

ano 15 - n. 60 | abril/junho - 2015
Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - -
– Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I.
Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social)*

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de A Coruña (A Coruña, España). Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Director del Grupo de Investigación "Derecho Público Global". Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia. Presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro fundador y miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. E-mail: <rajaim@gmail.com>

Resumen: El artículo tiene el objetivo de presentar una nueva forma de entender el Derecho Administrativo, liberada de prejuicios y clichés del pasado, que tiene su eje central en un concepto más humano y racional del interés general, identificado en la realidad y en permanente exigencia de argumentación. Se trata de una aproximación denominada Derecho Administrativo Social, preocupada en subrayar la dimensión social del Derecho Administrativo, dirigiéndolo a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, especialmente de los ciudadanos más indefensos y desfavorecidos.

Palabras-clave: Derecho Administrativo Social; derechos fundamentales; dignidad de la persona; dimensión social; interés general.

Sumario: 1 Introducción – 2 La dimensión social del Derecho Administrativo – 3 Derecho Administrativo y dignidad del ser humano – 4 Referencias

1 Introducción

El Derecho Administrativo, bien lo saben los que se dedican cotidianamente e su estudio e investigación, está en constante transformación. Por un lado, porque hunde sus raíces en la realidad, cambiante y dinámica por definición, y por otro, porque nuestra disciplina académica ha de estar en una continua tarea de adecuación de sus categorías e instituciones a la mejor ordenación racional del interés general con arreglo a la justicia.

En este sentido, el Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público en

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación fundamental no orientada "Buena Administración y nuevos retos de la contratación pública: una perspectiva internacional y comparada", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, 2014 (ref.: DER2013-42210P).

continua evolución que, sin embargo, presenta un común denominador que siempre lo caracteriza, que siempre lo singulariza, y al que siempre debe estar ordenado: el servicio objetivo al interés general.

Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, el Derecho Administrativo también se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías de los poderes financieros y hay quienes quisieran doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en el poder. Sin embargo, el camino de este magnífico instrumento de civilidad como lo denominó Giannini es bien otro. A través de sus técnicas y categorías está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos, de los que no tienen voz, de los más pobres de este mundo.

Precisamente en estos momentos, 2015, el Derecho Administrativo vuelve a estar de palpitante y rabiosa actualidad porque, aunque no sea consciente de ello, forma parte del destino de los hombres porque es un producto cultural, porque es una rama del Derecho y, como tal, aspira a construir espacios de racionalidad profundamente humana. Nos guste más o menos, la intervención pública, siempre de actualidad también, puede ordenarse a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos o a satisfacer las ansias de poder y privilegios de determinados grupos que aspiran al control social, hoy como antes porque tal proceso de captura del poder es un fenómeno tan antiguo como el hombre mismo.

Hoy, en tiempo de crisis, de zozobra, de perplejidad, es momento de llamar la atención acerca del peligroso proceso de privatización del interés general que amenaza la calidad de la democracia, y, por ello, la supremacía de la dignidad del ser humano. Ante tal constatación, el Derecho Administrativo no puede guardar silencio asumiendo con naturalidad la realidad. Una realidad, en lo que respecta a nuestro objeto de estudio, que nos presenta una inquietante tendencia a sustituir el interés general por diferentes intereses particulares, a cual más nocivo y disolvente.

Las páginas que siguen constituyen un intento de explicación de la actualidad de nuestra disciplina y, sobre todo, una aproximación a una nueva forma de entender el Derecho Administrativo, liberada de prejuicios y clichés del pasado, que tiene su eje central en un concepto más humano y racional del interés general, inscrito en la realidad y en permanente exigencia de argumentación. Una aproximación a lo que denomino Derecho Administrativo Social que parte de subrayar la dimensión social del derecho Administrativo, un enfoque tan necesario como perentoria es la tarea de afirmar categóricamente el destino del Derecho Administrativo a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, especialmente de los más indefensos y desfavorecidos.

El Derecho Administrativo, en la medida que es el Derecho del Poder público para la libertad solidaria o, mejor, el Derecho para el interés general, se nos presenta en este convulso tiempo como un Ordenamiento desde el que comprender mejor el alcance de

las actividades tradicionales de los Poderes públicos de limitación, de ordenación, de fomento y de servicio público. Además, la dimensión global de la crisis aconseja construir un Derecho Administrativo global conectado con el Estado de Derecho. Igualmente, la perspectiva dinámica del Estado de Bienestar, tan ligada al Derecho Administrativo, reclama hoy nuevas maneras de entender las categorías tradicionales de nuestra disciplina. Del mismo modo, el aspecto ético nos invita a considerar que esta consideración tal ligada al Derecho no puede quedar al margen de lo jurídico como si Derecho y Moral fueran fenómenos paralelos.

El Derecho Administrativo y la Administración pública son dos realidades íntimamente unidas. Tanto que una sin la otra no tienen explicación. La Administración pública precisa de la juridificación para que los poderes y potestades estén al servicio objetivo del interés general. Y el Derecho Administrativo regula jurídicamente el ejercicio del poder público que ordinariamente proviene de la actuación administrativa. Por eso, las políticas públicas no se pueden estudiar al margen del Derecho aunque, efectivamente, el Derecho no sea el único aspecto a considerar pues es menester analizar, dada la consideración plural y multidisciplinar de la Administración pública, los enfoques económicos, organizativos, históricos o sociológicos.

2 La dimensión social del Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo es, en el tiempo en que vivimos, una rama del Derecho Público que partiendo de la Norma Fundamental aspira a la realización efectiva del modelo del Estado social y democrático de Derecho que hoy caracteriza la forma de Estado dominante en el globo. Desde sus orígenes, el Derecho Administrativo se nos presenta dependiente del interés general, de aquellos asuntos supraindividuales que a todos afectan por ser comunes a la condición humana y que reclaman una gestión y administración equitativa y que satisfaga las necesidades colectivas en un marco de racionalidad y de justicia.

El Derecho Administrativo en sentido estricto, especialmente a partir de la Revolución francesa, surge como un Derecho autoritario sobre la base del acto administrativo y sus principios atributos: ejecutividad y ejecutoriedad, propiedades inherentes a la actuación administrativa que se entienden desde este tiempo, en buena parte hasta nuestros días, en clave de privilegio y prerrogativa. La autotutela administrativa entonces, principios del siglo XIX, tenía cierto sentido, pues la burguesía, que ocupó la burocracia, precisaba de una posición prominente. Por ello se consideraba el Derecho Administrativo como un Derecho esencialmente exorbitante, especial, que se distinguía del Ordenamiento privado porque la Administración pública, su principal y único objeto de estudio, aparecía en escena acompañada de un conjunto de fenomenales potestades y poderes, entendidos en clave de privilegios y prerrogativas, ante los cuales sólo cabía la sumisión por parte de los administrados.

Eran tiempos en los que la legalidad administrativa procedente del Estado liberal de Derecho era la guía y el norte de la actuación administrativa. O la Administración solo podía hacer única y exclusivamente aquello que establecía la ley –vinculación positiva– o, vinculación negativa, o sólo podía hacer aquello no prohibido por la ley. En este contexto, los derechos fundamentales de la persona eran los de libertad, los tradicionales civiles y políticos, ante los cuales el Estado no tenía más remedio que la abstención y la no interferencia. Por cierto, los derechos civiles y políticos nacieron, es fuerza reconocerlo, anclados a una determinada manera de comprender el derecho de propiedad y, sobre todo, a una determinada clase social, la burguesía, que precisaba de instrumentos de conservación y mantenimiento del poder para afirmar su posición en la vida social de aquel tiempo como gráficamente se deducía de la conformación sociológica de las primeras Asambleas parlamentarias de la República francesa.

