

El Derecho Administrativo y la dignidad humana (sobre la reconstrucción del Derecho Administrativo postpandemia)

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ*

REDAV, N° 22, 2021, pp. 9-32

Resumen: Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, agudizada por la pandemia, el Derecho Administrativo se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías y arbitrariedades de los poderes políticos, económicos y financieros y hay quienes quisieran doblarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en la cúpula. Sin embargo, a través de sus técnicas y categorías, el Derecho Administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos.

Palabras clave: Derecho Administrativo – Dignidad humana – Pandemia de la COVID-19.

Abstract: Today, amidst a severe political, economic and cultural crisis aggravated by the COVID pandemic, the Administrative Law is at a crossroads. Some are trying to transform it into an authoritarian instrument to justify arbitrariness and abuses from the political, economic, and financial powers, while others are trying to use it to perpetuate political elites. However, through its techniques and categories, the Administrative Law must be a space to serve general interests centered on human dignity, increasing the livelihood conditions, mainly for the vulnerable and excluded.

Keywords: Administrative Law – Human dignity – COVID pandemic.

Recibido

20-04-2022

Aceptado

03-05-2022

Introducción

El Derecho Administrativo, bien lo sabemos los que nos dedicamos cotidianamente a 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 permanentemente ha de estar buscando las categorías e instituciones más apropiadas para la

* Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de La Coruña.

ordenación racional del interés general según los imperativos de la justicia.

Hoy, tras la pandemia o, más bien, todavía saliendo de ella, esta rama del Derecho adquiere un significado especial pues, en los últimos tiempos, no ha sido capaz de cumplir con la función encomendada, la de ser el Derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la de ser un Derecho comprometido con la dignidad del ser humano. Más bien, la situación de desigualdad reinante pone de relieve que nuestra disciplina ha fracasado pues, en términos generales, no ha sido capaz de alumbrar técnicas adecuadas para una efectiva protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, de la persona.

En este sentido, el Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público en continua evolución que, sin embargo, presenta un común denominador que siempre lo caracteriza esencialmente: el servicio objetivo al interés general anclado en la dignidad humana. Ahora, por su inserción en un Estado social y democrático de Derecho, defendiendo, protegiendo y promoviendo tal dignidad y los derechos fundamentales que de ella se derivan, sean individuales, sean sociales.

Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural, agudizada por la pandemia, el Derecho Administrativo se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías y arbitrariedades de los poderes políticos, económicos y financieros y hay quienes quisieran doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en la cúpula. Sin embargo, el camino de este magnífico instrumento de *civiltá* como lo denominó GIANNINI es bien otro. A través de sus técnicas y categorías el Derecho Administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana 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. Hoy, en tiempo de postpandemia, tal funcionalidad marca y orienta su sentido y misión en este mundo tan sorprendente como el que nos ha tocado en suerte.

Precisamente en estos momentos el Derecho Administrativo vuelve a estar de palpitante y rabiosa actualidad porque forma parte del destino de los hombres que aspiran al progreso de sus sociedades, porque es un producto cultural, porque es una rama del Derecho Público y, como tal, aspira a construir espacios de justicia y de racionalidad profundamente humana. Nos guste más o menos, la intervención pública, hoy especialmente, 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 ayer.

Hoy más que nunca se precisa de la real proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre nuestra disciplina y, sobre todo, se necesita 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 y participación social. Hoy el Derecho Administrativo emerge como un ordenamiento para la realización plena y completa de los derechos fundamentales, especialmente los de orden social.

El Derecho Administrativo, en la medida que es el Derecho del Poder público para la libertad solidaria de las personas o, también, el Derecho que ordena racionalmente los asuntos de interés general de acuerdo con la justicia, 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 social y democrático 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 tan 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 tiene explicación. La Administración pública precisa del Derecho para que los poderes y potestades estén al servicio objetivo del interés general. Y el Derecho Administrativo ordena 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 para considerar pues es menester analizar, dada la consideración plural y multidisciplinar de la Administración pública, los enfoques económicos, organizativos, históricos o sociológicos.

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 planeta. 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, bien lo sabemos y bien lo hemos estudiado, 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 ese tiempo, en buena parte hasta nuestros días, en clave de privilegio y prerrogativa.

