

Colección

MONOGRAFÍAS

El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos

Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social

I Premio Internacional de Investigación Jurídica
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
sobre derechos fundamentales

JULI PONCE SOLÉ



INAP

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

EL DERECHO Y LA (IR) REVERSIBILIDAD LIMITADA
DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS CIUDADANOS

Las líneas rojas constitucionales a los recortes
y la sostenibilidad social

EL DERECHO Y LA (IR) REVERSIBILIDAD LIMITADA
DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS CIUDADANOS

Las líneas rojas constitucionales a los *recortes*
y la sostenibilidad social

Juli Ponce Solé

asociación española de
DERECHO ADMINISTRATIVO
PROFESORES de

INAP
INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MADRID, 2013

Colección: MONOGRAFÍAS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

PONCE SOLÉ, Julio

El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos [Texto impreso] : las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social / Julio Ponce Solé. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2013. – 132 p.; 24 cm. – (Monografías)

Bibliografía: p. 125-132

ISBN 978-84-7088-844-1. – NIPO 635-13-016-7

1. Derechos sociales y económicos-España. I. Instituto Nacional de Administración Pública (España). II. Título. III. Serie

342.72/.73(460)

Primera edición: junio, 2013

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7088-844-1 (formato papel); 978-84-7088-850-2 (formato electrónico)

NIPO: 635-13-016-7 (formato papel); 635-13-017-2 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-14025-2013

Preimpresión: Composiciones RALI, S.A.

Impresión: Publidisa

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

Este trabajo ha sido galardonado con el «I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales» que convoca la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

ÍNDICE

Presentación	13
Prefacio	19
Capítulo I. Introducción	21
1. Una clásica cuestión, revisitada y necesitada de actualización ...	21
2. El concepto de (ir) reversibilidad	23
2.1. (Ir) reversibilidad	23
2.2. Modelos e instrumentos de regresión en materia de derechos	24
3. La discusión doctrinal en España y la postura del Tribunal Consti- tucional español	25
4. Los nuevos enfoques doctrinales y jurisprudenciales sobre los de- rechos y su incidencia en la cuestión de la (ir) reversibilidad ...	29
4.1. La Constitución contiene derechos sociales que son exigibles jurídicamente	30
a. Todos los preceptos del capítulo III del título I CE tendrían la consideración de programáticos	31
b. El capítulo III del título I no contendría auténticos dere- chos subjetivos típicos o activos	32
c. Los derechos sociales tendrían un contenido vago e inde- terminado	36
d. De acuerdo con el principio de distinción funcional exis- tente en la Constitución, si se invocara directamente los de- rechos sociales el poder judicial podría determinar el gasto público en los diversos sectores y se produciría una invasión judicial indebida de ámbitos de poder que le son ajenos ...	38

e. Como la demanda de prestaciones supera a la oferta de estas, no cabe hablar de la existencia de derecho	40
4.2. La importancia de los derechos sociales y las consecuencias de la revocabilidad en las prestaciones asociadas	42
a. Fundamento de los derechos: empatía, solidaridad, dignidad	42
b. Solidaridad y cohesión: la sostenibilidad social	43
c. Cohesión, sostenibilidad social y servicios públicos y de interés general	44
d. La imposibilidad de separar tajantemente las conexiones existentes entre los derechos y la interconexión entre el derecho a la no discriminación y los derechos sociales . .	48
4.3. La vinculación con la cláusula de Estado social y los derechos sociales no puede ser la única perspectiva jurídica a considerar: (ir) reversibilidad, derechos y principios constitucionales (remisión)	50
5. La nueva situación: el principio de estabilidad presupuestaria y los criterios constitucionales de eficiencia y economía y los derechos . .	50
5.1. La obligatoria ponderación de los criterios de eficiencia y economía con los principios y derechos constitucionales: el art. 31 CE	50
5.2. El art. 40 CE	51
5.3. El art. 135 CE y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria: la inexistencia de desarrollo de la «sostenibilidad social del Estado»	51
Capítulo II. Límites y orientaciones jurídicas relativas a la (ir) reversibilidad	53
1. La perspectiva «material»: la <i>resiliencia</i> de los derechos	53
1.1 La (ir) reversibilidad limitada en la jurisprudencia internacional	54
a. Alemania: el principio de manutención (<i>Alimentationsprinzip</i>), en relación con los funcionarios de carrera y el derecho constitucional a una renta mínima de subsistencia como límites de la reversibilidad	54
b. Italia: los límites de la eficiencia y los niveles mínimos de prestación en la Constitución	56
c. Argentina: las garantías mínimas indispensables de las personas	56

d. Canadá: el núcleo del derecho a la salud y la igualdad efectiva y la proporcionalidad como límites a la reversibilidad.	58
1.2. Límites constitucionales en España. Ámbitos materiales irreversibles: la garantía de un mínimo vital	59
a. La dignidad como ADN del mínimo.	60
b. La eficiencia y economía no pueden penetrar en ese núcleo	61
c. La determinación técnico-jurídica del núcleo resistente . .	62
2. Límites y orientaciones constitucionales referidos a la <i>toma de decisiones</i> de reversibilidad y a su <i>contenido</i>	67
2.1. Tipo de norma jurídica y el mito del «legislador soberano» .	67
2.2. Límites internacionales y constitucionales a la ley	75
3. Extensión de los razonamientos anteriores a la actividad del Gobierno y la Administración	84
3.1. Irreversibilidad y derecho a un buen gobierno y a una buena administración	89
a. Contexto del derecho a la buena administración: desarrollos internacionales	90
b. España	93
c. Jurisprudencia sobre el derecho a una buena administración	99
d. Irreversibilidad y derecho a una buena administración. Consecuencias técnico-jurídicas	100
3.2. Algunos ejemplos	104
a. Irreversibilidad y derecho al medio ambiente: la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el principio ambiental de no regresión	104
b. Irreversibilidad, renta mínima de inserción y violación del derecho a una buena administración, de la interdicción de la arbitrariedad y de la confianza legítima	112
c. Irreversibilidad, derecho a la salud y falta de motivación	113
Capítulo III. Conclusiones y algunas propuestas jurídicas concretas	115
1. Derechos, Constitución, legislación, buena administración	115
1.1. El papel del legislador, de los gobiernos y de las Administraciones públicas	115

1.2. Otros actores jurídicos: órganos consultivos, Ombudsman . .	116
1.3. El control por parte del TC y de la jurisdicción contenciosa	116
2. La promoción de la mejora del ordenamiento jurídico y el impulso de la buena gestión pública como garantías de los derechos sociales	117
2.1. La fijación del contenido mínimo y esencial de los derechos socio-económicos	117
2.2. La determinación de la «sostenibilidad social» del art. 135 CE y de la Ley Orgánica como límite al principio de estabilidad presupuestaria.	117
2.3. La promoción de la inclusión de la cláusula de progresividad y de reversibilidad limitada siguiendo el PIDESC.	118
2.4. El impulso de la <i>better</i> o <i>smart regulation</i>	119
2.5. La promoción de las Cartas de Servicio de los servicios públicos y los servicios de interés general: límites mínimos de derechos sociales vs. límites máximos gasto público.	120
2.6. Por una evaluación de impacto social (EIS).	122
Capítulo IV. Bibliografía	125

PRESENTACIÓN

La Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), con el fin de fomentar la investigación y difusión de los estudios sobre los Derechos Fundamentales instituyó en su Congreso celebrado en la ciudad de Palma de Mallorca (febrero de 2011) un Premio de carácter bienal que llevara por nombre el de quien ha sido precisamente primer presidente –ciertamente ejemplar– de esta Asociación, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, en reconocimiento a su brillante dedicación durante toda su vida académica al estudio de los derechos humanos y con el propósito de que su vocación cunda en las nuevas generaciones. Por citar una muestra significativa, el reconocimiento de la comunidad científica a la labor realizada en dicha materia por el profesor Martín Retortillo tuvo fiel expresión en la monumental obra colectiva «Derechos Fundamentales y otros Estudios» (dos volúmenes, año 2008) realizada en su homenaje por un centenar de especialistas.

Abierta la convocatoria del concurso el día 1 de enero de 2012 fueron presentados durante dicho año diversos trabajos que fueron valorados, de acuerdo con las bases de la convocatoria, por un Jurado compuesto por cinco miembros y asistido por secretario. Concretamente, presidido por el profesor Francisco López Menudo, en su calidad de Presidente de la AEPDA, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla. Vocales: Luis Martín Rebollo, vicepresidente de la Junta directiva de la AEPDA, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Cantabria; José Luis Carro Fernández-Valmayor, vocal de la Junta directiva de la AEPDA, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela; José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo; Jean Bernard Auby, catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Sciences Po Paris. Secretario: Isaac Martín Delgado, profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha.

Reunido el Jurado el día 8 de febrero de 2013, durante la celebración del VIII Congreso de la Asociación en la Universidad de Alicante, este decidió

por unanimidad otorgar el «*Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales*», a dos de los trabajos presentados, con carácter *ex aequo*, proponiendo que el INAP, siguiendo lo previsto en la convocatoria, se hiciera cargo de la publicación del presente libro del profesor Juli PONCE SOLÉ, al darse la oportuna circunstancia de que la obra del otro concursante premiado, el profesor Pablo MEIX CERECEDA, se publicaría por otra editorial.

La publicación de este libro por el INAP evidencia una vez más los buenos frutos que vienen naciendo del Convenio de colaboración que enmarca las relaciones de dicho Instituto y la Asociación que tengo el honor de presidir. En este caso es obligado expresar nuestra gratitud al director del Instituto Don Manuel Arenilla Sáez, por su decidido apoyo a la idea que subyace en este galardón.

Ciertamente, con este Premio pretendemos mantener viva la llama del respeto y protección de los derechos fundamentales, algo tan absolutamente necesario y «fundamental» –valga la redundancia– en un momento histórico como el presente, transido de sacrificios e imposiciones de corte economicista que hacen que los ciudadanos vean tambalearse sus viejas creencias en la seriedad y la firmeza de los derechos proclamados por las leyes e incluso en los ya conseguidos y patrimonializados.

No me corresponde hacer en esta ocasión más que esta breve presentación de la obra, sin descender a los entresijos que acabo de apuntar. El libro que el lector tiene en sus manos ofrece sobrado marco para encajar esas y otras muchas reflexiones conexas.

Francisco López Menudo
Presidente de la AEPDA.

*En recuerdo y consideración del sufrimiento de las personas
ante las crisis económicas y sociales, esperando que puedan
superarlas y ser felices como seres humanos*

Para Júlia y Clàudia

«La historia de los derechos humanos demuestra que al final la mejor defensa de los derechos son los sentimientos, las convicciones y las acciones de multitudes de individuos que exigen respuestas acordes con su sentido interno para la indignación.»

HUNT, L., *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, 2009, pp. 219 y 220

* * *

Declaración de Independencia de EE.UU., de 4 de julio de 1776

«Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados.»

* * *

Constitución de Cádiz, 1812

Art. 13.

«El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen.»

* * *

«El Derecho es el testigo y depósito externo de nuestra vida moral.»

OLIVER WENDELL HOLMES

«La compasión sin técnica es un caos; y la técnica sin compasión es una amenaza.»

KARL LLEWELLYN

(Citados por FRANZESE, «To Be the Change: Finding Higher Ground in The Law», *Maine Law Review*, 1998, Vol. 50: 11, pp. 11 y ss.

PREFACIO

La obra que la lectora o el lector tiene entre sus manos tuvo la fortuna de ser premiada con el I Premio Internacional de Investigación Jurídica Lorenzo Martín-Retortillo Baquer sobre Derechos Fundamentales de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, *ex a quo* con el trabajo de Pablo Meix Cereceda sobre «El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo».

Fue un gran honor para mí recibir esta distinción, en primer lugar por llevar el nombre del profesor Lorenzo Martín-Retortillo y, además, por el jurado de lujo que decidió el galardón, formado por los profesores Francisco López Menudo, Luis Martín Rebollo, José Luis Carro Fernández-Valmayor, Jean Bernard Auby y el magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español, excelentísimo señor don José Manuel Bandrés, quienes otorgaron el premio a ambos trabajos «en atención a su originalidad, interés, rigor científico y actualidad y, en consonancia con las preocupaciones científicas y líneas de trabajo del profesor que da nombre a este premio».

El texto original ha sido mantenido en lo esencial, actualizándose algunas referencias, subsanando algunos errores bibliográficos detectados *a posteriori* y aligerando algunos pasajes, siguiendo amables sugerencias del jurado, para intentar hacer comprensible el simple, pero efectivo, mensaje que contiene este estudio: en un Estado de Derecho de la Unión Europea que es social y democrático, como el español, si bien son posibles y legítimas una pluralidad de opciones políticas y de políticas públicas sectoriales, no es posible recortar no importa qué de cualquier manera.

Quiero agradecer a los miembros del jurado su amable distinción, felicitar a mi colega Pablo Meix y aprovechar para dar las gracias a colegas y amigos que tuvieron el original del trabajo, luego premiado, en sus manos, y que en algunos casos han efectuado comentarios u observaciones, especialmente a Marcos Vaquer, Antonio Madrid y Gerardo Pisarello. Como siempre, cualquier error u omisión que persista en este libro es única y exclusivamente imputable al autor del mismo.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. UNA CLÁSICA CUESTIÓN, REVISITADA Y NECESITADA DE ACTUALIZACIÓN

La reversibilidad o no de los niveles de prestaciones asociadas a los denominados derechos sociales ha sido un tema tratado por la doctrina administrativa española, con inspiración en aproximaciones alemanas, en las décadas pasadas.

Sin embargo, el tratamiento en España, aunque meritorio y excelente punto de partida, parece, desde nuestro punto de vista, todavía anclado en un momento temporal situado entre finales de los años 70 y principios de los 80 del siglo pasado, y necesitado, en nuestra opinión, de una renovación intelectual, sobre la base de los nuevos enfoques doctrinales existentes en materia de derechos y de las nuevas decisiones jurisprudenciales que en Europa y en el ámbito internacional han ido surgiendo en los últimos años sobre esta cuestión. Asimismo, como se argumentará a lo largo de este estudio, la perspectiva española basada solo en la relación entre la irreversibilidad de los derechos y la cláusula de Estado social constitucional deben ser ampliadas e incluirse en la reconstrucción del tema otras instituciones jurídicas relevantes, en nuestra opinión.

Esta reconstrucción de la reversibilidad o irreversibilidad de los derechos, además, aparece como de especial interés en estos momentos históricos, cuando la crisis económica iniciada en 2008 en España ha supuesto un punto de inflexión económico, social, político y jurídico (con, por ejemplo, la segunda modificación de nuestra constitución desde 1978, relativa al art. 135, como es sabido). En consecuencia, y en adelante, como se expondrá, el debate jurídico sobre el principio de estabilidad presupuestaria y el grado de afectación posible de los derechos de los ciudadanos ha llegado para quedarse definitivamente entre nosotros.

Por otro lado, desde la perspectiva económica y social, diferentes fuentes internacionales y españolas ponen de relieve la difícil situación en que se en-

cuentra una parte relevante de ciudadanos con motivo de la crisis y de los recortes que afectan a sus derechos¹. Así, se detecta una pobreza más extensa, intensa y crónica, ligada a un desempleo que en otoño de 2012 alcanzó el 25% (el doble entre los jóvenes) reflejada en datos como los siguientes:

- Las personas bajo el umbral de pobreza se cifra en 10,5 millones de pobres, siendo el 21,8% de la población en 2010, cuando en el 2007 era el 19,7% (ECV).
- El número de hogares con todos sus miembros activos en paro ha pasado de 413.300 hogares en el primer trimestre del año 2007 (2,7%) a 1.728.400 en el primer trimestre de 2012 (9,1%) (EPA). Es decir, se ha multiplicado por cuatro en cinco años.
- La tasa de paro ha pasado del 8,47 % en el primer trimestre de 2007 al 24,3% en el segundo trimestre de 2012, de 1.856.100 a 5.693.100 personas en paro (EPA). El paro se ha multiplicado por 3 en 5 años. En otoño de 2012, el paro ya alcanzó el 25%.
- El número de ejecuciones hipotecarias se ha multiplicado por tres, pasando de 25.943 en el año 2007 a 77.854 en el 2011, aunque alcanzó la cifra de 93.636 en el año 2010.
- El número de personas receptoras de rentas mínimas se ha duplicado, pasando de 103.071 personas en 2007, a 192.633 en el año 2010.
- El umbral de pobreza ha caído de 7.980 € al año en 2009 a 7.818 € en el 2010, lo que significa que no solo hay más pobres (extensión), sino que son relativamente más pobres (intensidad) (ECV).
- Según la contabilidad nacional, la renta nacional disponible neta a precios de mercado por habitante en valor real ha pasado de 16.603 € al año en 2007 a 15.149 € al año en el 2010. La renta disponible por persona cayó en términos reales cerca de un 9%.
- El paro de la persona principal del hogar se ha multiplicado por tres, pasando del 6,5% en el 2007 al 17,9% en el 2011 (INE-EPA).
- El número de hogares con dificultades para llegar a final de mes ha pasado del 26,8% en 2007 al 30,6% en el 2010 (INE-ECV).
- El número de hogares sin ingresos ha pasado del 2,12% en el año 2007 al 3,35% en el 2012. 583.700 hogares sin ingresos (INE-EPA).

¹ Véase, por ejemplo, las reflexiones que la cadena internacional CNN hace sobre España a finales de octubre de 2012, con datos del INE, en <http://money.cnn.com/2012/10/26/news/economy/spain-unemployment-rate/>; desde el ámbito sindical, los estudios de CC.OO. en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/>; o los datos aportados por Cáritas utilizando fuentes oficiales en su *VII Informe del Observatorio de la Realidad Social*, de septiembre de 2012, en <http://ep00.epi-mg.net/descargables/2012/09/20/9ece9b1b100c6762439fe185f5feda54.pdf>

- En el 2011, el 50% de las personas desempleadas (en paro) son «parados de larga duración» (llevan más de un año buscando empleo), cuando en el año 2007 eran el 22,7% (EPA).

Finalmente, conviene aclarar, tal y como se incluye en el título del trabajo y se va a ir precisando, que aquí hablamos tanto de reversibilidad como de irreversibilidad, lo que expresamos con la fórmula (ir) reversibilidad: efectivamente, más que de un código binario (reversibilidad total o absoluta vs. irreversibilidad total y absoluta) lo que vamos a intentar argumentar es que nos encontraremos ante una *escala de la reversión*, cuya concreción dependerá de cada supuesto específico.

En función de las circunstancias concurrentes, de los derechos en juego y de la ponderación a efectuar, podrá existir jurídicamente, como veremos, en cada supuesto al que nos enfrentemos, la reversibilidad limitada, o lo que es lo mismo, visto a trasluz, la irreversibilidad limitada (1); o la reversibilidad total (2); o la irreversibilidad absoluta, sea por motivos materiales o por defectuosa toma de decisión (3): dependerá, en definitiva, de que se afecte a parte, primer supuesto, o totalidad, tercer supuesto, del *mínimo vital conectado a la dignidad del derecho*, o se vulnere el *debido proceso de toma de decisión*, o no se incida en absoluto sobre este, segundo supuesto, y la toma de la decisión sea conforme a Derecho.

Todo ello irá siendo expuesto a lo largo del estudio que ahora se inicia.

2. EL CONCEPTO DE (IR) REVERSIBILIDAD

Con carácter previo al análisis del marco jurídico y antes de comenzar a exponer nuestro punto de vista sobre los elementos jurídicos a tener en cuenta para intentar avanzar en la precisión de la (ir)reversibilidad de los derechos, nos parece adecuado detenernos brevemente a considerar de qué hablamos cuando hablamos de (ir)reversibilidad.

2.1. (Ir) reversibilidad

Si acudimos al Diccionario, podemos comprobar que por *reversibilidad* se entiende la «cualidad de reversible», esto es, la cualidad de algo (en este caso, el contenido del derecho en concreto) que puede «volver a un estado o condición anterior». Por tanto, la reversibilidad tal y como aquí se empleará es la vuelta en materia de contenido de derechos a una situación anterior, en el sentido de menos favorable para titular del derecho en cuanto al contenido de aquel (que puede llegar a desaparecer), en cuyo supuesto nos encontramos ante una *regresión*, esto es, «retrocesión o acción de volver hacia atrás», que puede ser la consecuencia de una decisión pública *regresiva*, es decir, «que hace volver hacia atrás».

Su contrario, la *irreversibilidad* (o no regresión) será la cualidad del derecho (o de ciertas facultades del mismo) que lo hace «no reversible», esto es, sin vuelta atrás, en cuanto a menor contenido o facultades y por tanto resistente a posibles medidas públicas regresivas, que no pueden afectarlo jurídicamente.

En lenguaje popular se habla de *recortes* también, con referencia preferentemente a gasto público en servicios públicos. Los recortes serían acciones y efectos «de recortar», entendiéndose recortar en este contexto como «disminuir o hacer más pequeño algo material o inmaterial». A lo largo del estudio, también se empleará esta expresión coloquial puntualmente, como sinónimo de reversión o regresión en materia de derechos sociales².

2.2. Modos e instrumentos de regresión en materia de derechos

La reversión en materia de derechos sociales es posible articularla mediante diversas vías jurídicas formalizadas.

Desde luego, mediante decisiones normativas, sean con rango legal o reglamentario, que limitan derechos sociales, eliminándolos o rebajando la calidad y la cantidad de las prestaciones asociadas. Entre estas, ejemplos son el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que ha derogado la renta básica de emancipación de los jóvenes (prevista antes en el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre), el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, que ha reformado la legislación sanitaria en el sentido de excluir del derecho a la atención sanitaria pública a determinados colectivos o la reforma del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 mediante Real Decreto 1713/2010, de 17 de diciembre, suprimiéndose y reduciéndose diversas medidas de fomento en el ámbito. No cabe insistir en este primer supuesto, suficientemente evidente.

En segundo lugar, es posible también adoptar políticas públicas regresivas mediante decisiones administrativas relativas a la organización de servicios públicos que afectan a la cantidad o calidad de las prestaciones de los mismos (cerrar plantas de hospitales, no sustituir profesores enfermos, aumentando el tiempo en listas de espera para recibir la prestación de que se trate...). Estas medidas comportarán o no la modificación de la correspondiente Carta de Servicio, pues esta, en nuestro sistema jurídico vigente, puede o no existir, como es sabido³, y,

² Las definiciones empleadas se hallan todas en el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, 22ª ed., 2001.

³ Como es sabido, en el ámbito estatal las Cartas de Servicio no son obligatorias, si bien el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado, promueve su aprobación. Tampoco son obligatorias en todas las CCAA (así, no en Cataluña, art. 23 Ley 26/2010), aunque sí en algunas,

aun existiendo, puede haber incluido o no la calidad específica en referencia a las prestaciones vinculadas al derecho que ahora se revierten.

Las medidas regresivas pueden estar o no conectadas a un menor gasto público. Así, lo estarán en aquellos supuestos en que la menor inversión traiga como consecuencia la afectación del derecho (menor capacidad hospitalaria, mayor tiempo de espera para una intervención quirúrgica), pero no lo estarán en los supuestos en que la medida regresiva consiste en la eliminación de un componente para el titular del derecho que nada tiene que ver con el gasto público (por ejemplo, eliminación del requisito legal de reservar suelo para vivienda protegida, reducción de zonas verdes en el nuevo plan de urbanismo aprobado).

Cuestión distinta, entendemos, aunque conectada, es la del incremento de la financiación vinculada a las prestaciones asociadas a los derechos sociales, el llamado *copago* o, más bien, *repago*, pues el usuario abona además de mediante el sistema tributario, un segundo pago finalista vinculado concretamente a ciertas prestaciones (medicamentos, transporte escolar, etc.). Tiene en común con la reversión o regresión que persigue una finalidad común, reducir el déficit público, y puede tener unos efectos semejantes en el ciudadano (necesidad de pagar por la obtención de prestaciones, que, o bien ya no son proveídas por el sistema público, al ser extraídas del derecho social, o bien siguen bajo provisión pública, pero ahora ya no de forma gratuita o, si ya no lo era, a mayor coste para su bolsillo). Pero creemos que su lógica y articulación es distinta, que no implica el recorte del contenido de un derecho sino su pago o encarecimiento y aunque, en la práctica, puedan darse puntos comunes, desde un punto de vista técnico jurídico es conveniente su separación. Por este motivo, no lo estudiaremos aquí entre las medidas de reversibilidad de derechos sociales.

3. LA DISCUSIÓN DOCTRINAL EN ESPAÑA Y LA POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

El punto de partida sobre esta cuestión tras la Constitución de 1978 parece venir, en el ámbito administrativista, de la pluma del profesor PAREJO (PAREJO, 1983), y de nuevo en 2000; téngase en cuenta entre los constitucionalistas a LÓPEZ GUERRA, (1983), cuya aportación, con inspiración en la doctrina germana, ha motivado el pronunciamiento en los años 80 y 90 del pasado siglo de diversos autores españoles: (SANTAMARÍA PASTOR (1988), COBREROS MENDOZA (1988), MUÑOZ MACHADO (1992), BELTRÁN (1994) y se ha retomado más recientemente, al filo de la crisis económica iniciada en la década pasada (LÓPEZ

como, por ejemplo, en Castilla y León, donde la Ley 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública, exige («pondrá a disposición» art. 65) tal aprobación. Por su parte, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, exige este tipo de instrumentos en ciertos supuestos (art. 26).

MENUDO, 2009, CARRO, 2011 y 2012, VAQUER, 2012, LOPERENA, 2012 o TOR-
NOS, 2012).

El resumen condensado de las distintas posturas parece ser el siguiente. Rechazada la idea de irreversibilidad absoluta de los derechos (que se atribuye a HESSE, aunque luego se indica como este mismo autor alemán la matizó posteriormente, a resultas de la crítica mayoritaria de la doctrina de su país), tampoco se acepta, sin embargo, la reversibilidad absoluta e incondicionada. Partiendo de esta postura común, los supuestos en que la irreversibilidad estaría garantizada por nuestro ordenamiento jurídico varían matizadamente de autor en autor.

Así, PAREJO (PAREJO, 1983 y 2000) señala que en el ámbito alemán, la consideración del Estado como social de Derecho comporta diversas dimensiones, entre las que nos interesan ahora la vinculación social del Estado, que implica el deber de todos los poderes públicos de velar porque las medidas públicas se adecuen a las correspondientes necesidades, tanto en cuanto a la interpretación de la normativa ya existente, como en la justificación de regulaciones que, en otro caso, serían discriminatorias, como, aspecto este que ahora nos interesa, en la concreción de límites a la potestad normativa y reglamentaria, entre los que PAREJO destaca el intento doctrinal encarnado por HESSE (1978) de dar mayor consistencia a la consideración del Estado alemán como social, de la mano de su *Nichtumkehrbarkeits-theorie* o teoría de la irreversibilidad.

De conformidad a la misma, partiendo de la idea de que de la propia Constitución alemana no es posible directamente inducir el contenido sustantivo de la vinculación social del Estado, si bien corresponde al legislador y a la Administración conformar este, una vez ya existe regulación en un ámbito, esta «determina la inconstitucionalidad de toda medida regresiva que afecte al contenido esencial de las regulaciones establecidas, es decir, la irreversibilidad (...) de las conquistas sociales alcanzadas»⁴.

Si bien, la oposición del argumento de la dependencia de los recursos económicos del Estado social por parte de la doctrina alemana llevó a HESSE a limitar la garantía al «núcleo esencial» de las regulaciones sociales establecidas. PAREJO, tras destacar que esta teoría no ha encontrado aceptación generalizada en la comunidad científica alemana (PAREJO: 2000, 224), señala cómo en su opinión sería evidente la inconstitucionalidad de toda legislación de desarrollo constitucional que, sin fundamento suficiente, esté directamente dirigida a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales establecidos previamente.

Pero a la vez, considera que la irreversibilidad en todo caso, por imperativo constitucional, de los desarrollos legislativos del orden económico social supondría un inaceptable vaciamiento del principio de pluralismo político y de la

⁴ En esta línea en la doctrina constitucionalista española se sitúa LÓPEZ GUERRA en el libro escrito junto a DE ESTEBAN, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1983, Vol. I, p. 348, señalando que la «Constitución, en efecto, se pronuncia por la *irreversibilidad* de las medidas de progreso social».

cláusula de Estado democrático (al impedir la existencia de diversas opciones de configuración social, la cual, además, debe entenderse siempre «implícitamente establecida sobre la base de las posibilidades reales de los recursos económico-financieros de la comunidad» por lo que la superación de las mismas supone una razón constitucional para «corregir» las prestaciones.

Todo ello, pero, sin olvidar que en específicos preceptos del capítulo III del título I CE se predeterminen ciertos contenidos o elementos de las soluciones prestacionales a situaciones de necesidad social en términos de garantía constitucional directa de los mismos indisponible por el legislador ordinario, como sucede, en ejemplo empleado por PAREJO, con la Seguridad Social a que alude el art. 41 CE, que contiene un «núcleo de opciones constitucionales que operar como verdadero límite para el legislador a la hora de desarrollar dicho precepto, de acuerdo con lo sostenido por la STC 65/1987 (PAREJO, 2000: 228, 229).

Coinciden con este autor SANTAMARÍA PASTOR (1988: 232), quien rechaza la tesis de HESSE por «falta de realismo económico» y LÓPEZ MENUDO (2009: 185). Por su parte, COBREROS MENDOZA (1994: 173 y ss.) ve difícil, aunque no imposible, que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional una Ley, aunque contenga evidentes recortes en el *status* de la mayoría de los ciudadanos o de grupos importantes de estos⁵. En todo caso, este autor destaca que la aplicación de la legislación ordinaria debe estar presidida por un principio de interpretación restrictiva de los eventuales recortes sociales y subraya dos hipótesis en las que el TC «deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión»: cuando la acción del legislador se dirija directamente y sin contraprestación a la supresión de conquistas que caracterizan el *status* social (lo que sería un «despojo») y cuando aun existiendo contraprestaciones sociales «las consecuencias gravosas se hicieran recaer, en lo fundamental, sobre un conjunto de ciudadanos, en razón de que con ello se estaría violando directamente el principio de igualdad».