El paso del tiempo contribuyó, especialmente a raíz de la industrialización y el éxodo masivo de la población del campo a la ciudad, con las consiguientes peripecias de limitaciones y dificultades laborales de esa etapa histórica, a que creciera la conciencia social del Estado y a que esté considerara que debía no solo defender y proteger los derechos fundamentales puramente individuales, sino que también, y de modo central, debía promover las condiciones que hicieran posible el libre y solidario desarrollo de la persona. Aparece el Estado social de Derecho en el que la solidaridad es también una función del Estado. Más tarde, la participación social se presenta como una condición inexcusable para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas y a la caracterización social del Estado se agrega su condición democrática. En este contexto, la Constitución sustituye a la legalidad administrativa como la principal fuente del Derecho y comienza tímidamente un proceso en el que la Administración pública, más allá de esa legalidad administrativa, positiva o negativa, se compromete con la realización de los valores y objetivos constitucionales, especialmente de los postulados del Estado social y democrático de Derecho en la cotidianidad a través, sobre todo, de la acción del complejo Gobierno-Administración pública.

La primacía de los valores y principios constitucionales reclama que la legalidad administrativa se integre y se aplique a partir de estos valores y principios. Tal tarea, lamentablemente todavía “*in fieri*”, se pone de manifiesto precisamente cuándo se estudia la funcionalidad de los derechos sociales fundamentales en el Derecho Administrativo. Entonces, como intentamos demostrar a lo largo de estas páginas, nos topamos con algunos valladares casi inexpugnables que impiden que, efectivamente, la luz de esos valores y principios constitucionales, impregne también el quehacer de las Administraciones públicas después de más de dos centurias de la célebre Revolución Francesa.

En este sentido, la evolución histórica de la Administración pública y del Derecho Administrativo en España, a muy grandes trazos, muestran también, sobre todo desde 1978, este planteamiento. Es más, el denominado Derecho Administrativo Constitucional,

del que se puede hablar con propiedad a partir de 1978, exige nuevos estudios e investigaciones más conectados con los valores y principios constitucionales entre los que se encuentran, entre otros, el servicio objetivo al interés general, la centralidad de la dignidad del ser humano, la función promocional de los Poderes públicos, y, por supuesto, una concepción más abierta de los derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentran también los denominados derechos fundamentales sociales.

La cláusula del Estado social ha significado una profunda transformación en el tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. En efecto, el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden su efectividad y fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Por tanto, esta impronta constitucional, en España reconocida en el artículo 9.2 de la Carta Magna del Reino de España, debe presidir el sentido y funcionalidad de todas las categorías e instituciones del derecho Administrativo. Un Derecho Administrativo que habrá de tener una nueva textura y sensibilidad, para lo que precisará de instituciones y técnicas adecuadas a las nuevas finalidades que la Constitución le impone.

Especialmente relevante en la construcción del Derecho Administrativo Constitucional es la participación ciudadana pues, como ya señaló el Tribunal Constitucional Español en una sentencia de 7 de febrero de 1984 de la que nos ocuparemos al tratar más adelante, el interés general debe definirse con participación social. Atrás quedaron las versiones cerradas y unilaterales del interés general, abriéndose las puertas a nuevas perspectivas que han de contar con la presencia y participación de los ciudadanos. Es decir, el interés general ya no se define unilateral y monopolísticamente por la Administración pública, como antaño. Ahora es preciso convocar y recibir la vitalidad real que emerge de la vida social, lo que reclama una cada vez más intensa y honda participación social.

En este sentido, el concepto de interés general, ahora abierto a la participación por exigencias de un Estado que se presenta como social y democrático de Derecho, presenta un irreductible núcleo básico conformado precisamente por la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, los individuales y los sociales. Es más, no se comprendería que las realizaciones y operaciones administrativas promovidas desde el interés general no estuvieran acompañadas en todo momento de su compromiso radical con la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación, por mor de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho se amplían hacia nuevos espacios, imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, objeto en buena medida de este estudio, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la

igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a la educación o a la salud. En estos casos la sociedad y la institución estatal han de facilitar a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. El derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de progresividad y prohibición de la regresividad, se debe caminar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

En España, como sabemos, siguiendo la tradición alemana, no están reconocidos los derechos sociales fundamentales como derechos fundamentales de la persona, y por tanto no disponen de las consiguientes garantías de protección jurisdiccional a través del procedimiento especial sumario y preferente que diseña la Constitución. Se encuentran, y no todos, a excepción del derecho a la educación (artículo 27 de la Constitución española de 1978), en el marco de los Principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la Constitución de 1978, y su efectividad depende de que se haya dictado la correspondiente norma de desarrollo y de que existan disponibilidades presupuestarias.

Pues bien, tal situación es inaceptable habida cuenta del tiempo transcurrido desde el que se acrisoló la formulación del Estado social y democrático de Derecho y debe replantearse categóricamente. Por la sencilla razón de que si la dignidad del ser humano es el centro y la raíz del Estado y si el fundamento del orden político y la paz social, tal y como señala solemnemente el artículo 10.1 de la Constitución española residen en la dignidad de la persona, en los derechos que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, entonces las normas, las estructuras, los procedimientos y los presupuestos deben estar al servicio del principal patrón y estándar ético y jurídico, al que los demás han de rendirse: la dignidad del ser humano. De ahí que la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona sea la principal tarea que tiene en sus manos el Estado moderno y de la que debe dar cuenta periódicamente a la ciudadanía.

Los derechos sociales fundamentales, por tanto, deben tener acomodo constitucional como derechos fundamentales que son. Y mientras ello no acontezca, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional Alemán, entre otros, nuestra más alta instancia de interpretación constitucional debería, a través de la argumentación racional, alumbrar dichos derechos como exigencias inmediatas de un Estado que se define en su Constitución como social y democrático de Derecho. No es de recibo que ni siquiera el derecho al mínimo vital esté reconocido entre nosotros como derecho fundamental y que no haya sido posible extraer todas las consecuencias jurídicas de los artículos 9.2 y 10.1 de la Carta Magna. Por otra parte, la asignación equitativa a que se refiere el artículo 31.2 de la Constitución en materia de gasto pública podría abrir espacios bien pertinentes para mejorar sustancialmente la situación en que nos encontramos en esta materia.

Estos tres preceptos constitucionales, 9.2, 10.1 y 31.2, son cruciales para una construcción avanzada del Estado social y democrático de Derecho entre nosotros. Son artículos de la Carta Magna que ciertamente han estado condicionados en su aplicación

por prejuicios y preconceptos heredados del lastre que todavía conserva la legalidad administrativa del Estado liberal de Derecho. Sin embargo, en el tiempo en que estamos, aprovechando inteligentemente la crisis general e integral que se ha desatado en estos años, deberíamos poner negro sobre blanco esta cuestión y reconocer, es el primer paso, que nuestro Derecho Administrativo aún sigue prisionero de determinados enfoques y aproximaciones que le impiden volar hacia su condición de Ordenamiento de defensa, protección y promoción de derechos fundamentales a través de los diferentes quehaceres y políticas públicas que conforman la actuación constitucional del complejo Gobierno-Administración pública.