Eran tiempos en los que la legalidad administrativa procedente del Estado liberal de Derecho era la guía y el norte de la actuación administrativa. La Administración solo podía hacer única y exclusivamente aquello que le permitía la ley o, más adelante, sólo podía desarrollar su actividad siempre que no estuviera prohibida 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 limitaciones y dificultades laborales de esa etapa histórica, a que creciera la conciencia social del Estado y a que esté considerada 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 presentó 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 cotidianeidad 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 cuando 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.

El denominado Derecho Administrativo Constitucional 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 trae consigo 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, 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 del 07-02-1984 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 caminos, imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, 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 de las políticas sociales y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe transitar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos sociales fundamentales deben tener acomodo constitucional como derechos fundamentales que son. Y mientras ello no acontezca, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional Alemán, entre otros, nuestros Tribunales Constitucionales deberían, 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. La pandemia ha conseguido que, en España, en la España de 2020, se haya regulado un derecho al mínimo vital digno para las personas que hayan quedado sumidas en situación de extrema pobreza, puedan recibir una asignación con cargo a los presupuestos públicos para poder vivir con dignidad.

Los derechos sociales fundamentales son cruciales para una construcción avanzada del Estado social y democrático de Derecho. 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 sea comúnmente el Estado quien deba 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, enmarcado 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.

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 que la dignidad humana es de tal calibre y condición jurídica que se levanta, se yergue, omnipotente, soberana y todopoderosa, frente a cualquier embate del poder político o financiero por derribarla, o, lo que es peor, ignorarla. Por eso, cuando por alguna causa, esa dignidad es lesionada, en el grado que sea, por acción u omisión de los entes públicos, de las autoridades o funcionarios que actúan en su nombre, 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, solo hay que leer su monografía de 1967 “El proceso de la definición del Derecho Administrativo”, es pionero de la definición del Derecho Administrativo desde el primado de los intereses colectivos al subrayar la centralidad como *punctum dolens* para la definición del Derecho Administrativo¹, ayudándonos así a comprender el alcance del concepto de interés general en el Estado social y democrático de Derecho como piedra toque del moderno Derecho Administrativo².

En efecto, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho, además de ser un concepto que se incardina necesariamente en la realidad administrativa concreta 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, también los de naturaleza social. 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 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 habitantes³.

En efecto, el Derecho Administrativo de este tiempo, más si lo contemplamos desde la estrepitosa crisis de la versión estática del Estado de Bienestar en un mundo en postpandemia, debe replantear muchas de sus categorías y conceptos, demasiado sólida deudores de una legalidad administrativa anclada en el siglo XIX, hoy superada por la misma definición del Estado como social y democrático de Derecho. Este

1 Vid. J.L. MEILÁN GIL, *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, Madrid, 1967.

2 Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, 2013.

3 C. BALBÍN, “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, *La Ley*, 28-05-2014.

estudio parte precisamente de esta consideración: la primacía de la Constitución y de la forma de Estado en ella alumbrada, reflexión 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 sólida base, deberemos acercarnos a estudiar y analizar todas y cada una de las categorías que conforman el Derecho Administrativo. Desde las fuentes, el reglamento, el acto administrativo, 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.

I. Dignidad humana y Derecho Administrativo

La crisis actual del Derecho Administrativo, atravesada por variadas y complejas causas, demanda en este tiempo de profunda dificultad, agudizada por la pandemia que estamos sufriendo a escala planetaria, su reinención a partir de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho anclada en la dignidad humana.

La ausencia de respuestas satisfactorias a los problemas colectivos de nuestro tiempo reclama del Derecho Administrativo una reflexión honda y radical, un test en profundidad de sus contradicciones y aporías, un alto en el camino y una reconstrucción de sus fundamentos, una nueva estructura y nuevos desarrollos. Precisamos una nueva metodología, más inductiva, en alianza estratégica con otras Ciencias Sociales, más apegada a la real realidad. Necesitamos categorías e instituciones a través de las cuales discurren los valores constitucionales con la finalidad de la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, del ser humano.