MUÑOZ MACHADO (1992: 89), asimismo, considera, tras analizar la cuestión, que «existen situaciones que están vinculadas a otros valores constitucionales cuya eliminación es más difícil, o incluso imposible, teniendo en cuenta que, en tal caso, un derecho fundamental podría quedar lesionado o desprotegido. Este fenómeno puede producirse por diferentes razones. La identificación de las mismas exigiría un análisis pormenorizado de la medida en que una reforma de la legislación social podría afectar a otros derechos protegidos por la Constitu-

⁵ Si bien una de las razones que considera es que, p. 176, «en el actual estado participativo, medidas que supongan una renuncia para amplias capas sociales por razón de crisis económica, suelen arrojarse –para poder asegurar su efectividad, precisamente– con nuevos mantos legitimadores en forma de pactos o acuerdos (con las consiguientes contrapartidas al menos, formalmente) en los que suelen estar representadas las partes sociales afectadas; por lo que su posterior normativización por el Legislativo (o en su caso, por el Ejecutivo) no se produce en el «vacío», señalando como una de las principales funciones del Estado social es, justamente, la de «estabilización social», el establecimiento por el Estado de cauces para la superación de los conflictos sociales (nota 46, pág. 176).

ción». En esta línea, BELTRÁN (1994: 89), tras realizar un rápido resumen de las posturas anteriores, subraya como «creo que la Constitución impide la acción del legislador encaminada directamente y sin contraprestación a la supresión pura y simple de una conquista social. Más aún cuando se trata de prestaciones vitales para el ser humano como son las sanitario-asistenciales».

Finalmente, más recientemente ha sido sobre todo CARRO (2008: 377 y ss. 2012: 3825 y ss.) quien ha intentado una aproximación más evolucionada de la cuestión, apoyándose en jurisprudencia de nuestro entorno, a falta de una más clara de nuestros propios tribunales. Este autor señala que la irreversibilidad o no regresividad de las conquistas sociales alcanzadas debería venir referida, en todo caso, a un *núcleo indisponible* de los derechos socioeconómicos, aunque ello no quiera decir que el legislador sea completamente libre de configurar el derecho más allá de este núcleo, pues en su opinión, de acuerdo con los arts. 1.1 y 9.2 CE, no sería constitucional «la simple supresión, sin razón alguna o fundamento suficiente», de las conquistas sociales alcanzadas (CARRO, 381).

Parece situarse en esta línea, si bien trata la cuestión de modo más conciso, VAQUER (2012: 85), al destacar que el legislador goza de un amplio margen de apreciación para revisar, restringir o derogar prestaciones sociales configuradas al amparo de los derechos sociales constitucionales, pero tal margen no es ilimitado, pues será exigible una razón suficiente y una actuación no arbitraria, ni discriminatoria ni desproporcionada. LOPERENA (2012), por su parte, formula una cuestión frontal: «la pregunta que como jurista y ciudadano me surge es si el legislativo es libre para decidir por donde recortar. Y mi contestación es que no», pues «recortes sí, pero con criterio constitucional, no con un presuntamente aséptico criterio gubernamental. Y este es el riesgo que estamos corriendo, el desconocimiento de las prioridades constitucionales en la elaboración de los proyectos de presupuestos». Dado que no hay legalidad presupuestaria por encima de la Constitución» por tanto «ni Ayuntamientos, ni provincias, ni Comunidades Autónomas, ni el Estado pueden ignorar sus preceptos sin caer en decisiones calificables fácilmente de inconstitucionales», pues «estamos en crisis, de acuerdo, pero no sin Constitución». Por su parte, TORNOS (2012: 37), afirmando la validez del principio de reversibilidad, afirma como agenda de investigación importante a emprender en el futuro la de «delimitar su alcance, fijar sus límites materiales y formales e identificar los sujetos que deben hacer un uso correcto del mismo».

En cuanto a nuestro Tribunal Constitucional, ha rechazado hasta el momento entrar en una discusión general sobre el principio de irreversibilidad en nuestra Constitución, si bien en diversos pronunciamientos ha dado algunas pistas sobre el tema. Por ejemplo, la STC 134/1987, en su FJ 5 ha señalado, en relación a una cuestión de inconstitucionalidad que planteaba el «principio de regresividad de la seguridad social, que:

«no es necesario entrar a discutir en un plano abstracto y general el significado de este principio ni en qué medida podría considerarse incorporado a nuestra Constitución».

Pero pese a la falta de un análisis «abstracto y general», el TC ha subrayado que «debe entenderse que no se puede privar al trabajador *sin razón suficiente* para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (STC 81/1982, FJ 3) y ha establecido que el legislador debe revertir «*apreciando* la importancia relativa de las necesidades a satisfacer» y debe regular el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, modificándolas para adaptarlas a las «necesidades del momento», siempre «*en atención*» a las «circunstancias económicas» y «las disponibilidades del momento» que «son imperativas para la propia viabilidad y eficacia» del derecho (SSTC 65/1987 65/1990 y 128/2009, a propósito del art. 41 CE).

Por su parte, la STC 37/1994, de 10 de febrero, ha señalado también respecto al derecho de los ciudadanos en materia de seguridad social (art. 41 CE) que es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel, *salvo en lo referente al régimen público, consagrado en forma de garantía institucional, que constituye* un «núcleo o reducto indisponible por el legislador», una «indisponible limitación», de tal suerte que ha de ser preservado en «términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3).

4. LOS NUEVOS ENFOQUES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS DERECHOS Y SU INCIDENCIA EN LA CUESTIÓN DE LA (IR) REVERSIBILIDAD

La fotografía de la situación actual en España pergeñada en las líneas precedentes debería completarse, en nuestra opinión, con una incorporación en el debate de los nuevos enfoques internacionales sobre derechos humanos y diversas recientes decisiones judiciales en distintos países que se han enfrentado directamente a la cuestión y han elaborado una doctrina que, salvando las oportunas distancias pero teniendo claro el fenómeno de globalización jurídica y el valor del Derecho comparado, puede ser de extraordinario interés para inspirar nuestros propios desarrollos futuros⁶.

Dada la relevancia de este punto para el conjunto del análisis aquí efectuado, es preciso dedicarle algún espacio.

⁶ Efectivamente, el uso del Derecho comparado puede tener finalidades abstractas (por ejemplo, promoción del conocimiento académico) y, a la vez, bien concretas, como proveer de perspectiva a los estudiantes, apoyar la reforma normativa y los desarrollos de políticas públicas o ser usado como un instrumento para inspirar cómo colmar lagunas en el ámbito de las decisiones judiciales.

Véase ESIN ÖRÜCU, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, Elec. J. Comp. L., n.10 (June 2000), <http://www.ejcl.org/41/art41-1.html>; Nicholas H.D. FOSTER, *The Journal of Comparative Law A New Scholarly Resource*, 1 J. Comp. L. 1 n. 2 (2008), http://eprints.soas.ac.uk/4408/1/JCL_ANewScholarlyResource.pdf

4.1. La Constitución contiene derechos sociales que son exigibles jurídicamente

Para enfocar correctamente, en nuestra opinión, la cuestión de la (ir) reversibilidad de las prestaciones vinculadas a derechos sociales, hay que empezar estableciendo el punto de partida: la Constitución establece derechos sociales jurídicamente exigibles.

Varias décadas después de la aprobación de la Constitución española, continúa existiendo una cierta confusión doctrinal en torno a la eficacia jurídica de los preceptos contenidos en el capítulo III del título I. Tanto la «particularmente desafortunada» redacción de algún precepto constitucional, señaladamente el artículo 53.3, como otros factores siguen alimentando esa confusión⁷. Entre esos otros factores cabe señalar, en nuestra opinión, dejando, naturalmente, de lado cuestiones ideológicas, la vigencia de ciertos paradigmas jurídicos obsoletos, alimentados aún por algunas opiniones especializadas, que, como intentaremos argumentar a continuación, han sido ya ampliamente superados por la más moderna doctrina interpretativa de los derechos constitucionales, tanto nacional como internacional, así como, lo que es mucho más relevante, por decisiones del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional Español, si bien aún entre estas siguen existiendo vacilaciones y confusiones, como pone de relieve VAQUER (VAQUER, 2012: 79) a propósito de la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 16, en relación con los derechos estatutarios⁸.

Podría decirse, en definitiva, que en ciertos sectores doctrinales y judiciales continúa vigente un mito jurídico, en el sentido dado por Santi ROMANO, en torno a la supuesta inexistencia de derechos exigibles judicialmente en el capítulo III del título I de la Constitución, lo cual, como intentaremos demostrar, es insostenible.⁹

⁷ La expresión «particularmente desafortunada» aplicada a la redacción del artículo 53.3 ha sido empleada por PRIETO SANCHÍS, Luis (1990): *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.

⁸ «Ahora bien, bajo la misma categoría “derecho” pueden comprenderse realidades normativas muy distintas, y será a estas a las que haya de atenderse, más allá del puro *nomen*, para concluir si su inclusión en un Estatuto es o no constitucionalmente posible. En efecto, ya en la propia Constitución bajo el término “derecho” se comprenden tanto verdaderos derechos subjetivos como cláusulas de legitimación para el desarrollo de determinadas opciones legislativas, si bien en ambos casos se trata siempre, al cabo, de mandatos dirigidos al legislador, bien imponiéndole un hacer o una omisión que se erigen en objeto de una pretensión subjetiva exigible ante los Tribunales de Justicia; bien obligándole a la persecución de un resultado sin prescribirle específicamente los medios para alcanzarlo y sin hacer de esa obligación el contenido de ningún derecho subjetivo, que solo nacerá, en su caso, de las normas dictadas para cumplir con ella. Normas, en definitiva, que prescriben fines sin imponer medios o, más precisamente, que proveen a la legitimación de la ordenación política de los medios públicos al servicio de un fin determinado.»

⁹ El concepto de mito jurídico de Santi ROMANO se encuentra en su conocida obra *Fragmentos de un diccionario jurídico*, en edición que se maneja de Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, pp. 225 a 238. Entre nosotros, el profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

Ahora bien, dada la conocida pervivencia de los mitos jurídicos, conviene, antes de continuar adelante, detenerse en aquellos argumentos más usualmente esgrimidos para negar la existencia de derechos subjetivos exigibles judicialmente en el mencionado capítulo III. Frente a cada uno de los mismos, expon-dremos las razones que, en nuestra opinión, contradicen dicha afirmación¹⁰.

a. Todos los preceptos del capítulo III del título I CE tendrían la consideración de programáticos

Es este un argumento de escasa consistencia¹¹, por cuanto los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo son contundentes¹².

Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional, desde una perspectiva general ha señalado, explícitamente, que «al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 CE (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11, entre otras en la misma línea). Por su parte, el Tribunal Supremo también ha establecido, sin ningún género de dudas, en diversas sentencias, la vinculatoriedad jurídica de los preceptos del capítulo III del título I CE¹³.

(1974), *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, p. 21, señala que «es posible sorprender enquistadas en las relaciones actuales pervivencias históricas como restos singulares de concepciones que en su generalidad fueron arrumbadas definitivamente. Estos residuos, que operan ya por sí mismos sin conciencia final de la función que cumplen, verdaderos mitos jurídicos en el sentido de ROMANO, S., son por cierto extensos en el Derecho Administrativo actual, y su influencia, siempre dudosa, por su autonomía mítica, no es nada desdeñable».

¹⁰ Una útil síntesis de dichos argumentos, así como diversas refutaciones a los mismos puede hallarse en IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio (2006): «El medio ambiente como derecho fundamental», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, enero-febrero, núm. 231, pp. 141-187. Aunque referido específicamente al derecho al medio ambiente del artículo 45 CE, sus consideraciones también resultan de interés en relación a otros preceptos constitucionales, como el derecho a la salud del art. 43 o el derecho a la vivienda del art. 47, por ejemplo.

¹¹ Véase, por ejemplo, GARRIDO FALLA, Fernando (2001): «Garantías de las libertades y derechos fundamentales», en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 3ª edición.

¹² En la doctrina, recuérdese GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas.

¹³ Por lo que se refiere al artículo 49 CE, la STS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396), señala lo siguiente:

«A la misma conclusión hay que llegar si se trae a colación el artículo 49 de la vigente Constitución española, conforme al cual “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”, derechos entre los que se encuentra, por ejemplo, el de circulación (artículo 19), debiendo recordarse que este mandato del artículo 49, pese a estar incluido bajo la rúbrica “de los principios rectores de la política social y económica”, no es una mera norma programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica. Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Trop versus Duller*, “las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos, que

b. *El capítulo III del título I no contendría auténticos derechos subjetivos típicos o activos*

Partiendo, pues, de la indudable vinculación jurídica de estos derechos, otro argumento que debe analizarse es que si bien el capítulo I del título III no es programático, tampoco contiene auténticos derechos subjetivos, de los que se deriven correlativas obligaciones jurídicas para los poderes públicos.

otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación. Son regulaciones de Gobierno”. Y esta doctrina, aunque establecida por un tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país es perfectamente trasladable a nuestro ámbito para subrayar el sentido de los artículos 9.1 y número 3 de la disposición derogatoria de la Constitución española. De manera *que ese artículo 49, como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos.*»

En cuanto al artículo 45 CE, la STS de 25 de abril de 1989 (RJ 1989\3233), abunda en la misma idea:

«Establecido lo anterior, hay que añadir ahora que lo que aquí se plantea es la de unas consecuencias –que, en el mejor de los casos, pueden calificarse de molestas– que se siguen al recurrente por las deficiencias que presentan las instalaciones de tratamiento y evacuación de las aguas residuales del municipio. *Como el artículo 45 de la Constitución reconoce a “todos” el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, estableciendo, además, el deber de los poderes públicos de proteger, defender y restaurar el medio ambiente, negar la legitimación de don Gabriel P. S. es negar lo evidente.* Y este Tribunal considera oportuno recordar una vez más –como ya hizo en sentencia de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986\4396)– que *los preceptos contenidos en el capítulo tercero del título I de la Constitución, pese a dar bajo la rúbrica de “principios rectores de la política, social y económica” no constituyen meras normas programáticas que limiten su eficacia al campo de la retórica política o de la inútil semántica propia de las afirmaciones demagógicas.* Porque como ya precisó hace años el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso Trop contra Duller, “las declaraciones de la Constitución no son adagios gastados por el tiempo; ni una contraseña vacía de sentido. Son principios vitales, vivos que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra nación. Son regulaciones de gobierno”. Y esta doctrina, aunque establecida por un tribunal extranjero con referencia a la Constitución de su país, es perfectamente trasladable a nuestro ámbito. De manera *que ese artículo 45, como los demás del expresado capítulo, tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos.*»

Y por lo que se refiere al derecho a la vivienda del artículo 47 CE, el Tribunal Supremo también ha reiterado la misma doctrina. Así, en la STS de 16 de junio de 1998 (RJ 1998\6149) se dice lo siguiente:

«Cuarto. El artículo 47 de la Constitución española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), dentro del capítulo III del título I, proclama el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, vinculando a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.

«Cualesquiera que sean las dificultades dogmáticas que implica la consideración como “derechos constitucionales” de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el capítulo III del título I, es evidente que el citado artículo 47 es un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos.»

También la STS de 18 de febrero de 2002 (RJ 2002\4826) abunda en la misma idea:

«previsiones del párrafo primero del artículo 47 de la Constitución. Este consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución.»

Para poder analizar convenientemente este posible argumento, es preciso partir de lo que se entienda por derecho subjetivo. En este sentido, se puede acudir a cualquiera de las clásicas definiciones elaboradas por la doctrina civilista. Así, por ejemplo, CASTÁN lo considera «un poder reconocido a la persona por el ordenamiento jurídico con significado unitario e independiente, y quedando al arbitrio de ella la posibilidad de su ejercicio y defensa», mientras que DE CASTRO lo define como «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa»¹⁴.

Pues bien, ¿el capítulo III del título primero contiene auténticos derechos subjetivos?

Para responder a esta cuestión, previamente debemos interrogarnos sobre la consecuencia de la existencia de un derecho subjetivo, esto es, la presencia o no de un obligado jurídicamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1088 del Código Civil, que define el contenido de las obligaciones). Así, por ejemplo, el artículo 47 CE nos aclara que son los poderes públicos quienes «promoverán las condiciones necesarias», «establecerán las normas pertinentes» para «hacer efectivo este derecho», para lo que también regularán «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Además, también los privados, de acuerdo con el artículo 9.1 CE, están vinculados por el artículo 47 CE, en el sentido (meramente negativo, en este caso, por contraste con el anterior) de no hacer nada que pueda suponer la vulneración del derecho a la vivienda.

Tenemos, pues, un sujeto titular (todos los españoles, aunque también en el caso de los extranjeros puede existir tal titularidad), un objeto y unos sujetos obligados (de modo distinto) por la existencia del artículo 47 CE. ¿Existe entonces un derecho subjetivo? La respuesta en nuestra opinión ha de ser claramente positiva. Y la confusión aún reinante en torno a este punto solo puede ser entendida si se parte de que, habitualmente, *no se distingue correctamente entre obligaciones jurídicas de medios y obligaciones jurídicas de resultados, entendiéndose erróneamente que como del artículo 47 CE no se derivan las segundas entonces no existe derecho subjetivo*. Sin embargo, si se considera, como hacemos nosotros, *que del artículo 47 se derivan claras obligaciones de medios (de hacer y no hacer alguna cosa, tanto, con intensidad distinta, para todos los poderes públicos como para los privados), entonces no existe dificul-*

¹⁴ Tales definiciones pueden encontrarse en el repaso doctrinal hecho por LACRUZ, José Luis; LUNA SERRANO, Agustín; RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1984): *Parte General del Derecho Civil, Elementos de Derecho Civil, I, El derecho subjetivo*, Barcelona, Bosch, vol. III, p. 87. Estos autores, a su vez, lo definen como una situación de poder concedido por el ordenamiento jurídico a una persona que se concreta en ciertas posibilidades de actuación específica (facultades) que son componentes naturales suyos, pero no necesariamente esenciales, el cual se presenta como una parte o lado de la relación jurídica aunque con entidad independiente y vida autónoma, cuyo ejercicio queda a discreción del titular.

tad alguna para sostener la existencia de un derecho subjetivo a la vivienda en la Constitución.

Como es sabido, las obligaciones jurídicas de medios comportan que la prestación que pueda exigirse al obligado sea de actividad, no de resultado (pues esta es la prestación típica de las obligaciones de resultado). En el caso de las prestaciones de actividad propias de las obligaciones jurídicas de medios, el obligado debe poner los medios para alcanzar ciertos fines, pero solo (y nada menos que) eso. Aunque no se obtenga el resultado para el que se ponen los medios, el obligado no puede ser hecho responsable si no se prueba su *falta de diligencia*.

En el ámbito de la actividad privada, son típicas obligaciones de medios, como es sabido, las del abogado o el médico¹⁵. En el ámbito de la actividad pública, son típicas obligaciones de medios las derivadas del derecho a una buena administración contenido implícitamente en diversos preceptos constitucionales en España y también en diversa normativa europea¹⁶ o, lo que nos interesa ahora especialmente, las obligaciones derivadas del derecho también reconocido en el artículo 43 CE.

Efectivamente, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en este caso en entender que el derecho que reconoce el artículo 43 CE no es la salud, sino su protección. Diversos autores consideran que debe hablarse no del derecho a la salud, sino del derecho a los cuidados médicos; no del derecho a una salud asegurada, sino del derecho a un nivel de vida suficiente, manejándose en este ámbito por la doctrina la citada distinción entre obligaciones de medios y de resultados, siendo el titular del derecho acreedor a las primeras, no a las segundas¹⁷. Por ello, el paralelismo entre el derecho del artículo 43 y el del artículo 47, que nos ocupa a nosotros, nos parece singularmente interesante, por cuanto este último ha sido mucho menos construido que el primero, el cual es una interesante fuente de inspiración para el desarrollo dogmático del derecho a la vivienda.

Pues bien, del mismo modo que del artículo 43 no se deriva el derecho a estar sano toda la vida y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarnos, mediante actividad de no hacer –perjudicar o dañar nuestra salud– o de hacer –previniendo los daños y curando siempre

¹⁵ Sobre la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado, puede consultarse en la doctrina civilista, por ejemplo, LOBATO GÓMEZ, J. (1990): «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 651 y ss., y JORDANO FRAGA, I. (1991): «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, pp. 5 y ss.

¹⁶ PONCE SOLÉ, Juli (2002): *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova, pp. 201 y ss.

¹⁷ Por todos, TAJADURA TEJADA, Idoia (2004): *La protección de la salud (artículo 43 CE)*, Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 222 y 223.

estos cuando se produzcan—, lo que sería, ciertamente, absurdo, tampoco cabe derivar del artículo 47 un derecho a «tener en propiedad» una vivienda y una correlativa obligación jurídica de resultado de los poderes públicos de garantizarlos, mediante actividad de hacer, el disfrute de tal bien. Pero aunque tal conclusión sea evidente, lo cierto es que, en ocasiones, se trata de una *reductio ad absurdum* que conlleva, erróneamente, una conclusión aneja: que no existe derecho a la vivienda.

Lo que se deriva del artículo 47 CE leído en su literalidad e interpretado sistemáticamente con el artículo 53.3, primera parte, CE es la existencia de una clara serie de prestaciones a efectuar por los poderes públicos: tanto de no hacer (no vulnerar el derecho, esto es, respetarlo, lo que también alcanza a los privados, como se razonará), como de hacer. Entre estas segundas, se encuentran, como vimos, dos prestaciones de hacer vinculadas con el desarrollo de normas, una general (normas «pertinentes» para «hacer efectivo este derecho»), otra más específica vinculada a la regulación de «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación», y una prestación de hacer de carácter no normativo y amplia (promover «las condiciones necesarias [...] para hacer efectivo este derecho»).

El derecho a la vivienda da lugar, como ejemplo de los derechos sociales, a la existencia de una serie de prestaciones exigibles: de no hacer (respetar, esto es, no vulnerar, exigible por igual a sujetos públicos y privados) y de hacer (reconocer, proteger y promover), tanto mediante normas y regulaciones del uso del suelo como mediante otros comportamientos públicos. Por ello, el derecho a la vivienda no difiere, pese a lo que en ocasiones parece sostenerse, de otros derechos, sean políticos o civiles.

Porque la efectividad de los derechos sociales no exige, ni mucho menos, siempre una intervención pública activa con gasto público, pese a que de este dependa, es cierto, una parte no despreciable de su realización. Es decir, la efectividad de estos derechos no exige siempre que este sea un derecho «caro». Pero además, por otro lado, lo mismo ocurre con derechos políticos como el derecho a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 CE), que exige una impresionante inversión económica y un fuerte despliegue de actividad pública en garantía de su efectividad. Y lo mismo puede sostenerse de derechos civiles como el de propiedad (artículo 33 CE), que tampoco incorpora solo una serie de prestaciones de no hacer, de respetar, de los poderes públicos, sino que, bien al contrario, demanda una serie de costosas prestaciones de hacer, como el mantenimiento de servicios públicos en su garantía: fuerzas y cuerpos de seguridad, órganos jurisdiccionales, registros de propiedad y otros. La efectividad de estos derechos los convierte también en «caros», no teniendo entonces ninguna diferencia estructural respecto a los derechos sociales

Por otro lado, la efectividad de los derechos sociales puede requerir, sencillamente, una abstención en la actividad pública o, en caso de necesidad de intervención, un tipo de comportamiento público que no genere gasto presupues-

tario (regulaciones de prohibición de discriminación, regulaciones vinculantes para la planificación urbanística en el caso del derecho a la vivienda, por ejemplo, etc.). En este sentido, la efectividad de los derechos sociales es «barata», en el sentido de no comportar gasto presupuestario directo¹⁸.

En definitiva, la Constitución española contempla derechos sociales que son auténticos derechos subjetivos¹⁹, que generan obligaciones de medios, no de resultados, y que no se distinguen tanto de otros derechos civiles y políticos contenidos en la Constitución, los cuales en ocasiones exigen una comportamiento público intervencionista en su garantía y fuertes gastos presupuestarios.

Es preciso, pues, acabar con ciertos *mitos jurídicos* en torno a los derechos sociales, los cuales, en primer lugar, existen en el sistema constitucional español, que es el que ahora nos interesa, y, en segundo lugar, no tienen una estructura radicalmente distinta de otros derechos políticos y sociales ni, por supuesto, ninguna dificultad ontológica específica para hacerlos efectivos y exigibles por sus titulares, lo que es perfectamente posible y deseable, al igual que lo es en el caso del resto de los aludidos²⁰. Como ha señalado VAQUER (VAQUER, 2012: 79), «no podemos seguir haciendo una interpretación *tópica* del título I de la Constitución, sobre la que debe primar una interpretación *sistemática y finalista* capaz de descubrir las relaciones existentes entre ellos al servicio de la dignidad de la persona y de relativizar las fronteras entre derechos de libertad, de participación y de prestación y entre derechos subjetivos y principios objetivos o mandatos al legislador, como propugna la doctrina más progresiva en la materia. En todos los bienes jurídicos protegidos en el título I de la Constitución podemos hallar una diversa combinación de todo ello, por lo que las diferencias son de grado, no de esencia.»

c. *Los derechos sociales tendrían un contenido vago e indeterminado*

Con frecuencia, las tesis que explican los problemas de protección de los derechos sociales unen a la argumentación sobre su estructura prestacional y costo-

¹⁸ Aunque es conveniente recordar que la elaboración de normas jurídicas no sale gratis, ni para los poderes públicos, puesto que consume tiempo y recursos, ni para los privados, porque la regulación puede tener notables impactos en su actividad. Lo cual nos conduce al importante tema de la calidad normativa y de la evaluación de los impactos normativos, que será de creciente relevancia en el futuro, también en relación con el desarrollo del derecho a la vivienda.

¹⁹ Disentimos, desde el punto de vista expuesto, de la opinión, por ejemplo, de GARCÍA MACHO, Ricardo (1982): *Las aporías de los derechos fundamentales social y el derecho a una vivienda*, Madrid, IEAL, p. 166.

²⁰ Sobre el conjunto de prestaciones negativas y positivas que generan los derechos sociales y su similar estructura a los otros tipos de derechos, puede consultarse ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta. En la misma línea, una crítica a los distintos mitos en torno a los derechos sociales y una reconstrucción jurídica de los mismos puede hallarse en PISARELLO, G. (2007): *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid.

sa (lo que como hemos visto no es siempre cierto, como no lo es que los derechos civiles y políticos nunca lleven aparejadas prestaciones públicas y costos presupuestarios) una segunda línea de razonamiento que enfatiza su carácter vago e indeterminado, a diferencia (supuesta) de los derechos civiles y políticos.

Pero, de nuevo, nos encontramos ante otro mito jurídico que no debería perdurar mucho más en el tiempo. Efectivamente, esa indeterminación y vaguedad no afecta solo a los derechos sociales, el de vivienda entre ellos. Es una característica propia del lenguaje e inherente también al lenguaje jurídico, que puede detectarse también en relación con otros clásicos derechos civiles y políticos: «trato inhumano o degradante» (artículo 15 CE), duración de la detención preventiva «más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos» (artículo 17 CE), «información veraz» (artículo 20.1 CE), «tutela efectiva» o «proceso sin dilaciones indebidas» (artículo 24 CE), etc.

Y sin embargo, nadie cuestiona la posibilidad de hacer efectivos estos derechos ni su exigibilidad. Corresponde, claro está, al legislador y a los Gobiernos y Administraciones mediante el desarrollo de su potestad reglamentaria concretar los derechos sociales, en la misma medida que deben concretarse los civiles y políticos²¹.

²¹ En referencia al derecho a la vivienda «digna y adecuada» del art. 47 CE, como señala la STS de 17 de julio de 1990 (RJ 1990\6566), en este caso aplicando la normativa sobre vivienda protegida, al resolver un recurso contencioso-administrativo contra dos decisiones administrativas vascas relativas a la denegación de autorización de modificación de proyecto de construcción de viviendas de protección oficial y de denegación de la calificación definitiva de las mismas:

«Cuarto. Pero todo ello, además, tiene que ir completado con la idea de que *la normativa a aplicar aquí tiene que ser interpretada con un profundo sentido finalista o teleológico*, que impida servirse de la misma en la consecución de objetivos no queridos por el legislador.

»Y puesto que tanto se apela ahora a la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 1975-85, 2875), en defensa de garantías formales, no será nada malo acordarse de ella y tener presente que la misma da comienzo su articulado declarando solemnemente que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” (artículo 1.1); descendiendo al campo de que se trata en el artículo 47, donde se reconoce que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”, indicando a continuación que “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...”.

»Ahora bien, *el concepto de vivienda “digna y adecuada” hay que ponerlo en relación con la situación general del país y con los medios económicos y financieros disponibles, que es lo que ha motivado que en el régimen jurídico especial sobre viviendas de protección oficial*, al que se llegó hace varias décadas, tras de regulaciones específicas que le precedieron: viviendas bonificables, protegidas, de renta limitada, por no remontarnos más atrás (casas baratas) en la política de ayuda y de fomento en este sector, haya habido necesidad de conformarse con tipos de viviendas, dignas, sí, pero modestas o no excesivamente confortables o suntuarias, con el fin de extender la ayuda al mayor número de personas verdaderamente necesitadas de ella, y, por lo tanto, excluyendo a las que pueden permitirse la satisfacción de esta necesidad por sus propios medios.

»En definitiva, *estamos atendiendo al espíritu y finalidad de la normativa aplicable aquí, de una manera fundamental, como se recomienda en el inciso final del núm. 1, del artículo 3, del título preliminar del Código Civil*.

»Séptimo. Retrocediendo a lo antes dicho sobre el desiderátum constitucional de proporcionar a los españoles unas “viviendas dignas y adecuadas” se ha de reconocer que *ello por sí solo no nos prestaría gran ayuda en la resolución del problema de que se trata, por tratarse de un concepto*

Solo se requiere el mismo nivel de diligencia en el primer caso que en el segundo²².

d. De acuerdo con el principio de distinción funcional existente en la Constitución, si se invocara directamente los derechos sociales el poder judicial podría determinar el gasto público en los diversos sectores y se produciría una invasión judicial indebida de ámbitos de poder que le son ajenos

Una muestra de este argumento la encontramos en la postura de LUIS DíEZ-PICAZO, cuando señala que «la invocabilidad directa de la mayor parte de las previsiones del capítulo III conduciría a un resultado perverso y absurdo: la determinación del gasto público correspondería a los jueces; y ello no solo sería antidemocrático, sino incompatible con una gestión mínimamente eficiente de la Hacienda pública»²³.