En la medida que los derechos sociales fundamentales o derechos fundamentales sociales implican ordinariamente, en virtud del superior criterio de la subsidiariedad, que es comúnmente el Estado quien debe asumir esas obligaciones de hacer que permiten el despliegue de estos derechos, el derecho fundamental a la buena administración brilla con luz propia como derecho básico para que estas prestaciones se realicen adecuadamente. Las características de la buena administración: equidad, objetividad, racionalidad y plazo razonable aseguran que la realización de estas prestaciones públicas, en defecto de la actuación social, puedan efectivamente hacer posible en tiempo y forma el ejercicio de unos derechos que son realmente fundamentales para la existencia digna y adecuada de los ciudadanos.

En efecto, el derecho a la buena administración, un derecho que se enmarca en las modernas tendencias de un Derecho Administrativo menos apegado al privilegio y más conectado a la tarea de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, es crucial para el normal despliegue de los derechos sociales fundamentales. Especialmente, en el caso de los derechos sociales fundamentales de mínimos, el plazo razonable en la prestación de las obligaciones que compete a la Administración, en defecto de actuación social, es de tal calibre que es determinante para que la dignidad del ser humano sea respetada o gravemente violada. Ejemplos hay y tan obvios, algunos de expresión gráfica en este tiempo, que huelgan demasiadas glosas o comentarios al respecto.

El Derecho Administrativo se ha dedicado por largo tiempo a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos. Ahora, sin embargo, los postulados del Estado social y democrático de Derecho y las exigencias del interés general, nos invitan a pensar en un nuevo Derecho Administrativo también comprometido con los derechos sociales fundamentales pues la dignidad del ser humana se refiere a la persona también en su dimensión social.

Es decir, el interés general, por mucho tiempo vinculado a la protección, defensa y protección de los derechos civiles y políticos, debe abrirse a la defensa, protección y promoción también, ahora sobre todo, de los derechos sociales fundamentales. Por una razón bien obvia, porque los derechos fundamentales de la persona, lo han confirmado y ratificado hasta la saciedad las principales Cartas y Declaraciones Internacionales en la

materia, son universales e inescindibles, porque son y pertenecen al ser humano y, por ello, forman parte indeleble de la misma condición de miembro de la especie humana al estar inscritos en la misma dignidad que caracteriza y reconoce a las personas. La categoría de los derechos fundamentales es única y su régimen jurídico, también en lo que respecta a la protección jurisdiccional no admite despliegues o proyecciones diversas según circunstancias de oportunidad o conveniencia política.

En realidad, el título de este estudio es tautológico. La dimensión social del Derecho Administrativo forma parte de la misma definición de esta rama del Derecho Público. Pienso que así ha sido desde el principio porque la vinculación del Derecho Administrativo precisamente al interés general, en diferentes tiempos y espacios, demuestra que estamos en presencia de un Ordenamiento convocado a defender, proteger y promover la dignidad del ser humano en todas sus dimensiones, especialmente desde la actuación de ordenación del interés general. Es verdad que tal vocación o misión del Derecho Administrativo ha estado más presente en unos momentos que otros. Así es, pero lo que parece evidente es que la regulación de los intereses generales de manera objetiva y al servicio de la justicia entraña una profunda y honda dimensión social. No de otra manera, nos parece, ha de entenderse el interés general en un Estado social y democrático de Derecho.

Si a pesar de ello hemos decidido mantener el título de la intervención es porque en este tiempo en que nos toca estudiar y observar críticamente la realidad, tal aserto tan obvio no está, ni mucho menos, claro. Más bien, asistimos desde distintos frentes, algunos prácticamente imbatibles, al desalojo, pacífico por supuesto, de esa dimensión social que acompaña a la suprema dignidad del ser humano con el fin, más o menos explícito, de someter a la ciudadanía, de una u otra manera, a una serie de dictados que, lo comprobamos a diario, intentan convertirnos en meros consumidores, en meros seguidores de las distintas modas que las diferentes terminales imponen. En este sentido, el Derecho Administrativo podría ser el dique de contención que evitaría que el poder político o el poder financiero, cuándo se conciben desde la unilateralidad y desde una perspectiva hobbesiana, la dignidad del ser humano, tantas veces el único valladar ante las pretensiones de dominio absoluto de sus terminales y tecnoestructuras.

Si convenimos en que la dignidad del ser humano es la piedra de toque del Ordenamiento del Estado social y democrático de Derecho, tendremos que empezar a actualizar y replantear todas las categorías e instituciones jurídicas en esta dirección. Una dirección, quien podría imaginarlo, que en este tiempo va contra corriente a causa de la intensa mercantilización de la vida social, política y cultural, también de la actividad pública.

Por eso, merece la pena recordar en el inicio que la dignidad humana es de tal calibre y condición jurídica que se yergue, omnipotente y todopoderosa, frente a cualquier embate del poder político o financiero por derribarla, por lesionarla o por laminarla. Por eso, cuando por alguna causa, esa dignidad es lesionada, en el grado que sea, por acción

u omisión de Entes públicos, el Derecho Público se nos presenta como la fuente para restaurar de inmediato la dignidad violada para que el ser humano en todo momento pueda estar en las mejores condiciones posibles para desarrollarse libre y solidariamente.

El Derecho Administrativo, como bien sabemos, ha sido a lo largo de la historia objeto de muchas definiciones y de variadas aproximaciones, tantas casi como autores han escrito sobre el particular. Desde la idea del poder, pasando por el servicio público o por la noción de equilibrio entre prerrogativa y garantía, se han sucedido muchas formas de entender esta rama tan importante del Derecho Público. Entre nosotros, por largo tiempo prevaleció una perspectiva subjetiva que focalizaba la cuestión en la Administración pública como punto central de nuestra disciplina. Eran los tiempos del primado del Estado liberal de Derecho, los tiempos en los que la potencia de la luz revolucionaria imponía sus dictados y más o menos, con mayor o menor intensidad, se pensaba que el Derecho Administrativo cumplía su tarea ofreciendo una panoplia de instituciones y categorías capaces de restaurar los nocivos efectos de una Administración acostumbrada al privilegio y a la prerrogativa.

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido desde la formulación del Estado social y democrático de Derecho no son muchos los estudiosos del Derecho Administrativo que han caído en la cuenta de que el Derecho Administrativo es algo más que un Ordenamiento dispuesto para reaccionar jurídicamente contra el exceso del poder, contra la desviación del poder. Meilán Gil es, solo hay que leer su monografía de 1967 “El proceso de la definición del Derecho Administrativo” para constatar esta consideración, el pionero de la definición del Derecho Administrativo desde el primado de los intereses colectivos.¹

En efecto, me parece que es el profesor Meilán Gil el primero que subraya la centralidad de los intereses colectivos como “*punctum dolens*” para la definición del Derecho Administrativo, ayudándonos a comprender el alcance, para mi casi definitivo, del concepto de interés general en el Estado social y democrático de Derecho como piedra toque del moderno Derecho Administrativo.²

El interés general en el Estado social y democrático de Derecho, además de ser un concepto que se incardina necesariamente en la realidad cotidiana y que ha de ser expresado en forma racional, dispone de un núcleo indisponible que responde precisamente a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, los denominados de libertad y por supuesto los sociales. En este sentido, el Derecho Administrativo aparece comprometido con la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, removiendo los obstáculos

¹ MEILÁN GIL, José Luis. El proceso de la definición del Derecho Administrativo. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

² Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar. Madrid: Iustel, 2013.

que impidan su cumplimiento y fomentando la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural.