El Derecho Administrativo, como es sabido y como comprobamos en esta época, no ha conseguido ser un ordenamiento para la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona que dimanen de la dignidad del ser humano. Los datos de la real realidad lo acreditan fehacientemente. La desigualdad y la pobreza continúan creciendo ante la impotencia de un Derecho concebido desde la prerrogativa y el privilegio de la Administración pública falto de reflejos para ofrecer soluciones efectivas. No han permeado suficientemente los valores y parámetros constitucionales en su seno a causa de resistencias de todo orden que hoy deben superarse a partir del impulso y la potencia de la dignidad humana proyectada sobre las categorías e instituciones del Derecho Administrativo.

En efecto, hoy, en el marco de una emergencia humanitaria de incalculables consecuencias, el examen al que está sometido el Derecho

Administrativo refleja su incapacidad para ofrecer soluciones acordes a la dignidad de los seres humanos. Que esto sea así, según parece, trae causa de décadas y décadas de desconexión del Derecho Administrativo de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. La crisis de la emergencia sanitaria de 2020 ha puesto de manifiesto, como la financiera de 2007-2008, una vez más, ahora de forma indubitable, las insuficiencias de esta rama del Derecho Público para regular los asuntos del interés general de acuerdo con la justicia. Necesitamos un Derecho Administrativo de rostro humano con técnicas e instituciones idóneas para que prime el servicio objetivo al interés general.

Desde hace bastante tiempo, el edificio del Derecho Administrativo presenta fallas en sus fundamentos, fallos en la estructura y, por su supuesto, también hay desperfectos en los complementos o acabados. Es más, el Derecho Administrativo como correa de transmisión de los valores dignidad, libertad o justicia, ni está ni en su actual conformación se le espera. Es tal el grado de descamino en que se encuentra sumido que no hay más remedio que salir en su ayuda para reinventarlo, reconstruirlo, replantearlo, por qué no, refundarlo, partiendo de la real realidad y de una nueva metodología más inductiva que facilite esta aproximación, de arriba abajo, y de un lado hacia el otro, en la que el principio y fin de su concepción es la dignidad humana.

El descamino es integral, proverbial: tenemos una estructuración jurídico-administrativa del siglo XIX para resolver asuntos de un Estado-nación que ha sido desbordado por arriba y por abajo. Los medios de los que dispone la Administración pública para su actividad de servicio objetivo al interés general están obsoletos, las estructuras no están incardinadas en la realidad, el personal en ocasiones es ajeno a su misión de servicio a la comunidad, las categorías centrales: acto administrativo, disposiciones administrativas, contratos, fomento, policía, servicio público, control, bienes... no están a la altura de las necesidades colectivas de los ciudadanos, ni, es lo más grave, están orientadas en su diseño a la propuesta de mejores condiciones de vida para las personas.

Por si fuera poco, al descamino sigue, lógicamente, el descrédito. En efecto, ¿por qué hoy la sola mención de la expresión Derecho Administrativo o Administración Pública o, en general, la referencia a lo público provoca tanto rechazo y se identifica tantas veces con irracionalidad, dilación, favoritismo o inequidad? Probablemente, porque a pesar del tiempo transcurrido desde el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho, la legalidad administrativa, y sus principales actores, no han conectado a fondo con sus valores y vectores principales ni con las respuestas efectivas que éste nos propone. Las causas parecieran ser variadas, habrá que contrastarlas, por lo que debiéramos preguntarnos acerca de la necesidad de remozar los basamentos de un Derecho

Administrativo en el que la palabra dignidad humana, es verdad, no suele hacer acto de presencia en los manuales y cursos de la disciplina. Por eso, cuando recibí en 2012 el encargo del Consejo Latinoamericana de la Administración Pública para el Desarrollo (CLAD) para elaborar la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la Administración Pública, rubricada por todos los ministros de Administración Pública de la Región el 10-10-2013 en Panamá, incluí en varios pasajes la palabra dignidad humana, así como en la misma definición del derecho fundamental de todo ciudadano a la buena administración pública.

