantienen aquéllos con la forma clásica del Estado Social de Derecho, según el lenguaje jurídico-constitucional, o con el «Estado de Bienestar», «Estado-Providencia» o «Estado Asistencial», según las expresiones más caras a los politólogos, sociólogos y economistas, con las que, como es obvio, pretenden realzar sus propias connotaciones y matices diferenciales. La historia de la Seguridad Social es, así, la historia del progresivo desarrollo y perfeccionamiento del Estado Social, y la historia de la «crisis» permanente e internacional de aquélla (y la generalizada convicción sobre la necesidad de su reforma), no es nada más que la historia de la puesta en cuestión y «crisis» de los Estados Sociales de Derecho, caracterizados por la incorporación de objetivos «protectores» y dotados originariamente de una dimensión fundamentalmente «nacional» (1).

(1) *Cfr.* para esta crisis en su proyección al actual Derecho del Trabajo, pero con una sugerente perspectiva de alcance general, por supuesto constatable en el Derecho de la Seguridad Social, *vid.* el magistral trabajo del prof. E. BORRAJO. «¿Reforma laboral o Nuevo Derecho del Trabajo?». *AL* núm. 34. 1994. Más expresamente, F. VALDÉS DAL-RÉ. «Estado Social y Seguridad Social». Editorial *RL* 1994. II, pág. 63. Con referencia a la perspectiva del gasto social *vid.* A. GONZÁLEZ TEMPRANO *et alri.* *El Estado de Bienestar en los países de la OCDE*. Madrid. 1992.

En este sentido, recordatorio de la centralidad de la Seguridad Social, en la construcción, evolución y defensa efectivas de la idea de Estado Social -considerado aquí como intento de impulsar una *experiencia civilizadora* capaz de integrar eficiencia económica, democracia política y justicia social-, resulta ahora ya un auténtico tópico doctrinal -en este caso verdadero- situar la garantía de un régimen público y suficiente de Seguridad Social como un rasgo identificador y original del denominado «modelo social europeo» (2). En definitiva, la Seguridad Social constituiría, tanto en España como en el resto de los países de la Unión Europea, uno de los «grandes ejes sobre los que se ha gestado y ha crecido el denominado Estado de Bienestar, que a la postre no es sino la concreción en términos de organización económica del Estado Social» (3).

Situados en este ámbito, aparece claro y es conocido que, la positivización de los derechos sociales de ciudadanía, y en especial los de seguridad y protección sociales, produjo la apertura del propio discurso teórico-conceptual de los derechos en general al ámbito de la decisonalidad jurídico-política. La lucha por los derechos es, así, parafraseando una conocida formulación, la lucha por alcanzar estatuto de derecho frente a otros en conflicto o alcanzar niveles de tutela y garantía que especifiquen la preferencia de unos sobre otros. De esta forma, las «transformaciones» del Estado y de la sociedad contemporáneas (4), precisamente aquellas sintetizadas en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social de Derecho, pusieron de manifiesto el carácter inquietante y, en ocasiones, lisa y llanamente «dramático» de la decisión, rompiendo con las míticas concepciones precedentes basadas en el pretendido carácter estático, fijo e inmutable del reconocimiento de los derechos, igualmente reconocidos y protegidos por un Estado como garante de un sistema de derechos eminentemente prestacionales, por lo que debe estar particularmente atento a las nuevas exigencias y a las nuevas circunstancias de la realidad social y económica (5).

De esta forma,

- 1.º El proceso de legitimación jurídica de una creciente y multiforme gama de «intereses nuevos», no vinculados a las razones de productividad y de eficiencia económicas -*principio propietario* y *principio de mercantilización universal*- sino a exigencias de integración socioeconómica efectiva y de dignidad material -*principio de solidaridad social* y *principio de igualdad efectiva*-.

(2) Como se ha reconocido recientemente por el Comité de Sabios encargado de presentar, en el marco de la Conferencia Intergubernamental para la reforma del Tratado de la Unión Europea, una propuesta de introducir un catálogo o «código» de derechos sociales, Europa ya «es un Estado Social, antes incluso de la integración de los Estados en la Unión», de modo que, los derechos cívicos y sociales, en la «tradición europea, son indisociables». *Cfr.* «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales». *Informe del Comité de Sabios*. Comisión Europea 1996, págs. 5 y 6.

(3) *Cfr.* F. VALDÉS DAL-RE. *op. cit.* pág. 64. De interés la consulta de P. BALDWIN. *La política de solidaridad social. Bases sociales del Estado de Bienestar europeo 1875-1975*. Madrid 1992, y en un plano clasificatorio, comparativo e histórico G. ESPIN-ANDERSE. *Los tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia, partic. págs. 117 y ss., aunque no incluye España.

(4) Emblemática y clásica la referencia al precioso libro de M. GARCÍA PELAYO así titulado, reeditado en fechas relativamente recientes por Alianza Editorial.

(5) *Cfr.* desde una perspectiva general K. POLANYI. *La gran transformación. Crítica del Liberalismo económico*. Ed. La Piqueta. Madrid. 1989. En el plano jurídico-público *cfr.* L. PARJO ALFONSO. *Crisis y renovación del Derecho Público*. Madrid, 1991.

- 2.º La proyección de la acción estatal en la esfera económica sobre bases parcialmente distintas a la corrección eficiente de los instrumentos de asignación y distribución de recursos del mercado -*principio intervencionista*-; y,
- 3.º La realización material del proceso normativo -juridificación- a través del modelo regulador propio del Estado Social de Derecho -*principio de legalidad material o sustancial*- supusieron, a los efectos aquí relevantes, la atribución al sistema de Derecho de una función de asignación y distribución de recursos realizada explícitamente sobre consideraciones de igualdad material, libertad efectiva y participación e integración social (6).

En definitiva, y para no explayarnos en un tema clásico, ampliamente abordado por una bibliografía especializada y de alto nivel y que, en cualquier caso, desborda con creces el objetivo de este trabajo, se había aceptado ampliamente que el modelo de juridificación del Estado Social constituía un diferente método de asignación y distribución de recursos de la sociedad que ha variado, aunque sólo de modo parcial y relativo, el sistema general de «satisfacción» de, y «protección» frente a necesidades establecido en el Estado Liberal de Derecho. Precisamente por ello, la puesta en crisis de este modelo regulador implica, al mismo tiempo, la puesta en crisis de un modelo de legitimación de la decisión jurídica basada en la extensión de la tutela estatal a los nuevos intereses, expectativas y demandas sociales, con la consiguiente pérdida de capacidad para obtener un consenso suficientemente amplio sobre los criterios de distribución. Es, pues, el propio proceso de formación de los derechos el que está en cuestión, que vuelve a estar ampliamente condicionado por las circunstancias y por los mecanismos del mercado, afectando a los presupuestos existenciales del entero sistema de derechos: la capacidad para proporcionar confianza en los ciudadanos -origen consensual del Estado constitucional de Derecho- y la eficacia del mismo (7). Así, la complejización y multiplicación de las demandas o pretensiones, unidas a la crisis de acumulación y a la crisis fiscal, estarían produciendo como efecto la deslegitimación de la acción política como mecanismo distribuidor de recursos. La reaparición y complejización de la conflictividad social aparecería, desde esta lógica, como expresión final de esta tan «cacareada» crisis del modelo regulador propio del Estado Social, con los consiguientes efectos de desorganización y de inestabilidad (8).

(6) Cfr. L. JOSSERAND. *El espíritu de los derechos y su relatividad*. México. 1946.

(7) Cfr. recientemente, respecto a la Seguridad Social, aunque en el marco de la crisis de legitimación del Estado Social, A. DESDENTADO BONETE. «La nostalgia del sistema: Reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis». En *Reforma Laboral, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales*. Estudios Homenaje a JUAN ANTONIO LINARES LORENTE. CGPJ, 1996, pág. 382, y en sentido similar también L.E. DE LA VILLA. «Reforma de la Seguridad Social y Estado del Bienestar en España». En *Reforma Laboral, Tutela Judicial... op. cit.* págs. 373 y ss. También, aunque desde una perspectiva diversa, alude a la pérdida de confianza en el sistema, hasta el punto de afectar a principios básicos del Estado de Derecho, el prof. E. BORRAJO. «¿La ignorancia de la ley laboral excusa de su cumplimiento?». *AL*, núm. 31. 1996.

(8) Como es sabido, uno de los cambios estructurales que ha invertido la imagen del Derecho tal y como ésta estaba consolidada en los inicios de nuestro siglo, es el fenómeno de la «juridificación» de la vida social y del incremento progresivo de la producción legislativa que han llevado al sistema jurídico a una inflación legislativa y a una progresiva complejización material a medida que la acción reguladora del Estado abarcaba más ámbitos de la vida social. Sobre el tema de la juridificación y, consecuentemente, las propuestas de desregulación, *vid.* las contribuciones de A. FREBAJO, J. HABERMAS, y N. LUHMANN en el número XVIII de *Política del Diritto*, 1987. Para una perspectiva crí-

En este contexto económico y cultural, lejanas parecen ya aquellas palabras de la comunicación de la Comisión al Consejo de la CEE (COM) 82 716 *in fine* de que «la protección social no debe ser considerada como una carga para la economía. Aquella constituye una condición previa para el mantenimiento de un nivel elevado de aptitud, eficacia y motivación en la vida económica de Europa» (9). En su lugar, tal como expresa el Libro Blanco (*Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, de 5 de diciembre de 1993), se advierte de la inconveniencia de una reducción drástica y de los recortes salvajes de la protección social, lo que sería socialmente inaceptable y políticamente insostenible, por lo que, si bien implícitamente, implica admitir la necesidad de una reducción de la protección social de menor calado. En cualquier caso, se habla de un declive de la «cultura» de la Seguridad Social, de su devaluación en la percepción social (10). En el campo económico se culpabiliza a la Seguridad Social del encarecimiento de los costes laborales y de la consiguiente desventaja competitiva de los países que mantienen niveles de Seguridad Social (11). Igualmente, se acusa a la Seguridad Social de tener efectos perversos sobre el empleo, en la medida en que las prestaciones por desempleo, en los supuestos de larga duración, son un desincentivo al trabajo, olvidando que la Seguridad Social se está utilizando como instrumento de fomento de empleo y de apoyo directo a las empresas (bonificaciones, exenciones, jubilaciones anticipadas, reconversiones industriales...) (12).

Es evidente que algunos de los presupuestos sobre los que se ha construido la Seguridad Social con un sistema de financiación de reparto se están viendo en buena medida alterados. El envejecimiento de la población (13) con todo lo que ello supone para los sistemas públicos de salud y el sis-

tica general del Derecho, *vid.* G. TEUBNER. (Ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlín. 1983. En el plano político y social, C. OFFE. «Democracia de competencia entre partidos y el Estado de Bienestar Keynesiano. Factores de estabilidad y de desorganización». En *Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid. 1992. págs. 72 y ss.

- (9) En el mismo tono, con posterioridad, *vid.* también el Libro Verde (Informe Dlynn) de 15 de noviembre de 1993, donde se rechaza que el progreso social deba frenarse para recuperar la competitividad económica.
- (10) Aumentan las conductas de fuga y fraude (a través del empleo sumergido, las cotizaciones, los impuestos...), la sociedad es cada vez más consciente de lo que ha de contribuir para el mantenimiento de los sistemas de Seguridad Social que de lo que recibe de ella, en otros términos, se cuestiona su eficiencia social. Ciertamente, es éste un punto de reflexión importante en la medida en que, en el fondo afecta a la propia legitimidad del sistema; y no es fácil de contraargumentar si se tiene en cuenta el creciente arraigo de las tendencias desreguladoras, reindividualizadoras, neoliberales... que cada vez penetran más en el sentir colectivo de la sociedad. No obstante, la relación protección social-cohesión social es algo, por el momento, incuestionable, las sociedades democráticas maduras no están preparadas para un desmantelamiento del sistema de protección social que las sustenta.
- (11) Como si mercantilización de los espacios de protección pública, a parte de inviable para la mayor parte de la población, resultara más barato, parece que se olvida el ánimo de lucro que acompaña al seguro privado. *Cfr.* J.F. CAINZOS. *Los componentes público y privado del Estado de Bienestar: una perspectiva constitucional*. AA.VV. Estado, privatización y bienestar. Un debate de la Europa actual. 1991.
- (12) *Cfr.* L. VILA LÓPEZ. «Los efectos redistribuidores del Estado de Bienestar: una valoración, posibilidades de remodelación y perspectivas futuras». *Rev. Treb.* núm. extraordinario, 1987, págs. 78-80; A. PEALLER *et alri*. *Competitividad económica y Estado de Bienestar. Estudio comparativo de cinco países avanzados*. MTSS. 1993.
- (13) Para un análisis reciente de la evolución demográfica en España, en relación con los problemas de la Seguridad Social *vid.* *La Seguridad Social en el Umbral del Siglo XXI*. MTSS. 1996, págs. 52 y ss.

tema de pensiones, no es algo opinable, es un hecho objetivo que pone en peligro la transferencia intergeneracional. En este sentido las líneas de reforma indispensables ya están poniéndose en práctica: acceso más tardío a las pensiones y condiciones de reconocimiento y de cálculo más restrictivas. Ello, aunque los problemas demográficos no serán agudos hasta el próximo milenio, hace necesario la búsqueda de un nuevo equilibrio entre los intereses de activos y pasivos y la adopción de medidas con cierta prontitud, tanto en el campo de las pensiones públicas como en el ámbito de la previsión complementaria.

También es destacable la evolución experimentada en las estructuras familiares y en los comportamientos de actividad, ya lejanas a la concepción tradicional de la familia: la incorporación masiva de la mujer al trabajo, la menor duración de los vínculos matrimoniales, uniones matrimoniales de hecho, de solteros, divorciados y separados con cargas familiares, aumento de la filiación extramatrimonial y de las familias monoparentales..., el problema de la incapacidad de las familias para hacerse cargo de los mayores dependientes... es evidente que fuerza a los sistemas de Seguridad Social a una adaptación que tenga en cuenta la diferente incidencia de los riesgos sociales en cada una de estas situaciones. Incluso no sería aventurado cuestionar la legitimidad y la eficacia de los derechos derivados en el ámbito de la Seguridad Social, tal y como se han configurado tradicionalmente, si se tiene en cuenta la desestabilización de la familia como estructura social básica y la incorporación masiva de la mujer al trabajo (14).

Sin embargo, pese a que es evidente que asistimos a cambios que exigen un esfuerzo importante de adaptación a las cambiantes circunstancias, consideramos que la viabilidad del sistema es objetivamente posible -realmente el sistema hoy por hoy no está en crisis financiera, y en cualquier caso tal crisis está por ahora relativamente localizada en determinadas prestaciones y en determinados regímenes- y que se trata más bien de un problema de verdadera voluntad política de mantenerlo y consolidarlo, realizando las reformas necesarias para evitar reducir la Seguridad Social a una cobertura de mínimos (15). El halo científico de las profecías económicas sobre la imposibilidad de sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social, que pretende imponerse a los juristas, incapaces de comprender las complejas variables que manejan los teóricos de la economía, se desvanece y se nos muestra como un discurso interesado, cuando en el mismo campo de la economía se alzan otras voces, que también con argumentos pretendidamente concluyentes nos tratan de demostrar su perfecta viabilidad (16).

(14) Cfr. AA.VV. «El Estado de Bienestar posible». *Revista IEE*, núms. 1 y 2. 1994.

(15) Ello es corroborado por importantes trabajos de investigación a partir de proyecciones económico-actuariales, donde se concluye que «la viabilidad del sistema de pensiones a medio y largo plazo es plenamente posible». Cfr. *La Seguridad Social en el umbral... op. cit.* pág. X.

(16) Vid. el trabajo colectivo, desde una óptica predominantemente económica, TORRES LÓPEZ (coord.) *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?* Ariel. Barcelona. 1996. Concretamente destaca el trabajo de J.L. MILLÁN PEREIRA. *La crisis financiera de las pensiones públicas: la rebelión de los argumentos*, donde con profusión de datos económicos acaba concluyendo que los fundamentos de la crisis financiera «no se apoyan en reflexiones técnicas y sí más bien ideológicas», destacando cómo se olvida interesadamente el problema de la distribución de la renta.

En cualquier caso, hoy ya parece claro que el recurrente tema de la «crisis» del sistema de la Seguridad Social y, por consiguiente, del Derecho que lo tiene por objeto, aparece menos como la identificación de una impureza en las aguas tranquilas y cristalinas del Sistema Jurídico y más, según un convencimiento que empieza ahora a aflorar en un cierto sector doctrinal, un objeto de investigación privilegiado para interrogarse sobre el sentido evolutivo del Derecho contemporáneo. En efecto, como se ha observado oportunamente (17), debe renunciarse a realizar «reproches ingenuos», en la medida en que, el «proceso de desconstrucción» y «desorganización» del Derecho contemporáneo de la Seguridad Social, encontraría razones políticas, sociales, económicas y culturales «muy profundas...». Unas razones que, ciertamente, entroncan directamente con las actuales líneas de tendencia evolutiva del Derecho propio del Estado Social e, incluso, con su principio de coherencia y con su peculiar tipo de racionalidad sistemática, que sólo resultan comprensibles a partir de las transformaciones, incluidas las constantes fases recesivas y críticas, funcionales y estructurales de un Ordenamiento Jurídico que se ve obligado a moverse permanentemente entre dos exigencias contrapuestas: la coherencia -capacidad de proporcionar estabilidad, seguridad y previsibilidad a las conductas- y la flexibilidad -aptitud para adaptarse a una realidad dinámica, móvil y compleja- (18).

La conexión del sistema de Seguridad Social con el sistema de Derecho del Estado Social nos puede suministrar las claves de lectura adecuada para afrontar este tema en el discurso científico. En efecto, en primer lugar, parece claro que la pretendida «crisis» del Derecho de la Seguridad Social *no es un fenómeno que pueda plantearse de forma autónoma y aislada* respecto de fenómenos homónimos en el entero edificio jurídico y en todas y cada una de sus ramificaciones. Así, sólo en el seno del discurso más amplio sobre la *crisis de racionalidad del Derecho contemporáneo* puede entenderse el significado de los diferentes discursos sobre la «crisis» de «comprensión» y «explicación» del Derecho de la Seguridad Social, que registran un creciente consenso respecto de la posibilidad de verificar ciertos procesos, «graves» e «inquietantes», de erosión de la estabilidad de sus estructuras y categorías básicas, en respuesta tanto a las tendencias transformadoras generadas por el creciente intervencionismo estatal como, y sobre todo, al desencadenamiento de la referida crisis del propio modelo regulador del Estado Social (19). La crisis de la Seguridad Social, pues, tendría un carácter general e implica todos los aspectos de la experiencia jurídica, en línea con una crisis histórica y social de orden general, pues la historia del Derecho revela, por otra parte, que las diversas crisis, reales o aparentes, están siempre conectadas a grandes crisis históricas, que afectan a todas las esferas de la vida social. En este sentido, la crítica del mito de la razón universalista y uniformizadora es uno de los datos más difundidos en el pensamiento filosófico y social contemporáneo, que aparece fuertemente condicionado por los planteamientos denominados «posmodernistas», que renuncian a toda visión unitaria (20).

(17) Cf. A. DESDENTADO BONETE. *Op. cit.* pág. 384.

(18) Cf. A. AARNIO. *Lo racional como razonable*. CEC. Madrid. 1991, págs. 31 y ss.

(19) Esta contextualización resulta, precisamente, uno de los méritos del trabajo reciente del prof. J.L. MONEREO PÉREZ. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*. Valencia. 1996, que contiene una Segunda Parte dedicada ampliamente al tema de la Crisis del Derecho del Trabajo dentro del contexto reciente de Crisis del Derecho y de la Ciencia Jurídica.

(20) En este sentido escribía A. WELLMER. *Zur Dialektik von Moderne and Posmoderne*. Frankfurt. 1985, que citamos por la edición castellana aparecida en *Debats*, núm. 14. 1985, págs. 67-87: «...la muerte de la razón, que parece anunciar el fin del proyecto histórico, el proyecto de la modernidad, el proyecto de la ilustración europea...». Tales pensa-

Además, en segundo lugar, *tampoco puede decirse que estemos ante un fenómeno novedoso u original de nuestro tiempo*, antes al contrario, la regulación de la Seguridad Social, como la regulación de las relaciones de trabajo, se vienen caracterizando por estar sometidas a un juicio permanente, siendo continuamente replanteadas y cuestionadas, por lo que constituye un tema de recurrente controversia e inspirador de una vastísima e incontrolable bibliografía, así como de un continuado e intenso debate, en ocasiones interesante científicamente, en otros casos extremadamente «interesado». De ahí que se haya afirmado con toda razón y autoridad que, en realidad, tanto la idea de «crisis» como, consecuentemente, la de «reforma», han devenido una constante histórica de la Seguridad Social desde los orígenes hasta nuestros días (21). También hace un larguísimo tiempo que se habla en general de «crisis del Derecho», evidenciando que, a diferencia de la concepción propia de la Escuela Histórica, la dinámica del Derecho no es siempre gradual y pacífica, observándose y estudiándose desde antiguo la existencia de frecuentes fenómenos de regresión e involución (22).

En definitiva, estas observaciones, a nuestro juicio, deben ayudar a contextualizar correctamente, además de sincrónica o sistemáticamente, histórica o diacrónicamente y permite «desdramatizar» los términos en que, con cierta frecuencia, queda planteado el problema y, consecuentemente, la eventual solución de la pretendida «crisis» del Derecho de la Seguridad Social. Sería vano, entendemos, querer «comprender» -punto de vista interno- y «explicar» -punto de vista externo- la pretendida crisis del Derecho de la Seguridad Social sin tener en cuenta esta «crisis» general en la que se inserta, y vano buscar la solución desde posiciones rígidamente dogmáticas y «naturalistas» -posición «nostálgica»-.