Es decir, subyace en las opiniones de este tipo una preocupación por la vulneración de un principio común en diversos ordenamientos jurídicos relativo a la distinción funcional entre los distintos poderes públicos. Efectivamente, las constituciones en los Estados de derecho, entre ellas la española, establecen una distinción de funciones entre el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, por un doble orden de razones. Por un lado, sirve de límite negativo al desarrollo del poder, para contenerlo y equilibrarlo. Por otro lado, tal distinción se explica por la voluntad de lograr el cumplimiento óptimo de cometidos materiales distintos, los cuales exigen métodos organizativos y procedimientos diferentes, adaptados a cada ámbito; en este caso, la distinción tendría una función positiva, para el óptimo cumplimiento

indeterminado, lo que ha obligado al legislador a tener que acudir a elementos que sirvieran para fijar cuantitativamente los topes en esta política de fomento en el acceso a viviendas de las clases sociales merecedoras de esta protección. Ya que no es lógico ni justo primar con los beneficios establecidos para las viviendas de protección oficial a aquellas que superen las condiciones previstas dentro de este régimen, especial, ya que, de lo contrario, lo que procedería sería primar a todas, solución a todas luces inadmisibles.»

²² PISARELLO, Gerardo (2007), p. 68: «Que el grueso de la actividad legislativa, jurisdiccional e incluso doctrinal se dedique a elucidar el alcance de los derechos civiles y políticos no obedece a una suerte de insalvable oscuridad estructural de los derechos sociales, sino a una opción deliberada, muchas veces fundada en simples prejuicios ideológicos. Al igual que se han dedicado códigos, leyes y reglamentos enteros a esclarecer, entre otras cuestiones, si el derecho de propiedad comprende los tesoros hallados en un fundo ajeno, si el derecho a la vida establece algún tipo de tutela sobre los embriones o excluye la posibilidad de eutanasia, si la habitación de un hotel se encuentra protegida por el derecho a la inviolabilidad del domicilio o si la libertad de expresión incluye la publicidad comercial o el derecho a gritar “¡fuego!” dentro de un cine o teatro, nada impide que se desarrollen criterios o indicadores que delimiten el derecho al agua, a la alimentación o al más alto nivel posible de salud», así como, añadimos nosotros, a lo que constituye una vivienda digna y adecuada.

²³ DíEZ-PICAZO, Luis (2003): *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, p. 63.

de cada función por los órganos más aptos y por los procedimientos más adecuados²⁴.

Si el Tribunal Constitucional o la jurisdicción ordinaria reaccionaran contra los incumplimientos de los derechos sociales por parte de los otros poderes públicos, se puede llegar a sostener que entonces cruzarían el límite de la distinción funcional, actuando sin legitimación democrática, en ámbitos que exceden de su competencia técnica, que se entrecruzan con aspectos de política económica y que, en definitiva, no les corresponden constitucionalmente²⁵.

Ahora bien, fácilmente se detecta que una afirmación de este tenor es poco matizada y conduciría, de hecho, poco menos que a la imposibilidad de control de la falta de cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de derechos sociales. En primer lugar, cabe recordar que las prestaciones asociadas a los derechos sociales no son siempre y en todo caso de tipo económico, puesto que la efectividad de los mismos puede requerir la elaboración de normas y regulaciones, como ya se dijo. No hay aquí, pues, peligro de disposición presupuestaria indirecta por órganos judiciales.

En segundo lugar, es evidente que el control de la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda no puede desconocer los límites estructurales de los poderes constitucionales. Límites que en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa están expresados en el conocido artículo 71.2 LJCA, que prohíbe a los tribunales sustituir la discrecionalidad administrativa. Ahora bien, esos límites no tienen por qué impedir (ni pueden, en virtud de los artículos 24 y 106.1 CE y de las funciones que la misma otorga al Tribunal Constitucional) el control de la actividad o inactividad pública (recuérdese la pretensión prevista en el artículo 29 LJCA) respecto a, recordemos, el respeto, el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos sociales, sea mediante una actividad de limitación de los derechos privados (incluida la regulación legal o reglamentaria), de fomento de ciertas actividades privadas o de servicio público.

Y tal vulneración de la distinción funcional constitucional no debe producirse si se parte, como aquí se ha hecho, de que los derechos sociales solo prevén obligaciones de medios, no de resultados²⁶. Estas últimas solo surgirán cuando, en desarrollo de la CE, el legislador y el poder ejecutivo las establezcan. Nada

²⁴ PONCE SOLÉ, J. (2002): pp. 112 y ss., con cita de doctrina europea sobre las dos razones de ser (límite negativo del poder en garantía de la libertad de los ciudadanos y criterio de *corrección funcional*, para el óptimo desarrollo de las funciones estatales, en la expresión de Hesse).

²⁵ Recuérdese el artículo 117.4 CE, que señala que «los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho». Un resumen de este modo de razonar y de los posibles contraargumentos puede hallarse en PISARELLO, Gerardo (2007): pp. 88 y ss.

²⁶ Lo que no significa, claro está, que tales obligaciones de medios frente a los poderes públicos no sean exigibles, tanto frente al legislador como frente al poder ejecutivo y el judicial, como se razona *infra*.

peculiar, por otro lado, de los derechos del capítulo III del título I, por cuanto hay otros derechos subjetivos de cuya existencia y exigibilidad nadie duda con una estructura similar, señaladamente el derecho a la educación del artículo 27 CE.

e. Como la demanda de prestaciones supera a la oferta de estas, no cabe hablar de la existencia de derecho

Un último argumento de los que se pueden utilizar para discutir la existencia de auténticos derechos subjetivos sociales en la CE es el siguiente. Dado que la normativa que desarrolla los derechos puede reconocer la existencia de sorteo (pensemos en el caso de la vivienda) y/o listas de espera (pensemos en el caso de la sanidad) ante la demanda superior a la oferta, no existiría un auténtico derecho subjetivo.

En el ejemplo de la vivienda, el mecanismo del sorteo público es, sencillamente, un sistema de gestión pública de la adjudicación de la vivienda, uno de los posibles, pero no es el culpable de la generación de listas de espera ni, desde luego, cabe negar la existencia de un derecho constitucional a la vivienda por la insuficiencia de la inversión pública, en primer lugar, ni por la elección de uno u otro sistema de adjudicación del parque de viviendas protegidas existente.

De nuevo, una comparación del derecho a la vivienda del artículo 47 CE con el derecho a la salud del artículo 43 deviene especialmente útil. En relación con este último, la dimensión temporal de la asistencia sanitaria y el problema de las listas de espera es un elemento de comparación interesante. El tratamiento de la cuestión de los tiempos de espera en el ámbito sanitario es uno de «los puntos débiles de la regulación vigente en materia de prestaciones sanitarias, pues no se fijan –salvo alguna excepción a la que luego aludiremos– unos tiempos máximos admisibles al efecto ni se establecen mecanismos a disposición del paciente para conseguir que las prestaciones sean efectivas en tales tiempos máximos»²⁷.

Ahora bien, a nadie se le ocurre pensar que esta cuestión suponga la inexistencia del derecho del artículo 43 CE, el cual, como el de vivienda, genera obligaciones de medios a los poderes públicos. La existencia de lista de espera para prestaciones sanitarias o de alojamiento no afecta la existencia del derecho, aunque cuestiona, sin duda, su efectividad. Pero son posibles medidas tendentes a afrontar esta situación tanto en un ámbito como en otro.

En el marco del ordenamiento jurídico, es posible, y así se ha hecho en el ámbito sanitario, establecer el mecanismo de reintegro de gastos, que contempla la posibilidad de que el usuario utilice servicios ajenos a los del sistema público de prestaciones sanitarias y obtenga *a posteriori* el reembolso de los

²⁷ PEMÁN GAVÍN, Juan María (2005): *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Granada, Comares, p. 102.

gastos pagados²⁸. Asimismo, es posible que el ordenamiento jurídico, y también se ha hecho así en el ámbito sanitario, prevea de modo taxativo unos periodos máximos de espera en el acceso efectivo a las prestaciones, de modo que el incumplimiento de los mismos determine la entrada en juego de alguna fórmula operativa para que las personas afectadas puedan recabar la inmediata provisión de la prestación de que se trate²⁹.

En cualquier caso, si la inclusión en lista de espera durante periodos dilatados de tiempo generara cualquier daño antijurídico, el solicitante, caso que concurrieran el resto de requisitos exigidos por el artículo 106.2 CE y artículos 139 y ss. LRJPAC, podría solicitar la compensación del mismo, de acuerdo con la conocida institución de la responsabilidad patrimonial³⁰. Ciertos daños puede

²⁸ Véase ahora el artículo 4 del Real Decreto 1030/2006, de 30 de septiembre, que desarrolla el artículo 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, el cual señala lo siguiente:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquel. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de Derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero.»

Existe diversa jurisprudencia social en aplicación de la que era la anterior versión de este precepto, contenida en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, distinguiendo entre supuestos en que era preceptivo el reintegro de gastos (STS de 4 de abril de 2000, Aranzadi 2615, en un caso de asistencia sanitaria a españoles residentes ocasionalmente en el extranjero por causa de enfermedad imprevista, o STS de 21 de febrero de 1995, Aranzadi 1168, por demora consecuencia de la inclusión de un paciente en lista de espera, el cual busca la prestación en el sector privado) y en los que no (STS de 16 de noviembre de 1989, Aranzadi 8069, en un caso de una operación de corazón realizada en EE.UU. debido a las mayores probabilidades de éxito, pero que también era realizable en España, o STS de 7 de octubre de 1996, Aranzadi 7496, en el que se reafirma el criterio jurisprudencial general de que la inclusión en lista de espera y la búsqueda de la prestación en el sector privado no genera el derecho al reintegro público de los gastos).

²⁹ Es destacable al respecto el Decreto vasco 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi, en el que se establecen plazos de garantía para la realización de tales operaciones (cifrados en días naturales) y la posibilidad, previa solicitud específica administrativa, de acudir a otro centro sanitario vasco, designado por la Administración, para la realización de la operación, con reembolso económico por parte del Departamento de Sanidad «con referencia a los importes establecidos en la normativa vigente de tarifas aplicables a los conciertos de asistencia sanitaria prestada con medios ajenos al Sistema Sanitario de Euskadi» [artículo 6.6, letra e)].

³⁰ En el ámbito sanitario, la sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000, por ejemplo, condena a la Administración a indemnizar por daños como consecuencia de inclusión en lista de espera (se trataba de una reclamación de familiares de un paciente muerto mientras esperaba una operación de corazón). Esta sentencia contiene interesantes reflexiones y distinciones sobre daños derivados de la inclusión en lista de espera que se tiene el deber de soportar y daños antijurídicos. Véase lo que se señala a continuación en el texto en relación con el ámbito del alojamiento.

considerarse que han de ser soportados por quien espera la prestación (molestias o desazón por la espera), pero otros podrían llegar a ser incluidos en el concepto de antijurídicos (cuando vengan dados por una lista mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando la espera provoque daños en la integridad física o mental).

Pero, insistimos, todo ello no hace variar un ápice la existencia de derechos en el capítulo III del título I. Lo que cuestiona es tanto el cumplimiento en la realidad del art. 53.3 CE en relación a las inversiones presupuestarias efectuadas (notablemente inferiores a la media de la UE, como señala VAQUER, 2012³¹), así como, específicamente, la insuficiente capacidad normativa desplegada hasta el momento para, en cumplimiento de los mismos, generar obligaciones de resultado lo suficientemente contundentes en relación con el factor tiempo de las prestaciones.

4.2. La importancia de los derechos sociales y las consecuencias de la revocabilidad en las prestaciones asociadas

Partiendo de la existencia de auténticos derechos subjetivos sociales en la Constitución (por ejemplo, educación, sanidad o vivienda), la revocabilidad indebida de las prestaciones a ellos asociados es un tema de notable importancia *colectiva*, no solo por la afectación subjetiva del titular del derecho social, sino por la conexión de estos derechos con valores y principios constitucionales y con otros derechos fundamentales del titular simultáneamente afectados por la disminución de prestaciones. Conviene detenernos brevemente en estos aspectos.

a. *Fundamento de los derechos: empatía, solidaridad, dignidad*

Adela CORTINA señala como «los derechos se presentan primariamente como exigencias que deben ser satisfechas para que una persona pueda llevar adelante un tipo de vida verdaderamente humana. De ahí que su carácter de *«exigencias morales»* sea previo a su reconocimiento como derechos de las personas que una comunidad debe proteger», incluyendo a los que permiten a las personas gozar de «unas condiciones *materiales*, que permitan a los afectados discutir y decidir en pie de igualdad», participando en el discurso racional propio de una sociedad democrática (Adela CORTINA, 1999: 54 y 59).

³¹ «Según el Banco de España, en 2007 (último año previo al estallido de la crisis y con información completa disponible), nuestro producto interior bruto ya alcanzaba el 96,2% del nivel medio de la Unión Económica y Monetaria (UEM) y, sin embargo, nuestro gasto público en educación todavía representaba un 84,1%, el gasto sanitario un 82,5%, el dedicado a seguridad social un 74,9% y el de vivienda solo un 45% de la media en la UEM.»

La *exigencia moral* que incorporan los derechos cristalizó en el siglo XVIII de la mano de la Ilustración, que conoció de un auge de la empatía, esto es, la capacidad de «ponerse en la piel» de los otros, de comprender la subjetividad de otras personas e imaginar que sus experiencias internas son como las propias, potenciada, como ha señalado el brillante libro de HUNT, por diversas expresiones culturales, entre ellas, señaladamente, la popularidad de las novelas epistolares como PAMELA (1740), *Clarissa* (1747-1748), ambas de RICHARDSON, o *Julia* (1761), de ROUSSEAU, mediante las que amplias capas de lectores aprendieron a considerar a todas las personas como fundamentalmente parecidas, iguales en dignidad, potenciando una nueva psicología social (HUNT, 2009: 38 y ss.). Psicología que dio paso a una ética consolidada a lo largo del siglo de las luces, plasmada luego en las Constituciones norteamericana y francesa y en los textos posteriores que le son deudores. Esta ética basada en la empatía estaba conectada al reconocimiento de derechos. Más de dos siglos más tarde, recientes investigaciones en materia de neurociencia, como las de IACOBONI (IACOBONI, 2011), retoman estas conexiones entre empatía y comportamiento humano y empiezan a descubrir y avanzar en el conocimiento de determinadas áreas del cerebro humano donde existen las denominadas *neuronas espejo*. Estas neuronas serían primariamente responsables de esa capacidad de empatizar con otros seres, capacidad inexistente en autistas o psicópatas, por ejemplo (sobre las neuronas espejo y su relación con la empatía, por todos, Adela CORTINA, 2011: 147).

b. *Solidaridad y cohesión: la sostenibilidad social*

La empatía humana se ha articulado jurídicamente a lo largo de la historia en torno a las ideas de solidaridad y, más modernamente, cohesión social y desarrollo sostenible social. Como es sabido, para DUGUIT constituye servicio público toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque es indispensable para la realización y desarrollo de la *interdependencia social* y porque es de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. Para DUGUIT, tal interdependencia social era el fundamento de la «disciplina social» que obliga a los gobernantes a no hacer nada que atente a la *solidaridad social*, por activa o por pasiva, pues estos «tienen, a su vez, deberes objetivos positivos, que reposan sobre el mismo principio»³².

La actividad pública, en su servicio a los intereses generales, ha de suponer el ejercicio de todas aquellas funciones vitales para la sociedad, sin las cuales se producirían graves fracturas sociales, comprometiéndose, en terminología contemporánea, la cohesión social, que debe ser preservada por la Administra-

³² Véase DUGUIT, L., *Les transformations du Droit Public*, A. Colin, Paris, 1913, y *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, s.f., 1921, pág. 71.

ción³³. En Europa, desde una perspectiva general, este objetivo de cohesión social está íntimamente vinculado a la idea de *modelo social europeo*, y contemplado en la actualidad en diversos textos jurídicos, como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 4.1c, 14, 174 y ss., donde esta es una finalidad que los Estados miembros también deben perseguir, o 326) o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 36, precepto incluido en el capítulo de la Carta denominado «solidaridad»)

Si la empatía conduce al sentimiento de igualdad y a la solidaridad o cohesión social y esta está vinculada a los derechos ligados a la prestación de servicios importantes para la comunidad, todos estos conceptos se unen en la consideración del desarrollo sostenible en sus tres vertientes: económica, ambiental y *social*. Como ha sido notado, «la sostenibilidad es también integración social» y «la sostenibilidad social obliga a asegurar la inclusión de todos los grupos de población en la sociedad», a través, por ejemplo, de garantizar el acceso a la vivienda – y el acceso al suelo – y el derecho al trabajo, factor básico para conseguir una mejora de la calidad de vida de la población»³⁴.

La idea esencial es que la sostenibilidad, el desarrollo sostenible, no solo debe referirse a postulados ambientales sino también a elementos sociales³⁵. En este sentido, BURTON ha puesto de relieve como el desarrollo sostenible demanda equidad (*equity*) o justicia social (*social justice*). Equidad que, a su vez, se halla conectada con la igualdad y, en definitiva, con una distribución justa de los costes y beneficios. Distribución que depende, en parte, de la intervención pública, y que puede exigir «una discriminación positiva a favor de los grupos desaventajados», en razón de sus ingresos económicos y del nivel de calidad de vida de que disfrutan³⁶.

c. *Cohesión, sostenibilidad social y servicios públicos y de interés general*

El objetivo de la cohesión y sostenibilidad social está también en nuestra *Constitución*³⁷. En ella es posible, entendemos nosotros, hallar un implícito principio jurídico, que establece como finalidad de la actividad pública el logro

³³ BELLOUBET-FRIER, N., «Privatisations et droit public. Synthèse», en *European Review of Public Law*, 1994, número especial sobre privatizaciones, pág. 201.

³⁴ BORJA, J. y CASTELLS, M., *Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información*, Taurus, Madrid, 1999, pp. 201 y ss. Sobre el concepto de sostenibilidad puede consultarse GARCÉS FERRER, J., *La nueva sostenibilidad social*, Ariel, Barcelona, 2000.

³⁵ Véase LÓPEZ-CERÓN HOYOS, C., «Ciudades sostenibles: la planificación del suelo como medio para lograr la sostenibilidad urbana», *Revista de Derecho Ambiental*, núm. 16, 1996, pp. 51 y ss., especialmente pág. 63.

³⁶ BURTON, E., «The compact city: Just or Just Compact? A preliminary Analysis», *Urban Studies*, Vol. 37, núm. 11, del año 2000, pp. 1969 a 2001.

³⁷ El *Tribunal Constitucional*, en su sentencia 334/1994, de 23 de diciembre, FJ 10, ha señalado que el contenido de una regulación normativa puede ser «constitucionalmente legítimo en

de la cohesión social y territorial y la lucha contra la exclusión. Así, el art. 1, con la referencia al valor igualdad, el art. 2 referido a la solidaridad entre nacionalidades y regiones (e, implícitamente, entre las distintas partes de esas piezas territoriales), el art. 9.2³⁸, el art. 14, estableciendo el principio y el derecho a la igualdad, y, entre los derechos del capítulo III del título primero, el art. 40, imponiendo la promoción pública de «condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y *personal más equitativa*», el art. 45, fijando como finalidad la protección y mejora de la *calidad de vida*, o, fuera ya de ese ámbito, el mismo art. 131, refiriéndose al equilibrio y armonía del desarrollo y a la más justa distribución de la renta y de la riqueza, o el art. 138.1, aludiendo a la *solidaridad* entre las diversas partes del territorio español, en conexión con el ya citado art. 2, por ejemplo, diseñan un entramado de deberes jurídicos públicos, dirigidos a la finalidad de lograr la vertebración, cohesión, solidaridad o sostenibilidad social, idea a la que se ha referido la profesora MALARET³⁹.

Asimismo, de diversos derechos sociales contenidos en la Constitución española, se «deduce la necesidad de un conjunto de *servicios sociales básicos de solidaridad y protección social*, que no pueden quedar a expensas de la decisión del legislador» (SÁNCHEZ MORÓN, 2012: 784). Como señalábamos antes, la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 36 señala la Unión «reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general» con «el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión»⁴⁰.

Lo afirmado nos lleva a establecer la existencia de servicios públicos constitucionalmente garantizado que no pueden dejar de serlo mediante medidas

cuanto responde a un propósito de integración y cohesión social» en un ámbito territorial determinado.

³⁸ MARTÍN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», *RAP*, 100-102 (1983), pág. 2541, señala, en relación a este art. 9.2 CE «si no son estas palabras las que dan hoy la imagen y el símbolo de la idea de construcción de DUGUIT, por encima de cualquier pretensión dogmática de edificar sobre ella una técnica jurídica concreta».

³⁹ MALARET, E., «Servicios Públicos, Funciones Públicas, Garantías de los Derechos de los Ciudadanos: Perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP*, núm. 145, 1998, pp. 49 y ss.

⁴⁰ En el mismo sentido, el *Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos (o servicios de interés económico general)*, en su versión de 14 de febrero de 1994, ya señalaba en su exposición de motivos que «el mercado no responde espontáneamente a algunas exigencias de interés general y de desarrollo sostenible, como la protección del medio ambiente y la *ordenación del territorio*, incluso a nivel europeo. Los transportes y las comunicaciones condicionan de forma duradera la localización de actividades, el empleo y el hábitat. Una deficiente anticipación de estos efectos puede significar unos costes elevados de funcionamiento y de inversión, graves disfuncionalidades económicas y un deterioro del medio ambiente y de la calidad de vida», indicándose en el capítulo II que «diversas consideraciones de interés general pueden determinar que los poderes públicos decidan que una determinada actividad sea sometida a dirección pública». Entre estas consideraciones se señalan la «solidaridad social; cohesión y lucha contra la exclusión».

regresivas dirigidas a la cesación de su existencial. Nuestra Constitución define a España como un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1), establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas (art. 9.2) y contiene una serie de derechos sociales y de principios rectores. En consecuencia, la actuación de estos poderes públicos en nuestro Estado social está vinculado a los fines citados. La constitución es algo más que un aséptico marco jurídico, como puede deducirse de una interpretación sistemática de la misma⁴¹. Ahora bien, esos objetivos constitucionales pueden ser logrados a través de diversos medios, cuya elección se conecta con el valor constitucional del pluralismo político (art. 1.1). Las técnicas de intervención del Estado en pos de la consecución de esas metas fijadas en la Constitución pueden ser de distinta índole. Cabe la opción entre medidas de tipo indirecto –por ejemplo, política fiscal⁴²– o de tipo directo, es decir, que supongan la intervención activa del Estado en la vida económica⁴³. Entre estas últimas técnicas se encuentran la iniciativa pública en la realización de actividades de mercado (art. 128.2 CE) y la existencia de servicios públicos.

Dejando de lado ahora la primera, su privatización puede comportar distintas consecuencias. En lo que ahora nos interesa, la privatización de un servicio público puede significar que la Administración deja de asumir la responsabilidad de garantizar su prestación. En otras palabras, una actividad que era servicio público, propia de la Administración Pública, deja de tener tal consideración⁴⁴. Frente a esta cuestión surgen dos interrogantes. El primero es cómo debería articularse jurídicamente ese abandono de responsabilidad. Una operación de esta clase obligaría a desandar el camino recorrido y, en consecuencia, si la responsabilidad en la prestación del servicio fue asumida por ley, otra ley posterior deberá declarar el fin de tal responsabilidad.

⁴¹ En este sentido, *vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales», en MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, Sebastián (Dr.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. V, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 3803 y ss.

⁴² Sobre las implicaciones políticas, económicas y sociales de los impuestos en los modernos estados industriales, con especial referencia a la situación norteamericana, *vid.* GALBRAITH, John Kenneth, *La cultura de la satisfacción*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992.

⁴³ *Vid.* DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Ed. Labor, 1980, pp. 313 y ss.

⁴⁴ Incide en la importancia de la asunción de la responsabilidad pública en su prestación como rasgo distintivo de la existencia de servicio público, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *La actividad... op. cit.*, pp. 134 y ss. Entiende MALARET, E., «Servicios Públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *RAP*, núm. 145, 1998, pág. 57, nota 23 bis, que la noción de responsabilidad es «de escasa relevancia prescriptiva y descriptiva puesto que no añade nada a la misma noción de servicio público». Para esta autora, el dato clave está en que el servicio público, que no debe asimilarse a monopolio (antiguo art. 64 de la Ley de Contratos de 1965), es una actividad que la Administración respectiva asume como propia (art. 155.2 Ley de Contratos vigente), la preste ella misma o encomiende a terceros su efectiva prestación.

Otra cuestión a plantear es si el legislador tendría límites en su decisión de privatizar la actividad de servicio público mediante la declaración del fin de la responsabilidad pública en su prestación. Tales límites, si existen, deberían derivarse de la Constitución. Esta, como decíamos anteriormente, indica fines del Estado social, no medios para su consecución. *Sin embargo, excepcionalmente, el texto fundamental fija en algunos casos no solo los fines sino también los medios que el legislador debe utilizar para su logro.* Así, por ejemplo, el art. 27.5 CE indica que «los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes». Este artículo establece el servicio público de la educación⁴⁵, por lo que el legislador no podría dar «marcha atrás» y privatizar la actividad educativa, abandonando la responsabilidad pública sobre esta actividad propia de la Administración Pública⁴⁶. Otro ejemplo en el mismo sentido lo constituye el art. 41 CE, el cual establece la necesidad de «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos», lo que implica la existencia de un servicio público⁴⁷, o los arts. 43 y 50 CE⁴⁸.

Por todo ello, y en conclusión, medidas regresivas que supongan la revocación de prestaciones sociales vinculadas a servicios públicos que hacen efectivos derechos sociales pueden toparse con *líneas rojas constitucionales*, en el sentido de que el legislador no puede suprimir servicios públicos constitucionalmente garantizados. Respetando este primer límite, hay medidas regresivas que pueden llegar a comprometer la solidaridad, cohesión o sostenibilidad social, desde una perspectiva general, pudiendo, en casos extremos, llegar a comprometer el modelo social europeo que se deriva del Derecho originario de la UE y el modelo social constitucional vigente. Volveremos sobre este punto a propósito del art. 135 CE.

⁴⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 549.

⁴⁶ Cuestión distinta a esta es cómo se organiza el servicio y el papel que en la prestación desempeña la enseñanza privada, aspecto tratado por el profesor Antonio EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

⁴⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 778. Este servicio público no podría ser eliminado por el legislador. Otra cosa diferente es el estándar del servicio, el cual puede ser variado por el legislador en ejercicio del pluralismo político y teniendo en cuenta las necesidades sociales y la situación económica existente, como ya se dijo. Pero tal decisión deberá ser motivada, razonada y proporcionada, aspectos que en última instancia controlará el TC, como luego analizaremos. En este sentido, *vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «La reserva...», *op. cit.*, pág. 3807, nota 14, PAREJO ALFONSO, Luciano *et al.*, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1992, 2ª ed., pág. 73. Sobre la importancia creciente de los estándares en la prestación de los servicios públicos, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, «Servicio Público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *REDA*, 84, octubre-diciembre 1994, pp. 589 y ss., especialmente pp. 600 y ss.

⁴⁸ CHINCHILLA MARÍN, C., «Servicio Público: crisis o renovación», en MALARET, E., (Dir.), *Régimen Jurídico de los servicios públicos*, Madrid, CGPJ, 1997, pp. 85 y ss.

d. ***La imposibilidad de separar tajantemente las conexiones existentes entre los derechos y la interconexión entre el derecho a la no discriminación y los derechos sociales***

Como señala VAQUER (VAQUER, 2012: 80) «los derechos sociales, en suma, no se proclaman en el capítulo III del título I de la Constitución solo como principios o mandatos, sino que tienen también una dimensión subjetiva», por ellos mismos, como ya argumentamos anteriormente, pero también «*per relationem* con otros derechos constitucionales (igualdad, integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etc.)».

Esta interconexión de derechos ha sido puesta de relieve por la doctrina más moderna y atenta (ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch., 2002: 200 y ss.) y de ella ha extraído consecuencias la jurisprudencia en otros países, como es el caso de la conocida sentencia del Tribunal Constitucional Sudafricano que tuvo ocasión de declarar la vulneración del derecho constitucional a la vivienda en el caso «The Government of the Republic of South Africa and others vs. Grootboom, Irene and others», de 4 de octubre de 2000, con muy interesantes razonamientos sobre la interconexión del derecho a la vivienda con otros derechos constitucionales y sobre la falta de suficiente diligencia de los poderes públicos en la protección del mismo⁴⁹. En este mismo ámbito, el derecho a la vivienda ha sido puesto de relieve como en España el art. 47 se halla interconectado con otros derechos constitucionales (STS de 25 de junio de 2006), de modo que una vulneración del primero lleva asociada una violación de los segundos, como es el caso de los derechos a la intimidad personal y familiar (véase la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2 y la STC 10/2002, de 17 de enero, FJ 5, vinculando domicilio y privacidad), la libertad de residencia (véase la STC 8/1986, FJ 3, y la STC 28/1999, FJ 7).

Esta conexión de los derechos sociales con otros derechos constitucionales aparece también como clara en el caso del derecho a la igualdad. Como señalan AÑÓN y GARCÍA (AÑÓN y GARCÍA, 2004, 161) «es posible articular la protección de un derecho social a través del derecho a la no discriminación en el disfrute de los derechos». En el caso del derecho a la vivienda y del derecho a la ciudad, por ejemplo, las relaciones han sido ya objeto de estudio en España (PONCE y SIBINA, 2008, pp. 125 y ss.) y establecidas explícitamente por la legislación (Ley catalana del derecho a la vivienda, arts. 45 y ss.)

Siguiendo con el ejemplo de la vivienda, si bien el derecho a la vivienda no se encuentra incluido entre los derechos constitucionales susceptibles de recurso preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria ni de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), no es descartable que una vulneración

⁴⁹ Puede consultarse ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2001): «La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana», *Jueces para la Democracia*, 40, pp. 71-75, de donde se toma la traducción del artículo 26 de la Constitución de Sudáfrica.

del derecho a la vivienda, asociada a la vulneración de otros derechos interconectados que sí gozan de tal protección judicial reforzada pueda dar lugar a la protección, indirecta, del derecho a la vivienda por tales vías procesales.

Efectivamente, la vulneración de derechos sociales que suponga, simultáneamente, una vulneración de derechos tales como el de integridad física y moral (lo que puede suceder en caso de inexistencia de respuesta pública adecuada a las necesidades de personas sin hogar, por ejemplo) u otros ya citados, podría suponer el acceso a las vías previstas en el artículo 53.2 CE⁵⁰.

Esta técnica de protección judicial de derechos sociales mediante la detección de simultáneas violaciones de otros derechos fundamentales es considerada, desde una perspectiva general, como estrategias «fecundas y estimulantes» por FERRAJOLI, quien destaca cómo se dan «frecuentes sinergias entre principios, en virtud de los cuales los derechos no se contraponen, sino que se conectan, en el sentido de que la tutela de uno significa necesariamente la del otro»⁵¹.