¿Por qué el Derecho Administrativo no es un ordenamiento de transformación social en el que sus categorías e instituciones se diseñen precisamente para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, para una vida digna? La respuesta, con todos los riesgos que entraña, que no son pocos, afecta a los fundamentos, a las fuentes, a las modalidades de la actuación administrativa, al control; en definitiva, a todo el sistema del Derecho Administrativo, en la actualidad moribundo y lánguido, incapaz y sin recursos morales para atender debidamente las obvias y evidentes, hoy acuciantes necesidades colectivas en tantas partes del mundo. El vehículo, el Derecho Administrativo, deambula por la ruta desconcertado, sin rumbo fijo, desconcertado porque no acierta a comprender lo que le muestra su mirada con las potenciales de su auto. El conductor y acompañantes, que manejan un automóvil de otro tiempo por una vía que por momentos cambia de fisonomía, parecen presos del autismo probablemente por no querer, o quizás no poder contemplar la real realidad. Por eso, es momento de parar, de detenerse y de cuestionarse todo, absolutamente todo: la idoneidad del coche, la pericia del conductor, la función de los acompañantes, las condiciones de la ruta, las señales de tránsito y, por supuesto, el fin del camino. Aquí radica la novedad y la originalidad de la idea y su ingreso a las fronteras del conocimiento.

En este sentido, debemos plantearnos la construcción de un nuevo paradigma para reinventar desde una perspectiva más profundamente humana y social, el conjunto de las categorías e instituciones propias de esta área de conocimiento del Derecho. En esta tarea será necesario un especial replanteamiento del interés general aplicado a la actividad administrativa social, con el objeto de esta reconstrucción *in toto* que conduzca a lo que es, ha sido y debe ser, ahora más que nunca, el Derecho Administrativo en un Estado social y democrático de Derecho: El derecho del poder público para la libertad equitativa y solidaria de los ciudadanos, para una vida en dignas condiciones.

En efecto, desde los actos administrativos, los reglamentos, pasando por la actividad administrativa de policía, fomento y servicio público, y

siguiendo por el resto de las materias, es menester reconstruir y rediseñar la dimensión social del Derecho Administrativo, hoy bajo mínimos a causa de una preocupante privatización del interés general y del olvido sistemático de su razón de ser, de sus orígenes. La originalidad de esta reflexión descansa en la pertinencia de recuperar hoy, en este tiempo, el punto de partida: la vocación de compromiso social con la que nació el Derecho Administrativo y que pareciera que se ha ido diluyendo poco a poco a partir de la influencia de factores económicos y políticos en cuya virtud se ha ido sometiéndolo paulatinamente el Derecho a criterios exclusivamente económicos, de eficiencia y eficacia al margen de la ética y, sobre todo, alejados cada vez más, de esa equidad inscrita en el alma de esta rama del Derecho Público que tanto tiene que hacer para combatir las desigualdades, la fragilidad y vulnerabilidad en que se encuentran tantos millones de habitantes en el mundo entero.

En este sentido, precisamos una nueva fundamentación del Derecho Administrativo desde la centralidad de la dignidad humana que permita reconstruir y rediseñar las principales categorías e instituciones de esta rama del Derecho Público, necesitadas desde hace tiempo de ser comprendidas desde la cláusula del Estado social y democrático de Derecho recuperando así nuestra disciplina la impronta social inscrita desde sus orígenes en su esencial conformación.

Además, si el Derecho Administrativo es, esencialmente, el Derecho Constitucional concretado, es necesario, desde el pensamiento complementario, un análisis acerca de lo que he denominado en mis trabajos Derecho Administrativo Constitucional pues la propia estructura de los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, conduce inexorablemente a su asunción por parte del entero sistema del Derecho Administrativo, de todas y cada una de sus categorías e instituciones iluminadas por el sentido y consecuencias de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, cláusula que descansa en la excelsa dignidad humana.

Lamentablemente, durante demasiado tiempo la realidad acredita que se ha diseñado un Derecho Administrativo de corte tecnoestructural, preñado de burocratismo y verticalidad, tanto para los agentes económico-financieros, como para los políticos, olvidando que en el ADN de esta rama del Derecho Público está la lucha contra las inmunidades del poder, por una parte, y, por otra, en sentido positivo, la defensa jurídica del interés general en un Estado de Derecho. En este sentido, es menester una inversión copernicana del abordaje estructural de la ciencia jurídico-administrativa en un área que perdió su brújula hace ya demasiados años tal y como esta crisis pandémica ha puesto crudamente en evidencia. Debemos recuperar ese espacio de civilidad innato al origen del Derecho Administrativo, hoy olvidado por el fragor de las derivas

tecnosistémicas y la esclavitud de las ideologías cerradas. De abajo a arriba, desde un lado al otro, desde la realidad social comprobaremos la solidez de los fundamentos y desde ahí rediseñaremos el conjunto de las categorías e instituciones.