Desde este punto de vista cobra especial actualidad la tesis del profesor argentino Balbín cuando señala que, precisamente en el marco del Estado social y democrático de Derecho el Derecho Administrativo es un derecho de inclusión social, un Derecho que más allá de restaurar jurídicamente los daños causados a los ciudadanos por los Poderes públicos, es un derecho preventivo precisamente comprometido con esa tarea de crear condiciones igualitarias que hagan posible el libre y solidario desarrollo de los habitantes.³

En efecto, el Derecho Administrativo de este tiempo, más si lo contemplamos desde la estrepitosa crisis de la versión estática del Estado de Bienestar, debe replantear muchas de sus categorías y conceptos, demasiados deudores de una legalidad administrativa anclada en el siglo XIX, hoy superada por la misma definición del Estado como social y democrático de Derecho. Esta investigación acerca de los derechos sociales fundamentales y el Derecho Administrativo parte precisamente de esta consideración: la primacía de la Constitución y de la forma de Estado en ella alumbrada, consideración que ha de trascender y reinterpretar el conjunto de un sistema pensado y diseñado para otro tiempo. Sencillamente, hoy la clave es la dignidad del ser humano, que es raíz y centro del Estado, y desde ahí, a partir de esta base, deberemos acercarnos a todas y cada una de las categorías que conforman el derecho Administrativo. Desde las fuentes, el reglamento, el acto administrativo, los reglamentos, la actividad de limitación, de servicio público o de fomento, la potestad sancionadora, los bienes públicos y, por supuesto las diferentes expresiones sectoriales de la actividad administrativa.

3 Derecho Administrativo y dignidad del ser humano

El tiempo en que vivimos, 2015, es tiempo de cambios y transformaciones de orden social, político, económico y jurídico. El Derecho, que es una de las principales ciencias sociales, no está exento de recuperar su vocación hacia la justicia y, por ello, hacia el fortalecimiento de la dignidad del ser humano. La realidad, empero, nos muestra en todo el globo, de uno a otro confín, un cuadro bien pesimista: tantos años de lucha por el Derecho y por la Justicia y a nuestro alrededor siguen existiendo lamentables relatos que a pesar de estar en el siglo XXI nos interpelan gravemente.

No es necesario asomarse al llamado Tercer Mundo, en el Primer mundo todavía perviven espacios de explotación, nuevas esclavitudes, adornados con las más sofisticadas formas de modernidad. Y con el advenimiento de la crisis, aparecen necesidades humanas que pensábamos superadas y que exigen respuestas del Derecho Público adecuadas y, sobre todo, humanas, a la altura de la centralidad que tiene la dignidad del ser humano.

³ BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

Una causa de que el Estado no haya sido capaz de evitar la generación, a veces el crecimiento, de las necesidades sociales, obedece en buena medida a que no se ha comprendido suficientemente el alcance del denominado Estado social y democrático de Derecho y, por ello, que los derechos sociales fundamentales, no todos los llamados DESC, siguen siendo en muchos Ordenamientos metas y aspiraciones políticas, principios rectores sin exigibilidad jurídica, que únicamente pueden facilitarse de acuerdo con el dogma de la reserva de lo posible, un criterio de se ha interpretado desde el economicismo y desde la perspectiva de anteponer la estabilidad financiera a la dignidad humana. Por cierto, una estabilidad y equilibrio financiero que siendo como es un principio, quien lo podrá dudar de buena administración, rinde pleitesía a esa perversa forma de prestar servicios y bienes a los ciudadanos a base de un endeudamiento constante y creciente que impide los avances sociales porque siempre, mientras sigamos este juego, habrá que hacer frente a miles de millones de deuda mientras se resiente, y se quiebra en muchos casos, la dignidad humana.

En estos casos, los ministerios sociales deben reservar en sus presupuestos, tras estudios empíricos solventes, recursos que permitan atender los derechos sociales mínimos, la base y el fundamento, de los derechos sociales fundamentales ordinarios. A partir de ahí, el principio de promoción de los derechos sociales fundamentales y el de prohibición de la regresividad en esta materia, al margen de bandería partidarias, permitirán que el libre y solidarios desarrollo de la personalidad de los ciudadanos deje de ser esa quimera en que se ha convertido en los últimos años.

Ciertamente, ni el postulado de la solidaridad social ni el de la participación están asentados convenientemente al interior del sistema político e institucional. El hecho de los recortes sociales hayan hecho aparición con esta crisis demuestra que los derechos sociales fundamentales, a pesar de ser exigencias de una vida social digna, siguen siendo una asignatura pendiente para millones y millones de seres humanos. Y, la escasa participación real que caracteriza la vida pública en nuestros países muestra efectivamente que en las políticas públicas, en todas las fases de su realización, todavía no existe el grado de participación de la ciudadanía que sería menester después de los años en que la democracia y el Estado de Derecho, afortunadamente, acampan entre nosotros.

La tesis que se maneja en mis trabajos acerca de la libertad solidaria permite comprender mejor la esencia del Estado social y democrático de Derecho como promoción de derechos fundamentales y remoción de los obstáculos que impidan su efectividad. En este sentido adquieren su lógica los planteamientos abiertos que se siguen en estas líneas así como las posibilidades de reconocimiento de derechos sociales fundamentales, donde la Constitución no lo haga, a través de las bases esenciales del Estado de Derecho teniendo en cuenta la centralidad de la dignidad humana y la capitalidad del libre y solidario desarrollo de la personalidad de los individuos en sociedad.

Por tanto, es necesaria una relectura del entero Derecho Administrativo desde la

dignidad del ser humano, de todo el desarrollo y proyección que se ha realizado de este modelo de Estado en el conjunto de Derecho Público. Me temo que el problema radica en que se ha intentado entender sobre mimbres viejos y el resultado es que contemplamos. La tarea, pues, de proyectar el supremo principio de la dignidad humana sobre el entero sistema de fuentes, categorías e instituciones de Derecho Público, todavía debe ser realizada, lo que demanda las nuevas perspectivas que ofrece el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

Es verdad que los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos de singular relevancia y que en su naturaleza llevan inscrita las prestaciones del Estado que los hacen posibles. Son derechos subjetivos fundamentales porque la Norma fundamental, de forma más o menos directa señala obligaciones jurídicas fundamentales, normalmente a los Poderes públicos, para que se realicen en la cotidianeidad.

En realidad, la comprensión de esta forma de entender el Derecho Público en el Estado social y democrático de Derecho parte de consideraciones éticas, pues en sí mismo este modelo de Estado no es ajeno a la supremacía de la dignidad humana y a la necesidad de que los Poderes públicos promuevan derechos fundamentales de la persona y remuevan los obstáculos que lo impidan. Ambas, por supuesto, referencias éticas que no pueden pasarse por alto pues de lo contrario nos pasaríamos al dominio del funcionalismo y la técnica y al final los derechos humanos acaban siendo, así acontece, monedas de cambio que se intercambian los fuertes y poderosos en función de unos intereses ordinariamente inconfesables.

La dimensión ética del Derecho Público es un rasgo inseparable e indisolublemente unido a su raíz y a sus principales expresiones. No podría ser de otra forma porque atiende de manera especial al servicio objetivo a los intereses generales que, en el Estado social y democrático de Derecho, están inescindiblemente vinculados a los derechos fundamentales, individuales y sociales, de las personas. La forma en que los principios éticos y sus principales manifestaciones sean asumidos por el Derecho representa el compromiso real de los Poderes del Estado en relación con la dignidad del ser humano y el libre y solidario ejercicio de todos sus derechos fundamentales.