Pero es que, finalmente, *tampoco la idea de crisis constituye una realidad lineal, unívoca e incontestable*. También desde esta perspectiva, en nuestra opinión, la vinculación al planteamiento de la tantas veces repetida «crisis» del Estado Social puede arrojar una luz en alguna medida diferente. En efecto, es un lugar común plantear la crisis de la Seguridad Social como un reflejo, en el plano político y en el plano jurídico, de aquella crisis más global. Pues bien, como se ha observado con extremada simplicidad pero con sano realismo, lo que realmente habrían puesto de relieve estas crisis «por encima de toda duda es que el Estado Social es el Estado capitalista adecuado a su con-

mientos, alumbrados por la Escuela de Frankfurt, han concitado el parcial acuerdo de muy distintas corrientes filosóficas, tales como el post-estructuralismo francés -LYOTARD, BAUDRILLARD, FOUCAULT-, el neoconservadurismo americano -BELL, LIPSET, KRISTOL...-, la teoría crítica alemana -HABERMAS, WELLMER-. Sobre los acuerdos y discrepancias de estas Escuelas *vid.* R. RORTY. «Habermas and Lyotard on Postmodernity». *Praxis International*. Vol. 4-I. 1984, págs. 32-44.

- (21) Cfr. E. BORRAJO. «La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El informe Beveridge en 1985». *DL*, núm. 15. 1985, págs. 9 y ss.; J. VIDA SORIA. «La reforma de la Seguridad Social en España». II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo. MTSS. 1985, pág. 243. Una fundada opinión que confirma más recientemente J.A. MALDONADO MOLINA. *Jubilación y Pensiones. Un ensayo bibliográfico*. CES. 1996, págs. 12-13.
- (22) Cfr. F. CARNELUTTI. «La crisi del diritto». En *Giurisprudenza Italiana*. IV Parte, col. 66. 1946, que refiere al «aspecto jurídico de la crisis de la civilización». De particular interés, F. LÓPEZ DE OÑATE. *La certezza del diritto*. Roma. 1942, espec. Cap. I y Cap. II; G. RIPERT. *Le déclin du droit*. París. 1949; L. MOSSA. «La crisi del diritto in Europa». En *Nuova Rivista di diritto commerciale*, vol. IV, 1951, págs. 211 y ss.; G. DEL VECCHIO. «Sulla involuzione del diritto». En *Riv. internaz. di filos. del dir. año XVIII*. 1938, fasc. 2.

cepto, el Estado del capital como principio de constitución económica. De ahí que su expansión se haya producido con Gobiernos de derecha o de izquierda, sin que tal dato haya sido ya decisivo, sino ni siquiera relevante. Porque es así, su existencia tal como lo conocemos es irreversible. Pero nada más» (23).

Desde esta perspectiva, no sería el Estado Social el que realmente estaría en crisis o, cuando menos, no lo estaría más que las sociedades que tienen este tipo de Estado y este tipo de modelo económico, de forma que, en última instancia, se estancaría o crecería al mismo ritmo, y por vías sincrónicas y paralelas, que lo hace la economía. Y eso, o bien es una «crisis de crecimiento» o una «crisis de perfeccionamiento» o, lisa y llanamente, no es crisis, sino consolidación, afirmación del mismo incluso en circunstancias difíciles y cambiantes. En definitiva, en el debate sobre la «crisis» del Estado Social de Derecho, y con él el relativo a la «crisis» de la Seguridad Social y de su Derecho, nos situaríamos en cierto sentido ante un «falso debate» (24), un debate que resulta, como antes decíamos, en muchos casos más interesado que interesante. Cosa distinta es que la crisis económica desde mediados de los setenta, así como los cambios experimentados en las dos últimas décadas en las formas de organizar la actividad económica y de empleo, al igual que determinados factores demográficos, sometan a las normas redistributivas a un proceso constante de (re)ajuste y de (re)adaptación a los imperativos de la realidad social y económica (25).

De esta forma, el dominio de la economía por la política determinaría al mismo tiempo que ésta se adecue a los imperativos económicos. Y si, ciertamente, la adopción de la economía política como racionalidad puede entenderse como expresión de un «declinar» o de una «crisis» del Derecho y de su sistema, también podría entenderse como la expresión, en última instancia de una transformación de la forma de realizar la experiencia jurídica y la propia idea de sistema jurídico. Así, en torno al concepto, ciertamente polémico, ambiguo y de antiguo debatido, de «*Derecho Social*» podrían ser reconstruidos algunos de los procesos actuales que atraviesan el Derecho de la Seguridad Social, cuya actual percepción contradictoria y fragmentada, más que una «crisis» irrecuperable -proceso de desconstrucción y desorganización jurídicas- podría bien prefigurar o diseñar el advenimiento de una experiencia jurídica nueva propia de ciudadanos adultos (26).

En esta dirección, se ha podido observar que, las visiones «fatalistas» o «catastrofistas» de un cierto sector doctrinal, y de determinadas corrientes ideológicas, no tienen siempre en cuenta las prodigiosas facultades humanas de invención y adaptación. Así, por ejemplo, respecto a la agudización del problema de la inflación jurídica, se ha recordado el extraordinario desarrollo de las técnicas de información y publicidad. En este sentido, la propia introducción de la informática permite un acce-

(23) Cfr. J. PÉREZ ROYO. «Crisis del Estado Social: Un falso debate». En AA.VV. Derecho y Economía en el Estado Social. Tecnos. 1988, pág. 46.

(24) *Ibidem*.

(25) Cfr. A. DESDENTADO BONETE. *Op. cit.* pág. 387.

(26) Cfr. P. AMSELEK. «L'evolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales». *RDP*. 1982, pág. 293.

so más ampliado y más ajustado o «concordado» al conocimiento de las normas jurídicas (27). La nueva racionalidad jurídica propia del Derecho Social, como forma de pensar lo jurídico diferente, aunque estrictamente complementaria y compatible, a la clásica forma del Derecho público y del Derecho privado, puede permitir una mejor interpretación y ordenación de ciertas manifestaciones del Derecho de la Seguridad Social contemporáneo consideradas evidenciadoras de su presunta crisis. Ahora bien, a tal fin, es claro que convendrá distinguir netamente dos fenómenos jurídicos concurrentes en el actual proceso de producción jurídica: de un lado, la extensión de la «masa» legislativa que corresponde a la expansión y al cambio del volumen de actividad, y, de otro, la «inflación jurídica» propiamente dicha, por otro. En efecto, sólo este último fenómeno resulta verdaderamente grave e inquietante y podría traducir, de no corregirse, una crisis real del sistema jurídico de la Seguridad Social (28) mientras que el primero no sería sino el signo de su expansión, consolidación y racionalización, según las ideas básicas inspiradoras de la nueva reforma pactada y proyectada en esta materia.

2. Seguridad Social, persona y mercado: la nueva dialéctica entre mercantilización y desmercantilización de la «ciudadanía social».

No obstante lo anterior, no puede desconocerse que en la actualidad se está asistiendo a una reactivación del debate sobre el futuro de los sistemas de Seguridad Social en España y en el resto de los países de la Unión Europea. Lo que implica plantear no sólo una cuestión meramente retórica o ideológica, o un problema que está de moda en nuestros días, sino la conciencia de un intenso proceso redefinidor o reestructurador de los sistemas de protección social, que aparecen normativa e institucionalmente cada vez más fragmentados y diversificados. En el fondo lo que está en juego es la propia capacidad del sistema de Seguridad Social, como técnica de protección social central y, todavía hoy, privilegiada, para realizar efectivamente su promesa de una verdadera justicia social y de una seguridad económica universal, suficientemente integradora de toda la población en la línea de una determinada concepción normativa de la ciudadanía social como fundamento de la forma clásica del Estado Social de Derecho (29).

(27) *Ibidem*, pág. 283. Así, conviene recordar cómo, pese al tono pesimista generalizado, la doctrina se afana en encontrar determinados remedios. En todo caso, se evidencia cómo ya es irreversible que el existencialismo jurídico abandona el mundo de las esencias -si es que alguna vez éstas han existido realmente- para enfrentarse a unas realidades cambiantes. Cfr. J.L. VILLAR PALASÍ. *Derecho Administrativo*. Madrid. 1968; J. VIDA SORIA. *Sobre las Esencias y Existencias del Derecho del Trabajo*. Salamanca-Granada. 1980, inédito.

(28) Interesantes y muy razonadas reflexiones en este sentido crítico, recogiendo un amplio catálogo de procesos realmente impeditivos de una reconstrucción coherente, científica y sistemática del Derecho de la Seguridad Social en los trabajos recientes del profesor E. BORRAJO. *¿La ignorancia de la ley... op. cit. passim* y del Magistrado A. DESDENTADO BONETE. *La nostalgia... op. cit. passim*.

(29) Cfr. por todos J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado en el Sistema de Pensiones*. Tecnos. Madrid. 1996, págs. 16 y ss.

Frente a la delegación a la negociación privada, individual y colectiva, en el mercado del conflicto (re)distributivo, el Estado Social, se arrojó el objetivo de destinar, sobre la base de una decisión pública o una negociación política, los recursos de la sociedad según lógicas distintas a la lógica del mercado. Consecuentemente, la puesta en cuestión de este modelo de asignación llevaría a un tendencial retorno de la propiedad privada y a la relegitimación del mercado como mecanismos adecuados para la asignación y distribución de recursos, que se haría a partir de la universalización del esquema propietario y del paradigma de intercambio mercantilista a todas las relaciones sociales y a todas las pretensiones candidatas a adquirir el *status* de derechos sancionados jurídicamente. Por tanto, los derechos de la ciudadanía social, que por su propia conformación como prestaciones positivas eran considerados como no mercantilizables, son devueltos a la lógica de la maximización de la riqueza y el intercambio: extensión de *la propiedad como principio organizativo del entero sistema y defensa del principio de mercantilización universal*. Nuevamente, pues, y desde diferentes perspectivas metodológicas, se coloca en el centro del análisis jurídico problemas económicos relativos a la eficiencia de las normas, a los costes de los instrumentos jurídicos en la persecución de sus fines o el de las consecuencias económicas de las intervenciones jurídicas (30).

Una devolución a la lógica del mercado que, en diferente grado, también está presente actualmente en la conformación y definición de los sistemas de satisfacción y cobertura de las situaciones de necesidad. En esta dirección, aunque en nuestro país no se han producido por el momento procesos intensivos de privatización del sistema de protección social, existe una progresiva e implícita renuncia a implantar un Estado de Bienestar proveedor por sí mismo de una seguridad económica adecuada u óptima, con objeto de abrir amplios espacios a la iniciativa privada (31). A tal fin, además de otras medidas incentivadoras de la adopción de sistemas de previsión complementaria de carácter voluntario, no se duda en contener y reducir la intensidad de la acción protectora de los regímenes públicos, caracterizados cada vez más por su dimensión «asistencialista» en cuanto redefine la exigencia constitucional de suficiencia en términos de niveles mínimos de subsistencia. Así, la fuerte liberalización de la protección social complementaria, tanto en el aspecto institucional como instrumental, particularmente en relación a los amplios espacios concedidos a los Planes y Fondos de Pensiones, no es sino una manifestación de una opción más general de política del Derecho consistente en una desresponsabilización, parcial y relativa, de la acción estatal en lo referido a la protección social, como respuesta al nuevo contexto económico condicionante del entero funcionamiento del sistema (32).

(30) Para los diferentes grados de colaboración entre juristas y economistas a la hora del diseño de las normas y de la resolución de los conflictos jurídicos, diferenciando netamente el Análisis Económico del Derecho de otros planteamientos de la relación entre Economía y Derecho, *vid.* C. PAZ-ARES. «La economía política como jurisprudencia racional». *ADC*. 1981, núm. 2, págs. 610-611. Más ampliamente y en una perspectiva crítica del AED, *vid.* P. MERCADO. *El análisis económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. CEC. 1994.

(31) *Cfr.* B. GONZALO GONZÁLEZ. «Las funciones de la iniciativa privada en la Seguridad Social española: antecedentes, situación actual, perspectivas». *REDT*, núm. 50. 1992; *id.* «Comentarios a la nueva legislación sobre previsión social complementaria». *DL*, núm. 37. 1992.

(32) Replanteamiento de la política social que representa, pues, la proyección también al campo de la Seguridad Social de las conocidas y generalizadas, también en el resto de los países europeos, políticas de ajuste económico-financiero que implican reorganización y contención del gasto público a expensas de la intervención social del Estado y no de la intervención subsidiaria del mismo en el sistema económico. Para estas «políticas racionalizadoras» G. PERRIN.

Sin embargo, el derecho a la protección de la seguridad económica, como todos los derechos de ciudadanía social reconocidos en las Constituciones contemporáneas, comporta un insuprimible ámbito de «desmercantilización» de la posición de los individuos respecto al mercado, en el sentido de que su bienestar social no puede hacerse depender ni exclusiva ni principalmente de la lógica mercantil. La idea desmercantilizadora aplicada a la política de pensiones públicas haría referencia, pues, al grado en el que los ciudadanos pueden mantener un nivel de vida socialmente aceptable independientemente de su participación en la lógica propietaria y mercantil (33). Precisamente, el concepto de ciudadanía, esencialmente polémico y ambiguo, que aparece revalorizado y replanteado desde diferentes perspectivas en el ámbito de las diversas Ciencias Sociales, aparece hoy como una de las claves argumentales básicas para el análisis de la constitución y evolución de los Estados Sociales, tanto nacionales como, también a partir de ahora, del Estado Social de la Unión Europea (34).

A este respecto, conviene recordar que no toda política social asume un efectivo carácter solidario. Frente a las políticas sociales (neo)liberales y «minimalistas» o residualistas, básicamente insolidarias en sus planteamientos y en sus contenidos, sólo las políticas sociales «institucionalistas» obedecen y realizan *el principio constitucional de solidaridad social* implícito en los artículos 1.º 1 y 9.º 2 CE, en la línea del artículo 3.º de la Constitución italiana. Por imperativo de este principio, que sin duda podemos catalogar hoy como principio general del Derecho, con todas sus consecuencias, la desmercantilización o emancipación del ciudadano respecto de una extrema dependencia del mercado viene exigida por las políticas protectoras del Estado Social de Derecho, de modo que su realización se determina no por su mera existencia en grado y cuantía mínima sino por su efectiva calidad de Derecho Social (35). Así, si es verdad que la Norma Fundamental no se inclina por un modelo determinado, no menos verdad resulta que descarta explícitamente los postulados del paradigma liberal del Estado de Bienestar, tanto en el plano general -art. 1.º 1 en relación al art. 9.º 2 de la CE- como en el más concreto del sistema de la Seguridad Social -arts. 41 y 50 de la CE-. No es el nivel de pura subsistencia sino el nivel de suficiencia, adecuación y dignidad de vida el objetivo finalista perseguido por el sistema público de pensiones garantizado por la Constitución española, en la línea del «modelo social europeo» de protección social y en la orientación que, si bien de forma ambigua, parece seguir el «Pacto de Toledo» y el «Acuerdo de Consolidación y Racionalización».

«Consideraciones previas a la reforma de la Seguridad Social». En AA.VV. *La reforma de la Seguridad Social en Europa*. Madrid, 1984, págs. 11 y ss.; *íd.* «L'avenir de la protection sociale dans les pays industriels. Grises défis et mutation des valeurs». En *Futuribles*. 1985, págs. 28 y ss. Extensamente en documentado estudio del prof. J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* págs. 71 y ss.

(33) *Cfr.* para la consideración del derecho constitucional a la Seguridad Social como derecho de ciudadanía social y por tanto «desmercantilizador» del individuo J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* págs. 39 y ss. También G. ESPING-ANDERSEN. *Los tres mundos del Estado de Bienestar. Op. cit.* págs. 57 y ss.; D. HARRIS. *La justificación del Estado de Bienestar*. Madrid, 1990, págs. 395 y ss.

(34) *Cfr.* R. ZAPATA. «Ciudadanía y Estados de Bienestar». *Sistema* núm. 130. 1996.

(35) *Cfr.* P. BALDWIN. *La política de solidaridad social... op. cit.* págs. 47 y ss.; F. EWALD. *L'Etat Providence*. París, 1986, págs. 349 y ss.

Pese a ello, estos mismos países, han venido respondiendo a la crisis estructural aplicando políticas de intervención mínima que pretenden más bien asegurar la eficiencia económica que la equidad social del sistema de protección. La política de protección social, en este contexto, se transforma primariamente en un instrumento de las políticas económicas y de empleo, orientadas en una medida significativa por la denominada «cultura de la flexibilidad», que aparece como fórmula inspiradora de una pluralidad de normas incluidas en el Derecho de la Seguridad Social. De este modo aquélla aparecería condicionada por una «doble presión contradictoria»: realización de políticas de contención y racionalización del gasto social público, por un lado y la consolidación y, en su caso, mejora del nivel de cobertura para evitar una perjudicial caída de la calidad de la protección otorgada (36).

No obstante, se ha de llamar la atención sobre una cuestión importante: la extensión del principio de la mercantilización universal (la devolución de espacios de protección social al mercado) no supone en modo alguno la vuelta a un mundo lineal, uniforme, unívoco y sin fricciones. En realidad, asistimos a una reafirmación de la necesidad de la intervención estatal para alcanzar un adecuado nivel de progreso económico y social, de modo que, la necesidad de operar un nuevo equilibrio entre Estado y sociedad, lejos de ser contradicha, se armonice bien con una radical *instrumentalización del Derecho al servicio de una pluralidad de objetivos de política económica y social*.

3. Seguridad Social y orden jurídico: de la soberanía del derecho a la gobernabilidad de la economía.

La instrumentalización política de la Seguridad Social al servicio de fines impropios o inespecíficos de esta técnica de protección, puede considerarse como otra constante de su historia, evidenciando un funcionamiento subordinado a la concreta forma de Estado en que se inserta como un engranaje «cuasi-perfecto» (37).

En esta dirección, parece nítida desde sus orígenes la vinculación que la realización de un sistema de Seguridad Social mantiene con el valor de la eficacia a la hora de ayudar a resolver determinados problemas socio-económicos, incluso en perjuicio de la coherencia formal del sistema. De esta forma, los criterios de oportunidad y conveniencia vienen siendo determinantes de su mantenimiento y evolución, en línea de coherencia con un principio de permanente adaptabilidad a las realidades cambiantes, expresivo de su clásico «dinamismo» y de su fuerte apuesta por el «valor de lo razonable» (38). Pero esto tiene, sin duda, un precio: incrementa la contingencia y la instrumentali-

(36) Cfr. L.E. DE LA VILLA. «La reforma...» *op. cit.* pág. 372.

(37) Para la distinción entre funciones transparentes de la Seguridad Social y funciones ocultas, entre las que se situaría una significativa función conservadora u homeostática, *vid.* F. PARRA LUNA. «Seguridad Social y Conservación: El punto de vista de la teoría de sistemas». En RSS, núm. 6. 1980; *id.* *Sistema socio-político y Seguridad Social*. Ed. Index. Madrid. 1979.

(38) La primera formulación se debe al profesor M. ALONSO OLEA. *El dinamismo de la Seguridad Social*. Murcia. 1971, la segunda al prof. E. BORRAJO. *La reforma de la Seguridad Social... op. cit.* pág. 13.

zación de la elaboración jurídica, con la consiguiente desvinculación respecto de las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica, que resulta progresivamente sustituida por una más estrecha vinculación con concretas circunstancias sociales y económicas -«cultura de la flexibilidad»- (39). Y es precisamente en este punto donde se encuentra una buena parte de las críticas realizadas a la actual situación normativa y a la más inmediata reforma, pactada con los interlocutores sindicales más representativos (40).

La razón hay que buscarla más profundamente en el determinismo economicista que mueve la más reciente producción normativa frente al modelo clásico. Así, la introducción de la economía en los ámbitos político y jurídico ha determinado el predominio de una nueva racionalidad: el principio de gobernabilidad. En este sentido, si el eje cardinal de la idea tradicional de soberanía es la búsqueda del bien común por obediencia a los imperativos legales, de carácter general y abstracto, iguales para todos, el elemento básico de la gobernabilidad es, por el contrario, la búsqueda de la mejor forma de alcanzar una pluralidad de objetivos concretos: mejorar la producción de riqueza, conservar razonablemente el medio ambiente, promover el crecimiento de la natalidad, reducir los riesgos profesionales... (41).

De ello, resultan dos maneras muy distintas de pensar el bien común: el objetivo del arte de gobernar reside en el ejercicio del poder en la forma de la economía, mientras que el de la soberanía está en el ejercicio del poder en la forma de la ética. Esta distinción puede ofrecer una base teórica clara y sólida para hacer frente de modo renovado y más preciso a un amplio conjunto de preocupaciones de los juristas, también de los especialistas del Derecho de la Seguridad Social, integrados en los recurrentes temas de la crisis, el declinar, la desjuridificación, disolución o regresión del Derecho. Así, si a la idea de soberanía debería corresponder el principio de primacía de la ley y los caracteres de abstracción, de autoridad y de supremacía que la caracterizan, a la de gobernabilidad, le correspondería no tanto obtener la obediencia de los sujetos, sino la búsqueda de la mejor forma de gestionar y organizar los problemas colectivos. Estamos en la era de las políticas económicas y sociales, las normas traducen menos un orden coercitivo que un instrumento táctico de realización de objetivos y estrategias definidas por los sujetos juzgados competentes para realizar la acción de gobierno (42).

(39) Cfr. en general E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid. 1993, pág. 74, respecto a la incidencia negativa respecto del valor justicia, y J.L. VILLAR PALASÍ. *Derecho Administrativo. Op. cit.* págs. 19 y ss., donde advierte cómo el «desorden jurídico» resulta el coste necesario que hay que pagar por los objetivos de conformación social y de redistribución asumidos por el Estado.

(40) Cfr. J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ-M.R. MARTÍNEZ BARROSO. «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas. (A propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social)». *REDT*, núm. 18. 1997.

(41) En sus lecciones sobre la «gubernamentalidad», M. FOUCAULT, observaba cómo la introducción de la economía en el interior del ejercicio político sería el tema esencial del Gobierno, oponiendo la idea de soberanía, fundada sobre el respeto del orden establecido conforme a las leyes, el arte de gobierno, que consistirá en encontrar la «recta disposición de las cosas, la manera justa de ordenarlas en vista de conducir las hacia un fin conveniente para cada una de las cosas objeto de gobernarse». Cfr. M. FOUCAULT. *De la gubernamentalité. Leçons d'introduction aux cours des années 1978 et 1979*. Ed. Seuil. 1989.