Esta construcción del Derecho Administrativo sobre la base de la dignidad humana reclama tratar cuestiones bien controvertidas y polémicas en este tiempo como pueden ser, entre otras, la efectividad, justiciabilidad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, la necesidad de construir un nuevo Derecho Administrativo Global desde la centralidad de la dignidad humana, la exigencia de controles independientes de la actividad administrativa, nuevas formas de afrontar la formación permanente en las Escuelas de Administración Pública, en las Escuelas para la preparación y formación de jueces y fiscales y, por supuesto, en el plan de estudios del grado de Derecho.

El impacto de la dignidad humana sobre el sistema del Derecho Administrativo no solo plantea una nueva fundamentación del Derecho Administrativo consecuencia de la asunción íntegra de los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho sobre el entero sistema del Derecho Administrativo. También impacta, y no poco, sobre la reconstrucción de la noción de interés general ínsita en el alma de todas las categorías del Derecho Administrativo, que habrán de ser repensadas desde esta perspectiva. Las distintas modalidades de la actuación administrativa, de policía, fomento, servicio público, y ahora de prevención o precaución, deben ser objeto de reformulación. Como la lógica de los procedimientos administrativos, de elaboración de actos, normas y de toda la contratación, ahora entendidos desde la centralidad de la posición de los derechos del ciudadano derivados del fundamental a una buena Administración pública.

El marco teórico de la intervención pública, al igual que la justificación del despliegue de las potestades y poderes, no privilegios o prerrogativas de la Administración, debe revisarse, así como todas las formas de control de la actividad administrativa. De igual manera el proceso judicial de control de las actuaciones administrativas debe sufrir drásticos cambios y transformaciones, así como el ejercicio de la potestad sancionadora. Los distintos sectores de la actividad administrativa, con especial referencia a la salud, la educación, la inmigración y los servicios sociales deben también replantearse en su sentido y funcionalidad. Y, por supuesto, el Derecho Presupuestario, que debe adscribirse a técnicas más realistas y más en consonancia con las necesidades colectivas de los ciudadanos, especialmente las de los más frágiles y vulnerables. Finalmente, es menester una reforma integral y completa de las instituciones y procedimientos del Derecho Administrativo Global, hoy al margen, en muchos de sus ámbitos, de los principios del Estado de Derecho.

De acuerdo con algunos presupuestos metodológicos de las Ciencias Sociales, en especial, el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que llevo años aplicando a la investigación en Derecho Administrativo, constatamos que los cambios y transformaciones en nuestra disciplina se plantean retóricamente, pero sin resultados prácticos porque en muchos casos es menester resistir muchas inercias y el peso de una tradición que condena a un inmovilismo lampedusiano. Sin embargo, hoy el Derecho Administrativo debe inexorablemente prepararse para albergar en su seno categorías e instituciones profundamente replanteadas y reconstruidas desde la centralidad de la dignidad humana que desplieguen su eficacia con urgencia, pues la deriva totalitaria que se divisa en el horizonte apremia, y mucho.

La tarea consiste en rediseñar, reconstruir, reinventar, desde los pilares, las categorías e instituciones centrales del Derecho Administrativo a partir de un enfoque centrado en la dignidad de la persona humana, no tanto en los poderes y potestades administrativas. El principal objetivo es colmar una laguna pendiente desde hace décadas en el Derecho Administrativo y sobre la que llevo reflexionando desde hace mucho tiempo: ¿Por qué todavía no disponemos de un Derecho Administrativo en el que la cláusula del Estado social de Derecho haya desplegado todas y cada una de sus consecuencias o efectos? ¿Por qué todavía seguimos presos de esa autotutela ejecutiva y de esa unilateralidad absolutas que provocan tanta indefensión a los ciudadanos? ¿Por qué no ha penetrado con toda su potencia la dimensión ética del servicio objetivo al interés general en la forma de administrar y de gestionar lo público?