Nada nuevo, por otro lado, en la esfera europea donde, como es sabido, el TEDH ha utilizado tal técnica de interconexión para entender vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH por la negligencia administrativa que causaba daños en el medio ambiente (recuérdese el conocido caso López Ostra). Siguiendo esta estela, como ya es sabido, el Tribunal Constitucional español ha aplicado similar razonamiento en el caso de ruidos.

La ciencia jurídica, pues, ya ha puesto a punto mecanismos eficaces para la defensa de los derechos sociales en general y del derecho a la vivienda en particular, que en el caso español suponen un reforzamiento de su protección mediante incluso el recurso de amparo. El retraso al que alude Andrés IBÁÑEZ⁵² en la elaboración de técnicas de garantías tan eficaces para los derechos sociales como han sido las diseñadas para los derechos de libertad y personal, puede ser recuperado con reflexiones como las precedentes. Y el hecho de que el TC español, a diferencia de otros tribunales constitucionales de otros países, haya «sido excesivamente tímido y escasamente original a la hora de utilizar los mecanismos indirectos de protección de los derechos sociales» mediante el recurso de amparo, en su caso, como señala DÍAZ CREGO, tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia recaída (DÍAZ CREGO, 2012, pp. 51), no es consecuencia de que tales técnicas jurídicas no estén ya a punto ni de que no existan precedentes en otras jurisdicciones comparadas.

⁵⁰ Téngase en cuenta, sobre la tutela judicial por la «traducción» de la violación de un derecho social a la violación de un derecho civil o político, de nuevo, las consideraciones al respecto de ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002), pp. 200 y ss. También PISARELLO, Gerardo (2007), pp. 107 y ss. Asimismo, téngase en cuenta la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 2000.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi (2002): «Prólogo» a la obra de ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian (2002), pp. 12 y 13.

⁵² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2002): «Prólogo» a la obra de FERRAJOLI, Luigi (2002): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, p. 30.

Nada parece obstar más que, quizás, ciertas inercias o mitos jurídicos, a que en el futuro se extiendan y consoliden en nuestro país las posibilidades de defensa descritas, tanto en la jurisdicción contenciosa como ante el TC español.

4.3. La vinculación con la cláusula de Estado social y los derechos sociales no puede ser la única perspectiva jurídica a considerar: (ir) reversibilidad, derechos y principios constitucionales (remisión)

Para terminar este apartado, queremos llamar la atención sobre la cuestión de que la reflexión jurídica sobre la (ir) reversibilidad no puede quedar anclada solo en la cláusula de Estado social y en los derechos sociales constitucionales del capítulo III del título I, como a veces parece ocurrir en el debate doctrinal. Sería esta una aproximación útil pero insuficiente, por cuanto, como ya hemos tenido ocasión de comprobar, en torno a la (ir) revocabilidad surgen cuestiones asociadas con la interconexión entre derechos constitucionales de los capítulos II y III de la CE y, como analizaremos en su momento, con las garantías establecidas por un Estado de Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, etc.), las cuales tienen un papel relevante en la toma de decisiones y posterior control de estas en relación con la (ir) revocabilidad de los derechos.

5. LA NUEVA SITUACIÓN: EL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y LOS CRITERIOS CONSTITUCIONALES DE EFICIENCIA Y ECONOMÍA Y LOS DERECHOS

5.1. La obligatoria ponderación de los criterios de eficiencia y economía con los principios y derechos constitucionales: el art. 31 CE

El art. 31 CE señala que:

«1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.»

Dejando ahora de lado otras reflexiones sobre este importante precepto (en general, véase RODRÍGUEZ BEREJO, 1998: 593 y ss.), a los efectos de este estudio conviene prestar atención al segundo apartado de este precepto. De acuerdo con el mismo, los criterios (que no principios ni derechos) de eficiencia y economía deben inspirar la programación y ejecución de los recursos públicos, que deben ser asignados de forma equitativa. Como hemos señalado en otro mo-

mento (PONCE, 2010), no es posible constitucionalmente adoptar medidas públicas basadas únicamente en los criterios de eficiencia y economía, puesto que si bien son deberes jurídicos de comportamiento público deben ser ponderados en la toma de decisiones junto a otros valores (así, dignidad, como se verá), principios (por ejemplo, proporcionalidad) y derechos (entre ellos los sociales) constitucionalmente reconocidos. Esto es, los poderes públicos gozan de margen de apreciación para realizar tal ponderación, pero la misma debe existir (teniendo en cuenta «necesidades del momento», siempre «*en atención*» a las «circunstancias económicas» y «las disponibilidades del momento» SSTC 65/1987 65/1990 y 128/2009; a ello luego volveremos) y debe existir «razón suficiente» para privar a una persona de «las conquistas sociales ya conseguidas» (STC 81/1982), considerados junto a estos criterios los valores, principios y derechos en juego.

5.2. El art. 40 CE

En una interpretación sistemática constitucional, este art. 31.2 ha de ser puesto en conexión, entre otros preceptos, con el art. 40 CE, el cual señala que los «los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de *estabilidad económica*. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». Ahora bien, este precepto ha sufrido un impacto derivado de la modificación del art. 135 CE, precepto que deviene ahora capital en la articulación del Estado social (BASSOLS, 2011: 12 y ss., VAQUER, 2012: 80 y ss.).

5.3. El art. 135 CE y la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria: la inexistencia de desarrollo de la «sostenibilidad social del Estado»

Con una celeridad ciertamente espectacular (¡31 días desde la entrada de la proposición modificativa hasta su publicación y entrada en vigor!, excepto los límites de déficit estructural), que suscita reflexiones que ahora debemos orillar sobre el funcionamiento democrático parlamentario en España, el 27 de septiembre de 2011 se aprobó la reforma del art. 135 CE —siguiendo la senda abierta por ejemplo por la Constitución alemana años atrás— el cual introduce ahora el principio de estabilidad presupuestaria, distinto del de estabilidad económica aludido en el art. 40 CE, que no suponía necesariamente aquella, y flanqueado por los criterios de limitación y control del déficit público estructural y de la deuda pública.

De acuerdo a este principio, VAQUER (VAQUER, 2012: 82) señala como el comportamiento público se ve sometido, en principio, a un mandato de optimización, en la terminología de ALEXY, consistente en «máxima consecución de

los principios y derechos del Estado social con mínima desviación de la estabilidad presupuestaria», el cual muta en regla cuando se alcanzan los límites de déficit o deuda, pues, en tales casos, no podrá existir «ninguna regla o medida social que aumente el gasto mientras no se arbitren otras que reduzcan otros gastos públicos o aumenten los ingresos en igual o mayor medida», salvo en el «caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados» (art. 135.4 CE).

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria desarrolla este precepto, siguiendo su mandato, y concreta los supuestos en que es posible incidir en déficit estructural⁵³, pero no realiza ninguna concreción de lo que deba entenderse por «sostenibilidad social del Estado», cláusula que nos interesa particularmente por su vinculación a los derechos sociales. En este punto, pues, ni la CE ni la ley orgánica orientan y limitan la discrecionalidad del legislador, que aparece como amplísima, aunque no omnímoda.

Efectivamente, acudiendo al concepto de sostenibilidad social manejado por la UE y por la legislación española en ciertos sectores, proponemos entender que se perjudica considerablemente a la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales que, desde una perspectiva singular impliquen *afectaciones del núcleo mínimo inviolable de derechos sociales* al que luego nos referiremos (y en este caso, so pena de exponerse a una declaración de inconstitucionalidad posterior, debería excepcionarse el límite de déficit y respetar dicho mínimo blindado) y *comprometan la sostenibilidad o cohesión social* de la sociedad española, en los términos que hemos expuesto sobre este concepto más arriba.

⁵³ Art. 11.3

«Excepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados. Esta desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo.

A los efectos anteriores, la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se dé una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional.

En estos casos deberá aprobarse un plan de reequilibrio que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento.»

CAPÍTULO II

LÍMITES Y ORIENTACIONES JURÍDICAS RELATIVAS A LA (IR) REVERSIBILIDAD

1. LA PERSPECTIVA «MATERIAL»: LA RESILIENCIA DE LOS DERECHOS

Tras el análisis previo efectuado en la primera parte de este estudio, estamos en condiciones de analizar si el Derecho vigente en España establece orientaciones y límites a la (ir) revocabilidad de prestaciones sociales asociadas a derechos constitucionales. Es decir, se trata de averiguar si los derechos constitucionales sociales tienen un ámbito, un núcleo resistente a las intervenciones normativas de los poderes públicos, los cuales dispondrían de una discrecionalidad política y político-administrativa limitada por la Constitución. En otras palabras, ¿cabe hablar de la *resiliencia* de los derechos sociales? Como es conocido, la palabra resiliencia ha sido empleada en relación con las personas cuando afrontan situaciones límite y a su capacidad de sobreponerse a las mismas, resistiendo su impacto. De igual manera, en el ámbito mecánico, se habla también de la resiliencia de materiales, aludiendo a su capacidad de absorber impactos, evitando su destrucción⁵⁴.

Entre nosotros, ha sido CARRO (CARRO, 2008: pp. 377 y ss.), como dijimos, quien más claramente ha afirmado esta característica de los derechos sociales constitucionales, al señalar que «ha de reconocerse (...) a los derechos socioeconómicos del cap. III del título I CE un necesario núcleo indisponible, resistente frente a la actividad legislativa, que (...) ha de acompañar a los enunciados constitucionales por el mero hecho de serlo. La inexistencia de un núcleo o contenido esencial en los derechos socioeconómicos haría que estos estuvieran a la total disponibilidad del legislador, privando a la norma constitucional de una mínima efectividad frente a la actividad (o no actividad) de este».

⁵⁴ Si acudimos a la vigésima edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, la palabra resiliencia es definida como «*Psicol.* Capacidad humana de asumir con flexibilidad situaciones límite y sobreponerse a ellas. **2. f. Mec.** Capacidad de un material elástico para absorber y almacenar energía de deformación».

Para saber si nuestro Derecho ofrece un blindaje a ciertos aspectos de los derechos sociales constitucionales, primero analizaremos el estado de la cuestión en los Derechos de nuestro entorno, para, a continuación, estudiar la cuestión en el caso español.

1.1. La (ir) reversibilidad limitada en la jurisprudencia internacional

a. *Alemania: el principio de manutención (Alimentationsprinzip), en relación con los funcionarios de carrera y el derecho constitucional a una renta mínima de subsistencia como límites de la reversibilidad*

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 2012, el tribunal constitucional federal alemán ha declarado que la remuneración recibida por los profesores universitarios pagada de acuerdo con la escala de salario W 2 en Hesse infringe el principio de manutención (*Alimentationsprinzip*), es decir, el principio que establece la obligación estatal de cuidar del bienestar de los funcionarios, del art. 33.5 de la Constitución Alemana (*Grundgesetz*)⁵⁵, y es, por tanto, inconstitucional.

Este artículo 33.5 señala que:

«El estatuto legal del servicio público debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera»⁵⁶.

El Tribunal Constitucional concluye que la normativa impugnada fijaba un salario básico que *no era suficiente para asegurar un nivel de vida a un profesor universitario apropiado a su rango, a las responsabilidades implicadas, y a la importancia del funcionamiento de carrera para la sociedad*. Cuando fijó este salario básico, el legislador no tomó suficientemente en cuenta el aseguramiento del atractivo del oficio de profesor para personas cualificadas, la reputación del puesto a los ojos de la sociedad, la formación requerida por un profesor, las responsabilidades de este y las exigencias que se le demandan. El salario básico discutido no hizo justicia a las altas exigencias impuestas a la carrera académica y a la calificación de los funcionarios que ocupan dichos puestos o a la gran variedad y a las altas exigencias de las tareas en investigación, docencia y administración implicadas con el

⁵⁵ Sobre este principio, puede consultarse el texto del ministro de Interior alemán Kai-Andreas «*Civil Service Salary System in Germany And Recent Reform Trends*», presentado a la conferencia sobre los sistemas retributivos de los empleados públicos en Europa celebrada en Bucarest en 2007, bajo los auspicios de la OCDE y de la UE, consultable en: <http://www.oecd.org/countries/romania/38655690.pdf>

⁵⁶ La traducción corresponde al texto en español editado por el Bundestag en 2009, en traducción efectuada y revisada por los profesores Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann y Prof. Dr. Ricardo García Macho, cuyo texto es consultable en <http://www.bogota.diplo.de/contentblob/2227598/Daten/375140/downlConstitucin.pdf>

trabajo de profesor. El legislador debe tomar en consideración estos criterios cuando reorganice estructuralmente la legislación de remuneraciones *así como cuando actualice continuamente el importe de la remuneración a lo largo de los años*.

La inadecuación del salario universitario es evidente para el Tribunal Constitucional alemán, si se compara con el salario básico de otros funcionarios y es confirmado por una comparación con los ingresos fuera del sector público. La inadecuación del salario básico no es compensada por el hecho de poder obtener pagos por rendimientos de acuerdo con la legislación. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ordena al legislador que apruebe nuevas regulaciones conformes con la Constitución con efectos desde 1 de enero de 2013 como más tarde⁵⁷.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional alemán identifica un núcleo mínimo del derecho a la retribución del funcionariado de carrera que no es vulnerable por el legislador: el de que el importe de la remuneración ha de *asegurar un nivel de vida a un profesor universitario apropiado a su rango, a las responsabilidades implicadas, y a la importancia del funcionariado de carrera para la sociedad*. Si no es así, la regulación legal es inconstitucional. En este caso, además de no ser suficiente la remuneración, el legislador no tomó en cuenta los criterios citados, lo que debe hacer siempre que reorganice estructuralmente la legislación de remuneraciones *así como cuando actualice continuamente el importe de la remuneración a lo largo de los años*. Ahora bien, el límite es absoluto, en el sentido de que, aun comprobando que en otros casos se ponderen correctamente dichos criterios, si el resultado sigue siendo insuficiente, habrá vulneración del derecho al bienestar proporcionado por la Administración igualmente.

En esta misma línea, la otra sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 9 de febrero de 2012, ha conocido de la legislación federal que establecía el importe de una especie de renta mínima de subsistencia para las personas que se encuentran en situación de desempleo o quienes no estándolo no ganan lo suficiente de acuerdo a baremos legalmente establecidos. Al controlar la fijación legislativa de esta renta, el Tribunal Constitucional alemán, en una sentencia muy discutida y comentada en Alemania (BITTNER, 2011, EGIDY, 2011), ha establecido que existe un derecho fundamental, que no había sido declarado hasta la fecha en su jurisprudencia anterior, conectado con la dignidad humana (art. 1 de la Constitución alemana) y el principio de estado social (art. 20.1 de la Constitución) a percibir dicha renta en importes adecuados a tal subsistencia digna.

⁵⁷ La sentencia puede consultarse en alemán en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/1s20120214_2bvl000410.html y existe una nota de prensa en inglés en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg12-008en.html>. El análisis siguiente deriva del estudio de esta última.

b. Italia: los límites de la eficiencia y los niveles mínimos de prestación en la Constitución

Por su parte, el Tribunal Constitucional italiano afirma, en referencia al derecho al tratamiento sanitario de la Constitución italiana, que los criterios de eficiencia y economía que pueda tomar en consideración el legislador están limitados por el núcleo esencial del derecho a la salud vinculado a la dignidad de la persona humana:

«Come si è precedentemente ricordato, questa Corte ha ripetutamente affermato che nel bilanciamento dei valori costituzionali che il legislatore deve compiere al fine di dare attuazione al «diritto ai trattamenti sanitari» (art. 32 della Costituzione) entra anche la considerazione delle esigenze relative all'equilibrio della finanza pubblica. Non v'è dubbio che, se queste ultime esigenze, nel bilanciamento dei valori costituzionali operato dal legislatore, avessero un peso assolutamente preponderante, tale da comprimere il nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa».

Esta y otras sentencias del Tribunal Constitucional italiano enlazan con la delimitación doctrinal de la expresión *livelli essenziali delle prestazioni* que el artículo 117.2, letra m de la Constitución italiana menciona⁵⁸.

c. Argentina: las garantías mínimas indispensables de las personas

Una reciente decisión judicial argentina se ha ocupado también del contenido mínimo inatacable de los derechos sociales de las personas. Se trata de la Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 2012. El asunto judicial se inició cuando S.Y.Q.C por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J.H.Q.C. (quien sufría una discapacidad producida por encefalopatía crónica no evolutiva) dirigió acciones judiciales contra la ciudad autónoma de Buenos Aires solicitando la cesación de la ilegalidad de denegarle la inclusión en los programas vigentes en materia de vivienda y de no proporcionarle alternativa para dejar de ser una persona sin hogar (salir de la «situación de calle») junto a su hijo. Tal ilegalidad violaba, según ella, sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda, reconocidos no solo en la constitución local sino también en la Constitución nacional y diversos tratados internacionales.

La Sentencia de la Corte Suprema de 2012 se refiere al recurso de hecho presentado por S.Y.Q.C. La Corte Suprema de Justicia de la nación argentina

⁵⁸ Este art. 117 hace referencia a la competencia del Estado (frente a las regiones) para regular los «niveles esenciales para las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales». Véase, por ejemplo, PANZERA, C., «Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale», documento presentado a la reunión anual del *Gruppo di Pisa*, Lecce, 19 y 20 de junio de 2009.

encuadra el problema bajo el marco normativo existente tanto federal como local, a partir del considerando 8. Así, considera diversos preceptos de la Constitución nacional (entre ellos, pero no únicamente el art. 14 bis tercer párrafo que prevé que la ley establecerá «el acceso a una vivienda digna»), de tratados internacionales (DUDH, PIDESC, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad) así como de la Constitución local de la ciudad autónoma de Buenos Aires –que obliga a resolver progresivamente el déficit habitacional (...) dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales, art. 31–.

Pasa luego a analizar qué medidas normativas ha adoptado la ciudad autónoma de Buenos Aires para hacer efectivo el derecho a una vivienda digna.

En el considerando 10 afirma que los derechos y deberes analizados no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad; que constituyen obligaciones de hacer a cargo del Estado que requieren de una ley del Congreso o de una decisión del Poder ejecutivo para su implementación, no teniendo una operatividad directa en el sentido de que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial; en tercer lugar, estos derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad limitada «están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder judicial». Con cita de RAWLS y su *Teoría de la Justicia*, la Corte concluye que:

«hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad del Poder ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces»⁵⁹.

⁵⁹ En este punto, la Corte enlaza con las posturas doctrinales que insisten en la efectividad jurídica de todos los derechos constitucionales, pues ninguna de ellas es una mera declaración programática, en la característica de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda constitucional como obligaciones jurídicas de medios, no de resultado (que será la solución del problema de alojamiento como consecuencia del comportamiento legislativo y ejecutivo diligente como respuesta al derecho existente) y en la existencia de un núcleo del derecho resistente a la

Aplicada esta doctrina al supuesto concreto, se constata que en los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para personas sin hogar, que son alojadas en instalaciones colectivas (paradores, hogares o refugios) que carecen de habitaciones o baños privados y alojan a más de una familia o en su defecto reciben subsidios insuficientes y temporales.

Ninguna de las dos soluciones se adapta a la situación de los demandantes y por tanto el esfuerzo público para garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales «no es suficiente o adecuado» ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación de la familia requiere. Pese a haberse ofrecido asistencia económica incluyendo una suma de 1700 dólares para el pago de una habitación de hotel, esta acción no resuelve la problemática del caso, pues no permiten a la demandante acceder a un trabajo ni a su hijo tener una vivienda apta para su discapacidad.

Por ello, la Corte impone al Gobierno de la ciudad autónoma de Buenos Aires el desarrollo de prestaciones de asistencia social y salud integral para cuidar al niño y orientar a la demandante en la búsqueda de un empleo fuera del marco de la asistencia social, así como la garantía, aunque sea en forma no definitiva, de un alojamiento con condiciones adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada⁶⁰.

d. *Canadá: el núcleo del derecho a la salud y la igualdad efectiva y la proporcionalidad como límites a la reversibilidad*

En los años 90, una institución sin ánimo de lucro que prestaba servicios de interpretación en lenguaje de signos para sordos en la región continental del sur

discrecionalidad política, cuya afectación conduce a la inconstitucionalidad de las medidas que lo dañen, al amenazar gravemente la vida de la persona o que una persona sea considerada como tal, esto es, en otras palabras, en nuestra opinión, su dignidad. Por todos, PONCE SOLÉ, J., y SIBINA TOMÁS, D., *El derecho a la vivienda en el siglo XXI*, Marcial Pons, 2008. Es consultable la introducción en: <http://www.urcosos.net/articulos/el%20dcho%20a%20la%20vivienda%20en%20el%20sXXI%20index%20i%20proleg.pdf>

⁶⁰ La doctrina y conclusión de la sentencia argentina nos recuerda el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Marzari contra Italia de 1999, en referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, en el que se señaló que:

«aunque el artículo 8 no garantiza el derecho a tener el problema de la vivienda de cada uno solucionado por las autoridades, un rechazo de las autoridades a proveer asistencia a este respecto a un individuo sufriendo una enfermedad severa podría en ciertas circunstancias hacer surgir un supuesto bajo el artículo 8 de la Convención debido al impacto de tal rechazo en la intimidad de la persona..., esta previsión no obliga meramente al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de esta tarea negativa puede haber obligaciones positivas inherentes para el efectivo respeto de la intimidad. Un Estado tiene obligaciones de este tipo cuando hay una vinculación directa e inmediata entre las medidas buscadas por el demandante y su intimidad».

de la provincia canadiense de *British Columbia* tuvo dificultades económicas y solicitó ayuda para continuar con su labor a la Administración. Esta ayuda le fue denegada, por lo que el programa de asistencia a personas sordas finalizó.

Los demandantes eran sordos de nacimiento y accionaron contra la decisión pública. En su demanda ante el Tribunal Supremo canadiense adujeron que la ausencia de intérpretes los exponía a un mayor riesgo de ser víctimas de diagnósticos equivocados y tratamientos ineficaces, y argumentaron que la omisión del Gobierno de financiar tales servicios, lo que había conducido a su fin, violaba su derecho a la igualdad conforme al artículo 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. El Tribunal Supremo les dio la razón unánimemente, en su importante sentencia *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)* [1997] 3 S.c.R. 624.

El Tribunal sostuvo *que la posibilidad de comunicarse mediante el lenguaje de signos por parte de los sordos que recibían atención médica era esencial, y no meramente complementario, en garantía del derecho a la salud* y que el derecho a la igualdad obligaba a la Administración a asignar recursos para asegurar que los grupos menos favorecidos ejercieran plenamente sus derechos. La Administración, pese a su alegación, no demostró, como debería haber hecho, tener fundamentos razonables para denegar los servicios de interpretación en los servicios de atención médica debido a su costo (que se calculaba en 150.000 dólares al año, el 0,00025% de su presupuesto sanitario)⁶¹.

1.2. Límites constitucionales en España. Ámbitos materiales irreversibles: la garantía de un mínimo vital

Partiendo de la existencia de unos límites constitucionales generales a la regresividad en materia de derechos sociales y al cambio de modelo social sin modificación constitucional previa, aludidos *supra*, conviene ahora entrar en mayores detalles sobre los vínculos constitucionales para las decisiones que afectan al núcleo mínimo de los derechos.

⁶¹ Como declara el TS canadiense, mediante las palabras del ponente de la sentencia:

«In summary, I am of the view that the failure to fund sign language interpretation is not a «minimal impairment» of the s. 15(1) rights of deaf persons to equal benefit of the law without discrimination on the basis of their physical disability.

The evidence clearly demonstrates that, as a class, deaf persons receive medical services that are inferior to those received by the hearing population. Given the central place of good health in the quality of life of all persons in our society, the provision of substandard medical services to the deaf necessarily diminishes the overall quality of their lives. The government has simply not demonstrated that this unpropitious state of affairs must be tolerated in order to achieve the objective of limiting health care expenditures. Stated differently, the government has not made a «reasonable accommodation» of the appellants' disability. In the language of this Courts' human rights jurisprudence, it has not accommodated the appellants' needs to the point of «undue hardship»; see *Simpsons-Sears, supra*, and *Central Alberta Dairy Pool, supra*.»

a. *La dignidad como ADN del mínimo*

El núcleo de los derechos sociales resistentes al legislador estaría, en nuestra opinión, conectado con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tal y como diversos autores españoles (CARRO) y alemanes (GUTIÉRREZ: 44 y 45) han destacado.

En el ámbito alemán, autores como DÜRIG o NIPPERDEY han destacado como la dignidad de la persona queda comprometida cuando esta se ve obligada a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto, pues no cabe aislar el contenido ético-valorativo de la dignidad humana de la sustancia económica que resulta necesaria para toda realización de valores, no pudiendo subsistir la dignidad humana con plena independencia de los bienes materiales pues impone la existencia digna de las personas. De ahí que estos autores hayan derivado de la dignidad del art. 1.1 de la Constitución alemana en conexión con el derecho a la vida y el principio de estado social la obligación jurídica del Estado de garantizar un mínimo existencial, obligación de la que deriva el correlativo derecho a un mínimo de bienes materiales para una vida digna. Postura esta que, como hemos visto, el Tribunal Constitucional alemán ha acabado por declarar explícitamente en su sentencia de 9 de febrero de 2012.

Creemos que idénticos razonamientos son posibles en el caso español, donde el art. 10 CE señala como los derechos inviolables son inherentes a la dignidad, incluyendo, por supuesto, los derechos sociales que permiten a una persona convivir en sociedad como tal. Si tomamos, por ejemplo, el supuesto del derecho a la vivienda, poca duda puede haber de que el disfrute de un alojamiento digno y adecuado es una condición necesaria, aunque no suficiente, claro, para que pueda hablarse de la dignidad de una persona⁶². En el caso español, el artículo 47 CE se refiere al derecho a una vivienda digna y adecuada. En este precepto la dignidad se refiere al alojamiento, aunque es difícil negar que esa dignidad está íntimamente conectada con la dignidad de la persona, de tal modo que la ausencia de alojamiento (caso de las personas sin hogar, que incluye el alojamiento en «espacios no considerables vivienda» en los términos, por ejemplo, de la Ley catalana del derecho a la vivienda, art. 2.i) o la ocupación de una vivienda indigna, como sería el caso de la infravivienda (art. 2.f) de la misma Ley) suponen situaciones donde no cabe hablar de que las personas en tales situaciones tengan su dignidad respetada⁶³.

⁶² En otras constituciones europeas se liga directamente vivienda y dignidad. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución belga de 1994, cuyo artículo 23 liga el derecho de todos a gozar de una vida digna con la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, con cita expresa del derecho a un alojamiento decente. De igual modo en Francia, pese al silencio constitucional sobre vivienda, el *Conseil Constitutionnel* en su ya mencionada decisión de 19 de enero de 1995 ha establecido una conexión directa entre la vivienda como un «objetivo de valor constitucional» y la dignidad de la persona.

⁶³ Nótese, además, que la íntima relación de la vivienda con otras funciones urbanas debe matizar toda distinción tajante entre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y llevar al

El Tribunal Constitucional ha hecho frecuente uso del concepto de dignidad de la persona en numerosas sentencias, aunque no nos consta que haya, hasta el momento, conectado vivienda y dignidad, debido, probablemente, al escaso número de acciones emprendidas hasta el momento en este ámbito⁶⁴. El Tribunal Supremo también se ha referido en alguna ocasión a la conexión entre vivienda y dignidad, como por ejemplo en la STS de 27 de junio de 2006 (RJ 2006\5973), en la que, aceptando fundamentos de derecho de la sentencia apelada, se dice que la regulación actual de los patrimonios públicos de suelo responde al artículo 47 CE «y se encamina a dar respuesta al grave problema actual de la vivienda, que constituye el espacio necesario para poder desarrollar derechos fundamentales como el de la intimidad personal y familiar y el de dignidad de la persona».

b. *La eficiencia y economía no pueden penetrar en ese núcleo*

Ese núcleo mínimo de los derechos sociales vinculado a la dignidad de las personas es «inviolable» (art. 10.1 CE). Por tanto, es absoluto, en el sentido de que no puede ser afectado ponderando otros principios, valores o criterios constitucionales, como es el caso, evidente en el supuesto de revocación de prestaciones sociales, de los criterios de eficiencia y economía previstos en el art. 31 CE y vinculados ahora al principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE, como ya nos consta (PONCE, 2011, VAQUER, 2011).

Por tanto, más que el sacrificio (inconstitucional) del núcleo mínimo de los derechos sociales en aras de la eficiencia y economía que garanticen la estabilidad presupuestaria, lo que exige la Constitución es tener en cuenta los criterios de eficiencia y economía y lograr la estabilidad presupuestaria *para* garantizar tal nivel mínimo. Es decir, no se pueden sacrificar los núcleos de los derechos sociales para ahorrar, sino que se debe ahorrar para garantizar tales

entendimiento de la vivienda no solo como el mero soporte físico habitacional sino también como *el medio ambiente urbano* en el que este se inserta, como puso tempranamente de relieve en España BASSOLS COMA, Martín (1983): «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978», *RDU*, 85, 1983, pp. 20 y ss., quien, agudamente, sostenía hace más de veinte años que «el grado de dignidad y adecuación de la vivienda no solo debe predicarse de la unidad-vivienda, sino de su entorno inmediato, y de modo especial del marco urbano, o en su caso, rural de inserción. De todo ello se deriva que el derecho a una vivienda digna y adecuada desemboca, finalmente, en la problemática del urbanismo y la ordenación del territorio, únicas instancias que hacen posible la efectividad del referido derecho». Por eso, la dignidad de la vivienda conduce a la dignidad de la ciudad, y el derecho a la vivienda al *derecho a la ciudad*, lo que conduce a conectar los derechos con el urbanismo. Véase al respecto PONCE y SIBINA (2008: 102 y ss.).