Probablemente nunca a lo largo de toda la historia tantos y tanto se ha hablado, discutido y escrito tanto de ética. En el interés actual por la ética hay razones circunstanciales, como pueden ser los escándalos que nos sirve con mayor o menor intensidad y frecuencia la prensa diaria en todo el mundo. Hay razones políticas en este uso tan particular, porque la ética se ha convertido en un valor de primer orden, o cuando menos como un cierto valor para el mercadeo político. Además, hay también situaciones de desconcierto, ante las nuevas posibilidades que ofrece la técnica, que exigen una respuesta clarificadora. Pero hay una razón de fondo que pienso que justifica plenamente el interés por las cuestiones éticas.

En efecto, son incontestables los síntomas de que se están produciendo profundos y vertiginosos cambios en los modos de vida del planeta, hecho que se pone

particularmente en evidencia en las sociedades avanzadas de occidente, o en aquellas otras de dispares ámbitos geográficos que con mayor o menor éxito se han adaptado a las denominadas exigencias occidentales de vida, hoy por cierto en crisis profunda. Estos cambios en los modos de convivencia son tan extensos, y se manifiestan con tal intensidad en las diversas áreas del entero existir, que muy bien podemos estar asistiendo, como muchos pensadores han apuntado, a un cambio de civilización. Efectivamente, un cambio de civilización que funde el nuevo orden social, político, jurídico y económico sobre la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales, individuales y sociales.

Todo el elenco inacabable de cambios en la estructura técnica de nuestra sociedad se traduce en transformaciones profundas, entre otras cosas, de nuestros modos de vida. Y con ellos se produce un derrumbamiento de los valores tradicionales, o más exactamente cabría decir, de los valores de la sociedad tradicional, entendiendo aquí tradicional en el sentido de una sociedad cerrada y rígidamente estructurada.

Se ha tratado mucho de la contraposición entre sociedades tradicionales y sociedades abiertas, y sin pretender entrar ahora en el pormenor de la cuestión, es posible discernir en la sociedad que estamos configurando una serie de rasgos que la caracterizan en oposición con el modelo social que se va quedando atrás. La democracia, con todo lo que tiene de perfectible en los modos en que la articulamos, parece afortunadamente afianzarse universalmente, al menos formalmente, como forma de organización de la vida política; al menos esa tendencia es clara.

La participación en la vida pública por parte de todos los miembros de la sociedad, aun siendo reducida, se enriquece progresivamente, sobre todo en las sociedades avanzadas, posibilitándose, en unos países más que en otros, la integración de los individuos en la vida social a través de un tejido asociativo cada vez más rico. El pluralismo alcanza todos los órdenes de la vida, extendiéndose a la cultura, caracterizando sociedades multiculturales.

La remodelación y desformalización de los roles sociales más característicos de la sociedad tradicional contribuye, en algún sentido, a crear estructuras más equitativas y más respetuosas con la condición personal de todos los miembros de la sociedad. La ampliación del tiempo de vida, debido a las mejores condiciones de nuestra existencia y a los adelantos médicos y sociales, está provocando un incremento temporal de dos segmentos de la vida humana (vejez y juventud), con un inaceptable desplazamiento y marginación de sus integrantes.

En fin, es de tal dimensión la avalancha de cambios y en algunos aspectos es tal la obsolescencia de los criterios y modos de organización social pretéritos que podríamos afirmar que los valores tradicionales han quebrado totalmente. Por lo que se refiere a nuestro caso, lo que ha fracasado es la forma tradicional de entender y acercarse al Estado social y democrático de Derecho, lo que ya no sirve es aplicar el modelo sobre estructuras y mentalidades antiguas, que son las que justifican sin empacho alguno que los dere-

chos sociales fundamentales no sean más que posibilidades de actuación, mandatos de optimización, que solo vinculan a los Poderes públicos si los presupuestos lo permiten. Es decir, la dignidad del ser humano al servicio del presupuesto, o lo que es lo mismo: la negación del mismo Estado como tal.

Los valores de la sociedad tradicional han quebrado, pero no lo han hecho los valores humanos, los valores sobre los que descansan la civilización y la cultura que de alguna manera son valores permanentes en la medida que están inscritos en la misma condición humana y en sus derechos inviolables. Por eso, la construcción de una civilización o de una nueva cultura no podrá hacerse sin volver sobre ellos. Sin embargo, no se trata de hacer una repetición mimética, sin más, no se trata de fotocopiar o de clonar. De lo que se trata es, en relación con los valores del Estado social y democrático de Derecho, repensarlos, remozarlos, renovarlos, y dotarlos de una nueva virtualidad que permita de verdad la realización del Estado social y democrático de Derecho. Para ello es imprescindible, poner las técnicas y los procedimientos al servicio de la dignidad humana y sus derechos fundamentales, no al revés, como se viene practicando desde hace tiempo.

Así, al reto productivo, al reto técnico y al reto tecnológico, debemos añadir el auténtico reto de fondo que es el reto ético, ínsito en el Derecho en cuánto ciencia social consistente en la realización de la justicia. Se trata de un reto o desafío que interpela a todas las ciencias sociales y que intenta contestar a la gran pregunta acerca del hombre, y de la mujer, y de su carácter medular en la realidad jurídica, económica y social.

Las ciencias sociales, o proporcionan una mayor calidad de vida a las personas, o no son dignas de tal nombre, al menos en un Estado que se califica como social y democrático de Derecho. Eso quiere decir, ni más ni menos, que a su través, por medio del Derecho, la Economía y la Sociología, deben diseñarse técnicas y procesos orientados y dirigidos a la promoción de los derechos fundamentales de la persona y cuando sea el caso a remover los obstáculos que impidan su realización efectiva. En otras palabras, o se consigue una mayor calidad de vida, unas mejores condiciones de vida para los habitantes del planeta, especialmente para los más necesitados, o las ciencias sociales se habrán convertido en fines no en medios al servicio de las mejoras de la vida de los ciudadanos.

Los valores desde los que ese cambio debe ser abordado, o algunos aspectos del sentido que debemos proponer a ese cambio, parten de algunos de los siguientes postulados, presentes a lo ancho y largo de estas líneas y que ahora resumimos en forma de conclusiones.

La dignidad del ser humano, de la persona, es el centro y la raíz del Estado. El ser humano y sus derechos fundamentales se hacen reales en cada persona y son la clave del marco del Estado social y democrático de Derecho. El respeto que se debe a la dignidad humana y las exigencias de desarrollo que conlleva constituyen la piedra angular de toda construcción civil y política y el referente seguro e ineludible de todo empeño de progreso humano y social como el que parte de este modelo de Estado

Otro punto de apoyo esencial para abordar esta tarea civilizadora se encuentra en la apertura a la realidad, por cierto una condición de trabajo elemental para el Derecho Público sin cuyo concurso es imposible el despliegue de su eficacia. La realidad es terca, la realidad es como es, y un auténtico explorador no debe dibujar edenes imaginarios en su cuaderno de campo, sino cartografiar del modo más fiel la orografía de los nuevos territorios.

La apertura a la realidad significa también apertura a la experiencia. Apertura a la experiencia quiere decir aprender de la propia experiencia, y de la ajena. Quizás haya sido esta una de las lecciones más importantes que nos ha brindado la experiencia de la modernidad: descubrir la locura de creer en los sueños de la razón, que cuando se erige en soberana absoluta engendra monstruos devastadores. No hay ya sitio para los dogmas de la racionalidad, incluida la racionalidad crítica.