(42) Cfr. P. LASCOUMES. «Pour la formation à la gubernamentalité: le fonctionnaire, légiste ou manager public?». *Rev. Fr. Adm. Pub.* núm. 51. 1989.

Situados en esta perspectiva, las normas que genera la gestión y organización política de la economía se configuran como «reglas jurídicas de normalización social», caracterizadas por su carácter más personalizado, contractualizado, vocación instrumental y campo de validez limitada, de existencia breve y particular. De este modo, la búsqueda de la coherencia del sistema jurídico deviene un imperativo absolutamente secundario respecto a la necesidad de permanecer en contacto con una realidad cambiante. Como se señaló, una de las características esenciales del *principio de gobernabilidad* es el sacrificio de la coherencia formal del sistema jurídico a la necesidad de adaptarlo permanentemente a las realidades económicas que hay que gobernar.

Estas precisiones, nos permiten comprender más adecuadamente algunos de los fenómenos considerados por una autorizada doctrina como *fenómenos básicos de desorganización jurídica de la Seguridad Social* (43). En particular, las denominadas formas institucionales de fragmentación: la fragmentación subjetiva por regímenes, la fragmentación técnica producida por la legislación en cascada y la fragmentación funcional derivada de la regulación por grupos normativos de este carácter. Incluso pueden explicarse algunos fenómenos de deslocalización normativa, como consecuencia de primar los objetivos del ahorro de costes de gestión administrativa y agilización de los trámites del proceso normativo, aun a costa de un «efecto, sin duda involuntario, de camuflaje» (44).

No pueden explicarse, sin embargo, otra serie de desviaciones de la técnica legislativa que constituyen auténticos factores de desorganización jurídica del sistema y que se incluyen en aquel fenómeno de inflación legislativa: subsistencia de vigencias de reglamentos de leyes derogadas; legislaciones fantasmales y mantenimiento parcial de la vigencia de una norma formalmente derogada, ni, finalmente, los procesos de fragmentación del sistema en orden a la diversificación de la acción protectora, pues si ciertamente el principio de igualdad formal y efectiva, autoriza significativas diversificaciones entre colectivos, no parece que pueda incluir fenómenos de extremada asistencialización de la acción protectora cuando no lisa y llanamente de exclusión (45).

Este principio es explicativo, por tanto, de la mayoría de los supuestos de dominio de la ley por la economía, enmarcados en la acción estatal de ajuste rápido y permanente que, junto a la idea de transacción entre una pluralidad de objetivos sociales y económicos, se convierten en los dos conceptos esenciales de la actual política del Derecho en materia de protección social, en la línea con la evolución del entero Derecho contemporáneo. Precisamente, en esta dirección se alinean tanto el Pacto de Toledo como el Acuerdo de Racionalización, así como la Ley 24/1997, de 15 de julio, en aplicación de este último e inspirado políticamente en el primero.

(43) Cfr. A. DESDENTADO. *Op. cit.* págs. 388 y ss.

(44) Cfr. A. DESDENTADO. *Op. cit.* pág. 390.

(45) Cfr. L.E. DE LA VILLA. *Op. cit.* pág. 373. Más ampliamente J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* págs. 89 y ss.

4. Seguridad Social y Derecho Social: la reafirmación de la idea transaccional de la justicia.

Ante los actuales procesos de reforma de la Seguridad Social, se ha criticado, desde distintos flancos, el empeño en configurarla como un instrumento de la competitividad económica y de la creación de empleo porque «son sacrificados valores tan fundamentales como la seguridad jurídica, el sinalagma contractual y, por encima de ellas, la equidad y la justicia...» (46). De esta forma, las nuevas medidas reformistas vendrían a primar una vez más los aspectos políticos y económicos sobre cualquier otra consideración relativa al sistema de protección social. Sin embargo, no puede silenciarse que, tales objetivos, incluidos la recuperación de mayores niveles de equidad, solidaridad y justicia, como principios básicos del sistema, aparecen también claramente referidos en la Exposición de Motivos de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

En realidad, esto evidenciaría que, en última instancia, la reforma persigue realizar, otra cosa es la bondad de sus previsiones para su efectividad, un equilibrio entre los objetivos de política económica y los objetivos de política social como expresión de su encuadramiento dogmático en las ramas del denominado «Derecho Social» (47).

El Derecho Social, del que ciertamente el Derecho de la Seguridad Social -o incluso el denominado Derecho de la Protección Social- constituiría un ejemplo emblemático, presenta algunos caracteres particulares que permite oponerlo, si bien sólo de forma relativa y parcial, al Derecho privado clásico:

- Contiene un inmenso arsenal de textos legislativos y reglamentarios, que recoge reglas técnicas, detalladas, instrumentales y efímeras por definición.
- Aprehende una realidad móvil, dinámica e imprecisa, de modo que estaría en su propia razón de ser y de existir la necesidad de una perpetua transformación, con las consiguientes dificultades de identificar principios generales y estables.

(46) Cfr. J.J. FERNÁNDEZ-M. DE LOS REYES. *Op. cit.* pág. 18.

(47) El Derecho Social como forma actual de la experiencia jurídica, si bien tiene en el Derecho del Trabajo y en el Derecho de la Seguridad Social sus dos componentes más plenamente conseguidos y realizados, no se agota en ellos, sino que abarca Derechos nuevos de reciente conformación -v.gr. Derecho Medioambiental, Derecho de la Competencia, Derecho de los Consumidores... Incluso podría mencionarse un conjunto de normas diferentes y heterogéneas que podrían englobarse bajo la idea de un «Derecho de las Víctimas», en el que se sitúa un número creciente de regulaciones ya incorporadas *ius positivum* o bien como Derecho proyectado -v.gr. acción protectora de las víctimas de los delitos de terrorismo (Capítulo III de la Ley 13/1996, 30.12); sistemas de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (Ley 35/1995, 11.12); anteproyecto de ley sobre la socialización de la responsabilidad derivada del incumplimiento de pensiones por alimentos... y que en cierta medida puede englobarse en ese concepto amplio, ciertamente todavía impreciso y extremadamente ambiguo, que es el denominado «Derecho de protección social». Para esta noción como nuevo elemento integrador, *vid.* E. BORRAJO. «La Seguridad Social en la Constitución...» *op. cit.* págs. 19-20. Más ampliamente M.R. ALARCÓN CARACUEL. «Hacia el Derecho de la Protección Social». En J. LÓPEZ LÓPEZ (coord.). *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*. Marcial Pons. Madrid. 1996, págs. 11 y ss. Que la Seguridad Social «es sólo una parte de la *política general de protección social pública*» contundentemente en B. GONZALO GONZÁLEZ. «Presentación» del Código de Protección Social. *BOE*. 1995. pág. 7.

- Mantiene una relación de interioridad con el conflicto socio-económico, en el sentido de que es un elemento interno de la técnica jurídica. Lo que significa que su vocación está menos en delimitar lo que está permitido o no y más en equilibrar los diferentes conflictos de intereses implicados, considerados todos ellos como igualmente legítimos. Precisamente, esta búsqueda de la conciliación de exigencias opuestas o contradictorias pero igualmente legítimas caracteriza la razón de ser del Derecho contemporáneo.

La «transacción», pues, sería una manera nueva de pensar el Derecho (48). Una noción que reenvía tanto a la revitalización del carácter contractual del Derecho como a la existencia de sacrificios y concesiones mutuas *-principio de solidaridad social-*. Ahora bien, puesto que no todas las transacciones están permitidas, legalizadas, es necesario encontrar el criterio de la transacción aceptable por el orden jurídico, y que no es otro que el de equilibrio. El equilibrio, pues, corresponde a un tipo de juicio de valoración específico del Derecho Social, caracterizado tanto por su carácter móvil *-permanentemente adaptado a la historia, a la evolución, al cambio social-* como por su carácter social y no tanto ético o moral *-principio de relatividad de todos los derechos-*. En este sentido, el arte del juicio de equilibrio reside sea en la idea de balance o contrapesos *-arte de las compensaciones-* sea en la idea de restablecimiento de la igualdad en el reparto individual de los bienes y de los «males sociales» *-arte de la justicia según las reglas del gobierno de la economía-* (49).

Sin desconocer los límites e incorrecciones de esta tesis (50) es posible encontrar en ella algunos elementos explicativos de la más reciente evolución del sistema jurídico en general y del sistema jurídico de la Seguridad Social en particular. En efecto, la permanente referencia al «Derecho Económico» permite percibir bien el carácter móvil y dinámico de la realidad, el aspecto rudimentario e instrumental del Derecho y la importancia de los juicios de oportunidad y de arbitraje. Lo que, según algunos, caracterizarían un declinar, una crisis definitiva del Derecho, pero que según otros, entre los que nos encontramos en líneas generales, anunciaría una *nueva forma del Derecho, a través de una diversa percepción del concepto de experiencia jurídica* (51).

La noción de transacción permite captar de manera original el pragmatismo del Derecho contemporáneo. Esta característica no sería sino la consecuencia más palpable de la propia precariedad del acuerdo que realiza la transacción: sus términos deben ser constantemente revisados y retoma-

(48) Aunque para esta idea transaccional de la justicia ya contamos en nuestra disciplina con una magnífica reflexión del prof. E. BORRAJO. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Tecnos. 1996.

(49) *Cfr.* F. EWALD. L'État Providence. *Op. cit.* págs. 472 y ss. Para una sugerente reconstrucción histórica y conceptual del concepto de «Derecho Social», diferente tanto al Derecho privado como al Derecho público, sobre las bases sentadas por GIERKE, GURVITCH y EHRLICH, *vid.* E. KROTOSCHIN. *Tendencias Actuales en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. 1959, págs. 24 y ss., espec. págs. 28 y ss.

(50) En la medida en que postula la oposición radical entre el Derecho clásico y el Derecho económico debe reprochársele el no ser enteramente explicativa de la realidad del Derecho positivo contemporáneo, así como su carácter parcial.

(51) *Cfr.* F. EWALD. *Op. cit.* págs. 29 y ss. Sobre este concepto es clásica ya la cita en la doctrina española del libro del prof. L.M. DÍEZ-PICAZO. *Experiencia...*

dos en función del cambio social y de las modificaciones de las relaciones de fuerza, social y económica. Igualmente, a través de las nociones de transacción y de «norma», es posible suministrar una nueva explicación del fenómeno contemporáneo de multiplicación y de limitación de los derechos subjetivos de ciudadanía, entendida ésta en su sentido pleno, es decir, tanto civil, política como social. La coexistencia de los derechos pasa por su limitación recíproca y por la activación de una pluralidad de políticas económicas y sociales, consideradas todas ellas como condiciones insuprimibles para el progreso «económico» y «social», según la *lógica racionalizadora propia del gobierno de los derechos según la forma de la economía política* (52).

Es precisamente en este contexto cultural, sistemático y normativo en el que encuentra pleno sentido la instrumentalización política de la Seguridad Social al servicio de la política económica de defensa de la competitividad empresarial y de la política social de fomento o creación de empleo. Al tiempo que se orienta a recuperar en alguna medida significativa los objetivos o fines de la racionalidad, la justicia contributiva, e incluso la solidaridad. Inequívoco en este sentido es el propósito del legislador que, al exponer los motivos de la nueva iniciativa legislativa de reforma «estructural» del sistema, afirma con rotundidad la «obligación de adaptarse a las circunstancias sociales y económicas de cada momento histórico», sin perjuicio de reconocer con similar rotundidad que los principios inspiradores de las medidas contenidas en la presente ley «han sido que la contributividad, equidad y la solidaridad como elementos configuradores de nuestro sistema de protección social fueran reforzados...» (53).

Ahora bien, desde esta perspectiva racionalizadora, afloran de inmediato dos cuestiones que suscitan complejos problemas. En primer lugar, la noción de transacción explicaría el reforzamiento del papel del legislador y sus diferentes formas de intervención, incluidas aquellas integradas en la denominada «Legislación Negociada». Sólo el legislador, aunque con la colaboración más o menos incisiva de los interlocutores políticos, sociales y económicos, estaría en posición constitucional de efectuar las nuevas transacciones, los nuevos repartos de las cargas y derechos entre los diferentes grupos sociales, con el consiguiente *reforzamiento del principio de libertad de configuración legal de los derechos sociales*. En segundo lugar, la historicidad, dinamismo y movilidad del equilibrio reenviaría esta intervención a un *principio de relatividad generalizada de todos los valores*, lo que si ciertamente resulta coherente con el carácter pluralista de las sociedades actuales y con la heterogeneidad de los valores reconocidos por el consenso constitucional, no menos cierto resulta que genera fuertes tensiones tanto respecto del principio (o valor) del Estado de Derecho -*sacrificio del paradigma liberal de la coherencia del sistema* por la dimensión social externa o diacrónica- cuanto

(52) En este sentido, el denominado constitucionalismo material, que soporta al máximo nivel normativo el Derecho Social, procede a la totalización de la constitucionalización jurídica de la política -constitucionalización administrativa de la política- y a la constitucionalización de la gobernabilidad social de la economía. *vid.* E. DIAZ-OTERO H. «Los derechos subjetivos fundamentales...». *Op. cit.* pág. 55.

(53) En la misma dirección, orientada a encontrar un equilibrio entre los objetivos de racionalidad, eficiencia y justicia social del sistema de protección social se orientan las medidas introducidas por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

respecto del principio (o valor) del Estado Social -*primacía de la realidad económica* respecto de la dimensión ético-social-, así como de éste respecto de aquél, con la consiguiente quiebra o inversión del «orden» constitucional de valores (54).

Por tanto, parece claro que la sujeción, por imperativo constitucional, del Derecho positivo a instancias axiológicas o valorativas de control hace renacer la exigencia de una legitimación meta-legislativa -que no metajurídica o metasistemática- del ordenamiento jurídico del sistema de la Seguridad Social, en oposición tanto al positivismo legislativo tradicional como al positivismo científico. En este sentido, quizás no sea ocioso recordar que el reconocimiento constitucional de determinados valores ético-sociales como fundamento del Derecho, también en el campo de la acción social del Estado, determina la supraordenación de los mismos a las normas positivas, sea en el sentido de que vinculan o condicionan significativamente la actividad de formación y conformación de las leyes, sea en el sentido según el cual imparten al juez útiles y efectivos parámetros de interpretación valorativa, sistemática y teleológica de la *lex data* y líneas de desarrollo de su actividad complementadora e integradora del ordenamiento. En este sentido, no por casualidad tanto el denominado «Pacto de Toledo» cuanto el «Acuerdo Social», así como la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, se presentan como específicas y concretas estrategias político-jurídicas de defensa constitucional del Estado Social de Derecho, precisamente a través del desarrollo y «*cumpliendo de forma efectiva con el mandato contemplado por el artículo 41 de nuestra Constitución*» y aquí radica el problema.

II. LA DEFENSA CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA: GARANTISMO, DERECHO FLEXIBLE Y JURISPRUDENCIA DE VALORACIÓN

1. La nueva actualidad del debate sobre las relaciones entre Seguridad Social y Constitución.

Ciertamente, el problema del análisis sistemático de la ordenación constitucional del Sistema de Seguridad Social, pese al tiempo transcurrido y a las muchas y muy autorizadas plumas que se han ocupado del tema, sigue siendo uno de los más delicados, complejos y abiertos a los que hoy debe hacer frente la «dogmática» o la Ciencia -si es que así puede decirse en un momento de particular confusión y caos- de la Seguridad Social, así como a la del Derecho Constitucional y la Ciencia Jurídica en general. A esta insatisfactoria situación contribuyen ampliamente diversas razones de

(54) Es en este sentido en el que parece inscribirse el trabajo de J.J. FERNÁNDEZ-M.R. MARTÍNEZ. «De las oportunidades ...» *op. cit. passim.*, espec., pág. 10, cuando critica el excesivo coyunturalismo y oportunismo político del Acuerdo, considerado más desde una perspectiva electoralista que desde una perspectiva racionalizadora. En cualquier caso, deben subrayarse las significativas correcciones que aparecen en el texto legal tras las críticas recibidas en trámite de Informe del CES, y, en cualquier caso, que esa función manipuladora es una constante de la Seguridad Social -función homeostática-. Cfr: F. PARRA LUNA . *Op. cit.* pág. 33.

índole estrictamente jurídico. Así, como es sabido, ni el Poder Constituyente al redactar el texto constitucional, ni el Tribunal Constitucional como legislador, no sólo negativo, de los derechos fundamentales, por tanto también de los derechos sociales fundamentales de ciudadanía, ni los Tribunales ordinarios, como primeros llamados a realizar la tutela efectiva, en el significadísimo aunque no exclusivo plano judicial, de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos conforme a una eficaz jurisprudencia orientada a valores, han estado «a la altura de las circunstancias» que de ellos era dable esperar en el actual estadio evolutivo de la cultura jurídica (55).

Por tanto, no puede sorprender que los serios, rigurosos y bien intencionados esfuerzos doctrinales no hayan encontrado elementos significativos para «avanzar» por la senda del cambio cultural y de progreso alumbrada por la Constitución española. Más aún: incluso se ha llegado a recomendar, por una de las más autorizadas voces de esta disciplina, ciertamente con una extremada pero sana dosis de realismo, dedicar la creatividad jurídica «a otros ámbitos y aceptar paladinamente que la Seguridad Social tiene un sitio de rango subordinado en nuestro actual sistema jurídico constitucional. Lo contrario conducirá a una línea interpretativa estéril por retórica o simplemente a la realización de esfuerzos inútiles» (56). Así, desde esta autorizada perspectiva, la búsqueda de un eventual modelo constitucional de Seguridad Social, como es sabido, o bien se ha considerado que carece de sentido porque, en realidad, no existe, o bien se ha entendido inútil o improductiva desde el punto de vista práctico u operativo-positivo, porque en el texto constitucional, como en general en buena parte de las normas constitucionales, caracterizadas deliberadamente por su flexibilidad, ambivalencia y ambigüedad, caben diferentes, e incluso opuestos, modelos de Seguridad Social sin predefinir ninguno en concreto (57).

Pese a ello, consideramos que hoy concurren algunos datos de relieve que quizás aconsejan un replanteamiento del tema. En primer lugar, la multiplicación e intensificación de los procesos de «desmembración» y «dispersión» (en diferentes aspectos normativos e institucionales y con intensidad igualmente diversa) del sistema de la Seguridad Social, por un lado, y, de otro, la «sobrevvenida» reducción -racionalización económica- de su acción protectora, tendencialmente configurada como una institución de simples mínimos, obliga al jurista a volver nuevamente la mirada a las bases conceptuales y normativas de la Seguridad Social en la Constitución, no con ánimo de reincidir hasta la saciedad en estériles debates académicos sino como problema político -de política del Derecho debe entenderse- y operativo-positivo de primer orden. En este sentido, si la idea de cambio, diversidad y pluralidad no puede estar ausente de las normas constitucionales en materia de Seguridad Social -Derecho flexible o Derecho dúctil donde los haya-, tampoco debe desconocerse que el Derecho

(55) Cfr. F. VALDÉS. «Seguridad Social y Estado Social». *RL*. 1994-I.

(56) Cfr. J. VIDA SORIA. «Artículo 41. Seguridad Social». En *Comentarios a las Leyes Políticas*. EDERSA. Tomo IV. 1984. pág. 98.

(57) Cfr. F. SUÁREZ GONZÁLEZ. «La Seguridad Social y la Constitución de 1978». En *PEE* núms. 12/13, pág. 119. Más argumentadamente, E. BORRAJO DACRUZ. «El modelo constitucional de Seguridad Social en España». *RT*, núm. 65. 1982, pág. 33. En la misma dirección, con cita expresa del autor anteriormente citado, se pronuncia otro de los mayores especialistas en esta materia, el prof. L.E. DE LA VILLA. «La reforma del derecho de las pensiones». *RSS*, núm. 25. 1985. 15.

Constitucional aparece en toda su amplitud y en todas sus dimensiones como una garantía última de racionalización, identidad y estabilidad del Estado y de la sociedad, por tanto, del Derecho, en momentos de grandes transformaciones históricas, sin perjuicio, claro está, de reconocer su configuración actual como un «polisistema» que encuentra en la Constitución, precisamente, su nuevo centro unitario de articulación (58).

En efecto, es sobradamente conocido que el Derecho Constitucional no es un Derecho sectorial más, sino que es la cúpula o, desde otra perspectiva, la base de todo el Ordenamiento, de modo que todos y cada uno de sus preceptos están presentes, con mayor o menor intensidad, en los diferentes sectores especializados del Derecho. Un proceso cierto de constitucionalización del entero Derecho que está particularmente presente en el Derecho de la Seguridad Social, profundamente impregnado de los valores y principios constitucionales -justicia, igualdad, dignidad, solidaridad social...-. Justamente la identificación y comprensión de las bases constitucionales de esta técnica específica de protección social, lo que podríamos denominar *Derecho Constitucional de la Seguridad Social*, podría considerarse como una *efectiva garantía de estabilidad, identidad y racionalidad nuclear de un subsistema jurídico más extensa e intensamente sometidos a profundos procesos de transformación -cuando no de erosión- que otros*. De ahí que, desde esta perspectiva, no exenta de críticas, que sitúa también en los preceptos constitucionales un válido, aunque limitado, instrumento de conservación y consolidación del denominado Derecho clásico de la Seguridad Social, se explique plenamente la nueva actualidad que adquiere hoy el debate relativo a las relaciones entre Constitución y Seguridad Social (59).

En segundo lugar, y situados en el más amplio discurso sobre la búsqueda de vías de salida a la contemporánea crisis del principio de legalidad y de la «autoridad» del Derecho (y respecto a la cual la situación del Derecho de la Seguridad Social no sería sino una manifestación más) se acude también en la defensa del Estado Constitucional de Derecho como un camino útil para reflexionar sobre las alternativas democráticas a esta crisis que conmueve al mismo tiempo a la razón jurídica y al Estado de Derecho. En este sentido, sólo un Derecho reconducido primariamente a la tutela efectiva de bienes y derechos fundamentales podría conjugar eficazmente garantismo jurídico, eficiencia económica y certeza jurídica, primando la tutela del valor de la persona, y el garantismo como base de la democracia sustancial (60). A este respecto, debe recordarse que una adecuada interpretación evolutiva y axiológica de la normativa reguladora de la Seguridad Social, según impone el artículo 3.º 1 Cc interpretado conforme a los imperativos de los artículos 1.º 1, 9.º 2 y 10.1 y 2 de la CE, obliga a considerar esta acción protectora como un *derecho social fundamental de ciudadanía*

(58) Para la visión de la Constitución como *garantía de unidad del ordenamiento jurídico, aunque desvinculada de la idea tradicional de la coherencia formal y de la uniformidad* vid. N. IRTI. *La edad de la descodificación*. Bosch. 1992. Más recientemente, G. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 1995.