⁶⁴ Una consulta de esta jurisprudencia puede hallarse en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (2005): *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 91 y ss. especialmente, donde este autor señala que el Tribunal Constitucional, aunque ha negado su condición de derecho fundamental a la dignidad prevista en el artículo 10.1 CE, ha extraído de dicho precepto tanto una prohibición de instrumentalizar a la persona, como un aglutinante de derechos fundamentales y un criterio de delimitación y limitación de los mismos.

núcleos, tomando en cuenta, por tanto, este límite infranqueable, que debería ser excepcionado, como dijimos, siempre que el límite del déficit provoque la afectación de los mismos y comprometa la cohesión social, perjudicando así la sostenibilidad social a que se refiere el art. 135 CE como válvula de alivio de la presión sobre el Estado social.

c. *La determinación técnico-jurídica del núcleo resistente*

Ese núcleo mínimo indispensable de los derechos sociales debe ser determinado (1), guarda conexiones con los conceptos constitucionales de contenido esencial, condiciones básicas y garantía institucional (2) y es absoluto, en el sentido de que aunque la toma de la decisión normativa haya respetado los principios que veremos luego referidos a la toma de la decisión (por ejemplo, proporcionalidad o igualdad), si existe afectación del mismo, la decisión reguladora será inconstitucional (y viceversa, si respetando tal núcleo vulnera algún principio, también lo será) (3).

i. *¿Cómo determinar el núcleo resistente del derecho social?*

Una vez afirmada la existencia de un núcleo mínimo inviolable por el legislador de los derechos sociales previstos en la Constitución, lo que es de suma importancia y exigirá tenerlo en cuenta en toda decisión de revocabilidad o regresión para no vulnerarlo, el siguiente paso es descubrir cuál sea dicho mínimo protegido. Como señala Adela CORTINA, «es urgente determinar en cada Estado qué necesidades considera lo que algunos llaman un «*mínimo decente*», otros un «*mínimo absoluto*», otros un «*mínimo razonable*», por debajo del cual no puede quedar ese Estado si pretende legitimidad. Ese mínimo no compone, ni lo pretende tampoco, el bienestar de los ciudadanos, sino que es una *exigencia de justicia* (Adela CORTINA, 1999: 71).

La determinación de dicho mínimo le corresponderá en primera instancia al legislador, que deberá efectuar la operación de explicitarlo para delimitar el área que su decisión de revocación de prestaciones no afecta. Obviamente, tal delimitación es variable en el espacio y en el tiempo, en el sentido de que no es posible, ni deseable democráticamente, fijar de una vez por todas el núcleo de los derechos sociales en una sociedad democrática dada. Serán los órganos legitimados constitucionalmente, comenzando por el legislador, quienes, tomando en consideración el tipo de derecho social sobre el que incida (alojamiento, salud, etc.) y el momento temporal, quienes determinarán el núcleo mínimo vinculado a la dignidad de acuerdo con la imagen social que se tenga del mismo (CARRO: 378 y ss., PISARELLO: 85 y ss.).

Dicho esto, cabe precisar dos puntos. En primer lugar, que el órgano legitimado para ello deberá tener en cuenta la *realidad social* del momento en que se

dispone a realizar la revocación de prestaciones sociales y puede y debe apoyarse en los análisis y estudios realizados por el conjunto de actores que integran la sociedad, sean públicos (defensores del pueblo, órganos consultivos del gobierno...) o privados (entidades especializadas del tercer sector, estudios universitarios...). En segundo lugar que su decisión será en todo caso controlable jurídicamente, pues no cabe una libertad omnímoda al respecto de ningún poder público, bien por el Tribunal Constitucional, como hemos visto hacían los de Alemania, Italia, Argentina o Canadá, por ejemplo, bien por los órganos judiciales del contencioso, si la decisión es administrativa o gubernamental (como veremos más adelante), que a su vez pueden y deben tener en cuenta el análisis de dicha realidad social al interpretar y controlar la regulación controvertida (art. 3.1 del Código Civil).

ii. *Contenido esencial; condiciones básicas; la garantía institucional: la STC37/1994, FJ3*

Si bien es cierto que la «frontera (...) entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico* o *esencial* y lo que por el contrario, pueda reputarse *adicional* o *accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta» (PISARELLO: 85), también lo es que diversas categorías constitucionales existentes nos pueden ayudar a ir dando pasos en la dirección de la precisión intelectual del núcleo mínimo resistente de los derechos sociales.

Tal ocurre con la construcción del *contenido esencial* de los derechos. De hecho, existen derechos que incorporan prestaciones sociales que lo tienen garantizado, de conformidad con el art. 53.1 CE, como es el caso del derecho a la educación del art. 27 CE. En este sentido, el núcleo mínimo resistente del derecho a la educación que incorpora las prestaciones *con resiliencia frente* al legislador podría ser identificado con el contenido esencial del mismo. Ahora bien, ¿qué ocurre con el resto de derechos sociales incluidos en el capítulo III del título I no cubiertos por el art. 53.1?, ¿no tienen contenido esencial resistente al legislador?, ¿el legislador puede disponer del contenido de estos derechos como le plazca?

Si empezamos respondiendo a la segunda pregunta, la respuesta es negativa, a tenor de todo lo expuesto: estos derechos tienen un núcleo vinculado a la dignidad de la persona resistente al legislador, imponiendo límites a este al vincularlo *negativamente* (y también positivamente, aunque ahora nos centremos en la primera vertiente). Pero, ¿es ese núcleo equivalente al contenido esencial de los derechos del capítulo II del título III? La respuesta para diversos autores es afirmativa, pues «el contenido constitucional de estos derechos no puede ser otra cosa diferente al contenido esencial de los derechos del capítulo II. Es decir, contenido esencial y contenido constitucional de un derecho son la misma cosa» (IBÁÑEZ, 2007: 156, reflexionando sobre el derecho al medio ambiente y con cita de diversos autores en la misma línea).

En fin, si el núcleo mínimo de los derechos sociales no es equivalente al contenido esencial, en todo caso se le parecería bastante⁶⁵. Llamemos contenido esencial, mínimo vital, núcleo resistente o de cualquier otro modo al ámbito de los derechos sociales vinculado a la dignidad y *blindado*, la aproximación de la jurisprudencia constitucional sobre el contenido esencial sigue siendo de utilidad a nuestros efectos⁶⁶.

Finalmente, otro concepto constitucional a considerar es el de las *condiciones básicas*, a que se refiere el art. 149.1.1 CE, de aplicación a los derechos sociales contenidos en el capítulo III del título I (SÁENZ, 2003: 293 y ss., VAQUER, 2012: 92 y ss.), de acuerdo con la jurisprudencia del TC (STC 13/1992, de 6 de febrero, en relación al art. 50 CE y los derechos de la tercera edad, STC 32/1983, de 28 de abril, en relación con el derecho a la salud del art. 43 CE, STC 195/1996, de 28 de noviembre, en conexión con la seguridad social del art. 41 CE o STC 149/1991, de 4 de julio, respecto al derecho al medio ambiente, por ejemplo. En cuanto a su alcance, como es sabido, el Tribunal Constitucional ha establecido una delimitación en negativo y en positivo de lo que sean las condiciones básicas aludidas en el art. 149.1.1 CE, ayudando a fijar así los límites y alcance de este título competencial estatal (STC 61/1997, FF.JJ 7, 9 y 10), negando su equivalencia con el contenido esencial de los derechos⁶⁷.

⁶⁵ Dado que aquel, como ya sabemos, y de acuerdo con la conocida STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8, «puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos», siendo su concepto es aprehensible por dos caminos, complementarios. Uno basado en su «naturaleza jurídica» o «modo de concebir o de configurar cada derecho» y que conduce a considerarlo como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así» siempre de acuerdo «al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». Otra vía de delimitación sería la de atender a «los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos», que lleva a considerar vulnerado el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

⁶⁶ Por decirlo en palabras de PISARELLO (PISARELLO: 2007: 87), «O todos los derechos, civiles políticos y sociales, en efecto son por su estructura, o por razones de conveniencia política, derechos de libre configuración legislativa, de manera que los órganos legislativos coyunturales pueden incidir sobre ellos sin restricción alguna, o ninguno lo es, y por tanto siempre caben límites positivos y negativos a lo que los poderes públicos, incluidas las mayorías legislativas, pueden hacer o dejar de hacer con ellos. Esta última, sin duda, es la posición más coherente en aquellos ordenamientos que asumen el ideal normativo de la democracia constitucional, o, si se prefiere, de una democracia que no deja librada a la discrecionalidad de ningún poder la satisfacción o no de aquellos derechos ligados a la seguridad material y a la autonomía de todos».

⁶⁷ Las condiciones básicas no son sinónimo de «legislación básica», «bases» o «normas básicas». Las mismas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE). No se predicán de los sectores materiales, sino de los derechos y deberes constitucionales: el 149.1.1 CE no puede operar como un tipo de título horizontal capaz de entrar en cualquier materia o sector del ordenamiento y no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada y de su función social. Una pretendida uniformidad no puede

A la vista de esta doctrina del Tribunal Constitucional, las «condiciones básicas» del art. 149.1.1 CE no se identificarían totalmente con el núcleo mínimo de los derechos sociales vinculados con la dignidad. Su finalidad es otra: garantizar una cierta igualdad mínima (no máxima) entre los ciudadanos españoles en todas las comunidades autónomas en sus derechos, también los sociales. Eso significa, en nuestra opinión, que las condiciones básicas son un núcleo *mínimo* común denominador en toda España en garantía de una dignidad igual en todo el Estado (el *núcleo del núcleo*), pero no impiden sensibilidades distintas en los diferentes territorios y políticas públicas sociales diferentes que integren en el núcleo mínimo autonómico mayores prestaciones que las aseguradas por el art. 149.1.1 CE. Por ello, en un sector determinado, la regulación cuando se plantee la revocabilidad de prestaciones sociales deberá respetar bien esas condiciones básicas, en el primer caso, si existen, bien el núcleo mínimo del derecho social en la Comunidad Autónoma, si este supera esas condiciones básicas estatales.

Finalmente, existe un tercer concepto de interés: el de garantía institucional. Cuando las prestaciones asociadas a un derecho social vienen vinculadas también a una institución garantizada constitucionalmente, la violación del núcleo mínimo del derecho social puede comportar la vulneración de la garantía institucional misma. Como señala la ya citada STC 37/1994, de 10 de febrero, a propósito del art. 41 CE:

«b) El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los prin-

servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad.

No es posible hacer interpretaciones expansivas del art. 149.1.1 CE en relación con las competencias autonómicas, las cuales conviertan a estas competencias en meramente residuales, de desarrollo menores, lo que no es adecuado con el orden constitucional de reparto de competencias (STC 61/1997, FJ 24, a y b).

En positivo, el art. 149.1.1 CE constituye un título competencial autónomo positivo o habilitando, limitado al ámbito normativo, que permite una regulación estatal, aunque limitada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, lo que no permite el diseño completo y acabado de su régimen jurídico. El elemento teleológico o finalista del título competencial es el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal, y consiste en la igualdad de todos los españoles. Esta igualdad no puede ser una igualdad formal absoluta que busque la identidad de situaciones jurídicas de los ciudadanos en cualquier parte del Estado. Tiene que ser aquella que queda garantizada con el establecimiento de condiciones básicas consideradas como un mínimo común denominador. Las condiciones básicas que se dicten al amparo del art. 149.1.1 completan, en los términos del art. 28.1 LOTC, el canon de constitucionalidad competencial (FJ 3, STC 54/2002).

El Tribunal Constitucional ha dejado en el aire en su sentencia 164/2001, FJ 56, la cuestión de si el legislador estatal ha de identificar expresamente sus normas de «condiciones básicas» dictadas ex 149.1.1 CE, tal y como si tiene que hacer en el caso de sus normas básicas, dictadas en ejercicio de competencias concurrentes.

cipios constitucionales. estableciendo... *un núcleo o reducto indisponible por el legislador*» (STC 32/1981, fundamento jurídico 3.º), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (STC 26/1987 fundamento jurídico 4.º, y 76/1988, fundamento jurídico 4.º).

c) Salvada esta *indisponible limitación*, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel (SSTC 65/1987, fundamento jurídico 17, entre otras).»

iii. *El núcleo mínimo de los derechos sociales como límite absoluto a las regulaciones*

En fin, una vez establecida la existencia de derechos sociales en el capítulo I del título III CE (y fuera de él, claro, como el derecho a la educación del art. 27) y una vez establecido el límite infranqueable para las regulaciones legales de respetar el núcleo mínimo vinculado a la dignidad de tal derecho (y sus conexiones con los conceptos de contenido esencial, condiciones básicas para la igualdad y garantía institucional), solo queda destacar que el límite, la vinculación negativa del legislador que supone dicho núcleo mínimo de los derechos sociales es absoluta, en el sentido de que no cabe incidir sobre ese núcleo, aunque la regulación persiga una finalidad legítima y respete los principios constitucionales que orientan y limitan la decisión de revocación de prestaciones y a los que nos referiremos enseguida.

Esto es, una decisión no arbitraria, ni discriminatoria ni desproporcionada, por ejemplo, que, al revocar prestaciones sociales, incide sobre el núcleo mínimo resistente de un derecho social constitucional, *es inconstitucional siempre y en todo caso*. Eso es lo que queremos expresar al sostener que el núcleo mínimo es un límite absoluto (MEDINA GUERRERO, 1996: 146 y ss., en relación con el contenido esencial de los derechos, en argumentación que debe hacerse análogamente respecto al núcleo de los derechos sociales).

Como ha indicado el Tribunal Constitucional español en referencia al contenido esencial de los derechos del capítulo II del título I, siendo trasladable el razonamiento al caso que nos ocupa, «las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no solo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen» (STC 196/1987, FJ 5). En consecuencia, las limitaciones vinculadas a la revocabilidad de prestaciones asociadas a los derechos sociales exigen que el control de la constitucionalidad de las mismas pase a través de tres filtros: determinar si la revocación o regresión incide sobre el contenido de un derecho social constitucionalmente declarado; comprobar si tal incidencia afecta al núcleo

mínimo del mismo vinculado a la dignidad de la persona; suponiendo que la respuesta sea negativa (pues si fuera positiva, ya no se superaría el control y debería finalizar aquí el análisis con declaración de inconstitucionalidad), entonces, en tercer lugar, analizar si supera los principios constitucionales y legales que limitan la decisión de revocación situada fuera de ese núcleo de facultades o posibilidades de actuación asociados a la dignidad de la persona.

En el siguiente apartado, pues, nos referiremos a esos principios constitucionales y legales que limitan también al legislador fuera del núcleo mínimo del derecho social y protegen a este.

2. LÍMITES Y ORIENTACIONES CONSTITUCIONALES REFERIDOS A LA TOMA DE DECISIONES DE REVERSIBILIDAD Y A SU CONTENIDO

Suponiendo que la regulación se refiera a la parte del derecho social no incluida en el núcleo mínimo, la revocación de prestaciones sociales, si bien posible, no podrá hacerse de cualquier modo. El legislador está aquí también alejado de una libertad omnímoda y absoluta, no siendo detentador de una *arbitrariedad constitucionalmente reconocida*. Bien al contrario, la revocación de las prestaciones sociales no asociadas al núcleo mínimo del derecho social deberán tener en cuenta las siguientes limitaciones.

2.1. Tipo de norma jurídica y el mito del «legislador soberano»

a. *El tipo de norma jurídica: el caso de las normas de acompañamiento y de los decretos-leyes*

Si bien los derechos sociales del capítulo III del título primero no están sometidos a la reserva de ley prevista en el art. 53.1 CE, ello no quiere decir que su regulación y el establecimiento de prestaciones a ellos asociados no exija reserva de ley, cosa que sucederá cuando tal regulación afecta, además del derecho social, a otros derechos interconectados y sí sometidos a reserva de ley constitucional (por ejemplo, para el derecho a la vivienda, véase PONCE: 79 y ss., en relación con el derecho de propiedad y su función social; para el derecho al medio ambiente IBÁÑEZ: 155⁶⁸). Por otro lado, la adopción de medidas regresivas podría adoptarse mediante la correspondiente ley de presupuestos, siempre que tal regresión implique una reducción de gastos o guarde una relación directa con las habilitaciones de gastos o con los criterios de política económica general en que se basan los presupuestos (por todas, STC 74/2011),

⁶⁸ Sin olvidar las opiniones doctrinales, citadas por este autor, que consideran que el art. 53.3 CE contendría una reserva de ley general para los derechos sociales del capítulo III del título I CE.

pero no en otros casos en que la regresión que afecte a derechos no tenga estas características⁶⁹.

Comentario específico merece la cuestión de si las regresiones pueden ser adoptadas mediante decretos-leyes. Dejando ahora de lado el presupuesto habitante de la «extraordinaria y urgente necesidad», como es sabido, el art. 86.1 CE impide al decreto-ley afectar a «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I». Creemos que los derechos sociales contenidos en el título I encajan sin problemas en el ámbito de la prohibición⁷⁰. Sin embargo, como es sabido también, lo que prohíbe el art. 86.1 a los decretos-leyes es «afectar» a estos derechos, debiéndose entender por afectación aquellos supuestos en que se establece el régimen general del derecho o se altera o modifica en sus elementos esenciales, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 189/2005). Uno de estos elementos esenciales que incide en el régimen general puede ser, por ejemplo, la titularidad del derecho. En este sentido, por ejemplo, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, incide sobre un derecho social y afecta a su titularidad, al establecer una medida regresiva, negando ahora la condición de usuario del servicio público sanitario a determinados colectivos⁷¹.

⁶⁹ Por poner un ejemplo gráfico: no sería posible mediante ley de presupuestos derogar el art. 10 de la Ley de suelo estatal que prevé una reserva de suelo para viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, puesto que tal previsión no afecta a los gastos e ingresos y se trata de una medida vinculada al derecho a la vivienda del art. 47 CE desplegada mediante una técnica regulatoria, en nuestra opinión.

En otro orden de cosas, la regresión podría ser acordada en una ley de acompañamiento de los Presupuestos, de acuerdo con la doctrina existente del TC (por todas, STC 136/2011), que no ve obstáculo constitucional a las mismas, pese a las críticas que desde las perspectivas de técnica legislativa, seguridad jurídica y principio democrático han suscitado, como es conocido.

⁷⁰ Así, SANTAMARÍA PASTOR (2009: 201): «La mención de "los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I" debe entenderse referida a la totalidad de los derechos, deberes y libertades que el título I CE regula (no solo a los enumerados en la sección 1ª de su capítulo II, como ocurre en el caso de las leyes orgánicas)».

No estamos de acuerdo, por ello, con el razonamiento que efectúa el Consejo Consultivo catalán en su Dictamen 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, cuando sostiene que en el art. 43 CE no es posible hallar un derecho y que, por tanto, no actúa ya de entrada el límite del art. 86.1 CE.

⁷¹ «Artículo 1. *Modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.*

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 3, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 3. *De la condición de asegurado.*

1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

Creemos que esta medida regresiva afecta a un derecho, vulnerando el artículo 86.1 CE⁷².

Cuestión distinta, y complementaria, sería el plantearse si, además, con independencia de que su regulación se efectúe por Real Decreto-ley, la reversión legal efectuada en sí misma superaría, o no, el test de respeto del contenido mínimo del derecho del art. 43 asociado a la dignidad humana. La respuesta, en nuestra opinión, sería igualmente negativa y la regulación también inconstitucional desde esta segunda perspectiva⁷³. En esta línea, precisamente, parece

-
- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
 - b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
 - c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
 - d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado *siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente*.

4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

6. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico.

A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente.»

⁷² Cuestión distinta, y complementaria, es si desarrollada esta misma medida regresiva por legislación ordinaria la misma superaría el test de respeto del contenido mínimo del derecho del art. 43 asociado a la dignidad humana. La respuesta, en nuestra opinión, sería igualmente negativa y la hipotética ley también inconstitucional.

El Consejo consultivo catalán en el dictamen mencionado antes de 2012 consideró (tras aceptar la regulación mediante Decreto-ley) que la medida regresiva, en cuanto exigía un requisito de ingresos a un colectivo (apartado 3.3 de la ley modificada) que no exigía a otro (apartado 3.4), discriminaba a los primeros, vulnerando el art. 14 CE, y también era contraria al art. 43 CE, al establecer una remisión en blanco al reglamento respecto al umbral económico exigido.

⁷³ El Consejo consultivo catalán en el dictamen mencionado antes de 2012 consideró (tras aceptar la regulación mediante Decreto-ley) que la medida regresiva, en cuanto exigía un requisito de ingresos a un colectivo (apartado 3.3 de la ley modificada) que no exigía a otro (apartado

pronunciarse el Tribunal Constitucional en su auto de 13 de diciembre de 2012 por el que levanta la suspensión de la vigencia de los arts. 1, 2 (2 y 3), 3, 4, 5, 6 (1 y 2), 7 (2 y 3) –en el sentido de lo dispuesto en el FJ 6 *in fine*–, y disposición final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, indicando en el mismo, en relación con la asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular, que:

«procede que realicemos la ponderación que es propia de este incidente cautelar. Esa ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE. Esa contraposición también tiene proyecciones individuales puesto que la garantía del derecho a la salud no solo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual (...).

Respecto de los perjuicios asociados al mantenimiento de la suspensión, tal y como efectivamente entiende el Gobierno Vasco, tal medida consagraría en el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. Ponen de manifiesto las letradas del Gobierno Vasco que esos colectivos, en particular los inmigrantes sin permiso de residencia, verán notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no solo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad.

Por su parte, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, es preciso destacar que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias.

Teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que

3.4), discriminaba a los primeros, vulnerando el art. 14 CE, y también era contraria al art. 43 CE, al establecer una remisión en blanco al reglamento respecto al umbral económico exigido.

se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.»

b. Límites a las decisiones del «legislador soberano»

i. Sobre el mito del «legislador soberano» y la teoría de la ley

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ publicó a finales de la década del siglo pasado (FERNÁNDEZ, 1998) un estudio sobre la arbitrariedad del legislador, criticando la jurisprudencia constitucional existente sobre la toma de decisiones legislativas, su fundamentación y su justificación, jurisprudencia que sigue manteniéndose en el ámbito español, en lo sustancial, en los mismos términos. En opinión de este autor, el modo de actuar de nuestros parlamentos y de nuestro Tribunal Constitucional vendría influido por un paradigma histórico, que, aunque aparentemente superado, sigue teniendo considerable influencia en la mente (y en su proceder práctico) de legisladores y jueces: el mito del legislador soberano.

De acuerdo con este «mito», desde la implantación del Estado liberal de Derecho, los parlamentos serían soberanos, estando su discrecionalidad libre de controles que interfirieran en tal soberanía. La constitución se situaba en un plano superior a la ley, «huérfana de todo mecanismo efectivo de defensa, la Constitución quedó reducida a la condición de simple documento político, ciertamente superior en cuanto tal, pero carente de toda eficacia frente a la Ley y a la acción cotidiana del Parlamento, que pasó a ser, en virtud del sistema representativo, el auténtico soberano» (FERNÁNDEZ, 1998: 120). En consecuencia, como señala DE OTTO (DE OTTO: 1987, 129), «el esfuerzo central de toda la Historia del constitucionalismo europeo no ha sido, a pesar de lo que su nombre pueda sugerir, someter a los poderes del Estado a la Constitución, sino someterlos a la Ley, asegurando así la supremacía de esta».

En este contexto se habría desarrollado el Derecho administrativo y el Derecho constitucional en el continente europeo y si bien las cosas ya no son así, lo cierto es que para FERNÁNDEZ (FERNÁNDEZ, 1998: 122) el paradigma de la soberanía del parlamento seguiría anclado entre nosotros, pese a que la concepción moderna de la democracia avale la sujeción del legislador a límites que garanticen los derechos de la minoría frente a la mayoría, no pudiéndose calificar ningún poder público de soberano «porque la noción misma de Constitución como norma suprema es incompatible de manera radical con el reconocimiento de una soberanía... que no sea la de la Constitución misma» (DE OTTO, 1987: 138).

Los efectos prácticos de la pervivencia de este paradigma entre nosotros serían innegables: una desvalorización del procedimiento legislativo y una irre-

levancia de los fundamentos de las decisiones legislativas y de sus razones explícitas, lo que se plasma tanto en la escasa trascendencia del art. 88 CE en la práctica⁷⁴, ejemplificada en la STC 108/1986, de 29 de julio⁷⁵, como en la ausencia de exigencia respecto al análisis de los fundamentos de la decisión fruto de una ponderación razonable de los hechos e intereses involucrados en la toma de la decisión, así como de las razones que, en coherencia con esos fundamentos y esa ponderación, justifican la regulación, siendo habitual que estas queden en la sombra o, incluso, que el Tribunal Constitucional *suponga* cuáles deben ser, a falta de explicitación por parte del legislador en la exposición de motivos, pese a la potestad que la LOTC le otorga para que pueda constatar que la ponderación ha sido efectuada y que existen razones coherentes con la misma que la justifican⁷⁶.

Lo dicho trae a primer plano la importancia de la fundamentación y justificación del ejercicio del poder legislativo y la necesidad de que se expliciten durante la elaboración de las leyes, tanto en el momento de impulsar la iniciativa legislativa (art. 88 CE, que exige exposiciones de motivos) como durante el proceso legislativo y en los preámbulos de las leyes, cuyo silencio o inconsistencia respecto al fundamento y justificación de las medidas regresivas debe tener alguna trascendencia, pese a la reticencia de parte de la doctrina constitu-

⁷⁴ «Los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos».

⁷⁵ En la que ante la alegación de que la aprobación de la LOPJ se había realizado sin tomar en consideración los elementos de juicio necesarios, al no existir informe preceptivo del CGPJ, el TC señala que «está fuera de lugar la invocación a este propósito del art. 88 de la Constitución, antes transcrito. La ausencia de un determinado antecedente solo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el conforme era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios». Esto es, se deja en manos del órgano decisor, el parlamento, el cumplimiento o no del procedimiento legalmente establecido...

⁷⁶ Ténganse en cuenta los arts. 89 y 90 de la LOTC:

«Artículo 88.

Uno. El Tribunal Constitucional *podrá recabar de los poderes públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional*. Si el recurso hubiera sido ya admitido, el Tribunal habilitará un plazo para que el expediente, la información o los documentos puedan ser conocidos por las partes para que estas aleguen lo que a su derecho convenga.

Dos. El Tribunal dispondrá las medidas necesarias para preservar el secreto que legalmente afecte a determinada documentación y el que por decisión motivada acuerde para determinadas actuaciones.

Artículo 89.

Uno. El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, *podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estimare necesario* y resolverá libremente sobre la forma y el tiempo de su realización, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta días.»

cional a otorgarles algún efecto jurídico sustantivo⁷⁷. Consideramos que, como mínimo, la ausencia o incoherencia de las razones aportadas en los preámbulos debería constituir un indicio de posible arbitrariedad del legislador. Volveremos luego sobre el tema de nuevo.

En todo caso, el mito del legislador soberano está sufriendo un ataque directo de la mano de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que esta controla, sin ningún problema, las razones aducidas por los Estados para introducir restricciones a las libertades comunitarias, para comprobar si estas existen, si se trata de auténticas razones imperiosas de interés general (correspondiendo la carga de la prueba al Estado miembro que las invoca y no siéndolo, por ejemplo, los objetivos de carácter meramente económico) y si son no discriminatorias y proporcionadas respecto a la restricción impuesta. Esta jurisprudencia pone fin, pues, al menos desde su limitada perspectiva, al mito del legislador soberano en la UE⁷⁸.

ii. *Sobre la insistencia internacional actual en la calidad de las leyes, incluyendo su evaluación ex ante y ex post: un primer avance en la Ley 2/2011 de Economía Sostenible*

La postura expuesta de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ enlaza con una cada vez más abundante literatura que muestra una creciente preocupación por la calidad de las leyes y por el papel que la evaluación (*ex ante* y *ex post*) tiene en la misma (...). En relación, concretamente, con la evaluación *ex ante*, esta enlaza con el papel del procedimiento legislativo como sede de la evaluación del impacto que la medida reguladora tendrá en la sociedad y conecta con un movimiento internacional creciente en favor de la calidad de las normas, que en el ámbito de la Unión Europea ha sido impulsado decididamente bajo el nombre de *Better o smart regulation* (sobre este movimiento y su impacto en el ordenamiento español, PONCE, 2009).

En el ámbito español, este movimiento imparable ha tenido diversas plasmas jurídicas, destacando, a los efectos que ahora interesa, los principios de buena legislación recogidos en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. Efectivamente, la exposición de motivos de esta ley señala como incluye «las reformas en el sector público que se orientan a garantizar un entorno económico eficiente y de apoyo a la competitividad de la economía española. En coherencia con esa finalidad general, el título adopta reformas que se proyectan sobre la actuación de todas las Administraciones Públicas, en ejercicio de las competencias estatales sobre procedimiento administrativo común y sobre or-

⁷⁷ Así, SANTAOLALLA, F., «Exposiciones de motivos de las Leyes: motivos para su eliminación», *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 33, pp. 44 y ss.

⁷⁸ Sobre esta jurisprudencia, véase AGUADO, V. y NOGUERA, B., *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, 2012.

denación general de la economía», recogiendo «los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención a la transparencia y la evaluación previa y posterior de dichas iniciativas y la formalización de instrumentos a ese fin: los nuevos informes periódicos sobre las actuaciones de mejora regulatoria y el trabajo del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios.»

Esta ley viene a establecer, pues, una regulación común en todo el Estado que afecta a los proyectos de ley que se remitan a los parlamentos, los cuales deberán tomar sus decisiones fundándolas en el «análisis previo de iniciativas normativas para garantizar que se tengan en cuenta los efectos de todo tipo que estas produzcan, con el objetivo de no generar a los ciudadanos y empresas costes innecesarios o desproporcionados, en relación al objetivo de interés general que se pretenda alcanzar».

Es este un primer paso en la dirección correcta, que debería completarse con una institucionalización de la evaluación legislativa, en la línea ya recorrida por otros países, con una revalorización, no meramente formal, del procedimiento legislativo, así como con medidas organizativas (en el propio parlamento o fuera de él, pero operando con independencia en ambos casos) que posibiliten el estudio de los impactos normativos previsibles (por todos, GARCÍA-ESCUDE-RO, 2010: 183 y ss.), todo ello acompañado de un control de constitucionalidad respetuoso con la distinción de funciones constitucional pero no por ello laxo o negligente.

La erradicación de nuestras mentes del mito del legislador soberano y la incorporación de mecanismos de calidad de las leyes en nuestro sistema ofrecerían un marco de protección adecuado a los derechos sociales frente a revocaciones de prestaciones que, sin afectar el núcleo mínimo, lo que no es constitucionalmente posible, se adopten de forma apresurada, sin ponderación adecuada que solo tenga en cuenta criterios de eficiencia o economía y con falta de estudios sobre el impacto que las mismas provocarían en los derechos sociales afectados y en otros derechos interconectados.

iii. *Principios constitucionales y legales que limitan al legislador y permiten su control de constitucionalidad*

En el marco de la imprescindible mejora de la calidad normativa en España, la ponderación de los impactos que pudieran tener las revocaciones de prestaciones sociales deberían considerar los límites que la propia Constitución impone a las decisiones legislativas. Pues no solo no es posible afectar el núcleo mínimo asociado a la dignidad humana, sino que, fuera de este, los recortes no pueden violar las siguientes «líneas rojas» constitucionales y legales.