La aceptación de la complejidad de lo real, y muy particularmente del ser humano, y la aceptación de nuestra limitación, nos conducirá a afirmar la caducidad y relatividad de todo lo humano salvo, precisamente, el ser mismo personal del hombre, y a sustentar por lo tanto, junto a nuestra limitación, la necesidad permanente del esfuerzo y del progreso. En este contexto, pues, se enmarca la necesidad de los cambios y transformaciones que venimos planteando. Cambios y transformaciones que implican nuevos mimbres, nuevos instrumentos, nuevos medios para que la luz del Estado social y democrático de Derecho brille con luz propia de manera que los derechos fundamentales, los individuales y los sociales, dispongan de esa vinculación directa y preferente que condiciona todo el proceso de creación y generación de normas jurídicas.

Pues bien, para superar los límites que encorsetan la virtualidad y la potencia del Estado social y democrático de Derecho, debemos acostumbrarnos a trabajar desde la metodología del pensamiento compatible. Es decir, debemos desarrollar formas de pensamiento y de estructuración jurídica que nos permitan orillar las dificultades originadas por un pensamiento sometido a las disyuntivas permanentes a que nos condujo el racionalismo técnico y también, para el tema que nos ocupa, el dominio de los medios sobre los fines, el dominio de los procedimientos sobre los fines del Estado social y democrático de Derecho

El pensamiento compatible nos permite superar esas diferencias y apreciar que en la realidad se puede dar conjuntamente, y de hecho se da, lo que una mentalidad racional "matemática" nos exigía ver como opuestos. Es un imperativo ético hacer ese esfuerzo de comprensión. Posiblemente nos permitirá descubrir que realmente lo público no es opuesto y contradictorio con lo privado, sino compatible y mutuamente complementario, o que incluso vienen recíprocamente exigidos; que el desarrollo individual, personal, no es posible si no va acompañado por una acción eficaz a favor de los demás; que la actividad económica no será auténticamente rentable – en todo caso lo será sólo aparentemente – si al tiempo, y simultáneamente, no representa una acción efectiva de mejora social; que el corto plazo carece de significado auténtico si no se interpreta en el largo

plazo; etc., etc. Que la norma no se opone a la libertad, sino que si es auténtica, justa, la potencia. En fin, que si la sociedad es capaz, por disponer de vitalidad y medios para ello, de asegurar condiciones para la realización de los derechos sociales fundamentales, entonces la subsidiariedad facilita su efectiva su efectiva realización.

Otro rasgo que debemos potenciar en nuestro acercamiento al Derecho Administrativo Social, es el pensamiento dinámico. Una modalidad de pensamiento que nos conduce a comprender que la realidad, más que ninguna la social, la humana, es dinámica, cambiante, abierta, y no sólo evolutiva, también preñada de libertad. Por eso debemos superar la tendencia a definir estáticamente, o con un equilibrio puramente mecánico, lo real, que no resistiría tal encorsetamiento sin sufrir una grave tergiversación. A esto venimos refiriéndonos precisamente. Sobre la afirmación de su ser radical, de su dignidad radical, el ser humano ha de desarrollar las virtualidades que allí se encierran, tanto en lo que se refiere a su autodesarrollo personal como en lo relativo a la realización de su ser social. Y si no lo puede hacer por sí mismo, en un contexto de autonomía, o no se dan las condiciones sociales, entonces el Estado ha de garantizar al menos un mínimo, derecho al mínimo vital, que haga posible una vida digna de tal nombre.

La participación, lo hemos señalado con reiteración, es otra condición de acción de futuro, congruente con todo lo expuesto. El ser humano, decía Kant, no debe ser tomado nunca como medio, sino como fin. Y si lo que buscamos es un crecimiento en libertad, en humanidad, en definitiva, solo podrá hacerse realidad ese objetivo, si cada uno se hace protagonista de sus acciones y de su desarrollo, y posibilita con su actuación que los demás también lo sean.

Los derechos fundamentales de la persona son derechos que conceden a sus titulares un conjunto variado de posiciones jurídicas dotadas de tutela reforzada y que imponen al Poder pública una gana diversificada de obligaciones correlativas a las diferentes funciones derivadas de cada una de dichas posiciones jurídicas.⁴ Desde esta perspectiva debemos afirmar que la aplicabilidad inmediata es la misma en el caso de los derechos fundamentales individuales que en los sociales, por más que las técnicas a emplear puedan varias. Dichas variaciones, dice Daniel Wunder Hachem, se derivan de la diversidad de funciones incardinadas en cada derecho. No es que en un caso estemos en presencia de derechos de defensa y en otro de derechos prestacionales, el problema, como muy bien apunta este autor, es que los derechos fundamentales son una categoría única que admite una expresión multifuncional.⁵ En otras palabras, es necesario comprender los derechos fundamentales, todos, desde la perspectiva de un todo, de manera que cada derecho fundamental presenta un conjunto de posiciones jurídicas fundamentales de dónde

⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 132.

⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 133.

se derivan funciones de respeto, funciones de protección y funciones de prestación.⁶

El hecho de que la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, reconocidos ad hoc o por conexión, por argumentación racional del supremo intérprete de la Constitución, o por recepción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, caso del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cueste más dinero no quiere decir que no sean fundamentales. Es solo una cuestión accidental, que no afecta a la sustancia. Y como lo accidental o formal debe seguir a lo sustancial o material, lo lógico es orientar las estructuras de facilitación de estos derechos colocando el presupuesto público a su servicio y no al revés.

El problema de la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, de su costes de implementación, como señala Daniel Wunder Hachem, no se encuentra al interior de estos derechos fundamentales de la persona, sino en la existencia de obstáculos e impedimentos sin cuento a las funciones de protección y de prestación inherentes a todo derecho fundamental, sea de la naturaleza que sea.⁷ Las dificultades, que además deben ser removidas de acuerdo con la cláusula del Estado social de Derecho, hacen referencia a las posiciones jurídicas fundamentales, a las funciones diferentes, que requieren soluciones distintas. Sobre todo, los obstáculos proceden de la función de prestación y se refieren a cuestiones de organización, procedimiento y medios materiales y personales.⁸ Es decir, lo más apropiado es analizar el régimen jurídico de cada una de las funciones propias de los derechos fundamentales de la persona y no distinguir dos versiones de los mismos con dos regímenes diferentes, uno para los derechos de libertad, los derechos individuales y otro para los derechos sociales.

Los derechos fundamentales son una misma categoría con un mismo régimen que deriva de la misma dignidad humana y ésta tiene las mismas condiciones de exigibilidad sea cual sea el derecho de que se trate. Las estructuras y los procedimientos se diseñan y actúan al servicio de las personas, no al revés. En un presupuesto público hay que atender muchas necesidades y conceptos pero en pureza la cantidad que se debe presupuestar para estas finalidades debe estar en función de la situación de los derechos sociales fundamentales en el país y de los medios disponibles porque otra cosa sería imposible. Pero de ahí a lo que acontece en la actualidad, en la que en muchos sistemas estos derechos no son fundamentales y su exigibilidad está puesta en cuestión, hay un largo trecho. El tema esté en afirmar el carácter iusfundamental de estos derechos y empezar a caminar en este terreno. A partir de ahí los progresos serían notables. No se trata de negar la realidad, que las disponibilidades presupuestarias son las que son y que conforman el marco para averiguar la racionalidad de las demandas judiciales en la materia. Se trata, simple y llanamente, de afirmar que estos los derechos sociales fundamentales pertenecen a la

⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*.

⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.*, p. 134.

⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *Ibidem*.

categoría única de los derechos fundamentales de la persona.

Otra cuestión que relevante que conviene plantear en un escenario de crisis como el que vivimos se refiere al alcance y funcionalidad del derecho al mínimo vital, un derecho fundamental de mínimos que permite que no se quiebre la condición humana. Existen unos derechos sociales fundamentales mínimos, como bien sabemos, que el Estado o la Sociedad, según los casos y las posibilidades, deben asegurar y garantizar para evitar la deshumanización de la persona. En este punto, sin embargo, debe quedar claro que en efecto la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales no se reduce al reconocimiento del mínimo vital o existencial. Todos los derechos sociales fundamentales, todos, por ser derechos fundamentales de la persona, poseen eficacia directa sencillamente porque disfrutan de la misma categoría y régimen jurídico de los derechos fundamentales.

El marco de lo que es imprescindible para una existencia humana responde al derecho al mínimo vital pero más allá de esta garantía de mínimos existen otros derechos sociales fundamentales, ordinarios, como puede ser el derecho a una vivienda digna, el derecho a una protección social digna, el derecho a una vivienda digna. Es decir, una cosa es lo mínimo imprescindible para una existencia o para una vida propia de una persona humana y otra distinta la garantía de un marco de racionalidad y progresividad en el ejercicio de estos derechos que apunta más allá de lo imprescindible, de lo mínimo.

Si entendemos el mínimo existencial como el techo mínimo, el suelo mínimo de los derechos sociales fundamentales, comprenderemos que a partir de este solar se pueden levantar o edificar derechos sociales fundamentales. A partir de esa esfera de una existencia mínimamente digna, aplicando el principio de progresividad podemos llegar a afirmar la existencia de derechos sociales fundamentales que consisten en garantías y prestaciones, junto a protecciones y defensas, de posiciones jurídicas dignas, de una dignidad superior a la mínima. No de otra manera debe interpretarse las apelaciones que las Constituciones de nuestra cultura jurídica realizan a una mejor calidad de vida para las personas o una existencia o vida digna. Si tal dignidad se refiriera únicamente a la mínima dignidad, el Estado social y democrático de Derecho carecería de virtualidad jurídica, algo que debe descartarse por absurdo.

Los derechos fundamentales de la persona disponen, ya lo hemos advertido, de diferentes posiciones jurídicas que se corresponden con las funciones de defensa, de protección y de prestación. Es verdad que es más complicado, como señala Hachem, dotar de aplicabilidad inmediata a las prestaciones positivas necesarias para la satisfacción de los derechos fundamentales, sean de libertad sean sociales. En cambio, en el marco de la función de defensa no existen tantos problemas. En los supuestos de promoción y protección, especialmente cuando no hay norma constitucional ni del legislativo que concrete el contenido de estos derechos. La separación de los Poderes del Estado impide que el poder judicial asuma funciones de gobierno o de ejercicio de dirección política pues las elecciones políticas son propias del poder legislativo, lo que no quiere decir que incluso en estos casos tenga que negarse la posibilidad de control judicial. La cuestión es clara: hay unos

límites que el poder judicial no puede traspasar. Por eso, estamos de acuerdo con Hachem cuándo concluye que en la función de defensa (prohibición de intervención estatal) de los derechos fundamentales sociales la aplicabilidad inmediata es máxima.⁹

Ahora bien, en el marco de los deberes de protección contra la actuación de otros particulares y de promoción de prestaciones fácticas positivas, debe afirmarse que el contenido de prestaciones que integran el mínimo existencial son siempre y en todo caso exigibles ante cualquier Juez o Tribunal a través de cualquier instrumento procesal con independencia de la existencia de disponibilidades presupuestarias o de estructura organizativa pública, pues afectan al contenido de la mínima dignidad posible, aquella que diferencia al ser humano de los animales irracionales o de los simples objetos o cosas.

Siendo como es el mínimo vital el standard mínimo, no el techo máximo de los derechos fundamentales, parece razonable admitir, como lo hace Hachem, la reivindicación de pretensiones jurídicas derivadas de derechos fundamentales sociales no incluidas en el mínimo existencial.¹⁰ Por tanto, las prestaciones estatales fácticas y positivas en materia de derechos sociales fundamentales ordinarios, aquellos que van más allá del mínimo existencial, pueden ser invocadas ante los Jueces y Tribunales pues estos derechos fundamentales gozan de la protección de su contenido esencial bien sea por reconocimiento expreso en la Constitución, por norma legal que lo desarrolle o por mor de la argumentación racional realizada por un Tribunal Constitucional a partir de los elementos cruciales de la misma Constitución.

En el caso de que los derechos sociales fundamentales previstos expresamente en la Constitución hayan sido desarrollados por el legislativo, cómo tales normas legales contienen memorias financieras y presupuestarias para su puesta en aplicación, las prestaciones que integran estos derechos son plenamente exigibles judicialmente, sin que se pueda oponer como regla, dice Hachem, la excepción de reserva de lo posible o el mismo principio de separación de los poderes.¹¹

Si no hay previsión normativa ni existen en la Constitución parámetros mínimos que permitan deducir el alcance concreto de las prestaciones de derechos sociales fundamentales, entonces la aplicabilidad inmediata de los mismos puede ser implementada a través de requerimiento judicial al poder ejecutivo para que satisfaga el contenido del derecho social fundamental en cuestión.¹²

Los derechos sociales fundamentales pueden estar previstos en la Constitución como tales, no es lo más frecuente, o pueden derivarse de una argumentación racional a partir de las bases mismas de la Constitución en relación con los postulados del Estado social y democrático de Derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano. Por

⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 151.

¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 152

¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. Op. cit., p. 155

¹² HACHEM, Daniel Wunder. Ibidem.

ejemplo, la Constitución española, como hemos señalado, alberga en su seno normas contradictorias porque si se reconocen estos valores constitucionales, no es coherente reconocer derechos sociales fundamentales desde la perspectiva de principios rectores de la vida económica y social únicamente exigibles en virtud de norma que lo prevea.

Es verdad que la legislación infraconstitucional en materia de derecho a la salud o derecho a la educación reconoce derechos subjetivos a los ciudadanos en estas materias que podrán reclamarse en los Tribunales, pero sin la especial protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales. En el caso de que ni normas del poder legislativo existan, si no aplicáramos la doctrina de aplicación o eficacia directa de los derechos sociales fundamentales, se estaría haciendo posible desde el interior de la Constitución su imposibilidad de implementación en un aspecto básico como es el despliegue de la función promocional y removedora de los Poderes públicos. Es decir, la Constitución contendría en su seno normas materialmente inconstitucionales.

En el caso de que no haya normas legislativas que regulen los derechos fundamentales, negar su efectividad sería gravemente incongruente con las bases del Estado de Derecho por lo que al menos ante el Tribunal Constitucional tal situación podría analizarse. Además, según la Constitución española, las normas que regulan estos derechos deben respetar su contenido esencial, de forma y manera que se reconoce que hay un núcleo básico de indisponibilidad que es precisamente el ámbito propio en el que se ubica la dignidad humana. Tal aserto se predica también de los derechos sociales fundamentales porque son derechos de esta naturaleza y, por ello, gozan también de un espacio especial de contenido esencial que responde a la esencia misma de la dignidad humana y que debe poder ser desplegado por el titular del derecho social fundamental de que se trate, con independencia de si hay o no regulación legislativa. ¿O es que la persona, el ciudadano debe esperar para ejercer sus derechos fundamentales, especialmente los de mínimos, los que impiden que se la pueda considerar como una cosa o como un animal irracional, la pertinente reglamentación normativa?