(59) Ésta es la orientación que parece impulsar, en el plano conceptual, A. DESDENTADO BONETE. *Op. cit.* pág. 398.

(60) Nos referimos como es obvio a la formulación sugerente de L. FERRAJOLI. *Derecho y Razón*. Trotta. 1995. págs. 851 y ss.

social. Lo que implica, sin perjuicio de las evidentes diferencias con los clásicos derechos de libertad, con los que se entrelaza intensamente, que está requerido de un amplio catálogo de garantías a cargo de todos y cada uno de los poderes públicos, así como de una acción permanente de individuos y grupos en la defensa de derechos que, aun cuando se encuentren normativamente declarados e incluso desarrollados, no siempre están efectivamente protegidos en todo su alcance (61).

Precisamente, como se ha observado, es en esta «primacía de la Constitución como sistema de límites y de vínculos para la mayoría, contra las recurrentes tentaciones de invertirlo poniendo las reglas constitucionales en manos de las mayorías, debe reconocerse una dimensión esencial de la democracia; no menos, e incluso más importante, que su dimensión política» (62). Así, aunque ciertamente el garantismo aparece para esta dirección teórica y metodológica como un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos, como tal modelo representa una meta que permanece como tal aunque no se alcance en el terreno de los desarrollos concretos del ordenamiento, infraconstitucional -vía de hecho o nivel potestativo el universo jurídico- y no pueda nunca ser alcanzada del todo -nivel normativo o propiamente jurídico-constitucional-. Ahora bien, para constituir una meta efectiva, un principio inspirador realmente efectivo, tanto en el plano formador como en el conformador del Derecho, el modelo debería ser definido en todos, o al menos en los más significativos, aspectos. Solamente si está bien precisado o delimitado, pues, podrá servir de efectivo criterio de valoración y de corrección del Derecho real y efectivamente existente. De ahí, la nueva prioridad, pero también la peculiar dificultad, de individualizar el contenido normativo de las bases constitucionales del Derecho de la Seguridad Social, cuya defensa garantista se convierte, al menos en el plano de las autoconfesiones, en el objetivo central de los esfuerzos políticos, sindicales y legislativos por racionalizar y consolidar el sistema.

En tercer lugar, y finalmente, el enfoque científico-cultural asumido por el actual proceso evolutivo del problema de la efectividad de los derechos fundamentales, entre los que se incluyen los sociales, en los Derechos Constitucionales y en el Derecho Internacional contemporáneos, y la preponderante dimensión axiológica o valorativa adquirida por la Ciencia Jurídica -la dogmática jurídica como jurisprudencia de valoración-, se dirige igualmente en la dirección de denunciar los déficits de protección óptima de tales derechos, invitando a una profunda renovación de la «doctrina convencional sobre las fuentes del derecho: (...). Los derechos fundamentales no son efectivos sin más; es por vía de interpretación como cobran realidad» (63). En esta dirección, si la necesidad de un pensamiento «orientado a valores» se siente con particular intensidad hoy tanto en el campo de la «aplicación del Derecho» -jurisprudencia práctica- como en el de la denominada Ciencia del Derecho -jurisprudencia teórica-, a nuestro juicio, *parece indispensable su proyección en la recons-*

(61) *Cfr.* para esta disociación entre Constitución formal y Constitución material en el reconocimiento de derechos fundamentales, aunque en el ámbito de la ciudadanía del trabajador en la empresa, F. VALDÉS. «Poderes del empresario y derechos de la persona». *RL*. 1990.

(62) *Cfr.* N. BOBBIO. Prólogo a L. FERRAJOLI. *Derecho... op. cit.* pág. 11.

(63) *Cfr.* P. HÄBERLE. *Intervención* en A. LÓPEZ PINA (dir.). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Civitas. 1991. págs. 268 y ss.

trucción del sistema de Seguridad Social a la luz de los valores y/o principios constitucionales, puesto que en este ámbito de la política, de la técnica y de la Ciencia del Derecho los «principios abiertos» y las bases de valoración propios del texto constitucional juegan más incisivamente (64).

Sin embargo, tanto en la actual construcción dogmática del derecho constitucional a la Seguridad Social como en la interpretación y aplicación jurisdiccional de su contenido normativo, es claro que el pensamiento orientado a valores no ocupa el amplio y específico espacio que le correspondería. Así, ya se examine un significativo número de trabajos doctrinales o científicos anteriores o recientes, ya se analice buena parte de la jurisprudencia constitucional y judicial ordinaria sobre la Seguridad Social, puede llegarse en la mayoría de las ocasiones a una misma conclusión: el rechazo a operar directamente con la jurisprudencia de valoración y, por tanto, a actuar conforme a criterios *sustantivamente delimitados y conformados* por la Constitución, remitiendo al legislador la «concretización» o especificación de los valores derivados de los principios constitucionales subyacentes a la regulación constitucional. De modo que, como se ha observado respecto de la jurisprudencia constitucional en esta materia, «la jurisprudencia de los valores (auténtica revolución de la Constitución en esta materia de derechos constitucionales), es la gran asignatura pendiente hoy en día para los Tribunales...» (65).

En definitiva, también desde esta perspectiva, se confirma una vez más la imagen del derecho constitucional de la Seguridad Social como instrumento pluralmente racionalizador de los estatutos ordenadores del Estado y de la sociedad, que, sí no puede ser absolutamente resistente al cambio, sí lo condiciona de forma comprometida y vinculante. Y es, precisamente, este convencimiento el que inspira los más recientes movimientos de la ciudadanía -v. gr. en Alemania y en Francia- y de los grupos políticos y sociales participantes en la realidad cultural de los derechos sociales fundamentales, en particular los de protección social, e igualmente debe inspirar la acción de los poderes públicos vinculados o sujetos a su contenido normativo constitucional, en definitiva, de la «entera *res publica*» como cultura de derechos fundamentales. Por tanto, es este tipo de esfuerzo el que inspira el movimiento reformista, tanto en el sentido racionalizador como consolidador y conservador del sistema público de la Seguridad Social, impulsado por los tantas veces citados Pactos de Toledo y Acuerdo Social, recogidos en la Ley de referencia, y el que la entera sociedad demanda hoy del jurista que reflexiona críticamente sobre la situación del Derecho de la Seguridad Social, al objeto de cerrarlo con una efectiva defensa constitucional del sistema (66).

(64) Seguimos aquí las reflexiones de K. LARENZ. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. Barcelona. 1994, pág. 473, que señala cómo los denominados «principios abiertos» y las bases de valoración expresadas en ellos constituyen los puntos centrales de referencia para el «sistema interno» del Derecho, sistema que pretende hacer visible una jurisprudencia que, a la vez que se orienta a valores, procede sistemáticamente.

(65) Cfr. E. ALONSO GARCÍA. «Intervención» en J. LÓPEZ PINA (dir.). *Las garantías... op. cit.* 222.

(66) Como ha observado autorizadamente, citando las reflexiones recientes en un plano más general de S. TOULMIN. «El futuro del Derecho: distintas perspectivas del Estado Nación». AA.VV. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. CGPJ. Madrid. 1995. pág. 323. A. DESDENTADO, la búsqueda de esta salida encuentra en la historia el «hilo de Ariadna» de modo que el camino de salida del laberinto «no debería ser simplemente un camino de regreso al punto de partida», *op. cit.* pág. 399.

2. El enfoque cultural: la Seguridad Social como derecho social fundamental de ciudadanía.

Ahora bien, es sabido que esta defensa constitucional del sistema jurídico de la Seguridad Social no es fácilmente articulable ni desde el texto normativo del artículo 41 de la CE ni desde la jurisprudencia constitucional, que en este terreno viene evidenciando notorias deficiencias, ambigüedades, contradicciones y retrocesos. Extremadas dificultades normativas y conceptuales que encuentran su primera y básica razón de ser en su emplazamiento en el controvertido y resbaladizo capítulo dedicado a los «principios rectores» de la política económica y social, conformadores más de un «programa constitucional» de actuación prestacional positiva por parte del Estado, precisada de una concreción y de un desarrollo legislativo, que de efectivos derechos públicos subjetivos del ciudadano (67).

Dificultades y obstáculos de reconstrucción a las que, en la misma dirección, habría que añadir la propia indeterminación del sentido, alcance y contenido técnicos de la expresión «Seguridad Social», en cuanto no sólo dejaría sin definir los riesgos cubiertos por tal técnica sino que tampoco precisaría su significado técnico-jurídico. En este sentido, tanto sería posible identificarlo con un concepto amplio, tendencialmente omnicompreensivo de un conjunto protector integrado por *diversas técnicas de protección social*, cuanto es posible restringirlo a un concepto técnico-jurídico específico y muy concreto, es decir, agotado en una determinada institución más o menos delimitada en sus características esenciales. Precisamente, es esta segunda dirección reductiva y fragmentadora la que es acogida por el Tribunal Constitucional -SSTCo. 76 y 146/1986- y la que la propia experiencia jurídica más reciente, tanto nacional, internacional y comparada, parece ir decantando, con los graves riesgos que ello conlleva para la efectividad de la garantía constitucional de un régimen de protección social «suficiente» y adecuado (68).

Ahora bien, a nuestro juicio, la norma constitucional ex artículo 41, interpretada conforme a los imperativos materiales y axiológicos ahora ya decantados en la actual etapa evolutiva del método jurídico y de la teoría del Derecho, considerado eminentemente como interpretación, no autoriza ni a reducir el precepto a la condición de norma meramente programática -al menos en el sentido reductivo y peyorativo tradicional, sí en cambio en el sentido moderno de cláusula de efectividad en la realización de los valores subyacentes (HÄBERLE)- ni a desvirtuar o vaciar de sentido la fun-

(67) Cfr. el magnífico comentario del prof. J. VIDA SORIA. «Comentario al artículo 41...» *op. cit.* pág. 101. Destacaba ya el reconocimiento meramente indirecto de la Seguridad Social como derecho del ciudadano *vid.* F. SUÁREZ GONZÁLEZ. *La Seguridad Social y la Constitución... op. cit.* pág. 121.

(68) Para la evolución hacia un nuevo concepto integrador, la protección social, pese a su falta de concreción institucional, conceptual y normativa *vid.* M.R. ALARCÓN. «Hacia...» *op. cit. passim*. Para una imagen de esta situación como algo meramente «transitorio» *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas». En *Pensiones no contributivas*. MTSS. 1991. págs. 165-166. La tendencia, sin embargo, no parece ser ésta, de ahí que pese a la inexistencia de unas efectivas diferencias conceptuales entre los conceptos de Asistencia Social y Seguridad Social, aquella técnica parece ganar terreno respecto de ésta. *Vid.* la crítica de esta situación y la postulación de una labor urgente de reconceptualización en favor de la capacidad integradora del concepto de Seguridad Social, A. DESDENTADO BONETE. «Las nostalgias...» *op. loc. cit.*

ción no ya sólo informadora sino conformadora -predeterminación de las opciones legislativas básicas- del Derecho de la Seguridad Social. Así, no siempre se ha tenido en cuenta en la debida forma que tales «*principios rectores*», cuando menos, es decir, en la peor de las interpretaciones posibles, tienen toda la fuerza jurídica que le suministra su condición de auténticos y genuinos *Principios Generales del Derecho*, de modo que, desde esta perspectiva, no sólo aparecen como efectivas reglas jurídicas con virtualidad fundamentadora, interpretativa e integradora del ordenamiento sino como eficaces *mandatos de optimización*, es decir, como razones para emitir juicios concretos de deber ser que imponen la obligación de realizar el mandato, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, en el mayor grado o en la mayor medida posible (69).

Son, por tanto, propias y verdaderas normas jurídicas, cuya fuerza jurídica y valor normativo de directa e inmediata aplicación no puede ser cuestionado, aunque ciertamente, pero esto es distinto, su alcance sea diferente, a otras normas contenidas en el propio texto constitucional que, en última instancia, también sirven para reforzar su eficacia jurídica -*principio de unidad de significación del programa normativo de la Constitución*- (70). Desde esta perspectiva, pues, es ya posible desacreditar conceptual, normativa y sistemáticamente cualquier interpretación flexible orientada a devaluar o neutralizar la garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social, como la afirmada por el propio Tribunal Constitucional que, respecto al concreto alcance preceptivo o normativo del artículo 41 de la CE, ha llegado a considerar el «compromiso que así pesa sobre los poderes públicos» como un mandato «no... siempre susceptible de una actualización inmediata y generalizada» -STCo. 209/1987, fj 4-. E igualmente permite contrarrestar eficazmente, en el plano de la hermenéutica jurídica, interpretaciones tan radicalmente flexibilizadoras del alcance normativo del artículo 41 de la CE que llegan hasta afirmar, incluso con expreso apoyo nuevamente en una reiterada jurisprudencia constitucional, ciertamente discutible y problemática, el carácter meramente legal y no constitucional del «derecho subjetivo» a la Seguridad Social (71).

Pero es que, además, su carácter de norma jurídica de finalidad -norma de acción-, es decir, configurada como un conjunto de reglas de acción dirigidas prioritariamente al Estado, no contradice en modo alguno, en el actual estadio evolutivo de la cultura jurídica, su comprensión jurídica como auténtico y genuino *derecho social fundamental de ciudadanía*. En efecto, existen efectivos parámetros jurídicos de referencia en la Norma Fundamental, y en la elaboración más autorizada de la doctrina científica, para afirmar con razonable seguridad, incluso desde una perspectiva de sano realismo, que la protección social de los ciudadanos otorgada a través de la constitucionalización de

(69) Cfr. R. ALEXANDER. *Teoría de los derechos fundamentales*. CEC. 1986, págs. 86 y ss. e *íd.* *El concepto y la validez del Derecho*. Gedisa. Barcelona. 1994, pág. 162.

(70) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA. «La Constitución como norma jurídica». En E. GARCÍA DE ENTERRÍA-A. PRE-DIERIE (dir.). *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*. Civitas. 1984. págs. 95 y ss. Para el principio de unidad de la Constitución, plenamente aceptado por nuestro TCo., H. HESSE. «Concepto y cualidad de la Constitución». En *íd.* *Escritos... op. cit.* pág. 17.

(71) Cfr. A. MARTÍN VALVERDE. «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo». *REDT*, núm. 33. 1988, pág. 66. Una crítica de todo intento de «vacío del derecho constitucional a la Seguridad Social» en J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* pág. 91.

un sistema público de Seguridad Social se configura como un derecho fundamental en su doble dimensión o naturaleza: en cuanto derecho público subjetivo -vertiente individual- y en cuanto componente estructural básico del ordenamiento, valores y principios objetivos de todo el ordenamiento jurídico -vertiente objetiva-. Así, la Seguridad Social, no sólo se configura como un derecho público subjetivo de carácter social, sino que este derecho pertenece a un concreto tipo normativo: los *derechos constitucionales fundamentales*. Lo que, a nuestro juicio, no es una mera afirmación de valor conceptual o teórico sino que tiene significativas implicaciones prácticas, es decir, en el plano positivo-operativo o plano de la interpretación (72).

En efecto, como es notorio, la transición desde el orden jurídico -y económico- liberal al orden jurídico -y económico- social, implicó trascender desde el principio distributivo -meramente formal- del Estado Liberal burgués de Derecho hasta la integración administrativa de tal principio en la conceptualización de los derechos subjetivos fundamentales como «garantías institucionales», que resultan jurídicamente formalizadas a través de la organización existencial constitucional de los derechos sociales (73). Los derechos fundamentales dejan de ser, pues, meros espacios autónomos frente al Estado -derechos de libertad- y se convierten en *funciones sociales garantizadas jurídicamente*, sin que ello implique necesariamente la desnaturalización de su configuración como formas fundantes, reguladoras y uniformizadoras del proceso social global, en la línea del constitucionalismo garantista de origen liberal (74). Consecuentemente, la aceptación de este carácter radicalmente histórico de la categoría conceptual de los derechos fundamentales obliga a llegar hasta sus últimas consecuencias y reconocer que, en el actual estadio evolutivo de la cultura y civilización jurídicas, la Seguridad Social, y el resto de los derechos sociales, aparecen como derechos fundamentales en sentido estricto, es decir, son derechos sociales fundamentales de ciudadanía, entendida ésta en su dimensión integral o plena (75).

(72) Lo que resulta ya afirmado incluso por aquellos autores que han enfatizado más y mejor la debilidad jurídica del reconocimiento constitucional de la Seguridad Social, aludiendo a los textos internacionales ex artículo 10.2 de la CE *vid.* por todos J. VIDA SORIA. «Comentario al artículo 41...» *op. cit.* pág. 101, quien afirma con rotundidad que «por virtud del juego que en nuestro ordenamiento hay que reconocer a las normas internacionales, tal derecho es un punto fijo para toda construcción de un sistema de Seguridad Social en España», aunque a continuación afirme que aceptar tal dato «no aporta por sí mismo mucho en el orden práctico...».

(73) Que entra, así, en una relación «procesal objetiva» con el procedimiento administrativo liberalizador de las libertades públicas individuales. *Cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. Civitas. Madrid. 1989. págs. 26 y 46 y ss. Para la Administración como «procura existencial» *vid.* la clásica obra de E. FORSTHOFF. *Sociedad Industrial y Administración Pública*. Madrid. 1967. En una retórica más difuminadamente fenomenológica o existencial *vid.* CAPOGRASSI. *La ambigüedad... op. cit.* págs. 94 y ss.

(74) Para esta evolución de los derechos fundamentales hacia una concepción como derechos públicos subjetivos-funciones sociales, recordando la originaria formulación de FORSTHOFF, *vid.* E. OLIVAS. «Problemas de legitimación en el Estado Social». En *id.* pág. 15.

(75) *Cfr.* A.E. PÉREZ LUÑO. *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid. 1986, págs. 82 y 120 y ss.; *id.* *Los derechos fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1988, págs. 183 y ss. Para este planteamiento, aunque en sentido crítico de los derechos sociales como derechos fundamentales de ciudadanía en su sentido pleno, *vid.* P. BARCELONA. «Los sujetos y las normas. El concepto de Estado Social». En E. OLIVAS. *Problemas de legitimación... op. cit.* págs. 29 y ss. Para el ámbito de la Seguridad Social *vid.* J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* págs. 39 y ss. En cualquier caso, esto no puede significar en modo alguno desconocer las diferencias de estructura y la diversidad de figuras existentes en esta categoría. *Vid.* L. FERRAJOLI. *Derecho y Razón. op. cit.* págs. 915 y ss.

Y esta afirmación, se insiste, no está carente de efectivas consecuencias jurídicas, en particular las relativas a la incisividad de los límites a la configuración legal y a la ampliación de la judicabilidad de tales derechos, sin perjuicio de reconocer que, como es obvio, no todas las garantías constitucionales previstas para la tutela efectiva de los derechos fundamentales son predicables de la Seguridad Social -v. gr. recurso de amparo-, lo que en modo alguno contradice o impide esta configuración jurídica. En esta dirección, los indudables interrogantes e incluso las propias perplejidades que tal planteamiento puede suscitar (76), tanto sobre el plano de la inmediata practicabilidad de esta configuración conceptual y normativa en el momento y en las condiciones políticas y económicas actuales, caracterizadas por el recurrente debate a la «crisis» de la Seguridad Social en el marco de la más global «crisis», real o aparente, del Estado Social, cuanto de la concreta y correcta construcción del paradigma normativo constitucional de Seguridad Social, no puede llevar a desconocer, sea lo sugestivo de esta propuesta extensiva o expansiva, que relanza jurídicamente el tema de los derechos sociales, sea la intrínseca normatividad de la misma (77). Así, no debe infravalorarse que la inclusión de la Seguridad Social en el catálogo de los derechos sociales, económicos y culturales fundamentales, elevando a función pública la satisfacción de una necesidad individual sentida colectiva y socialmente con particular sensibilidad en las sociedades industriales avanzadas, viene cumpliendo una irrenunciable función de legitimación del Estado, que aparece hoy como un problema intensa y directamente implicado en todos y cada uno de los momentos de la hermenéutica jurídica (78).

Ciertamente, podría esgrimirse para relativizar al máximo, en el plano práctico, esta comprensión, que el enunciado constitucional de los derechos de los ciudadanos a prestaciones positivas por parte del Estado, según el tipo normativo al que pertenece emblemáticamente el derecho a pensiones públicas ex artículo 41 de la CE, no se ha visto por lo general acompañado por la previsión explícita de «*garantías sociales o positivas* adecuadas», es decir, por técnicas de protección jurisdiccional equivalentes a las previstas por el Estado Liberal para la tutela de los derechos civiles y políticos. En este sentido, se ha podido advertir con rotundidad que el enorme desarrollo de los derechos sociales, al amparo de su reconocimiento en las Constituciones del *Welfare State*, se ha venido realizando más por la «ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos» y por la «proliferación de las discriminaciones», que por «obligaciones taxativamente establecidas y sancionadas, por derechos claramente definidos y accionables frente a órganos públicos exactamente individualizados y, con ello, por la certeza, la legalidad y la igualdad en la satisfacción de las expectativas» (79). Precisamente, esta notoria insuficiencia o carencia garantista estaría en la base de las dificultades para asegurar un elevado grado de efectividad del derecho a la Seguridad Social, por cuanto ni su reconocimiento constitucional ni su formulación en sede teórica o concep-

(76) En la propia dirección evidenciada con carácter general por P. BARCELONA. «Los sujetos...» *op. cit.* págs. 29 y ss.

(77) *Cfr.* en un plano general R. ZAPATERO. *op. cit. passim.*; en el plano concreto de la Seguridad Social, J.L. MONEREO. *op. ultim. cit.* págs. 93 y ss.