2.2. Límites internacionales y constitucionales a la ley

a. *Interpretación conforme al Derecho Internacional: el art. 10.2 CE, el PIDESC y la Carta Social Europea*

Los derechos constitucionales, *también los sociales*, deben ser interpretados siguiendo las indicaciones del art. 10.1 CE. La referencia del art. 10.1 CE lo es a todos los tratados internacionales válidamente suscritos por España, no solo el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, aunque este sea, de largo, el de consideración más extendida.

En este sentido, y en relación con los derechos sociales, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por España el 13 de abril de 1977 incluye en el suyos arts. 2 y 11 una referencia que condiciona la interpretación de los derechos sociales reconocidos en nuestra constitución y estatutos de autonomía

El 11 del PIDESC señala que:

«Artículo 11

1. Los Estados Partes lo presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una *mejora continua de las condiciones de existencia*. Los Estados Partes *tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho*, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.»

Mientras que el art. 2 establece que:

«Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes lo presente Pacto se *compromete a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*»

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo encargado de supervisar el cumplimiento de este pacto⁷⁹, ha destacado en su Observación General número 3 de 1990 que:

«Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto *requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse ple-*

⁷⁹ Como es sabido, este órgano está formado por 18 expertos independientes con reconocido prestigio y competencia en el campo de los derechos humanos, que controlan el cumplimiento del PIDESC y emiten observaciones sobre la base de los informes de los Estados parte del pacto.

namente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en lo Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga»⁸⁰.

En otras palabras, de conformidad con el Derecho internacional que vincula a nuestros legisladores, los derechos sociales han de ser objeto de promoción continua, de acuerdo con las posibilidades existentes y las lícitas opciones políticas distintas existentes en cada sociedad democrática. Tanto es así, que la medida opuesta a tal promoción, la regresión, ha de ser considerada cuidadosamente y, en caso de adoptarse, ser justificada plenamente, teniendo en cuenta la mencionada interconexión entre derechos (por ejemplo, educación en relación con la igualdad o alojamiento en relación con integridad física y psicológica, por ejemplo) y de acuerdo con el aprovechamiento pleno de recursos disponibles. Caso de no hacerse así, las decisiones que se adopten por un Estado parte en el PIDESC vulnerarían el Tratado internacional y serían susceptibles del correspondiente control por parte del Comité, con independencia de que, además, en el caso español, se alegue una vulneración de la obligación del art. 10.1 CE, así como de la obligación de dar «razón suficiente» de la pérdida de las conquistas sociales, de acuerdo con la ya citada STC 81/1982 y el límite del principio de interdicción de la arbitrariedad a que enseguida nos referiremos.

En este sentido, las observaciones del Comité ante el quinto Informe español relativo al PIDESC, de primavera de 2012⁸¹, incluyen la recomendación del Comité para que el Estado:

«...garantice que todas las medidas de austeridad adoptadas *identifiquen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto*, y que tome todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. En este contexto, *el Comité recomienda al Estado parte que recopile información estadística desagregada, con el objeto de identificar a las personas y grupos afectados y aumentar la eficacia de sus esfuerzos para la protección de sus derechos económicos, sociales y culturales*».

En el ámbito Europeo, son destacables las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de 2012 relativas a Grecia (números 76 a 80). En las mismas se planteaba al guardián de la Carta Social Europea de 1961 si una serie de cambios normativos introducidos por las autoridades griegas en los sistemas de pensiones públicas y privadas suponían una violación del art. 12 de la Carta. Este precepto dispone que las partes contratantes (entre ellas España, por cier-

⁸⁰ La observación está disponible en inglés, la traducción es mía. El original reza así:

«Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.»

⁸¹ Pág. 3. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/433/09/PDF/G1243309.pdf?OpenElement>

to) deben mantener el sistema de seguridad social a un nivel satisfactorio y se comprometen a elevar progresivamente el mismo a un nivel más alto. Dado que las nuevas normas griegas suponían regresiones en el nivel existente anteriormente, diversos recurrentes (Federación de empleados pensionistas, Federación panhelénica de pensionistas del servicio público, Unión de pensionistas de los ferrocarriles eléctricos de Atenas-Pireo, Federación panhelénica de pensionistas de la Corporación Pública de Electricidad, Unión de pensionistas del Banco Agrícola de Grecia) plantearon la posible vulneración de la Carta Social Europea al Comité.

El Comité Europeo de Derechos Sociales decidió los casos de modo afirmativo: consideró que el efecto cumulativo de las reformas regresivas causó una significativa degradación del estándar de vida y de las condiciones de vida de muchos de los pensionistas afectados. Aunque el Comité tiene en cuenta en su decisión el «particular contexto en Grecia creado por la crisis económica y el hecho que el gobierno fue requerido para tomar decisiones urgentes», declara que el gobierno griego no «condujo un nivel mínimo de investigación y análisis sobre los efectos que tales amplias medidas» nivel mínimo que es «necesario para ponderar de manera racional su impacto total en los grupos vulnerables de la sociedad». Asimismo, ni siquiera «discutió los estudios disponibles con las organizaciones afectadas, pese al hecho de que ellas representan los intereses de muchos de los grupos más afectados por las medidas en cuestión». Todo ello lleva al Comité a apreciar una vulneración de la Carta Social Europea.

b. Interdicción de la arbitrariedad

En la misma línea del PIDESC y de la necesidad de justificar las regresiones en materia de derechos, se sitúa la conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en referencia al principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador (Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, 2008: 47 y ss., GARCÍA-ESCUADERO, 2010: 191 y ss.). La jurisprudencia del TC destaca como la noción de arbitrariedad aplicada al control de constitucionalidad de leyes no puede ser idéntica a la desarrollada por «la doctrina del Derecho administrativo, pues no es la misma la situación en que el legislador se encuentra respecto de la Constitución que aquella en que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley», si bien recuerda que el legislador también «está sujeto a la Constitución y es misión de este Tribunal velar porque se mantenga esa sujeción» (por ejemplo STC 73/2000, FJ 4). De tal modo, que la labor del TC se mantiene entre la Escala de «que no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus opciones políticas» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 4) y la Caribdis de transigir con «el simple capricho, la inconsecuencia o la incoherencia», con la carencia de «toda explicación racional».

Dicho esto, naturalmente, la dificultad de articular este equilibrio necesario de muestra ante supuestos concretos. Pero lo que nos parece necesario destacar es que en el caso que nos ocupa, la reversión de derechos sociales, si bien es evidente que «no es suficiente la mera discrepancia política» para la constatación de la arbitrariedad y que no es pertinente por parte del TC un «análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus consecuencias», no lo es menos que las regulaciones que suponen regresión de prestaciones sociales deben ser justificadas por el legislador (recordemos, de nuevo, la STC 81/1982, FJ 3, exigiendo «razón suficiente» para la privación de conquistas sociales), so pena de vulnerar el art. 9.3 CE, sin que corresponda al TC tampoco inventar o crear justificaciones inexistentes.

Un ejemplo de declaración de inconstitucionalidad de una ley por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad lo encontramos en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 17. Al conocer de la modificación en 1995 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el TC señala como:

«la opción acogida por el legislador en relación con la indemnización de los perjuicios económicos derivados de las lesiones temporales, no solo entremezcla conceptos indemnizatorios heterogéneos y susceptibles de un tratamiento diferenciado, sino que, por una parte, su incorporación al sistema de valoración como simple factor de corrección de la indemnización básica impide injustificadamente su individualización; mientras que, de otro lado, se obliga injustificadamente a la víctima del hecho circulatorio a soportar una parte sustancial de las pérdidas económicas derivadas del daño personal padecido, con el ilógico resultado de convertir a la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima. Por todo ello, solo cabe concluir que el apartado B) de la tabla V del Anexo, en la concreta configuración legal de los «perjuicios económicos» allí contenida, *establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución.*

Con independencia de todo lo anterior, es claro que el legislador, actuando en el ámbito de su legítima libertad de configuración normativa, puede establecer otro sistema de valoración para la reparación de las consecuencias patrimoniales causadas por los accidentes derivados del uso y circulación de vehículos a motor, conforme a criterios que no incidan en las vulneraciones constitucionales apreciadas en el apartado letra B) de la tabla V aquí enjuiciada.»

En este contexto, debemos recuperar las reflexiones apuntadas antes sobre el valor de las exposiciones de motivos de las iniciativas legislativas (art. 88 CE) y de los preámbulos de las leyes. La falta total de fundamento y justificación de las medidas regresivas⁸² o el empleo retórico de apelaciones gené-

⁸² La ley de vivienda de Castilla-La Mancha (Ley 1/20011 de 10 de febrero) establecía un estándar temporal para ofrecer vivienda asequible a quien tuviera necesidad:

ricas a la atención al «contexto de austeridad y contención en el gasto público»⁸³ no deberían superar el test de interdicción de la arbitrariedad, salvo que, de alguna otra manera, y no por creación del TC, se puedan constatar razones serias que ofrezcan soporte a la medida regresiva y evidencien que se ha cumplido el mandato de ponderación que compete al legislador y del que enseguida hablaremos⁸⁴.

c. *Seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad*

El juego del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE en el control de regulaciones regresivas de prestaciones sociales obligará también a efectuar un equilibrio entre una petrificación del ordenamiento jurídico y la vulneración de la confianza legítima de los afectados por la reversión. Efectivamente, si bien el principio de seguridad jurídica «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas» (STC 227/1988, FJ 10), el principio de protección de la confianza legítima (deriva-

«Artículo 3. Régimen de garantías de acceso a la vivienda.

1. Las personas demandantes que, llevando al menos inscritas un año en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla-La Mancha, no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida en los términos recogidos en esta Ley, podrán acceder, mediante el alquiler, a una vivienda no sometida a algún régimen de protección pública que sea adecuada a sus necesidades.

2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, la Consejería competente en materia de vivienda les reconocerá la garantía económica de acceso a la vivienda en los términos determinados en esta Ley.

3. Dicha garantía económica se disfrutará por las personas beneficiarias en tanto no hayan obtenido el acceso a una vivienda protegida. En todo caso, estas personas estarán obligadas a participar en los procedimientos ordinarios de adjudicación de viviendas en las condiciones previstas en el artículo 5 de esta Ley.»

Esta norma ha sido ahora derogada por la Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales (sorpresivo título, a los efectos de la derogación de la norma que nos ocupa) la cual no hace mención del por qué se deroga en ningún momento Preámbulo.

⁸³ Esa es toda la explicación ofrecida por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para la corrección del déficit público en relación con la derogación de la renta básica de emancipación de los jóvenes que preveía el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre.

⁸⁴ Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *La arbitrariedad...*, *op. cit.*, pág. 159, señala «que esa obligada exteriorización deba concretarse en el preámbulo de la Ley o pueda hacerse por otra vía diferente es ya lo de meno. No habría inconveniente alguno en admitir, incluso, con carácter excepcional las motivaciones implícitas en aquellos casos en que el fundamento de la medida legislativa no ofreciera duda por resultar inequívoco. (...). Lo que no puede admitirse en ningún caso es que quede en la sombra y, menos aún, que el propio Tribunal Constitucional encargado de verificar el cumplimiento de la obligación impuesta por la Norma Fundamental se esfuerce, como ha venido haciendo con empeño digno de mejor causa, en mantener corrida la cortina que impide conocer las razones del legislador y viene obligado a dar, e incluso, en sustituir estas por sus propias suposiciones.

ción del principio de seguridad jurídica, según la STC 222/2003, FJ 4), no es posible constitucionalmente «en un Estado social y democrático de Derecho (...) abrogar libremente aquellas normas que (...) están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales. La seguridad jurídica no exige, ciertamente, la petrificación del ordenamiento, pero sí (...) el respeto de las garantías enunciadas explícitamente como tales» (voto particular de Rubio Llorente a la STC 208/1998), dado que el principio de seguridad jurídica «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles» (STC 234/2001, FJ 9). A ello hay que añadir la prohibición de retroactividad con efectos desfavorables o restrictivas de derechos, contenida en el art. 9.3 CE, por lo que una medida regresiva de derechos sociales *no podría tener efectos retroactivos*, siempre que la regresión pretenda afectar desfavorablemente derechos subjetivos ya adquiridos y se trate de una retroactividad auténtica y no *impropia*, esto es, la que supone la aplicación inmediata de los efectos de la ley sobre relaciones nacidas anteriormente, por lo que se refiere a su desarrollo futuro, esta sí posible (por todas, STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17).

d. *No discriminación*

También el art. 14 CE (y el 9.2 CE) han de tener un papel importante en el control de la constitucionalidad de las normas con efectos regresivos sobre derechos sociales, como ya la está teniendo en sistemas jurídicos de nuestro entorno.

En el ámbito portugués, la sentencia del Tribunal Constitucional 353/2012 ha afrontado la cuestión de si la Ley nº 64-B/2011, de 30 de diciembre, que establecía la «suspensión» (no pago, sin perspectiva de reposición) de pagas extras de empleados públicos («subsídios de férias e de Natal ou equivalentes», afectando también a pensiones a partir de un determinado importe) era contraria al marco constitucional⁸⁵. La respuesta de la sentencia es afirmativa, señalando que si bien las razones para adoptar tal medida se amparan en las necesidades de cumplimiento del déficit presupuestario portugués, el esfuerzo para obtener tal finalidad se hace recaer solo en unos determinados colectivos, que sufren un trato diferenciado constitutivo de discriminación, pues tal objetivo debe «ser alcanzado a través de medidas de disminución de gasto y/o de aumen-

⁸⁵ Puede consultarse la sentencia, en portugués, en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>

Un comentario jurídico más detallado de la misma puede encontrarse en VILLALBA LAVA, Mercenario, «Comentario a la STC portugués 353/2012 de 5 de julio, que declara inconstitucional, la supresión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014», *Diario La Ley*, núm. 7907, 23 de julio de 2012. (trabajo consultable en: <http://www.mediaswk.com/ES/pdf/9/2/7/4/pd0000079274.pdf>)

to de ingresos que no se traduzcan en una repartición de sacrificios excesivamente diferenciada».

En el ámbito canadiense, téngase en cuenta la sentencia Eldridge, ya aludida, que, tras constatar que la existencia de traductores de lenguaje de signos para sordos es un componente nuclear del derecho a la salud, constata que existe una discriminación de los demandantes y les da la razón, como vimos.

e. Proporcionalidad, ponderación y justificación: la equidad en el gasto público del art. 31 CE

Cualquier regulación regresiva de derechos sociales deberá superar, igualmente, el filtro del principio de proporcionalidad (1) y el control de la existencia de una ponderación seria de los elementos relevantes en la toma de la decisión reguladora (2).

1. Es bien sabido como la jurisprudencia europea y española utiliza el principio de proporcionalidad como parámetro de control jurídico de las normas, sobre la base del triple filtro constituido por el test de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Así, en virtud de esta jurisprudencia, toda decisión regresiva que afecte a derechos sociales deberá ser un medio coherente para alcanzar el fin (de interés general, claro está) perseguido; deberá constituir el medio menos restrictivo posible de los derechos sociales capaz de alcanzar eficazmente la finalidad buscada; finalmente, los beneficios derivados de la restricción de los derechos sociales concretos debe superar los costes (no solo económicos) que genere dicha limitación, de tal modo que de la medida regresiva se deriven «más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto», pero, al igual que ocurriría con el caso de la arbitrariedad, sin que el control suponga una substitución indebida de la discrecionalidad (no omnímoda, eso sí) del legislador (STC 66/1995, FJ 5; sobre la utilización de los tres tests por el TC español para el control del poder legislativo, por todos, MEDINA GUERRERO, 1998: 127 y ss.).
2. Sin embargo, que la medida regresiva sea proporcionada no significa, automáticamente, que haya sido objeto de una ponderación adecuada, tomando en consideración los elementos relevantes para su adopción en los términos en que ha sido efectuada y justificando que esa ponderación se ha producido y las razones para decantarla en un sentido u otro, con lo que se enlaza con la interdicción de la arbitrariedad y el papel del procedimiento legislativo y de las exposiciones de motivos y preámbulos de las leyes.

Efectivamente, una medida no ponderada puede ser proporcionada (dado que, como se acostumbra a decir, incluso los relojes averiados ofrecen la hora

correctamente dos veces al día), mientras que una medida ponderada puede ser desproporcionada, al no superar los tests antedichos. Ponderación y proporcionalidad, aunque íntimamente unidas, no son gemelas (MEDINA GUERRRO, 1998: 133EL, ARROYO, 2009: 34: «el juicio de ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control», RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000: 105 y ss.).

Por tanto, una medida regresiva de derechos sociales que no haya sido objeto de ponderación, será o no desproporcionada, pero es inconstitucional, como adecuadamente razona la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 9 de febrero de 2012, que conoció de la legislación federal que establecía el importe de una especie de renta mínima de subsistencia. Como ha destacado la doctrina alemana, el TC alemán, además de declarar el derecho fundamental a esa renta mínima de subsistencia como vimos, establece requisitos de transparencia y consistencia ligados a un *debido proceso legislativo*, evitando así la tentación de recortes presupuestarios precipitados ligados a la coyuntura anual presupuestaria. El TC alemán señala en su sentencia que el legislador goza de un margen de apreciación para fijar el importe de la renta, pero no tiene una libertad omnímoda, pues debe evaluar de forma realista y comprensiva el importe de un procedimiento fundado y transparente, usando números fiables y plausibles métodos de cálculo, dado que reducciones de gasto social exigen bases empíricas para su justificación.

Esta ejemplar decisión del TC alemán enlaza perfectamente con lo sostenido aquí en relación con los límites de los criterios de eficiencia y economía y del principio de estabilidad presupuestaria previstos en la CE, por cuanto la ponderación a efectuar en el proceso de aprobación de la ley no solo debe tener en cuenta a estos, y fundamentar y justificar su relevancia, más allá de meras apelaciones a crisis económicas y reducción de gastos, sino que debe contrapesar a, primero, la no violación del núcleo mínimo de los derechos sociales, y segundo, a los valores, principios y derechos (sociales y civiles y políticos interconectados) afectados por la posible regresión. Si la ponderación inclina la balanza hacia estos últimos, la regresión no puede producirse, tomándose las medidas precisas para ello, incluyendo, en su caso, una excepción a los límites de déficit en garantía de la sostenibilidad social, como prevé el art. 135 CE.

f. *Los principios de buena regulación de la Ley de economía sostenible y su conexión con los principios constitucionales*

Finalmente, es preciso recuperar la alusión hecha a los principios legales de buena regulación contenidos en la Ley de economía sostenible (que se imponen también a las iniciativas legislativas que provengan de todas las Administraciones y sean asumidas por los respectivos Gobiernos, como se dijo, BASSOLS, 2011: 7) para destacar como estos principios guardan numerosas

conexiones, desde una vertiente positiva y preventiva, con los principios constitucionales limitativos de la discrecionalidad legislativa, a los que se vinculan y, de hecho, articulan como orientaciones en positivos en la elaboración de proyectos de ley⁸⁶. Así, la interdicción de la arbitrariedad se articula en positivo mediante las referencias de la ley a que «los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente». La seguridad jurídica y la confianza legítima se encuentran en la referencia a que «las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas». La proporcionalidad se refleja en que «la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general» y en que «la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado», mientras que el mandato de ponderación se encuentra en la previsión

⁸⁶ «Artículo 4. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado.

4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, las facultades de iniciativa normativa se ejercerán de manera coherente con el resto del ordenamiento para generar un marco normativo estable y predecible, creando un entorno de certidumbre que facilite la actuación de los ciudadanos y empresas y la adopción de sus decisiones económicas.

5. En aplicación del principio de transparencia, los objetivos de la regulación y su justificación deben ser definidos claramente.

6. Para garantizar el principio de accesibilidad, se establecerán los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa, así como instrumentos de acceso sencillo y universal a la regulación vigente.

7. El principio de simplicidad exige que toda iniciativa normativa atienda a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo.

8. En aplicación del principio de eficacia, la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales.

9. En todo caso, los poderes públicos procurarán el mantenimiento de un marco normativo estable, transparente y lo más simplificado posible, fácilmente accesible por los ciudadanos y agentes económicos, posibilitando el conocimiento rápido y sencillo de la normativa vigente que resulte de aplicación y sin más cargas administrativas para los ciudadanos y empresas que las estrictamente necesarias para la satisfacción del interés general.»

legal de que «la iniciativa normativa debe partir de una identificación clara de los fines perseguidos, estableciendo unos objetivos directos y evitando cargas innecesarias y accesorias para la consecución de esos objetivos finales», debiendo tomarse en cuenta «los mecanismos de consulta con los agentes implicados que estimulen su participación activa en el proceso de elaboración normativa».

Por ello, toda iniciativa legislativa gubernamental regresiva deberá tomar en consideración dichos principios legales, emparentados con la Constitución, y su falta de consideración provocaría la ilegalidad del proyecto de ley que se aprobara parlamentariamente, por vulneración de la Ley de Economía Sostenible y, a través de ella, de la Constitución.

3. EXTENSIÓN DE LOS RAZONAMIENTOS ANTERIORES A LA ACTIVIDAD DEL GOBIERNO Y LA ADMINISTRACIÓN

Los anteriores límites constitucionales a la adopción de medidas regresivas de derechos sociales (que, como presupuesto, no afectan al núcleo mínimo inviolable de estos) son sustancialmente trasladables a la actividad del poder ejecutivo, obviamente con las debidas matizaciones propias de encontrarnos ante un poder público distinto, cuya sumisión al principio de legalidad implica el necesario respeto de la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

Así, ante todo, ni los Gobiernos ni las Administraciones pueden incidir sobre el núcleo esencial intocable de los derechos sociales, en virtud de los razonamientos ya efectuados, como tampoco puede hacerlo, por cierto, el legislador, de conformidad con lo argumentado. Por otro lado, medidas regresivas que intenten la medida extrema de eliminar servicios públicos no serán posibles, dado que, por un lado, la propia CE constitucionaliza diversos servicios públicos que ni siquiera el legislador puede suprimir, y, por otro, las leyes pueden regular otros que han de ser prestados. Así ocurre, por ejemplo, con los servicios mínimos obligatorios del art. 26.1 LBRL que han de ser prestados en todo caso por los municipios⁸⁷. Por tanto, por poner un

⁸⁷ «1. Los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

- a. En todos los municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.
- b. En los municipios con población superior a 5.000 habitantes-equivalentes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.
- c. En los municipios con población superior a 20.000 habitantes-equivalentes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.
- d. En los municipios con población superior a 50.000 habitantes-equivalentes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.»

ejemplo, queda fuera de la posibilidad de un municipio con población superior a 20.000 habitantes suprimir la prestación de servicios sociales vinculados con diversos derechos sociales constitucionales. Si tal cosa pretendiera, como cualquier municipio en relación con cualquiera de las obligaciones jurídicas del art. 26.1 LBRL, la ilegalidad podría ser controlada por los órganos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa (por todas, STS de 28 de abril de 1989), a iniciativa de cualquier vecino del municipio que tiene el derecho a «exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio» (art. 18 g LBRL), lo que puede hacer presentando reclamación contra los presupuestos municipales que no prevean los créditos necesarios (art. 112.3 LBRL) e impugnándolos judicialmente o solicitando el establecimiento del servicio y accionando contra la denegación expresa o presunta municipal, en su caso (y si se trata de una prestación concreta, utilizando la vía del art. 29.1 LJCA contra la inactividad municipal).

Fuera de estas *líneas rojas* primarias, las Administraciones en el marco de su competencia pueden ejercer su discrecionalidad otorgada por el ordenamiento, cuando exista, para suprimir servicios públicos no blindados ni constitucional ni legalmente, rebajar la cantidad o la calidad de prestaciones asociadas a derechos sociales, mediante reglamentos, actos o contratos a tal fin, que modifiquen los estándares de prestación del servicio (mediante el oportuno cambio de las Cartas de Servicios si los establecen, como dijimos) y adopten medidas internas organizativas del servicio público concreto. En este sentido, el régimen de los servicios públicos tiene un carácter estatutario u objetivo, pues los usuarios tienen los derechos y obligaciones que establecen las regulaciones del servicio. Como ha señalado el TC ningún ciudadano tiene derecho, fuera de los casos vistos, a que se establezcan y mantengan prestaciones determinadas (STC 38/1995, entre otras).

Ahora bien, esa amplia discrecionalidad administrativa, de nuevo, no es un poder omnímodo de decisión. Toda decisión, reglamentaria o no, que tome la administración, incluidas las referidas a las prestaciones en el ámbito de un servicio público, deberá respetar una serie de elementos reglados y de principios generales del Derecho, bien conocida y manejada por la jurisprudencia del contencioso-administrativo⁸⁸.

Como es bien sabido, en cuanto a los principios generales del Derecho, en paralelo a los principios que limitan la actividad legislativa, la actividad administrativa, también, claro, la dirigida a la regresión de derechos sociales, debe respetar los principios y derechos de interdicción de la arbitrariedad, seguridad

⁸⁸ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Tomás-Ramón, FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I.

jurídica y confianza legítima⁸⁹, este último ya empleado como parámetro de control de medidas regresivas en relación con el derecho a la vivienda⁹⁰, irre-

⁸⁹ Por todas, STS de 15 de noviembre de 1990:

«Es claro que en el presente caso no se cuestiona la certeza de la norma sino la de la previsibilidad del cambio, lo que conecta, en este caso, el principio de seguridad jurídica, de formulación clásica en nuestro ordenamiento, con el también invocado de la confianza legítima. Y es que Recurso nº 306/97 este Tribunal ha acogido plenamente el principio que hoy aparece explícito en el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999. En efecto, ya a partir de sentencia de 28 de febrero de 1989 y, sobre todo, en sus últimas sentencias esta Sala ha elaborado un cuerpo de doctrina sobre el principio de «confianza legítima», perteneciente al ámbito de la seguridad jurídica y vinculado a otros principios como el de irretroactividad y protección de los derechos adquiridos, que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

El principio de la confianza legítima, que tiene su origen en el Derecho administrativo alemán, ha sido reiteradamente asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «TJCE, sentencias de 13 de julio de 1965 (asunto Lemmerz-Werk) de 16 de mayo de 1979 (asunto Tomadini), de 12 de abril de 1984 (asunto Unifrex), de 26 de abril de 1988 (asunto Hauptzollamt Hamburg-Jonas/P, Krücken), y sobre todo en la doctrina recogida en sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1995», y, en este sentido, forma parte del acervo que integra el Derecho comunitario europeo, en el que los principios generales ocupan un lugar especialmente destacado.

El principio resulta especialmente aplicable cuando se basa en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, unido a unos perjuicios que razonablemente se cree que no se iban a producir (SSTS 28 de julio de 1997 y 23 de mayo de 1998).

La virtualidad del principio puede comportar la anulación de la norma o del acto y, cuando menos, obliga a responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Aunque el Recurso nº 306/97 principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada ventaja (SSTS 17 de febrero de 1998 y 19 de julio de 1999).

En la aplicabilidad del principio han de ponderarse, además de la previsión del régimen transitorio y de la presencia de un interés público perentorio, el conocimiento previo de la medida y su previsibilidad (STS 13 de julio de 1999).»

⁹⁰ Así, son destacables las sentencias de 31 de enero de 2012 y 6 de febrero de 2012, que conocieron de la impugnación del Real Decreto 1730/2010 que modificaba el Real Decreto 2066/2008, por el que se regulaba el plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, en base a la supresión y reducción de subvenciones.

Alegados por los recurrentes (asociaciones de empresarios y promotores, respectivamente, dato probablemente no irrelevante) el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Supremo niega su vulneración por la modificación normativa, con estos razonamientos contenidos en la segunda sentencia:

«Ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, que las modificaciones aprobadas traen causa de un notorio empeoramiento, sucedido después del año 2008, en la situación económica y financiera española y en el mercado de la vivienda o inmobiliario en particular, al que se refiere el preámbulo del Real Decreto 1713/2010.

»La irrupción en España de las consecuencias de la severa crisis financiera mundial, ha dado lugar a un nuevo escenario en el que, por una parte, se ha hecho más difícil la provisión de la financiación hipotecaria necesaria para el subsector de la vivienda, circunstancia que afecta asimismo al Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (en adelante, PEVvR). Por otra parte, se ha hecho imprescindible afrontar un gran esfuerzo de contención y reajuste presupuestario por las Administraciones Públicas, que repercute en todos los ámbitos de la política económica, inclu-

troactividad, igualdad⁹¹ y proporcionalidad, en los términos ya expuestos antes y con las modulaciones propias en su aplicación al poder público, el ejecutivo, al que se imponen.

yendo la relativa a la vivienda, en el cual se enmarca el mencionado PEVyR». El preámbulo del Real Decreto justifica la supresión de otras de las subvenciones estatales «[...] habida cuenta de que la situación actual, con excedentes de suelo edificable y reducciones de sus precios medios, permite dejar de considerar como prioritaria esta modalidad de actuación protegida».

En análogos términos se expresaba la memoria del análisis de impacto normativo: al exponer la «oportunidad» de la nueva norma, la inscribía en el «esfuerzo del Estado para reducir el déficit presupuestario [...] adecuándolo al máximo permitido para los países miembros de la Unión Monetaria en el marco de la Unión Europea». La «necesidad de recortar gastos estatales en materia de vivienda» determinaba, pues, que el Gobierno tuviera que «establecer prioridades», lo que suponía entre otras medidas la reducción de las cuantías de determinadas subvenciones y la supresión de la ayuda estatal directa a la vivienda.

No nos corresponde pronunciarnos sobre la oportunidad de las modificaciones aprobadas ni sobre su mayor o menor impacto económico, favorable o desfavorable para un sector u otro, ni sobre el acierto desde la perspectiva de la política económica en su conjunto, sino exclusivamente enjuiciar si el Real Decreto impugnado vulnera o no disposiciones de rango superior. En el desarrollo argumental de la demanda se vierten no pocas afirmaciones sobre aquellos aspectos (criticando, por ejemplo, la supresión de ayudas públicas a la construcción de viviendas cuyo mantenimiento supondría, según la recurrente, que por vía de retorno impositivo directo se ingresara una cuantía mayor que la suprimida) en las que no vamos a entrar. (...)

Estas alegaciones no pueden ser acogidas. Ante un escenario de profunda crisis financiera, creciente déficit público y necesarios reajustes presupuestarios, situación bien conocida por todos los agentes económicos en los ejercicios 2009 y 2010, no resulta discutible la capacidad normativa –ajustada al rango debido de cada disposición– de que gozan los poderes públicos para reducir o suprimir, a partir de un momento dado (en este caso diciembre de 2010) y respecto del período bienal siguiente, las ayudas públicas, con cargo a los presupuestos, otorgables a los diversos sectores productivos o a las empresas y sujetos individuales que hasta entonces se beneficiaban de ellas. No puede oponerse a dicha capacidad normativa la supuesta confianza de los beneficiarios en que se mantendrían sin variaciones, fuera cual fuera el escenario económico, y en los mismos términos previstos en el año 2008, las subvenciones correspondientes.