Hoy, es momento de plantear con claridad y radicalidad que la dignidad humana, además de vector central de la Filosofía o de la Ética, es el principio y fin del Derecho. Afirmación que significa que es tal el relieve y el rango, no sólo ético o filosófico, también jurídico, de la dignidad humana, que se levanta y se yergue, omnipotente, todopoderosa y soberana como antes señalamos, frente a cualquier intento del poder, cualquiera que sea su naturaleza, por eliminarla o, lo que –tal vez– es peor, ignorarla en su camino. Por eso, estamos persuadidos de que pensar y construir jurídicamente desde la dignidad nos lleva a desafíos y propuestas realmente revolucionarias, tanto en su postulación proactiva, como en su desarrollo y corolarios.

Hoy, el fracaso del Derecho Administrativo como instrumento para garantizar y preservar condiciones de vida dignas a las personas es una realidad sobre la que la ciencia jurídica, en sinergia con las demás ciencias sociales, debe trabajar en los próximos tiempos. Las causas de ese fracaso y las vías para revertir el estado actual es uno de los principales desafíos de la comunidad científica jurídica mundial, hasta el momento en punto muerto debido a la falta de perspectiva integral para

comprender la magnitud del problema y a la falta de reflexión sobre las causas de tales insuficiencias y aporías, en especial sobre la necesidad de una metodología claramente pluridisciplinar.

Desde el Derecho Administrativo, probablemente a causa del funcionalismo y de las urgencias y emergencias de distinto tipo, no se ha abordado, con la radicalidad y profundidad debida, aspectos que tienen que ver con su sentido y misión en este tiempo, recuperando su impronta social anclada en la dignidad humana. El documento del Consejo de Europa "Viviendo con dignidad en el siglo XXI. Pobreza y desigualdad en sociedades de derechos humanos. La paradoja de las democracias" (2013) nos interpela a replantear el actual Estado de Bienestar y el mismo interés general para que la universalidad, indivisibilidad e integridad de los derechos humanos sean una realidad, lo que implica una visión radicalmente distinta de la aproximación a la pobreza y desigualdad reinante. En este sentido, la necesaria liberalización del ser humano de la actual cosificación, como plantea el Consejo de Europa, debe presidir nuevas y disruptivas formas de entender el sentido del Estado de Bienestar, anclado en la estaticidad y alumbrar nuevas formas de realización de políticas públicas, especialmente en el ámbito social.

Existen algunos trabajos relevantes sobre la dignidad humana como valor constitucional, como la monografía de Aharon Barak, *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right* (2015); y desde una perspectiva más filosófica, la obra de Stephen Riley Routledge, *Human dignity and Law: legal and philosophical investigations* (2017) y Andrea Sangiovanni, *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights* (2017). En el orden del Derecho Global, destaca la obra colectiva *Globalization of law. The role of human dignity* (2018). Y, en el campo de los derechos sociales, deben citarse las obras de Luis Jimena Quesada, *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis* (2016) y Thomas M. Antkowiak, *A "dignified life" and the resurgence of social rights* (2020), así como las obras colectivas *Addressing inequality from a human rights perspective: Social and economic justice in the Global South*, y *Property and human rights in a global context* (2019).

Entre los síntomas reconocidos de la profunda crisis en que se encuentra el Derecho Administrativo se encuentran el fracaso del Estado del bienestar, la crisis de la justicia administrativa, la tecnocracia, la sobrerregulación o la vetocracia. El modelo del Estado de Bienestar, anclado en versiones estáticas y tecnosistémicas, no ha conseguido desarrollar y desplegar plenamente su dinamismo y potencialidad y los resultados de las políticas públicas no han mejorado las condiciones de vida de los ciudadanos. La justicia administrativa, por diversas circunstancias que se avizoran en el horizonte, no ha culminado su esencial