(78) *Cfr.* E. OLIVAS. «Problemas de legitimación...» en *íd. Problemas... op. cit. passim.*

(79) *Cfr.* L. FERRAJOLI. *Derecho y Razón. op. cit.* pág. 863.

tual ha supuesto por el momento la introducción de eficaces mecanismos de invalidación y de reparación de los comportamientos desviados respecto al programa normativo del derecho constitucionalmente reconocido (80).

Ahora bien, esta irrefutable constatación es, a nuestro juicio, cosa muy distinta a rechazar la regulación de los derechos sociales en general, y del derecho a pensiones públicas adecuadas y suficientes, como auténticos derechos fundamentales como ya advertimos, remitiendo su «*garantía constitucional*» al más reductivo y limitado concepto de «*garantía institucional*», con la consiguiente deformación, desnaturalización y minimización o debilitamiento de su valor jurídico y su fuerza normativa directamente preceptiva. En efecto, como se ha acreditado recientemente, las consecuencias jurídicas del concepto de «*garantía institucional*» es algo «*extremadamente ambiguo y general*» (81), por lo que sus resultados a la hora de fijar límites a la innegable discrecionalidad del legislador en el momento de configurar estos derechos son más bien escasos desde el punto de vista de su efectividad. En cambio, es claro que la argumentación jurídica que pretenda poner barreras razonablemente efectivas, no ya limitadas a supuestos realmente extremos, a la discrecionalidad del legislador -que es un concepto distinto a la arbitrariedad- tendrá mucha más virtualidad positiva por expreso mandato constitucional e incluso legal -art. 5.º de la LOPJ-, en el caso de un derecho fundamental que en el de una garantía institucional, aunque en ambos casos se imponga el respeto a los principios estructurales o el núcleo «*recognoscible*» de la institución (82).

Por eso, parafraseando la conocida formulación de HAURIUO, podemos afirmar la tesis según la cual, la organización de un sistema público de prestaciones de Seguridad Social -sistema de derechos a pensiones públicas-, capaz de garantizar de forma jurídicamente adecuada y económicamente suficiente, en cuanto representa una de las bases fundamentales de la Constitución social, es una institución jurídica objetiva. Pero, además, no existe hoy la menor duda de que, en el uso cotidiano de nuestra cultura, civilización y vida colectiva, es igualmente un derecho subjetivo público de los ciudadanos, un derecho social fundamental (83). En otros términos más actualizados: la Seguridad

(80) En efecto, como se ha advertido agudamente, «mientras la violación de las prohibiciones públicas establecidas en garantía de los "derechos de" da lugar a *antinomias*, es decir, a normas vigentes pero inválidas, la violación de las obligaciones públicas establecidas en garantía de los "derechos a" produce *lagunas*, es decir, carencia de normas; y si una antinomia puede ser resuelta con la anulación o la reforma de la norma inválida, una laguna sólo puede ser colmada con una actividad normativa no siempre fácilmente coercible o subrogable». Cfr. L. FERRAJOLI. *Ibidem*. pág. 824. Acepta esta reconstrucción en el ámbito concreto de la Seguridad Social J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y privado... op. cit.* pág. 93.

(81) Cfr. A. GALLEGU ANABITARTE. *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Civitas. 1994. *Passim*. partic. pág. 93.

(82) En este sentido, debe recordarse que los derechos fundamentales aparecen, entre otras cosas, como efectivas garantías procesales y procedimentales legitimadoras de los valores superiores correspondientes a la objetividad existencial propia del Ordenamiento Jurídico constitucional, y que imponen su realización, entre otros niveles o planos, también en el judicial.

(83) He aquí el misterio jurídico y el sentido histórico de la ambigüedad del pensamiento jurídico institucional sobre las libertades públicas establecidas en el primer tercio del siglo XX por HAURIUO y ahora plenamente recibido por nuestro Tribunal Constitucional y por la doctrina iusconstitucionalista, *vid.* M. HAURIUO. *Precis de Droit Constitutionnel*, con un prefacio de 1928. París. seg. edic. 1965, págs. XII y 618 y ss.

Social, como derecho social fundamental, es un derecho subjetivo público, cuyos titulares son los ciudadanos, y que en el caso de ser lesionado le otorga, aunque en sentido parcialmente diferente y más limitado que los derechos de libertad, determinadas posibilidades de defensa judicial y de resarcimiento frente al Estado -reconocimiento del *beneficio de la judicialidad*- (84).

Pero al mismo tiempo, y precisamente por su configuración como derecho fundamental, la Seguridad Social es evidente y principalmente un valor y/o principio fundamental del ordenamiento jurídico, y de ello se deriva el reconocimiento y garantía efectivos también de un *status civitatis activus o positivus*, que, por otro lado, ya no puede ser radicalmente diferenciado del más tradicional *status negativus*. Así, la Seguridad Social aparece como un irrenunciable y prioritario fundamento del orden político y jurídico de la comunidad nacional española y, cada vez más, de la Unión Europea, como decisión constitucional en defensa del contenido jurídico objetivo de este derecho subjetivo. Y de esta afirmación se desprenden importantes consecuencias jurídicas: compromiso permanente de los poderes públicos de:

- a) *Modificar* el ordenamiento jurídico, la organización y gestión del sistema de acuerdo con la máxima efectividad del derecho fundamental -efecto irradiación-;
- b) Regular este ámbito normativo de manera que el derecho social fundamental a pensiones públicas pueda ser ejercicio de forma real y efectiva -mandato constitucional al Estado-; *organizar las prestaciones* económicas o de cualquier otro tipo y los servicios públicos de dimensión social necesarios para obtener las garantías de seguridad económica y dignidad material a la existencia individual de la persona y del ciudadano en la vida colectiva (85).

Desde esta perspectiva, encontramos ya, a nuestro juicio, elementos conceptuales y normativos adecuados para criticar la conocida doctrina constitucional sobre la configuración de la Seguridad Social como simple «garantía institucional». Una crítica que debe dirigirse no ya sólo en el plano

(84) En cierta medida, podría decirse del derecho a la protección social lo que una autorizada doctrina ha afirmado del derecho a la protección de la salud, que en buena medida, y desde determinada perspectiva, puede considerarse incluido en aquél, al reconocer que una adecuada profundización en la delimitación, análisis y diferenciación del contenido plural y complejo de este tipo de derechos les permite «alcanzar una mayor efectividad». Cfr. E. BORRAJO. *Comentario al artículo 43. Protección de la salud*. En O. ALZAGA (dir.). *Comentarios a la Constitución... op. cit.* págs. 189 y ss. En cualquier caso, para una exposición de las dificultades de esta configuración, vid. B. CASTRO CID. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. León. 1993, págs. 86 y ss., y 172 y ss.; J.L. CASCAJO CASTRO. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid. 1988, págs. 29 y ss., 53 y ss. Para el reconocimiento desde antaño de la Seguridad Social como derecho de la humanidad vid. G. PERRIN. «La reconnaissance du droit a la protection sociale comme droit de l'homme». En *Travail et Société*, núm. 2. 1985, págs. 255 y ss.; también M. ALONSO OLEA. «Cien años de Seguridad Social». En *Seguridad Social... op. cit.* págs. 107 y ss. Enormemente sugerente la actualización de J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y privado... op. cit.* págs. 96 y ss.

(85) Pretensiones que, en el ámbito de la ciudadanía social en general, se ha resumido como el «derecho» a una cuota mínima de ingreso, vid. P. BARCELLONA. *Los sujetos... op. cit.* pág. 29. En general, respecto de los derechos fundamentales, vid. A. GALLEGU. *Derechos fundamentales... op. cit.* págs. 103 y ss.

conceptual, por el efecto debilitador de la garantía constitucional del sistema que ello genera y, paralelamente, por el efecto expansivo de la libertad de configuración reconocida al legislador, sino también en el plano operativo o práctico. En efecto, el recurso a la idea de garantía institucional en este ámbito no sólo se ha visto desprovisto de la fuerza gráfica y argumentativa que ha tenido en otros sectores, sino que ha resultado inoperante para controlar y corregir las actuales políticas «privatizadoras» o remercantilizadoras, restrictivas o asistencializadoras e, incluso en algunos casos, excluyentes de la protección del sistema de Seguridad Social. En esta dirección, como veremos inmediatamente, datos absolutamente significativos son la redefinición de los parámetros constitucionales de «suficiencia» -art. 41 de la CE- o «adecuación» -art. 50 de la CE-, auténticos conceptos jurídicos indeterminados pero no vaciados de un concreto contenido normativo, como mera garantía de mínimos de subsistencia, por un lado, y la desnaturalización o relativización de la garantía de publicación del sistema, al aceptar la intervención o incidencia de sujetos y fórmulas de gestión privada en términos y alcance determinados más por razones económicas o de oportunidad que jurídicas, como ocurre respecto del artículo 131 de la LGSS -STCo. 37/1994, fj cuarto- (86).

En definitiva, puede decirse que, en nuestro Derecho, están constitucionalizados tanto el contenido objetivo de la Seguridad Social como derecho fundamental cuanto todos aquellos efectos jurídicos que se derivan de este carácter jurídico objetivo o axiológico fundamental que tiene tal derecho. Así pues, todas aquellas consecuencias que puedan ser «concretadas» conforme al contenido jurídico objetivo del derecho subjetivo fundamental a la protección de Seguridad Social tienen una expresa apoyatura constitucional, en cuanto que se califican como expresión de valores jurídicos superiores y fundamento del ordenamiento jurídico, con efecto informador y conformador directo e inmediato sobre el mismo. La Seguridad Social en nuestro país, tal y como está constitucionalizada, permite y obliga a una interpretación axiológica conforme a un pensamiento hermenéutico y dogmático orientado a la realización de valores, tal y como se ha venido desarrollando en la actual doctrina jurídica europea más avanzada (87). Precisamente, con la adecuada comprensión de este aspecto objetivo del derecho fundamental a la Seguridad Social se puede obtener con mayor corrección, efectividad y certeza todo aquello que la teoría de la garantía institucional pretende conseguir, aunque, tal y como evidencia la jurisprudencia constitucional en este ámbito, con escaso o nulo éxito práctico. Así, los principios y objetivos básicos racional y razonablemente insertos en el denominado «programa normativo» del artículo 41 de la CE deben y pueden considerarse Derecho positivo en España, porque el Estado, los poderes públicos, todos ellos, están obligados a «remover» los obstáculos que impidan o dificulten, y a «promover» los factores que favorezcan la plenitud de la libertad -derechos civiles y políticos de cualquier «generación»- (88).

(86) Vid. estas críticas en J.L. MONEREO PÉREZ. *Público... op. cit.* págs. 92 y ss.; Y. SÁNCHEZ-UREÑA. *Seguridad Social y Constitución*. Civitas. 1994. pág. 137.

(87) Con carácter general, vid. K. LARENZ. *Metodología... op. loc. cit.* y respecto de los principios rectores, y en particular de la Seguridad Social, E. ALONSO GARCÍA. *op. loc. ultim. cit.*

(88) Que la expresión «remover los obstáculos» es un mito del pensamiento jurídico y político europeo vid. A. GALLEGÓ. *op. cit.* pág. 104, nota 1.

3. La efectividad de los condicionantes constitucionales a las opciones de reforma legal: la ambigüedad del artículo 41 de la Constitución española. ¿«Valor añadido» o «deficiencia» de definición?

Ahora bien, si es cierto que la trayectoria evolutiva de los derechos fundamentales no es en modo alguno un proceso lineal, rectilíneo sino más bien un proceso dialéctico, diseñado con trazos sinuosos y zigzagueantes, es decir, sujeto a constantes avances, retrocesos y contradicciones, esto es más cierto respecto de los derechos sociales en general, y más en particular del derecho a la protección de Seguridad Social. El «dinamismo» que evidencia toda esta problemática aparece, según una afirmación generalizada, elevado a su máxima potencia en el caso del derecho a pensiones públicas para proteger a los ciudadanos frente a los más diferentes «estados de necesidad» en los que se pueden encontrar, como consecuencia de su radical dependencia respecto del devenir de las necesidades históricas y de los nuevos contextos o «ambientes» en que deben ser aplicados y a los que debe adaptarse permanentemente. Así, si es claro que, incluso aquellos derechos que gozan de un grado máximo de protección, resultan altamente neutralizados en contextos carentes del desarrollo económico y social necesario para permitir la realización efectiva de los valores que proclaman (89), mucho más incuestionable resulta en el caso del derecho recogido en el artículo 41 de la CE.

Sin embargo, no son sólo razones de índole socio-económico -nivel empírico o sociológico del universo jurídico- las que condicionan las opciones básicas y las posibilidades de expansión del derecho constitucional a un sistema de protección social adecuado ex artículo 41, sino también la propia estructura y el propio contenido normativos de este precepto, conforme a una tendencia más general evidenciable en los textos fundamentales propios del constitucionalismo social y en los textos normativos del Derecho contemporáneo, caracterizado por su radical dimensión social. En efecto, según un convencimiento hoy difundido, las profundas transformaciones del orden jurídico liberal, de corte «esencialmente» privatista y patrimonialista, en conjunción con el recurso normalizado a nuevos y crecientes ámbitos de intervención estatal, impregnan a las normas jurídicas y al entero Derecho contemporáneo de una *ambigüedad constitutiva* (90), particularmente evidenciable en su configuración constitucional. En este sentido, se acepta ya que los imperativos constitucionales de la interpretación determinan la necesidad de operar tanto con valores estructurados como conceptos jurídicos «abiertos», a diferencia de la vieja dogmática que trabajaba con conceptos jurídicos formal y rígidamente precisados, cuanto con normas de «textura» igualmente «abierta» (91).

(89) Cfr. A.-E. PÉREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales*. Op. cit. pág. 29.

(90) G. CAPOGRASSI. «La ambigüedad del Derecho contemporáneo». En AA.VV. *La crisis del Derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1961, págs. 33 y ss.

(91) En este sentido se ha hablado del carácter necesariamente incompleto o inacabado de la Constitución para poder adaptarse a una vida que está sometida a cambios históricos, de tal modo que, si quiere afrontar adecuadamente la resolución de las múltiples y crecientes situaciones críticas históricamente cambiantes, el contenido de la Constitución deberá «permanecer necesariamente abierto al tiempo». Cfr. K. HESSE. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. CEC. Madrid. 1983, pág. 19. Por su parte P. HÄBERLE se viene refiriendo a la «sociedad abierta a los intérpretes de la Constitución». Cfr. «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten». En *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Duncker and Humblot. Berlín. 1978, págs. 155 y ss.

De esta forma, es claro que se registran significativas transformaciones en la misma concepción de la actividad interpretativa, por cuanto ahora exige del juez la adecuada capacidad para dotar a tales conceptos de sentido y de concretos contenidos en atención a una multiplicidad heterogénea y dinámica de circunstancias históricas y ambientales, al objeto de individualizar soluciones especializadas y flexibles para una eficaz gobernabilidad social de la economía. La Constitución aparece, así, como un proceso abierto susceptible de múltiples posibilidades de realización. El «pensamiento de la posibilidad» vislumbra múltiples alternativas que pueden alcanzar cumplimiento o realización, de ahí que, si es cierto que la Constitución sigue siendo elemento indispensable en los Estados nacionales -e incluso supranacionales, como el caso de la Unión Europea- y es el instrumento jurídico fundamental para afrontar los nuevos desafíos económicos, sociales y políticos del siglo XXI (92), no menos cierto es que las respuestas no vienen predeterminadas de forma rígida, uniforme, lineal e inequívoca en las normas constitucionales, que abren un amplísimo abanico de posibilidades conforme al principio pluralista que las inspira, consecuencia del carácter heterogéneo de los valores ético-sociales que «propugna» como ideales jurídicos a realizar.

Por tanto, los derechos reconocidos en las Constituciones que responden a la forma de Estado Social de Derecho, y en particular los derechos de «nueva generación», hacen de la Norma Fundamental una «obra abierta», en la medida en que es susceptible de una amplia gama de interpretaciones y está abierta a las constantes transformaciones -e incluso transacciones- que provocan las diferentes «lecturas» que de ella se realizan o pueden llegar a realizarse. Lo que significa, entre otras cosas, que estamos ante un tipo de derechos constitucionales extremadamente funcionalizados a los vaivenes de la estrategia política -social y económica- de cada momento y del Gobierno de turno (93). Desde esta perspectiva general, al tiempo que se «desdramatiza» en buena medida el recurrente discurso sobre las innegables insuficiencias, carencias y debilidades «garantistas» del derecho a la Seguridad Social, se explica plenamente la no menos tópica afirmación de que en el artículo 41 de la CE tienen cabida los más diversos «modelos» teóricos y legales de Seguridad Social, precisamente como expresión emblemática de la textura abierta y de la formulación flexible de la norma constitucional. Consecuentemente, las denominadas bases constitucionales del sistema de Seguridad Social sólo

(92) Hace años, sin embargo, un renombrado autor planteaba ya la idea según la cual la «gran época de las Constituciones, que empezó con el siglo XIX, se acerca a su fin... Las grandes tareas del siglo XX no parecen ya caer en la esfera constitucional clásica en el sentido del siglo XIX, un indicio de que vivimos en una época de transición». Cfr. E. FORSTHOFF. *Problemas actuales del Estado Social de Derecho en Alemania*. Alcalá de Henares. PCFPF. 1966, págs. 32-33. Que tal previsión no parece estar cerca de cumplirse, ni tan siquiera con el proceso de globalización internacional y de integración europea, que aspira a dotarse de una propia Constitución -creciente arraigo del movimiento por una Constitución de la Unión Europea-, en el futuro más inmediato en F. SERRA. «El futuro del Estado Social». En E. OLIVAS. *Problemas...op. cit.* págs. 175 y ss.

(93) Para un intento de redescubrimiento crítico de la función técnica e ideológica de los contemporáneos derechos subjetivo-individuales, vid. E. DÍAZ OTERO H. «Los derechos subjetivos fundamentales». En E. OLIVAS. *Problemas de legitimación... op. cit.* págs. 50 y ss. Para la proyección a las Constituciones de este rasgo característico de la literatura y del arte en la sociedad contemporánea, la denominada «poética de la obra abierta». (U. ECO. *Obra abierta*. Ariel. Barcelona. 1979) vid. F. SERRA. *El futuro... op. cit.* pág. 175.

tendrán una efectiva fuerza conformadora en casos extremos, en situaciones de desarrollo legislativo notoria y manifiestamente contrarios a las previsiones constitucionales, es decir, sólo en caso de total desmantelamiento del sistema público, pero poco más (94).

Esta ambigüedad, pues, ni es algo nuevo ni es en modo alguno privativo del derecho a la seguridad social, sino que está presente de forma creciente en los conceptos jurídicos en general, tanto en el ámbito del Derecho público, a través de la idea de los «conceptos jurídicos indeterminados», como en el Derecho privado con la revitalización de las denominadas «cláusulas generales». Precisamente, esto justificaría que las modernas decisiones judiciales se fundamenten mucho más en la idea de «compromiso, en el consenso, que en la autoridad: pues el equipaje conceptual que debe rodear al Estado Social es hoy obra a realizar día a día» (95). Igualmente, este fenómeno generalizado y creciente es expresión de un significativo aumento de las antinomias y contradicciones -profundización de la lógica del conflicto de racionalidades-, resueltas en buena medida con el aumento significativo de la discrecionalidad del legislador y de la Administración (96). En este sentido, las dificultades conceptuales para controlar racionalmente estas decisiones reactiva nuevamente la idea de la falta o escasa dimensión jurídica del concepto, la pérdida de autoridad del punto de vista jurídico, de manera que toda modificación de la realidad social, todo elemento de justicia sustantiva o todo vínculo de utilidad jurídica, viene condicionado por motivaciones económicas, sociales y políticas, por tanto de alcance meramente coyuntural, que son las prioritariamente tenidas en cuenta a la hora de concretar las opciones del legislador en el desarrollo del ordenamiento jurídico en general, y del ordenamiento constitucional en particular (97).

Ahora bien, sin perjuicio de los aspectos de verdad presentes en estas argumentaciones, no debe olvidarse que, por un lado, el Derecho no es una mera variable dependiente únicamente de la economía, y que, por otro, la evolución jurídica que tal situación impulsa es expresión, en última instancia, de un *proceso de materialización del Derecho*. Lo que significa que, el Derecho, ya no puede limitarse a determinar formalmente las condiciones en las cuales deben realizarse las normas sino que impone materialmente obligaciones o reconoce derechos, incorporando concretos conteni-

(94) Cfr. recientemente la actualización realizada, sobre la base de la mejor doctrina en materia -BORRAJO, VIDA SORIA-, por el prof. J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* págs. 95 y ss. En sentido similar, vid. Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA. *Seguridad Social y Constitución. op. cit.* págs. 134 y ss.

(95) Vid. J. ALMOGUERA CARRERES. «Conceptos jurídicos indeterminados y jurisprudencia constitucional en el Estado Social». En E. OLIVAS. *Problemas... op. cit.* pág. 118.

(96) Para el conflicto de racionalidades, aquella presidida por el principio de legalidad -soberanía del punto de vista del Derecho- y la presidida por el principio de eficacia -governabilidad social de la economía-, vid. Cl. OFFE. «Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político-administrativo». En *id.* *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Sistema. Madrid. 1988, págs. 7 y ss. Vid. también V. AUBERT. «The Rule of Law and the promotional function of Law». En G. TEUBNER (ed.). *Dilemmas of Law... op. cit.* págs. 33 y ss.

(97) Como se ha observado, la adopción de la racionalidad política incrementa la contingencia y la instrumentalidad de la elaboración jurídica, con la consiguiente reducción de la «posibilidad de control y de selección de los puntos de vista y de las argumentaciones en las formas dialógicas propias de la comunidad científica». Vid. M. D'ANTONA. «L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo». *Riv. crit. dir. priv.* núm. 1-2. 1990, pág. 213.

dos que se imponen como efectivos condicionantes jurídicos al gobierno social de la economía (98). Además, también determina la necesidad de predisponer unos medios no ya meramente mínimos -Estado Social «residualista» o subsidiario- sino auténticamente suficientes y adecuados para que la satisfacción de derechos sea posible. Igualmente, impone que el control judicial no puede limitarse únicamente a vigilar que el legislativo y la Administración se muevan dentro de los límites constitucionales y legales, sino que es necesario que se regule y se ejerza con un contenido que, si es verdad que no puede ser precisado *a priori*, no menos verdad es que existe y que debe ser efectivamente concretado, limitando y conformando material o sustantivamente las opciones de política del Derecho activadas por el legislador en el desarrollo del contenido normativo del derecho constitucional -el programa normativo como garantía jurídica de efectividad del derecho constitucional- (99).