Como acto seguido analizamos, la modificación no ha afectado retroactivamente a los derechos ya reconocidos ni a las ayudas concedidas durante el primer bienio del plan 2009-2012 sino tan solo a las correspondientes a los ulteriores años 2011 y 2012, estableciéndose además una norma transitoria que bajo determinadas condiciones perpetúa, también para estos dos últimos años, el régimen precedente.»

En la primera sentencia, al determinar el contenido del principio de seguridad jurídica, se señala que:

«O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general».

⁹¹ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4

«En lo que toca a la segunda de las mencionadas conexiones hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge

Asimismo, si la medida regresiva se contiene en una norma de rango reglamentario, además de respetar el principio de legalidad, deberá respetar y cumplir los principios de buena regulación, ya expuestos y contenidos en la Ley de Economía Sostenible, principios que se articulan técnicamente en el nivel estatal mediante la necesaria realización de impactos normativos, en la estela del movimiento internacional aludido de la *Better* o *smart regulation* de acuerdo con el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio (que desarrolla el art. 24 de la Ley del Gobierno, regulando la memoria del análisis del impacto normativo)⁹² y en el ámbito autonómico de acuerdo con las regulaciones equivalentes que puedan existir, como es el caso de los arts. 59 y ss. de la Ley catalana 26/2010, para los reglamentos aprobados por el Gobierno y la Administración autonómica catalana.

el capítulo III del título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. No cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género (cf., por ejemplo, nuestra STC 155/1987), ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando esta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida.»

⁹² Su exposición de motivos es todo un canto a la mejora de la calidad normativa:

«La mejora de la calidad de las normas se ha constituido en una prioridad para el conjunto de los países de nuestro entorno a lo largo de los últimos años, debido entre otros factores, al papel que los ordenamientos jurídicos juegan como motor del desarrollo sostenible, la competitividad y la creación de empleo, e independientemente del fin último que debe cumplir toda norma, que no es otro que el de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos como destinatarios finales de la misma.

En este sentido, ya en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2005, «legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea», la Comisión recomendaba que todos los Estados miembros estableciesen estrategias para legislar mejor y, en particular, sistemas nacionales de evaluación de impacto que permitiesen determinar las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de una norma, así como las estructuras de apoyo adaptadas a sus circunstancias nacionales.

De acuerdo con estos objetivos, el Gobierno ha venido aprobando en los últimos años un conjunto de medidas para impulsar la mejora de la regulación y la actuación de la Administración.

En línea con lo anterior, el presente real decreto tiene por objeto precisar el contenido de las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como de la memoria económica y del informe sobre el impacto por razón de género, que deben acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, a los que hacen referencia los artículos 22 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que fueron modificados por la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, valoración que reiteró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La finalidad última de la memoria del análisis de impacto normativo será garantizar que a la hora de elaborar y aprobar un proyecto se cuente con la información necesaria para estimar el impacto que la norma supondrá para sus destinatarios y agentes. Para ello, resulta imprescindible motivar la necesidad y oportunidad de la norma proyectada, valorar las diferentes alternativas existentes para la consecución de los fines que se buscan y analizar detalladamente las consecuencias jurídicas y económicas, especialmente sobre la competencia, que se derivarán para los agentes afectados, así como su incidencia desde el punto de vista presupuestario, de impacto de género, y en el orden constitucional de distribución de competencias.»

Pero existe un aspecto más, específico, al tomar en consideración los límites de las medidas regresivas adoptadas por Gobiernos y Administraciones, que no concurre en el caso del legislador. Nos referimos a la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de unos principios constitucionales de buena administración y de un derecho legal a una buena administración, que exigirá la cuidadosa ponderación y justificación de las medidas regresivas que se pretendan adoptar.

3.1. Irreversibilidad y derecho a un buen gobierno y a una buena administración

El reconocimiento paulatino del derecho a una buena administración, en documentos y normas ha llevado a CASSESE a hablar del «siglo de la buena administración»⁹³. Asimismo, este mismo autor ha subrayado como la disciplina legislativa del procedimiento es muy importante y ha constituido «un punto de inflexión en la historia reciente de muchos sistemas político-administrativos (por ejemplo, el americano) y se presenta hoy como un requisito esencial de buena administración»⁹⁴.

La obligación legal de seguimiento de un procedimiento adecuado al desarrollo de la función administrativa, que permita el cumplimiento del deber de buena administración, es relevante. Diversos ordenamientos jurídicos adjetivan el procedimiento administrativo para indicar un plus, más allá de su mero cumplimiento formal. Son los casos, por ejemplo, del ordenamiento argentino (debido proceso adjetivo) (GORDILLO, 1998) o norteamericano o británico (*due process, fair procedure*) (GALLIGAN, 1996), queriendo expresar la idea de que el seguimiento de un procedimiento es condición necesaria, no suficiente. Pero hay más. El procedimiento también puede actuar como mecanismo que permita y facilite la efectividad de los derechos (HABERLE, 1991: 328 y ss.)⁹⁵.

⁹³ CASSESE, S., « Il diritto a la buona amministrazione », *European Review of Public Law*, vol. 21, núm. 3, otoño de 2009, pp. 1037 y ss.

⁹⁴ CASSESE, S., «La disciplina legislativa del procedimiento administrativo. Una análisis comparata», *Il foro italiano*, núm. 1, enero 1993 (el subrayado es nuestro). En idéntico sentido, *vid.* su trabajo titulado «Legislative regulation of adjudicative procedures an introduction», en *European Review of Public Law*, número especial de 1993, dedicado al procedimiento administrativo, pág. 20.

⁹⁵ En España, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 19 a. En Alemania, en el famoso caso *Mülheim-Karlich*, el Tribunal Constitucional federal alemán conoció en 1979 de la impugnación de una autorización relativa a una central nuclear. El Tribunal Constitucional alemán subrayó que la previsión legal procedimental suponía una protección de fundamentales, cuya violación administrativa suponía una vulneración de estos (consultable extractos de la decisión, en español, en SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*, 2009, KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V., pp.143 y ss. http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf)

a. *Contexto del derecho a la buena administración: desarrollos internacionales*

Un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho Administrativo Global o Derecho Administrativo Internacional es el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración, tanto en diversos ordenamientos nacionales como en el ámbito internacional. Un ejemplo de esta tendencia lo podemos encontrar en la labor desarrollada por el *Apellate Body* de la Organización Mundial del Comercio (OMC o WTO, en inglés)⁹⁶. El *Apellate Body* ha dictado diversas interesantes resoluciones en las que ha generado un Derecho común, por mundial, referido al procedimiento administrativo, en el que se incluyen diversas obligaciones procedimentales vinculadas a lo que en la terminología europea se conoce como el derecho a la buena administración⁹⁷.

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa ha sido activo en el ámbito del deber de buena administración. Así, la Recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre buena administración incluye varias sugerencias a los Estados miembros para promover la buena administración. Entre ellas, hay una sobre la adopción de los estándares establecidos en un código modelo que se acompaña como apéndice a la propia Recomendación⁹⁸.

Por lo que se refiere a la Unión Europea, debe resaltarse la conocida consagración en la Carta de Derechos Fundamentales (art. 41):

Derecho a una buena administración

1. *Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.*
2. *Este derecho incluye en particular:*
 - a. *el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;*
 - b. *el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;*
 - c. *la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.*

⁹⁶ Puede consultarse BALLBÉ, M., «El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP*, núm. 174, 2007, pp. 261 y ss.

⁹⁷ PONCE SOLÉ, J. (coord.), *Derecho Administrativo Global*, Marcial Pons, 2010.

⁹⁸ Efectivamente, el apéndice de la misma contiene un Código de Buena Administración con 23 artículos, divididos en tres partes: principios de buena administración, aspectos procedimentales y recursos. Puede consultarse la Recomendación con dicho Código en español en: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/steering_committees/cdcj/Documents/2007/CM%20Recommendation%20SPANISH%20on%20good%20administration.pdf

3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*
4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.*

El Tratado de Lisboa pasa a reconocer a la Carta, y por tanto, a su art. 41, plena virtualidad jurídica⁹⁹. De acuerdo con la Ley Orgánica 2/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, «a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto» en dicha Carta.

En cualquier caso, como es sabido, el derecho a una buena administración solo es de aplicación en las relaciones jurídicas con las instituciones comunitarias, no respecto de las autoridades nacionales, aunque no falten opiniones que entiendan argumentable la necesidad de extender aquel a estas, al menos cuando aplican Derecho comunitario¹⁰⁰.

Además, el Parlamento Europeo ha aprobado el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, por resolución de 2001, posible embrión de una futura codificación del procedimiento administrativo europeo¹⁰¹. Dicha resolución del Parlamento Europeo instó a la Comisión Europea a presentar una propuesta de normativa que contuviera este Código basada en el artículo 308 del Tratado Europeo.

Por lo que se refiere al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, son destacables diversas decisiones, sobre todo desde los años setenta¹⁰², entre ellas, por ejemplo, el caso C-260/90 *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitle* (1991) ECR I-546, anterior a la Carta de Derechos Fundamenta-

⁹⁹ Véase el art. 6.1 del TUE de acuerdo con el Tratado de Lisboa, confiriendo a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

¹⁰⁰ NIETO-GARRIDO, E., MARTÍN DELAGADO, I., *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 2007, pp. 86 y ss.

¹⁰¹ Sobre el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (consultable en: http://www.ombudsman.europa.eu/code/pdf/es/code2005_es.pdf), puede consultarse PONCE SOLÉ, J. (2002), «Good administration and European Public Law», *European Review of Public Law*, vol.14, No 4, invierno, pp. 1503 y ss, y COBREROS MENDAZONA, E. (2002): «Nota al Código Europeo de Buena Conducta Administrativa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, pp. 237 y ss.

¹⁰² Véase PONCE SOLÉ, J., *Deber de...*, op. cit., pp. 143 y ss.

les, en el que la existencia de un deber de buena administración (*due care*) es conectado con el derecho a ser oído y con el deber de motivación¹⁰³. En el caso C-505/09P, sentencia de 29 de marzo de 2012, posterior a la Carta, Estonia contra Comisión, en relación con el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, el tribunal confirma la anulación por Tribunal General de una decisión por vulneración del principio de buena administración de los procedimientos administrativos que significa «la obligación de examinar minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate».

Como ha señalado el Tribunal de Primera Instancia, ahora General, en su sentencia de 30 de enero de 2002 (Caso T-54/99, *Max. mobil Telekommunikation Service GmbH. v. Commission*), ya tras la aprobación de la Carta, el derecho a una buena administración es «uno de los principios generales que son observados en un Estado de Derecho (*governated by the rule of Law*) y son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros», con referencia al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Tribunal de Primera Instancia ha sido particularmente activo en la imposición de una serie de principios de guía del comportamiento de la administración europea: el derecho de acceso a la información, el derecho de audiencia, el principio de cuidado (o debido cuidado o debida diligencia, *due care* o *due diligence*) y la obligación de motivación¹⁰⁴.

Como señala SERIO en su estudio de la jurisprudencia europea sobre buena administración, la misma recoge una noción amplia, (que incluye derechos de defensa, motivación, etc.) y una noción más específica, que se identifica con un mandato de ponderación diligente de los elementos relevantes y pertinentes para la toma de la decisión y de idoneidad de esta para alcanzar el fin perseguido¹⁰⁵.

Esa dicotomía entre el derecho a la buena administración como derecho-paraguas y derecho a la buena administración en su vertiente más específica, y que aporta un plus a los derechos ya existentes, de ponderación diligente y cuidadosa es una constante en el tratamiento del mismo.

Se debe notar, por otra parte, que un deber jurídico parecido se encuentra recogido en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Un informe oficial encargado por el Gobierno sueco a la Agencia sueca para la Gestión Pública, establece una interesante comparación de los principios de buena administración existentes en los ordenamientos jurídicos de los distintos países de la Unión Europea¹⁰⁶.

¹⁰³ En relación a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la buena administración, véase PONCE SOLÉ, J.

¹⁰⁴ Véase NEHL, H.P., *Principles of Administrative Procedures in EC Law*, 1999, Oxford, Hart publishing; Jürgen SCHWARZE, «Judicial Review of European Administrative Procedure», *Public Law*, 49, 2004, pp. 146 y ss..

¹⁰⁵ SERIO, A., *Il principio di buona amministrazione procedurale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

¹⁰⁶ Consultable en <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>

b. *España*

Como hemos desarrollado extensamente en otro lugar¹⁰⁷, teniendo presente el marco constitucional en vigor, puede afirmarse que el desarrollo de la función administrativa está sometido a un *deber jurídico* de buena administración, un deber de hacer consistente en un mandato de actuación que satisfaga una serie de deberes jurídicos previstos en los arts. 9.3, 31.2 y 103.1, actuando de forma *racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica* en su servicio a los intereses generales.

- Del art. 9.3 CE la jurisprudencia ha extraído no solo una prohibición de comportamientos irracionales, sino una exigencia de que «la actuación de la administración sirva con racionalidad los intereses generales» (STS de 11 de junio de 1991, Ar. 4874), adoptando decisiones «coherentes y racionales» (STS de 27 de febrero de 1987, Ar. 3378), de acuerdo con «la racionalidad exigible desde el punto de vista del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (STS de 21 de febrero de 1994, Ar. 1455), señalándose que «la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución) no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación» (STS de 17 de abril de 1990, Ar. 3644), pues el uso de potestades por parte de la Administración «siempre ha de producirse sin sobrepasar el ámbito de la legalidad y de forma ponderada y racionalmente» (STS de 25 de febrero de 1998, Ar. 1410).
- El deber de objetividad demanda una decisión fruto de una fundamentación adecuada y de una ponderación de las circunstancias del caso. Respecto a la fundamentación, esta deberá hallarse en el expediente, donde deberán constar los antecedentes de la decisión finalmente adoptada (véanse los arts. 54.2 LRJPAC, 13 LCAP, 24, b y f LG). En esta línea, el TS ha tenido ocasión, en diversas ocasiones, de poner de relieve esta obligación administrativa de actuación diligente (entre otras, véase la muy interesante STS de 31 de diciembre de 1988, Ar. 10293).

Ahora bien, el principio de objetividad no solo impone el deber de desarrollar una suficiente actividad instructora que quede plasmada en el expediente. Es preciso, en segundo lugar que, además, *ese expediente demuestre que el órgano resolutorio ha tomado en consideración, ha ponderado realmente todos los datos y elementos de juicio allí reunidos*. Así lo exige la STC 66/1985, de 8 de mayo, FJ 5, al señalar que la Administración, antes de adoptar una decisión «debe (...) fundarla, esto es, aportar las razones que le han llevado a la conclusión». De igual modo, diversas SSTS insisten en tal deber jurídico. Como ha sido subrayado por la STS de 26 de enero de 1987 (Ar. 1991), todos los actos

¹⁰⁷ PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido*, Lex Nova, 2001.

administrativos, incluidos los discrecionales, deben estar investidos de una «razón justificante, (...), en concordancia con el principio de objetividad de la actuación administrativa (art. 103.1 de la Constitución)», no bastando que el ejercicio de la función administrativa se fundamente en abstractas acepciones de "discrecionalidad"».

En definitiva, según diversas sentencias del TS, el principio de objetividad exige que la discrecionalidad deba ser desarrollada «ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes»¹⁰⁸. Y esa valoración administrativa de las circunstancias debe existir, siendo, en última instancia, labor judicial verificar su cumplimiento, mediante el análisis del expediente.

Debe notarse, para terminar con el deber jurídico de ponderación derivado del mandato de objetividad, que la decisión final a que conduzca tal ponderación debe tener una relación lógica con la fundamentación existente en el expediente, de tal modo que no es posible adoptar una decisión que esté en oposición al razonamiento seguido durante el entero procedimiento administrativo, sin razones que lo justifiquen. La resolución final debe tener una conexión lógica y racional con los fundamentos de la misma, en virtud del deber de racionalidad que ya conocemos que conecta en el aspecto procedimental con el principio de congruencia (arts. 89 y 138.2 LRJPAC). Por tanto, los informes no vinculantes obrantes en el expediente paradójicamente «vinculan» a la Administración, en el sentido de que esta no puede separarse de los mismos si no es mediante una sólida motivación (art. 54.1 c LRJPAC, entre otras la interesante STS de 15 de octubre de 1981, Ar. 3673). De igual modo, las respuestas ofrecidas durante el transcurso del procedimiento a las alegaciones ciudadanas obliga a una coherencia con la decisión final (véanse las importantes SSTs de 3 de julio de 1993, Ar. 5493 y de 21 de febrero de 1994, Ar. 1455).

– Por lo que se refiere al principio de coordinación, *los arts. 103.1 CE y 4.1 b) LRJPAC –y específicamente en la esfera local los arts. 2.1, 58.2, 59.1 LBRL y 4.6 CEAL– establecen un deber de conocimiento y análisis ponderado de los intereses públicos envueltos en la toma de la decisión, antes de adoptar esta, a fin de lograr una actuación coordinada entre las distintas Administraciones*. Esto significa que en los procedimientos de elaboración de decisiones administrativas en que puedan entrecruzarse diversos intereses públicos *deberá existir un trámite con finalidad coordinadora* (se articule este en forma de informe, aprobación, etc.), así como una *respuesta razonada de las observaciones que en el mismo se efectúen, a la vista de las cuales deberá tomarse la decisión final, que deberá motivarse congruentemente con el procedimiento seguido*. Respecto a las observaciones, alegaciones, sugerencias, o alternativas formuladas por Administraciones Públicas, estas deben ser consideradas y ponderadas por la Administración decisora. En este sentido, *consideramos que puede afirmarse*

¹⁰⁸ STS de 5 de mayo de 1993 (Ar. 3707).

que también en el ámbito de las relaciones interadministrativas existe un deber de toma en consideración y de respuesta razonada de las mismas, deber que es posible afirmar también en este ámbito, como derivación del principio de coordinación y, más específicamente, como obligación jurídica surgida de los arts. 79.1 y 86.3 LRJPAC¹⁰⁹. (Véase en este ámbito la interesante STS de 30 de noviembre de 1993, Ar. 9046, anulando una decisión estatal por vulneración del deber de ponderación de los intereses locales en su adopción).

- *El deber de actuación eficaz se concreta en dos direcciones.* Por un lado, la Administración debe al ejercer la discrecionalidad *ponderar el criterio de eficacia antes de decantarse por las alternativas posibles de servicio a los intereses generales.* Por otro, *la toma de la decisión debe efectuarse con agilidad, sin más demoras que las necesarias para garantizar que la decisión tomada lo es cumpliendo los deberes de buena administración analizados, y, en consecuencia, es fruto de una ponderada reflexión*¹¹⁰. Un ejemplo paradigmático en este sentido, de los muchos que podrían utilizarse, lo constituye el que dio pie a la STS de 18 de septiembre de 1997 (Ar. 6597). Adjudicado un contrato para la construcción y explotación de un vertedero a una empresa privada, esta se ve imposibilitada de iniciar los trabajos, debido a la violenta oposición frontal de los vecinos del municipio donde debía ubicarse la infraestructura. El tribunal rechaza la aplicación del art. 1105 CC, es decir, la existencia de fuerza mayor con la consecuencia de ausencia de respuesta administrativa por los daños causados

¹⁰⁹ Más difícil parece derivar esa obligación del art. 35 e) LRJPAC, dedicado a las relaciones con los ciudadanos, no entre las Administraciones.

¹¹⁰ En cuanto a la vertiente temporal del principio de eficacia, la Administración Pública está sometida a la obligación jurídica de resolver expresamente y, *como máximo*, dentro del plazo establecido por la normativa sectorial o la propia LRJPAC, sin *dilaciones indebidas*. En consecuencia, respecto de los *procedimientos formalizados*, la normativa deberá establecer el plazo máximo de resolución, el cual deberá ser pensado para que responda a las exigencias de celeridad de la actuación administrativa y las compatibilice con los mandatos de objetividad y eficacia, entendida esta como efectividad en el servicio al interés general. Con respeto, en todo caso, a los límites establecidos en el actual art. 42.2 LRJPAC, que tras la modificación operada por la Ley 4/1999, precisa que el plazo máximo para resolver que se fije sectorialmente no podrá exceder de seis meses, salvo que se prevea un plazo superior en una norma con rango de Ley o en la normativa comunitaria europea. Es responsabilidad, por tanto, de la normativa sectorial ponderar estos principios constitucionales, a fin de determinar, en principio, el «plazo razonable» (en la terminología del art. 17 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa) que permita a la Administración cumplir su deber de buena administración y permitir el desarrollo de los derechos de los ciudadanos.

Respecto a los *procedimientos no formalizados*, la propia LRJPAC establece directamente el plazo máximo de resolución, que puede actuar en principio como «plazo razonable», de tres meses (art. 42.3).

De acuerdo con esos plazos estipulados, la Administración deberá actuar diligentemente, cumpliendo las actuaciones instructoras dentro de los plazos fijados en la LRJPAC y resolviendo lo antes posible, en cualquier caso dentro del límite temporal normativo.

a la empresa, pues era obligación administrativa tratar el problema del rechazo social *a priori* y haber evitado la imposibilidad de ejecución del contrato.

- El art. 31.2 se refiere a los principios de economía y eficiencia. Para el principio de economía, un comportamiento administrativo económico es aquel que sirve eficazmente a los intereses generales, ahorrando, en la medida de lo posible, los recursos públicos empleados a tal fin. De conformidad con el principio de eficiencia, la Administración ha de actuar maximizando los recursos disponibles o minimizando los costes, de tal forma que el cómputo total de costes y beneficios que comporte la actuación –integrando los aspectos sociales, medioambientales, etc., aspecto importante que luego precisaremos– sea positivo.

Los principios constitucionales de economía y eficiencia, con cita implícita o explícita, son utilizados ya con normalidad por nuestra jurisprudencia (incluida la del Tribunal Constitucional, en la STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5, donde se negó la posibilidad de acumular dos dictámenes consultivos, uno del Consejo de Estado y otro del órgano autonómico equivalente, en el procedimiento de elaboración de reglamentos ejecutivos, teniendo presente los principios de *eficacia, eficiencia y economía*), aunque esta oscila entre un control laxo¹¹¹, dando poca relevancia a su vulneración, y un control más riguroso, conduciendo su vulneración a la anulación de la decisión administrativa.

Así, pueden señalarse, por ejemplo, en el *ámbito urbanístico* las SSTS de 27 de enero de 1981 y 18 de julio de 1993 que exigen en la elaboración de planes una «previsión lógica y ponderada» de las implicaciones económicas de las alternativas, teniendo en cuenta «cifras reales y ponderadas» (STS de 27 de enero de 1982). En el caso del Plan General, esta ponderación puede ser genérica (STS de 6 de junio de 1995)¹¹², mientras que en los planes parciales o especiales debe-

¹¹¹ Así, STS de 16 de mayo de 1994 (Ar. 4149), en la que, tras acreditarse en el periodo de prueba una serie de deficiencias del estudio económico y financiero del planeamiento (por ejemplo, falta de reflejo de las modificaciones introducidas en las aprobaciones provisional y definitiva, importe de las indemnizaciones por expropiación y datos que hagan referencia al presupuesto del Ayuntamiento), el TS acaba concluyendo que si bien el dictamen pericial emitido pone de relieve numerosas deficiencias, a los efectos de la anulación que se solicita, hubiera sido preciso que de ese dictamen se hubiera podido establecer la conclusión de la inviabilidad de las determinaciones urbanísticas que integran el contenido esencial del plan. Debe recordarse aquí, nuevamente, que los deberes de eficiencia y economía, articulados a través de la obligación jurídica establecida en la normativa urbanística de ponderar los aspectos económicos y plasmar esa ponderación en un estudio específico, deben ser cumplidos por la Administración, a quien compete fundamentar su decisión respecto a estos extremos en el expediente. En consecuencia, la falta de fundamento de la decisión demuestra, en principio, la vulneración de la obligación de seguimiento de un procedimiento debido, no debiendo recaer la carga de la prueba sobre la existencia de esa fundamentación en quien recurre.

¹¹² SIBINA, D., «L'estudi econòmic i financer dels plans d'urbanisme a la jurisprudència», *QDL*, núm. 15, 1997, pp. 106 y 116, al comentar esta consolidada línea jurisprudencial, destaca acertadamente, sin embargo, que no cabe olvidar que el Plan General contiene ya una ordenación

rá ser más precisa (STS 25 de octubre de 1980). La ausencia de un adecuado estudio económico y financiero es equivalente a entender que la ordenación urbanística deviene imposible (STS de 27 de enero de 1982). Toda aprobación o modificación de un plan debe probar que dispone de los medios económicos suficientes para ejecutarlo, con indicación del financiamiento (STS de 24 de abril de 1989), produciéndose la nulidad en caso de que la justificación sea imposible a la luz del caso concreto (STS de 30 de junio de 1989). El criterio del menor costo posible hace preferible la localización de zonas verdes y espacios libres en terrenos no edificados frente a los ya construidos (STS de 24 de noviembre de 1981). En el ámbito *expropiatorio*, si la Administración cuenta ya con un inmueble, no hay necesidad de gasto público para ocupar un bien que no es estrictamente necesario (STS de 30 de diciembre de 1991). En el campo de la *contratación*, destaca la STS de 11 de junio de 1991 (Ar. 4874), origen de una línea jurisprudencial de control de los actos separables en la contratación a través de los principios de buena administración. Esta sentencia anuló la adjudicación de un contrato administrativo porque «*los principios de buena administración imponen una decisión basada en criterios económicos: en igualdad de "alto grado de capacitación, experiencia y medios suficientes" para realizar una obra, la racionalidad de los principios de buena administración exige la elección de la mejor oferta económica, al menos cuando no se invoca razón alguna para apartarse de esa solución*». Finalmente, en el ámbito del ejercicio de la *potestad reglamentaria*, debe tenerse en cuenta las polémicas SSTS dictadas el 27 de noviembre de 2006 en relación a la decisión del Gobierno de trasladar la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a Barcelona¹¹³.

En el contexto de aguda crisis económica actual, los gestores públicos deberán tomar muy en cuenta estas obligaciones jurídicas de buena administración y la jurisdicción contenciosa deberá reforzar su papel de garante de su cumplimiento.

No debe olvidarse, sin embargo, que junto a estas consideraciones económicas existen otras impuestas por nuestra Constitución, ya expuestas, lo que nos lleva a considerar hasta qué punto los criterios de eficiencia y economía, especialmente en medio de una crisis económica, pueden conducir a la reducción o eliminación de las prestaciones asociadas a los derechos sociales. Es preciso negar la posibilidad de la adopción de decisiones administrativas discrecionales con un fundamento único en los criterios de eficiencia y economía, con descui-

detallada y ejecutable respecto al suelo urbano, por lo que, en cuanto a este, el grado de detalle exigible al estudio económico y financiero debe ser ya el mismo que el del planeamiento de desarrollo.

¹¹³ Un análisis de estas sentencias en PONCE SOLÉ, J., «¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno? El traslado de la comisión del mercado de las telecomunicaciones a Barcelona y las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2006», *Revista de Administración Pública*, nº 173, 2007.

do y abandono de todos citados antes. El comportamiento administrativo eficaz debe ser eficiente y económico *en la medida de lo posible* en cada caso concreto. Esta última matización conecta directamente con los *límites de los criterios de eficiencia y economía*, como deberes jurídicos de comportamiento administrativo, por cuanto estos no son reglas, sino principios que deben ser ponderados junto a otros valores, también constitucionales, que pueden demandar su sacrificio total o parcial.

En este sentido, la eficiencia y la economía, y el Análisis Económico del Derecho, son enfoques que constituyen *un* punto de vista que ayudaría a explicar el Derecho y a guiar y limitar el comportamiento administrativo, pero no *el* punto de vista único ni predominante

En la plástica imagen utilizada por CALABRESI y MELAMED en uno de sus trabajos, el análisis económico del Derecho sería «una vista de la Catedral», pero no la Catedral¹¹⁴. Este enfoque se halla limitado por las exigencias de la justicia, de la cual sería la eficiencia una condición necesaria pero no suficiente¹¹⁵. En caso contrario, la identificación de la eficiencia con la justicia conduciría a la muerte del Derecho, al despojarlo de otras consideraciones que no fueran las estrictamente economicistas, como ha sido puesto de relieve por FISS¹¹⁶.

O en las más prosaicas palabras del Tribunal Supremo español en su STS de 12 de enero de 1973 (Ar. 82), por ejemplo, «ni el ahorro de gastos puede inspirar decisoriamente lo que ha de arrancar de mucho más complejas y ponderadas motivaciones del interés público (urbano) al ejercitar las potestades legales en la materia para no incurrir en (...) desviación de poder, que claramente define el art. 83 de la Ley Jurisdiccional».

En España, la legislación de contratos, contiene una referencia clásica a la orientación de la capacidad de contratación de las Administraciones Públicas por

¹¹⁴ Nos referimos a CALABRESI, G., y MELAMED, A.D., «Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, 6, 1972, pp. 1089 y ss.

¹¹⁵ Un ejemplo práctico. Como destaca el Informe de 2010 al Parlamento Catalán del *SÍNDIC DE GREUGES*, «la aplicación de los criterios de racionalidad económica en la programación de la enseñanza» no puede ir en «detrimento de la equidad en la educación. El derecho a la educación en igualdad de oportunidades ha de ser protegido por los poderes públicos», lo que implica, como señala el propio *Síndic* –en relación con distintas alternativas, que analiza, referidas a la supresión o agrupación de ofertas en centros o en barrios, la diferenciación de centros según su oferta de ESO-FP o ESO-Bachillerato, la sustitución o la falta de provisión de ofertas de enseñanza postobligatoria presencial por ofertas de enseñanza a distancia o la ralentización de la provisión de oferta pública en la etapa de 0 a 3 años, que los impactos de los criterios de eficiencia y economía en relación con el derecho a la igualdad educativa (al generar mayor nivel de desigualdad, incluida una mayor segregación escolar sobre el territorio) deban ser ponderados cuidadosamente. Y, añadimos nosotros, también implica que en función de la decisión adoptada, de su justificación y de su afectación del derecho a la educación (art. 27 CE), en conexión con la igualdad (art. 14 CE, relacionado con el art. 9.2 CE), la aplicación de los mismos pueda ocasionar una vulneración de este derecho, defendible judicialmente.