tarea de dar a cada uno lo suyo (*iussum cuique tribuendi*). Las políticas públicas en muchas latitudes nacen lastradas por su dependencia tecnocrática y no se dirigen resueltamente a la defensa, protección, y promoción de los derechos fundamentales; en ocasiones, no pocas, el personal al servicio de la Administración pública sigue sin superar la tentación del dominio y señorío de los procedimientos, manifestando en algunos casos preocupantes carencias formativas de base y, sobre todo, una ausencia notable de hábitos y cualidades democráticas. La protección y defensa de las libertades por parte de las Administraciones públicas, dominadas por una sobrerregulación o re-regulación asfixiantes, han provocado un intervencionismo que reduce al ser humano en muchas latitudes a un ser inerte, condenado a esperar todo, absolutamente todo, de los Poderes públicos. En fin, el Derecho Administrativo Global, a pesar del tiempo transcurrido, continúa *in fieri*, contando con instituciones donde todavía rige una vetocracia injustificable, donde prevalecen intereses parciales y donde la justicia real es sencillamente una quimera; la eficiencia y la eficacia al servicio del funcionalismo han ido, con el paso del tiempo, dominando a la ética incardinada en el corazón mismo del Derecho Administrativo con las consecuencias por todos conocidas.

Entre los remedios ensayados sin éxito, se encuentra el sistema actual del Derecho Público presupuestario, incapaz de atender a la real realidad manifestada en la fragilidad y vulnerabilidad de millones de seres humanos; anclado en técnicas pretéritas, debe adecuarse a la realidad y buscar la manera de que el contenido de los presupuestos públicos, sobre todo en las áreas sociales, pueda atender efectivamente, con indicadores susceptibles de medición científica, apremiantes necesidades colectivas que hoy en día lesionan la dignidad de millones de personas en todo el globo. La dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Cada vez son más las voces autorizadas que propugnan construir el Derecho Administrativo sobre la base de la conciencia clara de que no nos referimos necesariamente a la pobreza económica, pues la desigualdad y su capacidad de destrucción de la dignidad de tantas personas no es necesariamente vinculable a un nivel determinado de ingreso o gasto económicamente apreciado; es cultural y social y, por ello, el Derecho Administrativo debe, como producto cultural que es y como instrumento de civilización y humanidad que explica su nacimiento y desarrollo, estar presente en estos graves dilemas y ofrecer aportaciones positivas. Según todos los indicios existentes, estamos instalados en una comprensión y desarrollo del Derecho Administrativo que precisa abandonar

la economía como rampa única de análisis y renovar sus fundamentos y su marco teórico, pues es patente que a su través no se ha conseguido, ni mucho menos, el grado de desarrollo social que cabría esperar, sobre todo si tenemos en cuenta la potencialidad que tiene la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, pilar fundamental del ordenamiento europeo. Es apremiante, urgente, que, de una vez por todas, la proyección del modelo de Estado social y democrático de Derecho, abierto y dinámico, proyecte su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del Derecho Administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

Hoy, el Estado de Bienestar debe superar la dimensión estática del presente, y recuperar la senda dinámica e inclusiva que le es propia para despertar y apoyar iniciativas sociales valiosas que puedan colaborar con los Poderes públicos a mejorar la calidad de la atención a los sectores más frágiles y vulnerables, hoy muy descuidados y en pleno crecimiento exponencial. Las ayudas, subvenciones y subsidios públicos pueden, y deben, con un adecuado rediseño de su tratamiento jurídico y nuevo dinamismo, contribuir a construir salidas efectivas y prácticas a estas relevantes deficiencias en el marco de los principios de solidaridad y subsidiariedad.

Hoy, es imprescindible erradicar sistemas de trabajo y funcionamiento de las Administraciones públicas propios de otros tiempos, que deben mudar para que la sensibilidad de los funcionarios de los tres poderes del Estado aumente exponencialmente con relación a la justicia-bilidad y efectividad de los derechos humanos en todos los niveles gubernamentales. Hace falta una mejor Administración, una buena administración de lo público que parta de la defensa, protección y promoción efectiva de la dignidad humana.

Hoy, el interés general es, con frecuencia, manejado por la función pública como un espacio reservado a su conocimiento y especialización, debiendo abrirse en abanico a una visión abierta, plural, vital, dinámica y complementaria, que debe concretarse, motivarse y vincularse a la efectiva realización de la dignidad humana animada por la participación social. Si no profundizamos en la impronta democrática del interés general, tal y como se reclama desde el Estado social y democrático de Derecho, será imposible afrontar los cambios y transformaciones necesarias para hacer real y efectivo el compromiso social del nuevo paradigma del Derecho Administrativo. Sin participación social efectiva construida desde técnicas surgidas de la real realidad a partir de las aportaciones de quienes conocen y experimentan el funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, será muy difícil, imposible levantar un auténtico Derecho Administrativo Social con fundamento *in re*.