Desde esta perspectiva cualitativa y materialmente conformadora, parece hoy difundirse un creciente convencimiento sobre la necesidad de no confundir la falta de constitucionalización de un específico «modelo teórico» de Seguridad Social, perfectamente acabado y en estado puro, con neutralidad, indeterminación o indiferencia del «legislador constituyente» respecto de las opciones del «legislador constituido». En realidad, la referida ambigüedad en la determinación de un concreto modelo ha sido, como se sabe, la fórmula de compromiso -el famoso consenso constitucional- deliberadamente buscada para constitucionalizar explícitamente una cuestión tan trascendental como la articulación de un sistema de Seguridad Social. Por tanto, en última instancia, no estamos sino ante una nueva especificación de aquella peculiar forma de elaboración de buena parte de los preceptos de la Norma Fundamental del Estado español para tener una sola y no dos Constituciones irreconciliables.

En esta dirección, no puede infravalorarse, como en ocasiones ocurre incluso en la propia jurisprudencia constitucional, que una vez constitucionalizado el «derecho subjetivo fundamental» a un régimen de tutela o protección pública de Seguridad Social, el poder político, en modo alguno está legitimado para alterar las bases del sistema -que no modelo teórico- constitucionalizado. Al contrario, sólo lo está para proceder eventualmente a una determinada y condicionada conjugación de las bases plurales que conforman el sistema, en el modo y en el grado programado en el proyecto político, económico y social del Gobierno de turno. Pero esta conjugación en forma alguna puede suponer ni la negación del sistema global ni la alteración significativa ni tan siquiera de una de las bases no primadas en tal proyecto político jurídico gubernamental. Sucede en realidad que, a nuestro juicio, la Constitución no establece exactamente la posibilidad de articular alternativamente dos modelos diferentes o una pluralidad de bases antagónicas, u opuestas, por cuanto no condicionaría en modo alguno la acción protectora en orden a su encuadramiento institucional (100): por encima

(98) Cfr. N. REICH «Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica». En J. CORCUERA-M.A. GARCÍA HERRERA (eds.). *Derecho y economía en el Estado social*. Tecnos. Madrid. 1988, págs. 100-101.

(99) En este sentido, no debe olvidarse que el recurso a los conceptos jurídicos indeterminados y su elaboración dogmática se ha hecho con base en la necesidad de delimitar y no de ampliar la discrecionalidad administrativa. Vid. F. SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Civitas. 1976.

(100) Como sostiene con toda autoridad el prof. E. BORRAJO. «El modelo constitucional de Seguridad Social en España». *RT*, núm. 65. 1982, pág. 33.

del carácter plural y abierto de tales bases, así como de su flexibilidad, hay un elemento fundamental que compromete y presta unidad al sistema, cualquiera que sea la concreta manifestación modélica que adopte el poder político en la ordenación de la Seguridad Social, y que no es otro que el *principio jurídico-institucional basilar del Estado Social de Derecho* (101).

En efecto, por lo que aquí interesa para nuestro tema, el reconocimiento de este principio general del Derecho en el pórtico constitucional, viene a frenar toda interpretación interpretativa por un modelo contributivo-profesional puro, disuelve la vaporosa crítica de la ambigüedad jurídico-constitucional y compromete a los poderes públicos en la organización de un sistema de Seguridad Social evolucionado y «avanzado», aunque equilibrado, de conformidad con las exigencias de un Estado Social pluralista y complejo, por encima de la inicial «debilidad» garantista en la redacción formal del derecho constitucional. Consecuentemente, a nuestro juicio, más que ambigua, nuestra Constitución Social en este punto es, de un lado flexible, al consentir, dentro de los límites, modelos teóricos o ideales de Seguridad Social diferentes, y de otro, lo suficientemente precisa o precisada como para condicionar en una determinada dirección la construcción o selección de las opciones básicas de la reforma del «sistema» español, al ofrecer no un irrealizable grado de seguridad jurídica absoluta, sino la mayor certeza posible en un contexto ambiental -realidad social y económica- extremadamente dinámico, complejo e incierto. Por tanto, es claro que no cabe todo dentro del programa normativo del artículo 41 de la CE (102).

Desde esta perspectiva de interpretación sistemática y axiológica, en la dirección de desarrollo del tenor del artículo 41 de la CE con el Derecho Internacional -que entre otros imperativos determina la obligación de esforzarse en la elevación progresiva del nivel de protección-, parece claro que la polémica entre una eventual posición «restrictiva» y otra «flexibilizadora» no tiene demasiado sentido, ni en el plano teórico ni en el plano práctico. Se debe destacar, pues, la existencia de precisos condicionamientos respecto de las bases sobre las que ha de articularse y desarrollarse la política legislativa de reforma de la Seguridad Social, en la línea impulsada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, aquí comentada, por cuanto debe incluir necesariamente en todo caso:

1. La garantía de un sistema público de Seguridad Social configurado como insuprimible función del Estado, de modo que cualquier acción privatizadora debe configurarse con un carácter meramente marginal, residual o «estrictamente» complementario.
2. La vocación hacia un sistema de protección subjetivamente universal ininterrumpidamente orientado a garantizar, si bien progresivamente, el principio de universalidad personal de la cobertura.

(101) Precisamente, para una crítica de la Jurisprudencia constitucional por la desconexión mantenida hasta el momento en la configuración del derecho constitucional a la Seguridad Social con el principio del Estado Social *vid.* F. VALDÉS DAL-REÉ. *Seguridad Social... op. loc. cit.*

(102) Una perspectiva crítica general de esta notoria ambigüedad *vid.* A. MARTÍN VALVERDE. «Sistema económico y agricultura en la Constitución española». En *Agricultura y Sociedad*. 1981, págs. 47-48.

3. Adopción del concepto de «estado de necesidad» como fundamento objetivo de la protección, abstracción hecha, pese al tenor literal de la norma constitucional, de la causa de esta situación, sin que ello perjudique en modo alguno la articulación equilibrada de las diferentes funciones de compensación y de sustitución de rentas.
4. El recurso al concepto jurídico indeterminado de la «suficiencia» como criterio para determinar el nivel e intensidad de las prestaciones de Seguridad Social, en términos cuantitativa y cualitativamente diferenciados de la simple idea de prestación mínima de supervivencia.
5. Garantía de irregresividad cualitativa y sistemática del régimen jurídico público de protección social, lo que si, ciertamente, no puede significar la intangibilidad absoluta de la cuantía de las prestaciones, sí limita toda política gubernamental sistemáticamente orientada a favorecer una tasa de sustitución mínima.
6. El *principio de solidaridad social* entre todos los ciudadanos, que supone la legitimidad de las políticas dirigidas a una distribución equitativa y socialmente correctora de los recursos, aun a costa del «sacrificio de los intereses más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios» -STCo. 134/1987, fj 5-.
7. El principio *de favor hacia el beneficiario*, en el sentido de individualizar un régimen de protección para todos los ciudadanos ante cualquier situación de real necesidad económica, mediante prestaciones suficientes y uniformes.
8. Recepción de un sistema de Seguridad Social mixto equilibrado. De la misma manera, parece igualmente necesario aceptar, tal y como nos enseña la experiencia evolutiva en esta materia de los diversos países de nuestro entorno, que «un "sistema mixto" de pensiones de Seguridad Social que integra un nivel o sector no contributivo y un nivel profesional tendencialmente contributivo no sólo es el que... mejor se ajusta a nuestra Constitución, sino que incluso "viene exigido por ésta"» (103). En última instancia, la redacción constitucional no es sino expresión del dominio de lo jurídicamente «razonable» sobre lo normativamente racional (104).

(103) Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas». *RL*, núm. 13. 1988, pág. 2. De ahí que, además de incoherente, nos parezca infundada la formulación de la STCo. 268/1993, al afirmar que el modelo configurado por la Constitución es «un modelo teórico» determinado. Así, si es cierto que el modelo constitucionalizado «no ha encontrado aún aplicación en nuestro país», no es el asistencialista puro sino uno realmente equilibrado y racionalizado en la dirección de la evolución «razonable» experimentada por los sistemas europeos. Vid. por todos E. BORRAJO. *La reforma de la Seguridad Social... op. cit.* págs. 7 y ss.

(104) Expresión de una constitucionalización caracterizada por la «existencia de una estructura político-constitucional que organifica místicamente -probablemente según un *mixtum compositum*- la técnica jurídica y de gobierno anglosajón junto a la ideología jurídica de la abstracción subjetiva propia de la tradición ilustrada francesa. Cfr. E. DÍAZ-OTERO. *Op. cit.* pág. 63. En el concreto ámbito de la Seguridad Social ya hemos hecho referencia varias veces a la necesidad de consultar el magnífico trabajo del prof. E. BORRAJO. *La reforma... op. loc. ultim. cit.*

Ahora bien, en la medida en que tal equilibrio no existe en los momentos actuales, puede afirmarse, a nuestro juicio, que existe un significativo desfase entre el sistema jurídico actual de Seguridad Social y el programa normativo del derecho constitucional -ilustrando también en este ámbito la brecha existente en general entre la Constitución «material» y la Constitución «formal», entre el desarrollo práctico del orden constitucional y su representación normativa (FERRAJOLI)-, por lo que el sistema jurídico ha de orientarse necesaria y urgentemente, por imperativo constitucional, a realizar plenamente y concretar en la dirección constitucional tal sistema: *sistema mixto normativa y económicamente equilibrado y racionalizado* de Seguridad Social. Justamente, en esta evolución garantista hacia un modelo equilibradamente avanzado, de particular interés resulta la profundización en la creación de un nivel no contributivo de prestaciones, la eliminación plena de los elementos pseudoasistenciales introducidos en el nivel contributivo, que han generado significativas irracionalidades de funcionamiento -disfunciones asistencialistas-, la recuperación de la noción de suficiencia con arreglo al principio de proporcionalidad entre las rentas públicas de sustitución y la renta de activo, restaurando esta clásica función de garantía de rentas de sustitución propia del nivel contributivo-profesional, la corrección de la lectura prevalentemente privatista realizada hasta el momento del denominado nivel complementario libre... (105).

En definitiva, se trataría básicamente de culminar el proceso evolutivo iniciado, al menos formalmente, con la LMU de 1985, primero, el Real Decreto-Ley 3/1989, de medidas adicionales de carácter social, de mejora de la cobertura de pensiones, clara expresión de las virtualidades del fenómeno contemporáneo de «legislación negociada», después, y con la LPnC de 1990, de pensiones no contributivas. Leyes que si, ciertamente, definieron un nuevo rumbo para nuestro sistema, han resultado igualmente limitadas para conseguir con plenitud el equilibrio necesario entre los dos objetivos básicos de todo sistema de Seguridad Social: «racionalización» y «humanización» (PERRIN). Consecuentemente, la garantía constitucional de un régimen tanto público como suficiente de prestaciones sociales, así como de un nivel eficaz no contributivo, depurando las insuficiencias y deficiencias detectadas en la LPnC, son temas que emergen al primer plano de la actualidad con los nuevos procesos «acordados» y «proyectados» de reforma, tal y como se concretan en los objetivos de defensa constitucional y en la «lucha» por el derecho de la Seguridad Social presentes, al menos formalmente, otro cantar será su efectividad, en los famosos Pacto de Toledo y Acuerdo de Racionalización y Consolidación, fruto de los cuales, aunque con significativas divergencias, es la ley varias veces referida.

En última instancia, esta observación no hace sino confirmar que, si incluso el más perfecto sistema de garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige, junto a la acción continuada de los poderes públicos -*garantía externa de carácter político*-, la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos constitucionalmente reconocidos -*garantía externa de carácter social*-, esta intervención todavía es más necesaria en el caso de aquellos derechos que, aun reconocidos normativamente, no están efectivamente garantizados de forma plena y «perfecta», como es el caso del derecho social fundamental del ciudadano a la pro-

(105) Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado... op. cit.* págs. 105 y ss.

tección de Seguridad Social. Debe, por tanto, huirse tanto de la denominada «*falacia politicista*», es decir, la idea de que baste la fuerza de un «poder» político capaz de satisfacer las funciones de tutela asignadas constitucionalmente a los derechos «sin la mediación de complejos sistemas normativos de garantías con capacidad de limitarlo, vincularlo, instrumentalizándolo y, de ser necesario, deslegitimarlo y neutralizarlo», cuanto de la «*falacia garantista*», es decir, la idea de que «basten un derecho bueno dotado de sistemas avanzados y actuables de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones» (106).

III. EL CONTEXTO COMUNITARIO, INTERNACIONAL Y COMPARADO: LA EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA TRANSFORMACIÓN DE LOS ESTADOS INDUSTRIALIZADOS

1. Derecho Comunitario y Seguridad Social.

A la vista de la diversidad de fórmulas de protección social hoy existentes es impensable la adopción de un sistema único de Seguridad Social en Europa, por lo que los esfuerzos se centran en lograr una mayor convergencia entre las políticas sociales de los Estados miembros, lo que hasta el momento ha permitido una mejor coordinación entre los sistemas de Seguridad Social con el fin de facilitar la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea (107). En el ámbito comunitario, se distinguen dos bloques normativos claramente diferenciados, de una parte el *Derecho de armonización*, de aproximación de las legislaciones respectivas de los Estados miembros de la Unión Europea, y, de otra el *Derecho de coordinación* de las legislaciones nacionales (constitucionalmente vinculado al principio de libre circulación, ex arts. 3.º y 51 del TUE (108)), constituido por reglamentos que se dirigen, fundamentalmente, a resolver conflictos de leyes relativos a Seguridad Social y también a las garantías de protección social suficiente a los trabajadores migrantes (109).

(106) Cfr. L. FERRAJOLI. *Derecho y Razón. Op. cit.* pág. 941. Precisamente, no es casual, como repara agudamente BOBBIO, que en las páginas finales del libro, FERRAJOLI «cite con honor» el «precioso librito» de JHERING, *La lucha por los derechos*, en el que la lucha por el derecho se presenta como un deber hacia nosotros mismos y hacia los demás, y que se recupere el principio de la «garantía social», enunciado en el artículo 23 de la Constitución francesa de 1793.

(107) Por tanto, un paso previo será lograr la convergencia progresiva de las políticas de protección social (objetivos comunes). Vid. al respecto, I. CHASSARD. «Pour une convergence des politiques des États membres de la Communauté dans le domaine de la protection sociale». *Dr. Soc.* núm. 2. 1990, págs. 157 y ss.

(108) Sobre el Derecho de la Coordinación, vid. F. FERRERAS ALONSO. «Aspectos sociales de la libre circulación de los trabajadores en Europa». *RTSS*, núm. 8. 1992. J. LÓPEZ LÓPEZ. «La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros». En *íd.* (coord.). *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*. Marcial Pons. 1996, págs. 35 y ss. y A. PALOMAR OLMEDA. «Bases esenciales del Derecho Comunitario de la Seguridad Social». *RTSS*, núm. 16, 1994.

(109) Vid. para una visión crítica y general de la evolución de la Seguridad Social en el Derecho Comunitario, PERRIN, G. «La Seguridad Social ante la perspectiva del mercado interior único de la Comunidad Económica Europea (CEE) para el 31 de diciembre de 1992». *RSS*, núm. 38. 1988, págs. 7 y ss.

Dada la perspectiva adoptada en este trabajo, no nos referiremos al análisis de las normas de Derecho «coordinatorio», ya que éste, fundamentalmente constituido por los Reglamentos CEE 1408/71 y 574/72 (revisados parcialmente o completados por reglamentos posteriores), tiene como objetivo la garantía de adquisición y conservación de los derechos individuales de Seguridad Social de los trabajadores comunitarios migrantes y la igualdad de trato de todos los trabajadores con independencia de su nacionalidad y sus técnicas consisten en la construcción de reglas combinatorias de diversas legislaciones aplicables sucesiva o simultáneamente (110). En cambio, sí resulta de interés, analizar someramente el Derecho «armonizador» de la Seguridad Social, ya que son «las normas eurocomunitarias dirigidas a producir la convergencia de las políticas de protección social de los países miembros de la Unión, y, con ese fin, la armonización de las legislaciones respectivas» (111).

Como ha sido ya señalado, las normas de armonización, en este campo, son muy inferiores (cuantitativamente hablando) a las de coordinación, fundamentalmente porque sus normas no responden a una concepción sistemática y completa de la Seguridad Social. Por contra son medidas siempre parciales y en general poco relevantes. Adicionalmente, se trata de normas, de escasa tradición histórico-normativa (112) en las que abundan las lagunas y antinomias. Lagunas que tienen su explicación si se tiene en cuenta el carácter gradualista de sus preceptos normativos -v.gr. períodos transitorios, plazos de transposición interna- y las dificultades de llegar a acuerdos sobre los aspectos más comprometidos, los cuales, siendo fundamentales, quedan fuera del objetivo armonizador. Adicionalmente, es evidente, que las contradicciones se producen dada la formación sedimentaria de las mismas, que obedecen a momentos históricos y a contextos políticos completamente diferentes (desde la protección de la libre competencia internacional por la vía de equiparación de costes laborales, pasando por la aspiración de lograr una política social progresiva, hasta el objetivo de lograr un nivel, más modesto, de protección mínima).

La igualdad en el progreso (art. 117 del TUE) tendría aquí su plasmación a través de la consecución de unos mínimos comunes de protección social. El Protocolo de Política Social prevé la competencia comunitaria en materia de Seguridad Social expresamente, siempre que exista unanimidad, a través de la adopción de Directivas. El mantenimiento de la regla de la unanimidad en lo que concierne a la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores confirma así, de forma clara, el principio de territorialidad de los sistemas de Seguridad Social. De otro lado la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores declara el derecho de todo trabajador a «una protección social adecuada y a beneficiarse de prestaciones de Seguridad Social de un nivel suficiente», así como el derecho de las personas excluidas del mercado de trabajo y desprovistas de medios de subsistencia a beneficiarse de prestaciones «adaptadas a su situación personal». Al margen de la falta de fuerza vinculante del texto, lo cierto es que estos objetivos remitidos

(110) *Vid.* en este sentido, B. GONZALO GONZÁLEZ. *El Derecho Internacional de la Seguridad Social*. CES. Madrid, 1995, en especial, pág. 49.

(111) *Ibidem*, pág. 77.

(112) La primera de ellas data de 1978.

a conceptos jurídicos indeterminados (protección social adecuada, nivel suficiente, prestaciones adaptadas), se entienden ya alcanzados en buena medida en los países miembros de la Unión. Todo lo cual pone de manifiesto las pocas perspectivas de desarrollo del Derecho armonizador de la Seguridad Social (si exceptuamos el debate en torno a la aprobación de una Recomendación sobre la instauración de una renta social mínima garantizada, de claro corte asistencial).

A la intrínseca limitación material del Derecho Comunitario armonizador de la Seguridad Social, se añade la de las disposiciones en sí mismas consideradas (las Directivas sobre no discriminación), lo que lleva a una situación de práctica superación en cualquier país de la UE, tal y como sucede en nuestro país donde, por ejemplo, las principales reformas igualitaristas en este campo desbordan con mucho las previsiones comunitarias, y tienen una raíz fundamentalmente constitucional (113).

En cuanto a las Directivas sobre garantía de derechos de Seguridad Social en determinadas circunstancias, la Directiva 80/987, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, sólo obliga a los Estados miembros a tomar las medidas (normativas o administrativas) oportunas para evitar que los descubiertos de cotizaciones a los Regímenes de Seguridad Social de empresas insolventes puedan perjudicar el derecho a prestaciones de los trabajadores (lo cual supone admitir cualquier solución, desde la imposición de mecanismos privados para garantizar su eficacia, hasta la asunción de responsabilidad pública a tal efecto (114)) y, además, se condiciona la garantía a que la cuota del trabajador haya sido descontada a éste del salario, aunque no haya sido después ingresada en la Seguridad Social.

Aquella es igualmente restrictiva en cuanto a su ámbito objetivo y también lo es desde la perspectiva subjetiva. Nuestro sistema de Seguridad Social en algunos aspectos va más allá del mínimo exigido por la Directiva 80/987. No obstante, la exigencia de alta previa como condicionante de la protección, puede plantear alguna duda sobre el cumplimiento de la Directiva, ya que en tal caso quedan sin garantía las prestaciones por enfermedad, invalidez y supervivencia derivada de riesgo común, las pensiones de jubilación y las de protección familiar. Sin embargo, la amplitud de la

(113) Así, la STCo. de 22 de noviembre de 1983, disponiendo la igualdad de condiciones de los varones para el acceso a la pensión de viudedad, y la de 18 de septiembre de 1989, que incorpora el principio de igualdad en la aplicación de la legislación sobre viudedad del antiguo Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, derogado en 1986, con vigencia transitoria. Nótese, sin embargo, cómo en países como Italia, Francia y Bélgica, que recogen dicho principio, igualmente, en sus respectivas Constituciones, mantienen diferencias por razón de sexo en el acceso a la pensión de viudedad, sin que ello colisione con la Directiva 79/7.

También destacan el artículo 4.º de la Ley 26/1990, la modificación por ésta del (ahora) artículo 177 de la LGSS, la supresión de discriminación en el artículo 55 de la LGSS (antes 36), por la Ley 26/1990... entre otras, *vid.* GONZALO GONZÁLEZ, B. *El Derecho Internacional... Op. cit.* págs. 81 y ss.

(114) No obstante, la doctrina se inclina a interpretar la Directiva en favor del establecimiento de garantías públicas ya que aquella exige «medidas administrativas», y lo cierto es que la mayor parte de los países miembros ha recurrido a instituciones públicas. *Vid.*, en esta línea, B. GONZALO GONZÁLEZ. *Op. ultim. cit.*, pág. 90.