La efectividad de los derechos sociales fundamentales en este tiempo es, qué duda cabe, uno de los principales desafíos del Derecho Público de este tiempo. Un tiempo en el que, por ejemplo en la región Iberoamericana, a pesar de los pesares, se observa una mayor conciencia colectiva ciudadana en esta materia. Sin embargo, de acuerdo con la Declaración de Quito de 1998, se constatan todavía graves atentados a la misma dignidad desde diferentes frentes y manifestaciones. Por ejemplo, la falta de reconocimiento de los derechos sociales fundamentales, también entre nosotros, en la vieja y enferma Europa, en los presupuestos y en la formulación de las políticas públicas económicas es un grave problema.

La falta de evaluación del cumplimiento de los derechos sociales fundamentales también complica la situación. No pocas veces constatamos también la realidad de situaciones de concentración de riquezas con graves dificultades de acceso, por parte de

mayorías relevantes de personas, a los servicios más elementales para una vida digna. La falta de transparencia en la formulación de políticas en materia de derechos sociales fundamentales es tantas veces una dolorosa realidad, como la ausencia de difusión y de información a la ciudadanía sobre el papel protagónico que tiene en esta materia. También afecta negativamente la corrupción de los funcionarios públicos en la implementación de presupuestos y planes y programas sociales, así como la falta de sensibilidad que apea de la agenda de los Tratados internacionales de integración, del pago de la deuda externa y de los programas de ajuste, la misma efectividad de los derechos sociales fundamentales.

El derecho fundamental de la persona a un nivel de vida adecuado (artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), a una digna calidad de vida, como reza el preámbulo de la Constitución española de 1978, es, siguiendo a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, artículo XI, la que permitan los recursos públicos y los de la comunidad, o, dice el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Tales previsiones sitúan en el centro del orden social, político y económico a la dignidad del ser humano, lo que implica, lisa y llanamente, que las disponibilidades presupuestarias del Estado y de la sociedad, de la comunidad, han de orientarse y gestionarse para que, en efecto, se garantice a todos los hombres y mujeres una digna calidad de vida.

El artículo 130.1 de la Constitución española reclama a los Poderes públicos que equiparen el nivel de vida de los españoles a partir de una política económica adecuada a este fin. Tal nivel de vida, como sostiene Pérez Hualde, es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, también de gran importancia.¹³ Este profesor argentino parece situar el epicentro de los derechos sociales fundamentales en las necesidades colectivas de los ciudadanos, unas necesidades, como el agua potable, el servicio sanitario, el servicio eléctrico, el suministro del gas, de transporte público, de corredores viales, del correo, actividades todas ellas que ordinariamente se garantizan, al menos muchas de ellas, a través de la técnica de la intervención pública.

Tanta intervención como sea imprescindible y tanta libertad solidaria como sea posible es una famosa máxima que se hizo célebre entre los profesores de la Escuela de Friburgo a mediados del siglo pasado. En realidad, como hemos advertido en este trabajo, el fin del Estado reside en el libre y solidario desarrollo de las personas. Y para ello el Estado ha de asumir este compromiso cuándo las instituciones e iniciativas sociales no sean capaces de ayudar a los individuos a su libre y solidaria realización.

¹³ PEREZ HUALDE, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global. In: EMBID IRUJO, A. (Director). Derechos Económicos y sociales. Madrid: lustel, 2009, p. 93-94.

El problema de la técnica del servicio público para estos menesteres reside, como ya advirtiera certeramente Devolvé no hace mucho tiempo en que las actividades objeto del servicio público son de titularidad pública, algo que no se puede predicar, por ejemplo, de la educación o de la sanidad, que son derechos fundamentales de la persona y, por ende no deben ser calificadas como de ámbitos de titularidad pública. En cambio, bajo la técnica de la "ordenatio", de las autorizaciones, licencia so permisos, las cosas caminan por otros derroteros puesto que en estos supuestos se trata de regular actividades privadas, de los ciudadanos, que son de interés general.

En efecto, el Estado, en virtud de la subsidiariedad, tiene, por su propia estructura y esencia, la superior tarea de garantizar el pleno, libre y solidario ejercicio de los derechos, cometido supremo de la instancia estatal que como señalara Bidart Campos, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio, me permito apostillar solidario, de los derechos humanos.¹⁴

Sin embargo, como apunta Pérez Hualde, desde la concepción del servicio universal, que no es una característica privativa del servicio público en sentido estricto, sino más bien de las actividades privadas de interés general, es posible paliar de alguna manera, a causa de la intervención pública –servicio de interés general- dirigida a este fin, la situación de injusticia objetiva, por desigualdad material, en la que se encuentran las personas necesitadas de esos bienes económicos imprescindibles para un nivel de vida adecuado, acorde a la comunidad en la que se desarrolla.¹⁵

Poco a poco, en este tiempo de convulsiones y de transformaciones, esperemos que la efectividad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales ocupe un lugar por derecho propio en la mente y en la agenda de las principales decisiones que tomen las autoridades políticas, económicas, sociales y culturales. Nos jugamos mucho en ello, tanto como que la dignidad del ser humano y sus derechos inalienables funden, de nuevo, ahora con más fuerza, un remozado orden jurídico, económico y social que ya no puede esperar más tiempo.

Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad son el canon fundamental para medir la temperatura y la intensidad del Estado social y

¹⁴ BIDART CAMPOS, Germán. La responsabilidad en los Tratados de jerarquía constitucional. In: BUERES, J.A.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Dirs.). Responsabilidad por daños en el tercer milenio: Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 427.

¹⁵ PEREZ HUALDE, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global. In: EMBID IRUJO, A. (Director). Derechos Económicos y sociales. Madrid: lustel, 2009, p. 105.

democrático de Derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del Derecho Administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianidad. Si el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado, no hay otro camino.

The Administrative Law facing the crisis (The Social Administrative Law)

Abstract: The article aims to present a new way of understanding Administrative Law, freed from prejudices and clichés of the past, which has its central axis in a concept more humane and rational of general interest, identified in reality and in permanent demand for argumentation. It is an approach called Social Administrative Law, concerned to underline the social dimension of the Administrative Law, directing it to the defense, protection and promotion of the fundamental rights of the person, especially the most vulnerable and disadvantaged citizen.

Keywords: Social Administrative Law; fundamental rights; human dignity; social dimension; general interest.

4 Referencias

BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

BIDART CAMPOS, Germán. La responsabilidad en los Tratados de jerarquía constitucional. In: BUERES, J.A.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Dirs.). Responsabilidad por daños en el tercer milenio: Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BUERES, J.A.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (Dirs.). Responsabilidad por daños en el tercer milenio: Homenaje al Profesor Doctor Atilio Anibal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

EMBID IRUJO, A. (Director). Derechos Económicos y sociales. Madrid: Lustel, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 132

MEILÁN GIL, José Luis. El proceso de la definición del Derecho Administrativo. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967.

PEREZ HUALDE, Alejandro. El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global. In: EMBID IRUJO, A. (Director). Derechos Económicos y sociales. Madrid: lustel, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar. Madrid: lustel, 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

Recebido em: 02.02.2015

Aprovado em: 08.05.2015