Hoy, no podemos ni debemos dejar pasar la oportunidad de detectar con tiempo suficiente los riesgos sociales, con un Derecho Administrativo mejor preparado para la prevención, la precaución y la propuesta de cursos de acción eficaces con dimensión global y comprensiva de las complejidades que nos desafían las crisis, como la padecida a partir de 2007 y la reciente y aun existente crisis sanitaria.

Hoy, el Derecho Administrativo debe recuperar espacios perdidos, abordar destinos ignorados o factores no considerados con la intensidad necesaria. Los trabajos de campo y el diagnóstico revelarán estas deficiencias en la concepción tradicional del Derecho Administrativo y el nuevo itinerario deberá afrontarlas.

El Derecho Administrativo no puede esperar, como lo ha hecho en reiteradas oportunidades, a que la economía solucione los problemas de dignidad y de su raíz en cuestiones de equidad, pues no se encuentran ellos entre sus metas ni cometidos específicos. Ya está comprobado que un excelente PBI de ningún modo asegura ni garantiza una justa distribución o apoyo a los sectores sociales más desfavorecidos. Como dijimos más arriba, es apremiante, urgente, que, de una vez por todas, la proyección del modelo de Estado social y democrático de Derecho, abierto y dinámico, proyecte su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del Derecho Administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

Reflexión conclusiva: un Derecho Administrativo para la dignidad humana

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 público una gama diversificada de obligaciones correlativas a las diferentes funciones derivadas de cada una de dichas posiciones jurídicas⁴. 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 variar, 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 es que los derechos fundamentales son una categoría única que admite una expresión multifuncional. En otras palabras, es necesario comprender los derechos fundamentales, todos, desde la perspectiva de un todo, de manera que cada derecho fundamental

⁴ D. WUNDER HACHEM, *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por un implementacao espontânea, integral e igualitaria*, Tesis Doctoral, Universidad Federal de Paraná, 2014, p. 132

presenta un conjunto de posiciones jurídicas fundamentales de dónde se derivan funciones de respeto, funciones de protección y funciones de prestación⁵.

El hecho de que la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, reconocidos *ad hoc*, 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 sus costes de implementación 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.

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 puridad 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 fundamental 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 derechos sociales fundamentales pertenecen a la categoría única de los derechos fundamentales de la persona.

Una cuestión que, en tiempos de pandemia, afecta, y de qué manera, a la dignidad humana, se refiere al alcance y funcionalidad del

⁵ Id.

derecho al mínimo vital, un derecho fundamental de mínimos que permite que no se quiebre la condición humana, que no se lesione la misma dignidad humana.

En este sentido debemos recordar que existen unos derechos sociales fundamentales mínimos 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 salud digna, el derecho a una protección social digna, el derecho a una educación 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, comprendemos 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.

En el marco de los deberes de protección y de promoción de prestaciones fácticas positivas, debe afirmarse que el contenido de las 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.

Los derechos sociales fundamentales pueden estar previstos en la Constitución como tales, no es lo más frecuente, o pueden derivarse de la relación con otros derechos fundamentales o 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.

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 permita 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 provisiones 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 importancia⁶. PÉREZ HUALDE sitúa 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, el fin del Estado reside en que cada persona pueda realizarse libre y solidariamente. 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.

⁶ A. PEREZ HUALDE, *El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global*, en A. EMBID IRUJO (Director), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, 2009, pp. 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, licencias o 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 VIDART 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 humanos⁷.

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 desarrolla⁸.

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, que es lo mismo, son el canon fundamental para medir la

⁷ G.J. BIDART CAMPOS, *La responsabilidad en los Tratados de jerarquía constitucional*, en J.A. BUERES y A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dirs.), *Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*, Buenos Aires, p. 427.

⁸ A- PEREZ HUALDE. Cit., p. 105.

temperatura y la intensidad del Estado social y 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 cotidianeidad. ■