Directiva ampara compensaciones (art. 9.º), cuando se instauren otras fórmulas protectoras que sean globalmente más favorables para los trabajadores. La inadecuación de nuestro ordenamiento es aún más evidente en lo referente a los «regímenes profesionales» voluntarios donde no se prevén ningún tipo de garantías «suficientes».

Finalmente, de forma parcial se refiere a este tema la Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1987, sobre armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de transferencias de empresas o de parte de empresas, sin que presente problemas de transposición. De este modo, se puede concluir que nuestro ordenamiento jurídico se adecua a las exigencias comunitarias salvo en lo referente a la garantía de derechos en regímenes profesionales y en lo relativo a los supuestos de insolvencia empresarial.

2. Derecho Internacional de la Seguridad Social.

La incidencia del Derecho Internacional en la evolución del Derecho interno (aunque está llamada a tener un papel dinamizador, por ser un instrumento interpretativo de la propia Constitución y por su incorporación al ordenamiento jurídico español) es bastante modesta, sobre todo si se tiene en cuenta que se ratifica «porque se puede y cuando se puede» (GONZALO GONZÁLEZ, *El Derecho internacional español...*, *op. cit.*, pág. 103). Es decir, el Derecho interno sigue su propia evolución y sólo se ratifican instrumentos internacionales en la medida en que se considera que existe una previa coincidencia de mínimos y que no exige ningún cambio ni progresión, siendo plenamente ilustrativo de ello la ratificación del Convenio núm. 102 de la OIT.

Adicionalmente, su valor es relativo, dado que muchos de los Tratados y Convenios ratificados por España, son más instrumentos de «principios» que instrumentos «normativos» (que imponen obligaciones de comportamiento a los Estados) -VAN RAEPENBUSCH (115)-. Entre los primeros, destacan la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, cuyo artículo 22 proclama el derecho y el artículo 9.º del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que proclama el carácter universal de los derechos de Seguridad Social y la Carta Social Europea, de mayor alcance en la medida en que, en primer lugar, contiene una remisión a la norma mínima de Seguridad Social de la OIT (Convenio núm. 102); y, en segundo lugar, contiene el compromiso de no regresividad (de progresividad obligada, incluso) de los Ordenamientos de los Estados ratificantes en lo referido a la protección social. Un compromiso que, sin embargo, en el actual contexto

(115) S. VAN RAEPENBUSCH. *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo*. Madrid. MTSS, 1992.

social y económico, está quedando bastante diluido, admitiéndose la idea de la evaluación global (que admite regresiones puntuales) y la interpretación amplia de una irregresividad de mera estabilidad no regresiva.

Es evidente que se trata de normas orientadas en torno a objetivos que denotan que hoy por hoy, la Seguridad Social es un proyecto social irrenunciable, y aunque son instrumentos normativos esencialmente flexibles, escasamente eficaces en el plano de la concreción y exigibilidad, siguen jugando un importante papel en el ámbito de la interpretación del Derecho interno y en la apuesta por una determinada forma de Estado y de sociedad.

En el segundo grupo de instrumentos internacionales, destaca el Convenio número 102 de la OIT que es considerada la norma internacional más influyente en el campo de la Seguridad Social, que nuestro Ordenamiento no cumple de forma total (así el Ordenamiento español no garantiza el derecho a prestaciones sanitarias por razón de enfermedades mentales ni las de odontología, el ticket moderador en la prestación farmacéutica se excede de las previsiones del Convenio, sin que se exceptúen, como exige el Convenio, las de embarazo, parto y puerperio; tampoco se garantiza el derecho a la hospitalización no quirúrgica cuando fuera necesario y la pensión de viudedad se condiciona a la «situación de alta» en el momento del fallecimiento del causante, lo cual no queda amparado en las normas del Convenio).

También es importante, en este grupo, el llamado Código Europeo de Seguridad Social revisado; ya que se trata de un texto progresivo en la medida en que implica un paso adelante respecto del Convenio 102 y el Convenio núm. 117 de la OIT, sobre normas y objetivos básicos de la política social.

3. Evolución del Derecho de la Seguridad Social de los Estados Industrializados.

Aceptando por válida la premisa, creemos indiscutible, de la influencia de las tendencias internacionalizadoras de los procesos del mercado sobre la evolución de los Ordenamientos nacionales se abre camino la, cada vez más discutida cuestión, de si el Estado del Bienestar puede sobrevivir en el actual marco de la competencia internacional. En este sentido, no se puede dar una respuesta afirmativa sin considerar cuáles son los problemas, porque es evidente que éstos existen.

Más concretamente, sobre los sistemas de Seguridad Social se cierne una sombra de duda desde el momento en que la percepción generalizada en Europa y Norteamérica es que el modelo de crecimiento que ha sustentado el desarrollo de las economías occidentales está cuestionado, tanto por sus propios límites, como la redefinición del contexto económico internacional (auge económico del Sudeste asiático). En otros términos, se habla ya de la necesidad de sacrificar los objetivos sociales a los económicos para garantizar la competitividad en los mercados internacionales.

Adicionalmente, parece hoy incuestionable que la competitividad económica es un valor social en alza, y en tal sentido toda institución que pueda cuestionarla es difícilmente defendible ante la opinión pública. Y es que, en efecto, la situación ha cambiado sustancialmente respecto de los orígenes de los sistemas de protección social públicos: los mercados internacionales están hoy más expuestos a la competencia extranjera, lo que fuerza a un ajuste a la realidad comparativa (y afecta a la estructura industrial); el tránsito a una economía más abierta conlleva que el mantenimiento de ciertos comportamientos sólo pueda hacerse haciendo concesiones en otros campos; aparecen nuevos competidores que producen más y más barato que los viejos países industriales (o que poseen un mayor grado de innovación, elevando los niveles de calidad).

Es indudable que nos movemos en un terreno político y económico donde es difícil extraer verdades objetivas, no obstante, no es menos cierto que una buena parte de las investigaciones económicas sobre las relaciones entre competitividad y Estado del Bienestar pone de manifiesto, al menos dos cosas:

- Primero: que es imposible demostrar una relación causa-efecto entre la pérdida de competitividad económica y el Estado de Bienestar, y más concretamente entre competitividad y sistemas de protección social pública.
- Segundo: tampoco es un imperativo económico el desmantelamiento del Estado del Bienestar (y, específicamente, de los sistemas de Seguridad Social), ya que la competitividad puede mantenerse por otras vías (competitividad subyacente: esfuerzo, eficiencia y sustitución) (116) menos costosas social y políticamente, tal y como ilustra el caso sueco.

Ciertamente, todos los sistemas sufren evoluciones y problemas comparables (dificultades de financiación, progresión de los fenómenos de precariedad, envejecimiento de la población, descenso de la natalidad, modificación de las estructuras familiares tradicionales), en un ambiente de lento crecimiento económico y grave desempleo. Ante esta situación, la mayor parte de los países avanzados, y especialmente los europeos, están introduciendo reformas orientadas, mediante la corrección de algunas deformaciones, a garantizar el mantenimiento del sistema de protección social diseñado a lo largo de este siglo. Para ello es imprescindible recuperar el control financiero del sistema, su equilibrio y estabilidad, y en esta línea se inscriben las principales reformas en la generalidad de los países, que pese a responder a procesos históricos e institucionales muy diferentes, convergen, a grandes líneas en el diagnóstico de la crisis y en las respuestas ante la misma: tendencias a la diversificación y a la introducción de reformas «razonables» (117).

(116) *Vid.* en este sentido, la investigación económica sobre las relaciones del Estado del Bienestar y la competitividad en Estados Unidos, Suecia, Alemania, Francia y Reino Unido, D. PFALLER *et alri*. *Competitividad económica y Estado de Bienestar*. *Op. cit. passim*.

(117) *Cfr.* para el modelo real europeo E. BORRAJO. *La reforma... op. cit.*

Interesa centrar el análisis comparado en los países industrializados de Europa, ya que nuestro desarrollo social y económico se halla estrechamente vinculado al espacio europeo, siendo un referente imprescindible en el proceso de convergencia en el que nos hallamos insertos.

Pese a la diferente tradición histórica que ha inspirado los diferentes sistemas de Seguridad Social todos se han ido desarrollando en un sentido convergente, de tal forma que no es posible hallar modelos puros teóricamente. Igualmente, puede afirmarse que el nivel de protección dispensado por todos los sistemas nacionales se ha mantenido estable a lo largo de la década de los ochenta, incluso se puede hablar de una mejora del nivel en el campo de las personas menos favorecidas (pensiones asistenciales). El crecimiento del gasto social en relación con el PIB ha crecido de forma continuada en el período comprendido entre 1980 y 1985, siendo el promedio en la UE, al final de la década de los años ochenta, de un 25 por 100 del PIB (118). La situación económica de crisis (con una ligera recuperación a partir de 1985), llevó a los distintos países a un más incisivo control así como a una búsqueda de eficiencia del gasto social. Cada vez de forma más visible el problema del empleo se empieza a relacionar con la Seguridad Social, se han ido intensificando las medidas de fomento de empleo y, en el campo de la financiación, se han implantado medidas dirigidas a reducir la participación de las empresas en las cotizaciones (en el contexto de políticas de fomento de empleo) y algunos países han aumentado la participación estatal (Bélgica, Grecia y España). Se detecta una especial atención en torno al futuro de las pensiones en relación con el envejecimiento de la población que, con distinta intensidad, afecta a los países comunitarios.

En el campo de la financiación destaca la mayor importancia de los impuestos en los modelos universales, en comparación con los contributivo-profesionales, con alguna excepción, tal como sucede en los Países Bajos, que sobre la base de un sistema universal, se financia a través de cotizaciones a cargo, exclusivamente, de los trabajadores. La financiación a través de impuestos más alta corresponde a Dinamarca con el 80 por 100 (mientras que en España se sitúa en torno al 25%). En cuanto a las cotizaciones se observa que en todos los países, (a excepción de Francia y Bélgica) han aumentado, existiendo topes de cotización en la mayor parte de ellos.

Se ha de destacar, por ser uno de los factores más importantes del gasto de pensiones, el sistema de revalorización de las mismas, para garantizar que no pierdan el poder adquisitivo, y ello en un contexto de constante aumento de las esperanzas de vida a partir de la edad de jubilación. Desde la perspectiva comparativa se ha de destacar la diversidad de fórmulas de su determinación (automática o discrecional), destacando métodos que tienen en cuenta las variaciones del IPC, frente a otros que se adecuan a la evolución del crecimiento de los salarios y otros, finalmente, que combinan ambos criterios.

(118) *Cfr.* La Seguridad Social en el umbral... *op. cit.* págs. 191 y 192. También para una visión comparada, más allá del ámbito comunitario, GORDON, M.S. *La política de Seguridad Social en los países industrializados*. MTSS. Madrid, 1990.

En cuanto a la acción protectora de los diferentes sistemas las diferencias se observan no tanto por su extensión como por su intensidad. Así:

- En la pensión de jubilación no se exige la misma edad para el acceso a la misma, variando de país a país, incluso dicha edad es variable, en algunos de ellos, en función del sexo. Adicionalmente, es destacable que ningún país, hasta 1995 ha reducido la edad de jubilación (aunque, en la realidad, la edad de jubilación media, está por debajo, en muchos casos de la legal, en el marco de medidas de fomento de empleo), es más, en algunos en que la edad era inferior a 65 se ha previsto su aumento progresivo; otros en los que la mujer podía jubilarse a una edad más temprana se están modificando para su igualación al alza. También es destacable que en los sistemas contributivos la edad es más temprana que en los sistemas universales (119).
- Respecto de la pensión de invalidez la generalidad de los sistemas parten de la consideración del estado de salud, pero también de la capacidad residual que pueda tener el inválido. Algunos países también vinculan la declaración de invalidez protegida a la formación profesional del inválido y a la posibilidad de obtener un nivel de ingresos conforme a su capacidad residual (con independencia de que efectivamente ejerza actividad), incluso en algún caso, como el de los Países Bajos la declaración se llegó a condicionar a la situación del mercado de trabajo y a las posibilidades reales de encontrar trabajo (120).

(119) A lo largo de los últimos 15 años, las distintas legislaciones han ido introduciendo distintas figuras de anticipo de la edad de jubilación, relacionadas con políticas de empleo. Así, por ejemplo, en Dinamarca cabe anticipación de la jubilación entre los 60 y 70 años siempre que el asegurado reduzca su jornada habitual, al menos en una cuarta parte; en Alemania, a los 63 años y 35 años cotizados y en Luxemburgo y Francia bajo la denominación de «jubilación anticipada de solidaridad».

En cuanto al período de cotización exigido para la pensión de jubilación, puede afirmarse que es un requisito generalizado y que en los que no lo exigen, este período es determinante para la cuantía de la pensión (incluso en los modelos de inspiración universalista), ya que si no se alcanza determinado período se produce una importante reducción de la cuantía de la pensión. Es constatable, adicionalmente, que en lo referente al período a considerar para calcular la base reguladora, ningún país ha retrocedido, todo lo contrario, en algún caso, como el de España, se ha ampliado.

(120) En cuanto al grado de invalidez protegida en la mayor parte de los países de la UE (salvo Francia, Países Bajos y España), sólo existen dos grados de invalidez (uno el equiparable, en España, a la invalidez total para la profesión habitual y otro el equiparable a la invalidez absoluta). Lo que conocemos como gran invalidez, tanto en España como en Francia, no existe como tal, integrándose en el campo de los servicios sociales. En los modelos contributivos, la cuantía de la pensión está ligada al grado de invalidez y a los períodos previos de cotización, siendo su forma de cálculo prácticamente idéntica que la de jubilación. Francia y España se apartan de esta pauta en el sentido de que no tienen en cuenta la totalidad de períodos cotizados sino sólo los que forman parte de la base reguladora. En cuanto a los denominados modelos universales, la cuantía se calcula en función de la capacidad residual para trabajar, el grado de invalidez y la situación familiar. Finalmente, un punto común lo constituye la conversión de la pensión de invalidez en pensión de jubilación al cumplirse la edad legal (y ello con la sola excepción de Grecia, España e Irlanda).

- En el campo de las pensiones por muerte y supervivencia (fundamentalmente viudedad y orfandad) las tendencias de los diferentes sistemas muestran una influencia directa del avance del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, sin embargo muestran una débil penetración de las nuevas líneas sobre derechos derivados en materia de protección social.

La igualdad de tratamiento respecto a las pensiones de viudedad ha tenido una influencia notable en numerosas legislaciones, la mayoría que discriminaban favorablemente a la mujer. Sin embargo, paralelamente a esta influencia positiva y progresista, dicho principio ha tendido como consecuencia indirecta, en algunos casos, a una política más restrictiva a la hora de su concesión. Así, por ejemplo, en Alemania se reduce la cuantía de la prestación cuando el cónyuge superviviente supera un determinado límite de ingresos (pudiendo llegar a una suspensión total de la misma) (121).

Respecto a la pensión de orfandad no existe como tal en todos los países comunitarios, distinguiéndose aquellos en los que, a modo de prestaciones familiares, experimentan un incremento cuando los hijos son huérfanos o se reconoce un suplemento a la pensión de viudedad y aquellos (generalmente en los sistemas contributivos) en los que tiene consideración de pensión propiamente dicha. En todos los casos su reconocimiento y disfrute está limitado por la edad del huérfano, yendo desde los 15 años en Portugal o 16 años en Irlanda hasta los 18 en España, no obstante se suele excepcionar dicho límite de edad cuando el huérfano se encuentra realizando estudios (pudiendo alcanzar, por ejemplo, los 27 en Luxemburgo).

Esta breve descripción de la evolución de los sistemas nacionales de Seguridad Social pone de manifiesto que, pese a la situación de crisis económica, a partir de los años setenta, el gasto en protección social no ha dejado de crecer en relación con el PIB, optándose, más que por reformas drásticas o por un decidido desmantelamiento, por una reforma gradual y moderada, dirigida a salvaguardar a largo plazo el modelo de protección social diseñado en Europa a lo largo del último siglo, corrigiendo deformaciones acumuladas (estructura demográfica...) que afecta (122) sobre todo,

(121) En el ámbito de la nueva configuración de los derechos derivados destacan medidas como la introducida en Dinamarca que ha suprimido la pensión de viudedad, y en su lugar reconoce una indemnización que oscila entre el 30 por 100 y el 50 por 100 de la pensión que le hubiere correspondido al fallecido. Respecto a los requisitos exigidos para el derecho a la pensión, la evolución experimentada indica un endurecimiento en algunos tales como la edad exigida, duración mínima del matrimonio..., si bien se tiende a una cierta flexibilización puntual, concretamente, por la vía de la equiparación a matrimonio de la convivencia marital.

(122) *Vid.*, en este sentido, si bien con un espectro de estudio más amplio que la UE, ESPINA, A. «Hacia una reforma gradual de los sistemas de pensiones en la OCDE», en *RIT*, núm. 2. 1996, págs. 195 y ss.

al sistema de pensiones. Adicionalmente, no se han producido variaciones sustanciales en el campo de la financiación, sin que se haya pasado a implantar un sistema de capitalización, manteniendo todos el sistema de reparto. En el campo de las prestaciones, se observa una evolución paralela, siguiendo una línea de convergencia de las políticas sociales en la Unión: los cambios son ligeros y afectan fundamentalmente a la intensidad de la protección en el sentido de que se observa, de un lado, un reforzamiento del principio de proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones, y, de otro, un endurecimiento de ciertos requisitos para el acceso a la prestación (especialmente visible en el caso concreto de las pensiones).

Se ha de destacar en este terreno de las pensiones una tendencia al mantenimiento o incremento de la edad de jubilación, así como a la igualación entre sexos. Finalmente, la tendencia a la introducción de elementos asistenciales y contributivos en los sistemas bismarckianos y beveridgianos, respectivamente, influye en la mayor complejidad de los sistemas, del mismo modo la interdependencia entre el mercado de trabajo y el contexto económico redundan en un sistema más coyuntural y menos compacto, provocando todo ello una cierta dispersión, tal y como se ha observado en el caso del sistema español.

En definitiva, y a modo de conclusión, entendemos que, sin perjuicio de sus deficiencias, carencias y contradicciones, normas como las aquí comentadas -aunque ahora sólo proyectadas pero con máximas garantías de viabilidad- y el movimiento socio-político de lucha por los derechos que lo impulsa, viene a reconocer una vez más la plena vigencia del apremio de Hermann HELLER de hacer del Estado Social la extensión de las garantías del Estado de Derecho al orden del trabajo y de los bienes (123). Ahora bien, al mismo tiempo, viene a confirmar que, en la línea con la evolución experimentada por la entera cultura jurídica, el Derecho de la Seguridad Social del futuro próximo estará «sujeto a una mayor inseguridad» (124), en la medida en que es uno de los escenarios particularmente abonados para el desarrollo de los «esfuerzos y conflictos distributivos», inmediato resultado de las relaciones de poder y de las estrategias de lucha social y política por la existencia digna de los seres humanos.

(123) Parafraseamos aquí la conclusión de A.-E. PÉREZ LUÑO. «La evolución del Estado Social y la transformación de los derechos fundamentales». En AA.VV. *Problemas de legitimación en el Estado social*. Trotta. 1991, pág. 106.

(124) Cfr. G. THERBON. «Los retos del Estado de bienestar: la contrarrevolución que fracasa, las causas de su enfermedad y la economía política de las presiones del cambio». En R. MUÑOZ DE BUSTILLO (ed.). *Crisis y futuro del Estado de Bienestar*. Alianza. Madrid. 1989, págs. 87 y 97.

IV . TENDENCIAS ACTUALES DE LA POLÍTICA DEL DERECHO EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL MARCO DE LA PROYECTADA REFORMA «CONSOLIDADORA» Y «RACIONALIZADORA» DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Una vez realizados estos planteamientos desde el Ordenamiento constitucional, tanto en su fase o momento de realización «legislativa» como en su fase o momento de positivización jurídica por el Juez Supremo de la constitucionalidad, conviene abordar la configuración básica del sistema jurídico de la Seguridad Social en nuestro país a la luz de las nuevas reformas contenidas en el texto legal que aquí analizamos.

En el marco del debate sobre la evolución de los sistemas de Seguridad Social, que se está desarrollando en la práctica totalidad de los países de la Unión Europea, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó en febrero de 1994 una Proposición no de Ley por la que se creaba una Ponencia en el seno de la Comisión de Presupuestos, con la finalidad de elaborar un informe en el que se analizarían los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y se indicarían las principales reformas que deberían acometerse en los próximos años para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar mayores déficit públicos en el Presupuesto del Estado. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 6 de abril de 1995, aprobó, sin votos en contra y sin modificaciones, el texto aprobado por la Comisión de Presupuestos (en adelante nos referiremos a este documento, fruto del consenso político, como Pacto de Toledo).

En desarrollo de las Recomendaciones contenidas en el citado Informe, el Gobierno convocó a los agentes económicos y sociales con el fin de analizar las necesidades de la reforma de la Seguridad Social y del establecimiento de criterios para su aplicación. El 9 de octubre de 1996 el Gobierno y las organizaciones sindicales, CC.OO. y UGT suscribieron el Acta de un Acuerdo sobre «Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», donde se recogen los planteamientos que, según los firmantes, han de considerarse en las futuras reformas normativas al respecto.

En cumplimiento de este Acuerdo el Gobierno inicia la tramitación definitivamente aprobada como Ley de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

1. Aspectos formales y contenido de la ley.

La misma va precedida de una Exposición de Motivos y consta de trece artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales, a través de los que introduce una serie de modificaciones al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (125).

(125) Es de advertir que en su fase de Anteproyecto, en el momento de la sumisión al Dictamen del Consejo Económico y Social, no se acompañó aquél con una Memoria explicativa de su repercusión económica, lo que fue criticado por el CES, dado que ello hubiera facilitado una valoración de las medidas.

Cada objetivo de la reforma se instrumenta en forma de un artículo. Así, sucintamente:

- El artículo 1.º da nueva redacción al número 2 del artículo 86 del TRLGSS incorporando, básicamente, la primera de las recomendaciones del Pacto de Toledo: la separación de las fuentes de financiación según la naturaleza de la prestación. Así se dispone que la financiación de la acción protectora en su modalidad no contributiva se realizará exclusivamente con la aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, mientras que la de las contributivas y los gastos derivados de su gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial, serán financiadas, básicamente, a través de cotizaciones y, en su caso, aportaciones del Estado que se acuerden para atenciones específicas.

Adicionalmente introduce en el TRLGSS, la disposición transitoria decimocuarta, donde se prevé el régimen transitorio, en tanto no se materialice la separación de las fuentes de financiación. La fijación de los términos concretos de la separación de las fuentes de financiación se traslada a lo que se establezca en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio económico. Igualmente, en tanto no se establezca definitivamente la naturaleza de los Complementos a Mínimos de las Pensiones de la Seguridad Social, éstos serán financiados en la forma que se determine en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico.

- En el artículo 2.º se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 91 del TRLGSS estableciendo, con 1ª finalidad de atender las necesidades futuras del sistema, la constitución de un fondo de reserva con cargo a los excedentes de cotizaciones sociales que pudieran resultar de la liquidación de los Presupuestos de la Seguridad Social de cada ejercicio económico. Adicionalmente se delega en el Gobierno la determinación de la materialización financiera de tales reservas.
- El artículo 3.º incorpora una disposición transitoria decimoquinta al TRLGSS. Con el fin de alcanzar una única base máxima de cotización por contingencias comunes para todas las categorías profesionales (y ello para que los importes de las bases máximas de cotización por contingencias comunes coincidan con la cuantía del tope máximo de cotización previsto en el art. 110 del TRLGSS), se prevé la aproximación gradual de las cuantías correspondientes a los Grupos 5 al 11. La fijación de los términos concretos de tal aproximación se traslada a las Leyes de Presupuestos Generales de cada ejercicio.
- Por el artículo 4.º se modifica la redacción del artículo 161.1 b) del TRLGSS y añade un nuevo apartado 4 a su disposición transitoria cuarta. Se trata de una de las medidas dirigidas a reforzar el elemento de contributividad en el acceso a la pensión de jubilación de esta modalidad, mediante la ampliación gradual del período de referencia a efectos de la deter-

minación de la base reguladora de la pensión de jubilación, que pasaría de los últimos ocho años previstos en la normativa vigente a los últimos 15 años de cotización. Paralelamente, la consideración de los dos años de «carencia cualificada» se hace también con referencia a los últimos 15 años de cotización. Se prevé asimismo una aplicación gradual disponiendo un período de carencia cualificado para 1997, de dos años dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho.

- El artículo 5.º, mediante la modificación del artículo 162.1 del TRLGSS, adecua el procedimiento de fijación y cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, a la ampliación a 15 años del período previo de cotización considerado para ello. En consecuencia con la gradualidad de que se ha dotado a la implantación de dicha ampliación, se añade un nuevo apartado a la disposición transitoria quinta que establece a su vez seis etapas en la aplicación de dicho procedimiento, que implica una fórmula de cálculo de la base reguladora según cada caso en función del grado de ampliación del período previo de cotización que haya sido considerado para ello.
- El artículo 6.º modifica el artículo 163 del TRLGSS eliminando la anterior remisión a los reglamentos generales de la fijación de la escala procedente para determinar la cuantía de la pensión de jubilación contributiva. Tal materia deja de ser objeto de desarrollo reglamentario y pasa a formar parte del contenido del TRLGSS. En la línea de reforzar la proporcionalidad de la cuantía de la pensión de jubilación a los años de cotización se modula la importancia de los años y tramos de años a efectos de determinar el porcentaje correspondiente a la base reguladora que determina la cuantía de la pensión.
- En el artículo 7.º se regula la cuantía de la pensión en los supuestos de jubilación anticipada, dando nueva redacción a la regla 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del TRLGSS. Se suprime la referencia al requisito de haber cumplido los 50 años de edad con anterioridad al 1.º de enero de 1967 para los pensionistas que tuvieran la condición de mutualistas en aquella fecha. En el caso específico de jubilaciones anticipadas de trabajadores con 40 o más años de cotización, cumpliendo los requisitos anteriores, el coeficiente reductor será del 7 por 100. Por último, se faculta al Gobierno para la modificación (de los supuestos previstos en los párrafos anteriores de la regla segunda), en razón del carácter voluntario o forzoso del acceso a la jubilación, de las condiciones señaladas en los supuestos anteriores.

Por otra parte se añade un apartado 4 en la disposición transitoria tercera referida, donde se recoge la posibilidad de que los trabajadores que, reuniendo en la fecha de entrada en vigor de la Ley 24/1997 todos los requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación no lo hubieren ejercitado, puedan optar por acogerse a la legislación anterior para obtener la pensión en las condiciones y cuantía a que hubiesen tenido derecho el día anterior a la entrada en vigor de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

- El artículo 8.º se refiere fundamentalmente a las pensiones de incapacidad permanente y modifica la redacción de los artículos 137, 138.1, 143 (nuevo apartado cuarto), añadiendo además una nueva disposición transitoria quinta bis del TRLGSS. El actual término de «invalidez» en estos casos se sustituye por el de «incapacidad», en sus grados parcial, total y absoluta, conservándose el de «invalidez» sólo en el caso de la denominada «gran invalidez». Se introducen aquí importantes modificaciones que pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- Se suprime la referencia a la «profesión habitual» a efectos de la consideración de la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo para la determinación del grado de incapacidad.

En su lugar, se introduce el concepto de «profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada...».

No obstante, estas modificaciones no serán aplicables hasta la fecha en que entren en vigor las correspondientes disposiciones reglamentarias a que se refiere el propio artículo 137 del TRLGSS (disposición transitoria quinta bis).

- Se establece el no reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente cuando el beneficiario, en el momento del hecho causante, reúne los requisitos para el acceso a la pensión de jubilación y tiene cumplida la edad prevista a tal efecto.
 - Se prevé el cambio de denominación de las pensiones de «incapacidad permanente» cuando el beneficiario cumpla 65 años, por la de «pensiones de jubilación».
- El artículo 9.º añade al TRLGSS una nueva disposición adicional séptima bis, donde se prevé la equiparación gradual de las cuantías de las pensiones mínimas de viudedad, independizándolas progresivamente de la edad del beneficiario y reforzando la relación con las cargas familiares y un límite de rentas, a fin de evitar las actuales diferencias entre beneficiarios menores de 60 años y los comprendidos entre 60 y 64 (en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la ley). Es evidente la conexión de este reforma con la Recomendación número 12 del Pacto de Toledo, también plasmada en el Acuerdo del Gobierno con los sindicatos.
 - El artículo 10 da nueva redacción al artículo 175 e incorpora una nueva disposición transitoria sexta bis al TRLGSS. En él se prevé la ampliación de la duración de la pensión de orfandad, elevando el límite de edad para poder ser beneficiario de la misma hasta los 21 ó 23 años en el supuesto de ausencia de ambos padres, condicionándolo, en ambos casos

al requisito de que el beneficiario no realice trabajos lucrativos. La nueva disposición transitoria aplaza, no obstante, la entrada en vigor hasta el 1 de enero de 1999, estableciendo para los dos años que median hasta entonces una graduación en ascenso de los límites de edad actuales hasta llegar a los previstos.

- El artículo 11 modifica el artículo 48 del TRLGSS y establece la revalorización automática de las pensiones y su revisión en caso de desviación del IPC real sobre el IPC previsto. Se prevé, igualmente, que dicha revalorización se hará al comienzo de cada año en función del correspondiente IPC previsto para dicho año, así como que si el IPC acumulado de noviembre a noviembre fuese superior al previsto para igual período, y en función del cual se calculó la revalorización, ésta se actualizará de acuerdo con lo que disponga la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado (y la diferencia se abonará en un pago único antes de 1.º de abril del ejercicio posterior). Por último, para el caso de que el IPC previsto resultase superior al realmente producido para el período de cálculo, las diferencias serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ejercicio económico.
- El artículo 12, incorporando una nueva disposición adicional vigésima sexta al TRLGSS, prevé la posibilidad de que el Gobierno, previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, favorezca la permanencia en activo de los trabajadores que hayan alcanzado la edad de 65 años, otorgando desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales.
- El artículo 13 modifica la disposición adicional octava, extendiendo la aplicación de las previsiones de la Ley a los Regímenes Especiales, salvo aquellas referidas a los artículos que se enumeran en la misma.
- La disposición adicional primera contiene el compromiso del Gobierno de remitir en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de la ley, ante la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, un estudio técnico y económico del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que contemple la mejora de las prestaciones y su aproximación a las del Régimen General, así como la posible inclusión en su campo de aplicación, de quienes trabajen al cuidado de su propio hogar y no estén amparados por otras prestaciones contributivas.
- En la disposición adicional segunda se prevé que a lo largo de 1997 el Gobierno proceda a regular el encuadramiento de los socios-trabajadores y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas, dentro del sistema de Seguridad Social.
- Disposición derogatoria única que afecta a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la ley.

- Disposición final primera, sobre tope de cobertura que remite a una norma de rango legal su fijación, lo que contrasta con el Proyecto de Ley que habilitaba al Gobierno para su establecimiento.
- Disposición final segunda sobre el Mutualismo Administrativo. En ella se autoriza al Gobierno para proceder a la armonización de la normativa especial del Mutualismo Administrativo, en lo referente a sus sistemas de recursos económicos, con las previsiones del artículo 86.2 de la LGSS en la redacción dada por el artículo 1.º de la ley, previa consulta de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública. Todo ello sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades en materia de asistencia sanitaria que se contienen en su normativa especial.

2. Valoración general de la reforma racionalizadora (Ley 24/1997, de 15 de julio).

En primer lugar se ha de destacar que la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social «ha huido de la tentación de iniciar una reforma absoluta... y se ha optado, por el contrario, por continuar el proceso iniciado en 1985, realizando las reformas... por la idea de gradualidad, con la finalidad de evitar que la aplicación de las medidas adoptadas... provoquen una innecesaria fractura social, dicha gradualidad permitirá evitar tensiones sociales o económicas...». Parece claro, por tanto que se trata de una reforma puntual, no rupturista, que encaja como un eslabón más en la línea iniciada doce años antes. Y, en este sentido, responde en buena medida a los principios y recomendaciones plasmados en el Pacto de Toledo, en gran parte posteriormente desarrollados en el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (126).

Como fundamento del equilibrio financiero global que se pretende garantizar, la ley fija las bases, así como su previsión temporal, de la separación de las fuentes de financiación del sistema. Igualmente, es visible el reforzamiento de los principios de contributividad y proporcionalidad en el nuevo sistema de determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación y de determinación de su cuantía (127).

(126) En relación con el Pacto, se ha criticado en nuestra doctrina el electoralismo y manipulación política del mismo. Ciertamente, es una variable que no cabe obviar pero lo cierto es que el legislador tiene muy en cuenta la repercusión social y tiende a buscar una legitimación alternativa, más allá de las urnas que es la que precisamente brinda el Pacto de cara a esta ley que se mantiene fiel a lo acordado en aquél. *Vid.* para este tipo de crítica (respecto del Acuerdo) FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª S. «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social)», en *REDT*, núm. 81, 1997, págs. 5 y ss. *Vid.* también, GARCÍA NINET, I. Acerca del «Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», en *Tribuna Social*, núm. 72, 1996, págs. 5 y ss.

(127) Adviértase que, en el Anteproyecto de Ley, estos principios se proclamaban, en la Exposición de Motivos, no sólo de la pensión de jubilación sino también de la de incapacidad o invalidez, lo que luego no tenía ninguna plasmación en el articulado del Anteproyecto. Precisamente, esta incongruencia es criticada por el Consejo Económico y Social en su dictamen al mismo (Sesión de Pleno, 27 de noviembre de 1996). Por otro lado, se ha de advertir que ni el Pacto de Toledo ni el Acuerdo de Consolidación y Racionalización se refieren a otra pensión que no sea la de jubilación.

De otro lado, la proclamación en la Exposición de Motivos de los principios de equidad y solidaridad tiene una plasmación también limitada en la medida en que sólo encajan claramente con dichos principios las medidas adoptadas para las pensiones de viudedad, orfandad, incapacidad permanente y jubilaciones (128).

Otro aspecto general referido a la filosofía de actuación en este campo, que se plasma en la Exposición de Motivos, es el reforzamiento de los cauces de participación de los agentes sociales en la evolución del sistema, en la aplicación efectiva de los preceptos y en su desarrollo reglamentario (obligación de consulta que es importante si se tiene en cuenta la abundancia de remisiones al reglamento). En esta línea destaca el papel que ha de desempeñar la Comisión de Seguimiento del Acuerdo y el Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la finalidad de que por el Gobierno se informe periódicamente sobre las principales magnitudes del sistema y pueda formular las propuestas e iniciativas normativas que procedan para adecuar el sistema a la realidad económica a través de este órgano de participación y control de los agentes sociales.

Entrando ya, más detenidamente, en algunos puntos concretos de la ley interesa hacer algunas observaciones críticas.

- Es evidente que la modificación del artículo 86.2 del TRLGSS contribuye a una mayor clarificación y separación de las fuentes de financiación de los dos bloques en que se estructura nuestro sistema de Seguridad Social (el contributivo y el no contributivo), sin embargo, no consideramos del todo adecuado al fin propuesto por el legislador (la separación de las fuentes), la financiación con cargo a cotizaciones de los gastos derivados de la gestión y los de funcionamiento de los servicios correspondientes a las funciones de afiliación, recaudación y gestión económico-financiera y patrimonial. En efecto, si en principio es más fácil el deslinde de los gastos derivados del funcionamiento de los servicios de afiliación y recaudación, no lo es tan claro en el caso de los de gestión de la prestación, partiendo del principio de unidad de gestión que inspira la actividad prestacional (a no ser que se esté pensando en la transferencia de competencias de gestión de las prestaciones no contributivas a la Administración Autonómica) (129).

(128) El Dictamen del CES criticó en este punto que el Anteproyecto de Ley no fuera acompañado de una Memoria Económica, para una más adecuada valoración ya que es evidente la trascendencia y repercusión social de algunas medidas.

(129) En este sentido, respecto del Anteproyecto de Ley, el CES criticó, en primer lugar, la incongruencia de financiar por vía de cotizaciones sociales sólo determinados gastos (excluyendo otros, como los de afiliación y recaudación). Adicionalmente, criticó la consideración como prestaciones contributivas, a efectos de su financiación, los gastos de gestión de las mismas, cuando no es correcto calificar como prestación dichos gastos. *Vid.* Dictámenes del CES, 1996, págs. 136 y 137.

Igualmente, es adecuada la inclusión entre las prestaciones no contributivas de las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo, lo cual es más coherente con su propia configuración legal. No obstante, a efectos de evitar posibles antinomias sería necesario suprimir en el artículo 38.1 d) la referencia a «prestaciones familiares por hijo a cargo en sus modalidades contributiva y no contributiva».

Por último merece una reflexión la opción del legislador de aplazar hasta el año 2000 la consecución de esta medida y ello por el efecto ralentizador sobre algunas de las recomendaciones que se incluían en el Pacto de Toledo, tales como la constitución del fondo de reservas (IX.2) o reducción de las cotizaciones sociales que, contenidas en el Libro Blanco de Delors, se consideran un elemento dinamizador del empleo, en especial en los trabajos de baja cualificación y en los sectores más intensivos de mano de obra (IX.8) que se consideran imprescindibles para garantizar la viabilidad del sistema.

- El reforzamiento de la equidad, la contributividad y proporcionalidad del sistema tiene en la unificación de las bases máximas de cotización de todas las categorías profesionales una de sus manifestaciones más destacables. En este sentido es importante el paso dado para lograr una mayor aproximación de los salarios y las bases de cotización, equiparando el esfuerzo contributivo de los distintos colectivos al mantenimiento económico del sistema. No obstante, la aproximación prevista de las cuantías de las bases máximas de cotización de los grupos 5 al 11 no es inmediata, sino que será la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado la que habrá de concretar dicha aproximación, siendo el 2002 la fecha en que se alcance la equiparación de los importes de las bases máximas de los indicados grupos con la cuantía del tope máximo.
- Las reformas proyectadas sobre la pensión de jubilación suponen un avance del principio de contributividad y proporcionalidad entre prestaciones y contribuciones. Ello es claro, en la modificación de la determinación de la base reguladora de la pensión, así como en el modo de cálculo de su cuantía (130).
- En la modificación de las pensiones de incapacidad permanente se han de subrayar algunos cambios importantes. En primer lugar, la deslegalización de la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados y ello aunque se establezca legalmente el criterio determinante de la clasificación (el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo

(130) Se ha de destacar que en materia de jubilación anticipada el Proyecto de Ley que sirvió de base y la ley mejora sensiblemente su redacción respecto del Anteproyecto, ya que se posibilita aquella, siempre que se reúnan los requisitos propios de estas jubilaciones, en todos los supuestos de cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador (y no sólo a los supuestos del art. 51), punto que fue criticado en el correspondiente dictamen del CES). No obstante, se reconocen amplias facultades al Gobierno para la modificación de las condiciones establecidas.

del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que también se determinará reglamentariamente). Es un cambio que, a parte de las objeciones técnicas que puedan hacerse (como la inadecuación de la vía reglamentaria por tratarse de un aspecto básico que debiera definir la ley) es criticable desde la perspectiva político-jurídica ya que ello amplía sin límite la discrecionalidad del Gobierno en un aspecto básico del diseño de la acción protectora, sin parangón en ninguna otra prestación del sistema.

En segundo lugar, respecto al no reconocimiento de esta prestación en supuestos en que el beneficiario reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación (o de cambio de denominación cuando el beneficiario cumpla la edad de 65 años), parece que el legislador pretende un simple cambio de denominación sin ningún tipo de efecto sobre el régimen jurídico de la prestación ya que se dispone que: «La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo», por tanto parece que las de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez seguirían exentas del IRPF, no pudiéndose aplicar retenciones a cuenta.

- La mejora de las cuantías de las pensiones mínimas en su cuantía inferior de viudedad cuando los beneficiarios de las mismas tengan una edad inferior a los 60 años contribuye a incrementar las dosis de equidad, al igual que la ampliación del límite de edad para la percepción de pensiones de orfandad en los casos en que no se desarrolle un trabajo por cuenta propia o ajena. No obstante, este último requisito no parece del todo coherente con la finalidad perseguida, siendo preferible su combinación con el de alcanzar o no un determinado nivel de renta.
- La garantía de la revalorización automática de las pensiones de Seguridad Social, en función de la variación de los precios se refiere sólo a las pensiones contributivas lo cual se aparta de la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo y de lo establecido al respecto en el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización, omisión regresiva si se tiene en cuenta que, además, el actual artículo 48.2 de la LGSS se refiere también a las no contributivas.

Otro aspecto crítico a destacar en esta materia es la introducción de la revalorización a la baja en los supuestos de previsión al alza del IPC anual, norma sin precedentes en nuestro Derecho positivo y que, desde luego, no admitiría una aplicación retroactiva dado su carácter regresivo.

- La ley incluye una previsión no contenida en el Acuerdo suscrito con los sindicatos relativa a la incentivación de la permanencia en activo, incentivos que, en lugar de dirigirse al propio trabajador, se refieren a las empresas, lo cual es difícil que tenga el perseguido efecto incentivador de retrasar la edad de jubilación.

- En cuanto al establecimiento de un tope de cobertura máximo de las pensiones contributivas no parece claro el sentido de la reforma pues la amplitud de la remisión legal es tal que no se garantiza un criterio ordenador básico, por lo que si en un sentido puede reforzar la solidaridad del sistema, en otro puede desincentivar la afiliación de colectivos con cotizaciones más elevadas, lo que es contrario al objetivo de reforzar el principio de contributividad.

3. A modo de conclusión.

La ley plasma, pues, de forma parcial los principios del Pacto de Toledo y desarrollados en el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. Se trata de reformas puntuales y progresivas, que en absoluto pueden tildarse de rupturistas a partir de las reformas que se han ido sucediendo desde la racionalizadora de 1985. La óptica constitucional, en los términos expuestos nada puede oponer a la acción del legislador en la medida en que este tipo de reformas no puede afirmarse que afecten a las bases institucionales del sistema. Es cierto que algunos puntos, especialmente los que inciden en el reforzamiento del principio de contributividad, tales como la reducción que se producirá en la cuantía de las pensiones de quienes han cotizado menos de 25 años o el aumento de 15 de los 8 años actuales tenidos en cuenta para calcular la base reguladora, pueden ser tildados de regresivos, sin embargo, el desarrollo y consolidación de la rama no contributiva impiden hablar de un incumplimiento del mandato constitucional. Es indudable que se camina hacia un modelo más dual, menos mixto, pero ello, aun criticable desde la perspectiva político-jurídica no lo es desde la perspectiva técnico-jurídica. Quizá desde esta última perspectiva pudiera criticarse el sistema de revalorización de pensiones en la medida en que la garantía constitucional del mantenimiento del poder adquisitivo difícilmente queda cumplida con un sistema que acepta la revalorización de la pensión mínima en función del IPC previsto sin garantizar la diferencia con el IPC real (ya que el ajuste a éste queda en manos de lo que se disponga en la correspondiente Ley de Presupuestos). Demasiadas cosas pendientes de un desarrollo *sine die* o con fecha incierta, demasiadas y amplias habilitaciones reglamentarias en materias más propias de una ley. En definitiva, luces y sombras y en todo caso no más luces ni más sombras que las que se pueden observar en las reformas de Seguridad Social de los países de nuestro entorno socio-político (y en este sentido poco imaginativo e innovador) (131).

(131) Es evidente que pueden adoptarse otras medidas dirigidas a gravar otros factores que no sean el trabajo (lo que evitaría la sustitución del factor trabajo por el capital), a favorecer a empresas con utilización masiva de mano de obra, la incidencia de las estructuras salariales en la cotización y el diferente esfuerzo contributivo de las empresas que moderan los crecimientos salariales o procuran mayor uniformidad, la escasa eficacia de las jubilaciones anticipadas en orden a la generación de empleo... y la inadecuación de la instrumentalización de la Seguridad Social a los fines de fomento de empleo..., *vid.* sobre alternativas más imaginativas, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y MARTÍNEZ BARROSO. *De las oportunidades perdidas...*, *op. cit.*, págs. 10 y ss.