¹¹⁶ FISS, O.M., «¿La muerte del Derecho?», *DOXA*, 10, 1991, pp. 123 y ss.

los principios de buena administración (actual art. 25.1 LCSP). Los modernos Estatutos de Autonomía han recogido el derecho a una buena administración¹¹⁷ y diversa legislación en conexión con estos ha desarrollado su contenido¹¹⁸.

c. *Jurisprudencia sobre el derecho a una buena administración*

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia han empleado el derecho a una buena administración como elemento de control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en repetidas ocasiones y en distintos sectores, con frecuente cita del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Para un análisis de las decenas y decenas de sentencias que ya utilizan con normalidad este parámetro de control, me remito a PONCE, 2010.

Por lo que se refiere al Tribunal Supremo, las primeras sentencias recayeron en el ámbito de la *contratación*, sector donde nuestra legislación tradicionalmente hacía, y hace, alusión a los principios de buena administración como inspiradores de la actividad contractual pública. Pero no ha sido sin embargo la contratación el único ámbito donde el Tribunal Supremo ha hecho uso de la buena administración como parámetro de control, encontrándonos decisiones en ámbitos como el *medioambiental* (donde destaca, por ejemplo, el control de acuerdo de Consejo de Ministros sobre distribución de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (STS de 29 de octubre de 2010, RJ 2011\1067, anulándolo por falta de respuesta a alegaciones de los demandantes durante el procedimiento administrativo), *el dominio público*, *el urbanístico*, *el control de la actividad administrativa de fomento*, *el ejercicio de la potestad autorizatoria*, *el ejercicio de la discrecionalidad por Administraciones independientes o el ejercicio de la potestad reglamentaria*.

En todos estos ámbitos, y en otros, el TS tiende a ligar el derecho a una buena administración con la obligación administrativa de fundamentar y motivar, apoyándose en la Carta. Un ejemplo prototípico, cuya cita excusa la de otras muchas sentencias, es el de la STS de 22 de febrero de 2005 (Ar. 2601) o la STS

¹¹⁷ Es el caso, por ejemplo, del art. 30 del nuevo Estatuto de Autonomía catalán, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, del art. 31 del nuevo Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, del artículo 14 del nuevo Estatuto de Autonomía balear, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, del artículo 12 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, o del art. 9 de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, al Estatuto de Autonomía valenciano.

¹¹⁸ Puede aludirse a la ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 2/2010, de 11 de marzo, de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración y de Gestión Pública, que tiene, según su art. 1, «por objeto fundamental regular y desarrollar el derecho a una buena administración reconocido en el artículo 12 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el marco del propio Estatuto de Autonomía y de la legislación básica del Estado».

de 15 de octubre de 2010 (JUR\2010\366859), la cual, aludiendo a una decisión anterior, señala que:

«El deber de motivación de los actos administrativos que establece el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que se enmarca en el deber de la Administración de servir con objetividad los intereses generales y de actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que impone el artículo 103 de la Constitución, se traduce en la exigencia de que los actos administrativos contengan una referencia precisa y concreta de los hechos y de los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita conocer al administrado la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por los tribunales de lo contencioso-administrativo.

El deber de la Administración de motivar sus decisiones es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que se garantizan en el artículo 9.3 de la Constitución; y puede considerarse como una exigencia constitucional que se deriva del artículo 103, al consagrar el principio de legalidad de la actuación administrativa, según se subraya en la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 2004.

El deber de motivación de las Administraciones Públicas es engarzar en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.»

Siguiendo la senda abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, diversos Tribunales de Justicia autonómicos (entre los que destacan los de Valencia, Cataluña, Andalucía o el País Vasco) están también utilizando la buena administración como técnica de control de la discrecionalidad administrativa, con cita expresa de la Carta de Derechos Fundamentales y de la propia jurisprudencia del TS. Así, por ejemplo en Valencia, la sentencia de 28 de abril de 2008 (JUR\2008\233854), anula una modificación de Plan de Ordenación de Recursos Naturales, pues no encuentra motivación ni fundamentación en el expediente para la misma.

Toda esta jurisprudencia controla no solo la motivación sino la congruencia de esta con el expediente y viceversa o la falta de respuesta administrativa a alegaciones de los ciudadanos efectuadas durante el procedimiento administrativo de adopción de la decisión.

d. Irreversibilidad y derecho a una buena administración. Consecuencias técnico-jurídicas

Todo lo expuesto lleva a confirmar que el respeto del derecho a una buena administración es un requisito que las medidas administrativas regresivas debe-

rán respetar. Respeto que se suma al de del resto de principios jurídicos vistos, entre ellos el de proporcionalidad, que es diferente de la buena administración. Podemos afirmar que el principio de objetividad, integrante del derecho a una buena administración, propugna que la decisión sea ponderada; el de proporcionalidad que no sea desproporcionada; una decisión ponderada puede ser desproporcionada, puesto que el resultado de la ponderación puede vulnerar el principio de proporcionalidad. Ahora bien, una decisión que no sea desproporcionada puede vulnerar, en cambio, el principio de objetividad, porque, esta, a pesar de no infringir el límite del principio de proporcionalidad, no ha sido el resultado de un proceso ponderado de decisión, que es lo que exige el principio del art. 103.1 CE.

Esta distinción se recoge ahora en los arts. 6 y 9 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, dedicados respectivamente al principio de proporcionalidad y a la objetividad.

Asimismo, en caso de producirse una vulneración del deber de comportamiento objetivo de la Administración en relación con una medida regresiva, entendemos que no estaremos ante una desviación de poder. Si bien esta figura no es descartable en relación con la actividad de instrucción en un procedimiento administrativo, consideramos que cuando no se lleva a cabo adecuadamente la actividad de ponderación que exige el principio de objetividad no se produce desviación de poder. Es cierto que ambos problemas tienen un aspecto común: la existencia de un vicio en la causa de la decisión adoptada. Pero la ausencia o insuficiencia de ponderación no supone la persecución de un fin distinto al establecido por el ordenamiento jurídico en relación con la potestad que se ejerce, sino, más sencillamente, el ejercicio defectuoso de esta potestad, un supuesto de mala administración, con independencia de que, efectivamente, se intente perseguir el fin de interés general que justifica la concreta actuación administrativa¹¹⁹.

¹¹⁹ Por ello, no consideramos adecuado el fundamento utilizado por la STS de 27 de septiembre de 1985 (Ar. 4794) para anular la decisión administrativa impugnada. Se trataba de la resolución de un concurso convocado para cubrir una plaza de secretario técnico administrativo de la Administración Postal. El TS aprecia en ese concurso «unas graves irregularidades formales, que trascienden a la no consecución del mencionado fin concreto de designación del mejor capacitado para el puesto, ya que, como admitía la propia Administración, «no había sido constituida para la decisión del concurso la Comisión de Personal» que debía examinar los informes de aptitud emitidos por psicólogos especializados en relación con cada uno de los candidatos, lo que «impidió que se ponderase dicho esencial elemento de la adecuación al puesto o plaza convocada», por lo que la Administración no procedió, como era su deber, a valorar «las diversas circunstancias profesionales y personales concurrentes en los concursantes». Esta ausencia de ponderación, impidió, según el TS, que la Administración pudiera lograr el fin del concurso de méritos, que era «designar al más capacitado para el puesto en función de las objetivadas circunstancias exigidas por los cuatro apartados del baremo valorativo».

A la vista de todo lo expuesto, el TS concluye que se produjo desviación de poder, al existir un notorio apartamiento del fin marcado por el ordenamiento. Sin embargo, el TS no explica cuál era el otro fin perseguido, ni siquiera sugiere que fuera beneficiar a un específico candidato, sino

Esta distinción conceptual se ve ahora recogida en el art. 7 del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, el cual, con el rótulo de «ausencia de abuso de poder», se recoge la prohibición de desviación de poder, distinguiéndola del principio de proporcionalidad (art. 6) y de la objetividad (art. 9).

En definitiva, en materia de reversibilidad de derechos, los Gobiernos y Administraciones, aunque gocen de discrecionalidad, no pueden hacer cualquier cosa de cualquier manera. En las expresivas palabras de BRAIBANT, «incluso cuando las autoridades administrativas están autorizadas a hacer lo que quieran, no pueden hacer no importa qué»¹²⁰. La Administración no puede elegir cualquier solución, por mucho que emplee criterios extrajurídicos para ello. El ordenamiento jurídico desea que la Administración quiera decisiones que no lo vulneren, *pero quiere también que la Administración adopte buenas decisiones, que administre bien en definitiva*. Que cuando decida lo haga para servir de la mejor manera posible a los intereses generales, entre ellos los derechos sociales y la sostenibilidad o cohesión social.

En las palabras de la STS de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840) señala que la «motivación es exigible, por tales razones, (...) cuando la Administración ejercita facultades discrecionales que requieren la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones, o entre una pluralidad de alternativas justas o “razonables” desde el punto de vista del Derecho, o de decidir entre diversas alternativas “jurídicamente indiferenciadas”, como textualmente expresa la Sentencia recurrida –aunque cabría preguntarse si en un Estado de derecho puede admitirse la existencia *a priori* de algo “indiferente jurídicamente”».

En esta línea, debe tenerse presente lo que ha sido señalado por el TS en diversas sentencias, en las que se subraya que esta función del procedimiento administrativo, al señalarse que «en manera alguna cabe confundir la discrecionalidad con el libre arbitrio, por cuanto que si este puede ser fruto de una decisión carente de la necesaria motivación y fundamento, la discrecional es resultado de una libertad decisoria que se produce en el ánimo del órgano resolutorio y decisorio *como resultado de un proceso razonado e intelectualivo en el que sin duda habrán de ser valoradas las circunstancias que puedan dar lugar y con-*

que simplemente señala que no se logró el fin establecido debido a esa ausencia de ponderación de los informes.

En nuestra opinión, este es un caso en que se produce una vulneración del deber constitucional de buena administración, en concreto del deber de objetividad, ante la ausencia de análisis individualizado de las circunstancias del caso. Pero, en principio, y a la vista de las circunstancias descritas en la sentencia, no parece que deba hablarse de desviación de poder, puesto que no cumplir el fin perseguido, a causa de una inadecuada actividad procedimental, no es, *per se*, un supuesto de desviación de poder en sentido técnico (en caso contrario, y llevando el argumento al absurdo, cualquier vicio en un elemento de una decisión administrativa impediría a esta alcanzar el fin de interés general perseguido y, en consecuencia, todos ellos darían lugar siempre a desviaciones de poder).

¹²⁰ Conclusiones BRAIBANT, «CE», de 13 de noviembre de 1970, Sieur Lambert, AJDA, 1971, p. 53.

tribuir a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio»¹²¹. En la STS de 10 de junio de 1994 (Ar. 5241) frente al argumento de que era innecesaria la motivación, el TS señala que:

«lo discrecional no es lo mismo que lo caprichoso, y el margen de libertad que la discrecionalidad otorga a la Administración lo sigue teniendo aunque se le imponga la obligación de expresar los motivos de su actuación, deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto; *en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios*; en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, *la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales –artículo 103.1 de la Constitución Española– y, por tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquier otra ilícita*».

Lo dicho conduce a que la importancia del derecho a una buena administración y las graves consecuencias de su violación tenga unas consecuencias jurídicas específicas:

- a) La necesaria intensificación de la relevancia de los actos trámites en la adopción de decisiones discrecionales, con un uso más frecuente de la causa de impugnación del art. 107.3 LRJPAC referida a la influencia directa o indirecta sobre el fondo del asunto. Una actividad procedimental defectuosa vulnera el derecho a una buena administración y condiciona el fondo de la futura decisión discrecional, por lo que puede ser impugnada separadamente y controlada judicialmente.

Asimismo, tiene todo el sentido solicitar, y otorgar, medidas cautelares consistentes en la paralización del procedimiento hasta la resolución del recurso, puesto que existe aquí un *periculum in mora*, dado que de no paralizar el procedimiento administrativo en marcha, se perdería la finalidad legítima del recurso judicial, que es el restablecimiento de la buena administración en garantía de la mejor decisión final posible para los intereses generales (art. 130 LJCA).

- b) La destrucción de la presunción de legalidad de las decisiones administrativas (art. 57 LRJPAC) cuando se produce vulneración de las obligaciones de buena administración (ausencia o graves deficiencias en expediente y/o motivación, por ejemplo), con la posibilidad correlativa de solicitar, y adoptar, medidas cautelares ante la «apariencia de mal derecho» de la decisión administrativa que viola el derecho a una buena administración y cuya ejecución supondría un «abuso de ejecutividad»¹²².

¹²¹ Sentencias del TS de 10 de febrero de 1984 (Ar. 795) y de 11 de abril de 1994 (Ar. 1918). Las cursivas son nuestras.

¹²² Téngase en cuenta, en este sentido, los autos de la Sala del contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de enero de 2013, referidos a la Orden de la

- c) La vulneración de las obligaciones procedimentales ligadas al derecho a una buena administración debe ser subsumida en el art. 63.1 LRJPAC y acabarse con la utilización del art. 63.2 para considerar vicios «formales» (esto es, referidos al aspecto externo de las decisiones, arts. 55 y 89.5 LRJPAC) a lo que son, en realidad, violaciones de obligaciones de buena administración. O, como mal menor, debería entenderse, sistemáticamente, que cada vez que hay una violación del derecho a una buena administración, la decisión administrativa carece de los «requisitos formales indispensables para alcanzar su fin» (art. 63.2 LRJPAC), esto es, el desarrollo de una buena administración, cláusula tradicionalmente olvidada por nuestra jurisprudencia.

En fin, de estos tres frentes de garantía del derecho a una buena administración –y de forma indirecta, de la buena gestión pública y de la reversión ilegal de derechos constitucionales– nos hemos ocupado extensamente en otro lugar, al que debemos remitirnos ahora¹²³.

3.2. Algunos ejemplos

Para finalizar nos gustaría aludir brevemente a tres casos concretos para ilustrar como el Derecho público puede tener un papel útil en el control de medidas regresivas que afectan a derechos sociales mediante las técnicas jurídicas aludidas.

a. *Irreversibilidad y derecho al medio ambiente: la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el principio ambiental de no regresión*

No es infrecuente que se susciten conflictos referidos a la cuestión de la modificación de ordenaciones urbanísticas que comportan la reducción de zonas verdes, al pasar las previstas en la ordenación anterior a ser zonas edificables en la nueva. Al tratarse del ejercicio de una potestad, como la de planeamiento, de amplísima discrecionalidad, podría parecer, a primera vista, que poco papel le correspondería al Derecho y al control judicial respecto a esta decisión regresiva, que elimina espacios verdes conquistados a la ciudad.

Consejería competente de la Comunidad que conlleva el cierre del Punto de Atención Continuada para servicio de urgencias a partir de las 20 horas en la localidad de Tembleque. Un análisis del caso y vínculos al texto de los autos, puede encontrarse en PONCE SOLÉ, J., «Y les entró Tembleque... límites jurídicos a los recortes públicos y derecho a un buen gobierno y a una buena administración», publicado en marzo de 2013 en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic* y consultable en: <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/03/18/y-les-entro-tembleque%E2%80%A6-limites-juridicos-a-los-recortes-publicos-y-derecho-a-un-buen-gobierno-y-a-una-buena-administracion-%E2%80%93juli-ponce/>

¹²³ PONCE SOLÉ, J. 2001, pp. 759 a 796, analizando con detalle, una a una, las tres vías aquí meramente apuntadas.

Sin embargo, sería esta una conclusión equivocada. El Tribunal Supremo español (así, STS de 30 de septiembre de 2011 o 29 de marzo de 2012), apoyándose en dictámenes del Consejo de Estado (así, Dictamen 3297/2002) ha conectado la existencia de zonas verdes con diversos derechos sociales y con el desarrollo sostenible, ha afirmado la existencia de un «principio de no regresión»¹²⁴, que se vincula con el «carácter irreversible de los derechos humanos», que implica la imposibilidad de alterar calificaciones urbanísticas que afecten a un suelo urbano frágil y escaso (como el de zonas verdes), pues una vez establecida una zona verde esta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula *stand still* propia del Derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo que exista un «plus de motivación exigente» que habrá de acreditar y justificar que el desarrollo sostenible, en este caso urbano, permiten la eliminación de una zona verde de forma coherente y racional con los principios jurídicos vigentes.

Se puede comprobar, pues, como una amplísima discrecionalidad administrativa, la de planificación urbanística, está sometida a límites derivados de los derechos sociales, del principio de desarrollo sostenible y, en conexión a estos, del principio de no regresión, salvo fundamentación y justificación específica y completa de las razones para la eliminación de zonas verdes. Conviene señalar que el razonamiento expuesto no es meramente teórico o retórico, por cuanto el Tribunal Supremo ha anulado, utilizando estos argumentos, diversas ordenaciones urbanísticas.

Por el extraordinario interés que presentan, reproducimos algunos fundamentos jurídicos de la STS de 29 de marzo de 2012:

«Finalmente, respecto del necesario plus en la motivación de los cambios de ordenación cuando afectan a zonas verdes, en los Fundamentos de Derecho Duodécimo, Décimo tercero y Décimo cuarto dijimos:

«Ahora bien, cuando se trata de ubicar una edificación, aunque sea de las características de la ahora proyectada, sobre una zona verde, ha de intensificarse tal exigencia de motivación, más allá de la que habitualmente se precisa.

Esta es precisamente otra peculiaridad del régimen jurídico de la zona verde, que su desaparición, en todo o en parte, sitúa el umbral de motivación en un nivel superior al exigible ordinariamente. No debemos olvidar que estamos ante zonas especialmente sensibles dentro de la ciudad que nacen con una clara vocación de permanencia, que han de ser respetadas en alteraciones del planeamiento posteriores, salvo que concurren razones de interés general que determinen su transformación.

(...) Ahora bien, cuando se trata de hacer desaparecer en todo, o en parte, una zona verde, no basta con explicar por qué se ubicará tal edificación en los jardines

¹²⁴ Sobre este principio en la esfera ambiental y sus relaciones con el de irreversibilidad de derechos, PRIERU, M., «De l'urgent nécessité de Reconnaître le principe de "non régression" en droit de l'environnement», *IUCN Academy of Environmental Law e-Journal Issue 2011* (1), pp. 26 y ss.

de El Prado, es decir, para promover, o extender, un campus universitario, sino que han de expresarse las razones por las que no puede ser construida en otros terrenos para cumplir sustancialmente esa misma finalidad de permitir el uso cualificado por el entorno universitario. Debió explicarse, en definitiva, por qué dicha finalidad no podía ser razonablemente alcanzada mediante la elección de otro emplazamiento que no recortara una zona verde.

El cambio de la calificación de unos terrenos para poder edificar sobre lo que era una zona verde, aunque se mantenga el uso público de la misma porque la construcción sea una biblioteca, solo puede hacerse exponiendo las razones por las que ningún otro emplazamiento, que no liquide una zona verde, es posible. Y en este caso, la Administración reconoce que había otras ubicaciones adecuadas, por lo que debía haberse razonado en qué medida tal ubicación impedía cumplir los objetivos que se alcanzan con su emplazamiento sobre esa zona verde.

(...) Ciertamente, la libertad del planificador urbanístico no desaparece ante las zonas verdes, pero si se reduce considerablemente. Esa libertad queda limitada únicamente a los casos en los se advierta una potente presencia de los intereses generales que demanden la reducción de la zona verde, que no es el caso. Los intereses universitarios no resultan incompatibles, ni se ven perjudicados, con el mantenimiento de la zona verde y el emplazamiento de la biblioteca en otro lugar. El interés público presente en dichas zonas verdes, concebidas para el uso y esparcimiento general de todos los vecinos, resulta no imposible pero sí difícil de abatir.

En definitiva, una vez establecida una zona verde esta constituye un mínimo sin retorno, una suerte de cláusula stand still propia del derecho comunitario, que debe ser respetado, salvo la concurrencia de un interés público prevalente, como viene declarando la doctrina del Consejo de Estado, por todas, Dictamen nº 3297/2002.

Téngase en cuenta que la protección de las zonas verdes, fundamentalmente cuando se encuentran en el centro de las ciudades, como es el caso, nace de la función que cumplen para hacer habitable y respirable la calle, para incrementar las posibilidades del entorno y para aumentar la calidad de vida de sus ciudadanos».

SÉPTIMO. Como continuación de lo anterior, y dada la analogía antes indicada con la cuestión de fondo resuelta en la Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2011, RC 1294/2008, resulta procedente reiterar lo que entonces dijimos en cuanto a la conexión que la protección de las zonas verdes tiene con el carácter sostenible y medioambiental del urbanismo actual, si bien esta condición se proyecta, de forma más directa y efectiva, en relación con la protección de los suelos rústicos de especial protección.

Este plus de protección se nos presenta hoy –en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea– como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa medioambiental. Ya en el apartado I de la exposición de motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (hoy texto refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio –TRLS08–) se apela en el marco de la Constitución española –para justificar el nuevo contenido y dimensión legal– al «bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47», de donde deduce «que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de

manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida». Igualmente, en el mismo apartado I, último párrafo, el reciente legislador apela a que *«el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente»*, y se remite, a continuación, a los mandatos de la Unión Europea sobre la materia advirtiendo *«de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de servicios públicos»*; y, todo ello, porque, según expresa la propia exposición de motivos *«el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable»*, añadiendo que *«desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada...»*. Como ha puesto de manifiesto la buena doctrina española, el TRLS08 lo que, en realidad, aporta *«es una mayor imbricación entre urbanismo y protección del medio ambiente; una especie, digámoslo, de interiorización mas profunda de los valores ambientales en la ordenación territorial y urbanística, hasta hacerlos inescindibles»*.

Pues bien, desde tal consideración –y aun siendo conscientes de que las zonas verdes son suelo urbano, que no rústico protegido– debemos de tomar en consideración lo que al respecto establece el vigente y citado TRLS08, en relación, entre otros extremos, con el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado texto refundido), con los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y con los deberes de los mismos (artículo 5), además, todo ello, del actual contenido del derecho de propiedad (artículo 9), sin olvidar la especial y concreta sanción que, respecto de las zonas verdes, se contiene en su 10.3 en el sentido de que *«serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenanza de las zonas verdes o de espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística»*. Si a ello añadimos, sobre todo, el especial régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), debemos llegar a la conclusión de que actuaciones como las de autos –esto es, modificación de planeamiento que afecta a zonas verdes, sin seguir el procedimiento legalmente previsto– suponen una *«perturbación grave de los intereses generales»* y, en consecuencia, justifican plenamente la especial exigencia procedimental de precedente cita.

El actual análisis de la cuestión relativa a las zonas verdes que nos ocupa –y a su reducción por el planeamiento– debe, pues, partir del mensaje que, en relación con el suelo, se contiene –como hemos expresado– en la propia exposición de motivos del texto refundido; esto es, que *«el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable»*. Pues bien, dentro de ese suelo, escaso y no renovable, el suelo verde urbano –esto es, sus zonas verdes– constituye uno de los componentes más frágiles del mismo, pues, su alteración o supresión –en el ámbito de la ciudad existente–, como consecuencia de las modificaciones o revisiones que el planificador puede or-

questar, determinan unos efectos y consecuencias definitivas e inamovibles: sencillamente su desaparición definitiva en dicho entorno urbano y la dificultad de su sustitución o cambio sin salir del mencionado ámbito urbano que se modifica; pues, se insiste con la exposición de motivos del TRLS08, el suelo –y, mas, el verde urbano– es un evidente bien preciado, no reproducible ni renovable si se produce su desaparición. Efectivamente, la urbanización de la zona verde –con cualquier otro destino– se nos presenta como una actuación prácticamente irreversible, capaz de comprometer el citado recurso natural –o su uso más racional–, además de proyectar consecuencias determinantes y nefastas para otros recursos naturales, tales como el agua, el aire o los ecosistemas. Difícilmente tales actuaciones tendrían encaje en las finalidades que para el urbanismo español se diseñan por la citada y reciente normativa urbanística estatal: *«sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente».*

Ello nos sitúa en el ámbito, propio del Derecho medioambiental, del principio de no regresión, que, en supuestos como el de autos, implicaría la imposibilidad de no regresar de –o, de no poder alterar– una clasificación o calificación urbanística –como podría ser la de las zonas verdes– directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades del planificador urbanístico, de un suelo urbano frágil y escaso. En el fundamento jurídico anterior ya lo hemos mencionado, como principio *stand still*, y que, en otros países, ha sido entendido como *«efecto trinquete»*, como *«intangibilidad de derechos fundamentales»* o *«de derechos adquiridos legislativos»*, o, incluso, como principio de *«carácter irreversible de derechos humanos»*.

También, este principio de no regresión, ha sido considerado como una *«cláusula de statu quo»* o *«de no regresión»*, con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental.

Pues bien, la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea. Ya nos hemos referido, en concreto, al denominado *«Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible»*, del que se ocupa el citado artículo 2º del vigente TRLS08, que impone a las diversas políticas públicas *«relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo»* la obligación de proceder a la utilización del mismo *«conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible»*; por tanto, este principio, ha de estar presente en supuestos como el de autos, en el que se procede a la supresión de unas zonas verdes previstas en un planeamiento anterior, y, en consecuencia, este principio ha de actuar como límite y como contrapeso de dicha actuación, dadas las consecuencias irreversibles de la misma.

En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos –como serían las zonas verdes junto a los terrenos rústicos especialmente protegidos–, implica, exige e impone un plus de motivación exigente, pormenorizada y particularizada en el marco de la potestad discrecionalidad de planificación urbanística de la que –por supuesto– se encuentra investido el planificador.

Debemos reparar en los significativos mandatos que –a nivel de legalidad ordinaria estatal– se contienen (como desarrollo, sin duda, del citado artículo 2º) en el TRSL08; así, al establecer los deberes de los ciudadanos, en el artículo 5.a) se impone «*respetar y contribuir a preservar el medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano...*». Igualmente resulta significativo lo establecido en el artículo 9, al describir el contenido del derecho de propiedad del suelo, precepto que refiere a la obligación de dedicar el mismo a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística, y, en concreto, en relación con el suelo rural, el precepto señala que «*el deber de conservarlo supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud pública, daño o perjuicio a terceros o al interés general, incluido el ambiental*». Por otra parte, debemos destacar el intento del legislador estatal (artículo 13.4) de establecer una serie de exigencias a la normativa autonómica que pretenda una alteración de la delimitación de espacios naturales protegidos; alteraciones que quedarían limitadas a los supuestos de «*cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada*». Por último, debemos hacer referencia (artículo 15) a la necesidad de evaluación ambiental, tanto en relación con planes y programas, como en relación con los proyectos, señalando el precepto que el Informe de Sostenibilidad Ambiental (ISA) de los instrumentos de ordenación deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación. ISA, hoy, regulado en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que, en su exposición de motivos describe el citado informe como el «*instrumento a través del cual se identificarán, describirán y evaluarán los probables efectos significativos sobre el medio ambiente que puedan derivarse de la aplicación del plan o programa, así como las alternativas razonables, incluida entre otras la alternativa cero, que podrían suponer la no realización de dicho plan o programa*».

Por otra parte, y para concluir, debe ponerse de manifiesto que el citado principio de no regresión planificadora –que impone la citada exigencia de especial motivación en supuestos como el que ahora contemplamos– cuenta, también, sin duda, con un importante apoyo en el ámbito normativo comunitario del medio ambiente que hoy impone el nuevo Tratado de Lisboa, cuyo contenido, si bien se observa, es una irreversibilidad, derecho a la salud y falta de

motivación continuada de lo ya establecido en los anteriores textos convencionales europeos. Efectivamente, en el ámbito normativo europeo debemos reparar, en el terreno de los principios, en como toda una ya larga trayectoria medioambiental se ha consolidado en el denominado Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que fue firmado por los representantes de los veintisiete Estados miembros en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, y que entró en vigor el pasado 1 de diciembre de 2009, una vez ratificado por todos los Estados miembros.

Efectivamente, el citado Tratado de Lisboa es el último de los Tratados que, en el pasado, han modificado los Tratados sobre los que se han fundamentado las Comunidades y la Unión Europea, tales como el Acta Única Europea (1986), el Tratado de la Unión Europea (Maastricht) (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2001).

Pues bien, en el Tratado de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa), y en, en concreto, en su preámbulo se expresa que los Estados miembros están «*DECIDIDOS a promover el progreso social y económico de sus pueblos, teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente...*». Por su parte, en el artículo 3.3 se señala que «*la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en... un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente...*».

Se añade, en el apartado 5 del mismo artículo 3, que «*en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta...*». En su artículo 21.d, al establecer las disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión, se señala que esta «*definirá y ejecutará políticas comunes y acciones y se esforzará por lograr un alto grado de cooperación en todos los ámbitos de las relaciones internacionales con el fin de –entre otros extremos– d) apoyar el desarrollo sostenible en los planos económico, social y medioambiental de los países en desarrollo, con el objetivo fundamental de erradicar la pobreza*».

Por otra parte, en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (consolidado tras el Tratado de Lisboa), se señala como el medio ambiente (artículo 4.e) es una competencia compartida con los Estados miembros, imponiéndose en el artículo 11 del mismo Tratado que «*las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*».

Al desarrollo de la anterior competencia dedica este Tratado de Funcionamiento, dentro su título XX (políticas y acciones internas de la Unión), sus

artículos 191 a 193 a la materia de medio ambiente; tratándose de unos preceptos que apuestan decididamente por la sostenibilidad medioambiental, perfilando los tradicionales principios que han servido de sustento y apoyo a tal idea.

Son varios los aspectos que debemos destacar en la nueva configuración comunitaria del medio ambiente, cuyo contenido, si bien se observa, es una continuidad de lo ya establecido en los anteriores textos a los que antes hemos hecho referencia:

- A) La consolidación, dentro del marco comunitario de una *política medioambiental propia*, la cual va contar, según se establece, con el objetivo fundamental de «*un nivel elevado de protección*», que, sin embargo, no tendrá un nivel uniforme, ya que tal política y nivel de protección deberán tener en cuenta «*la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión*».
- B) *El establecimiento, dentro de la mencionada política y del indicado nivel elevado de protección, de unos claros objetivos a conseguir con la misma:*
 - a) *preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente;*
 - b) *proteger la salud de las personas;*
 - c) *utilizar los recursos naturales de forma prudente y racional;*
 - d) *promover medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.*
- C) La consolidación de los *clásicos principios básicos* de la política ambiental, señalándose, en concreto que la misma «*se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los daños al medio ambiente, preferentemente en la fuente, y en el principio de que quien contamina paga*».

Pues bien, como decimos, todo lo anterior viene a ratificar –desde la perspectiva que se expone– en el marco de la expresada tendencia jurídica de no regresión calificadora de protección medioambiental, la señalada exigencia de la especial motivación en el desarrollo de la citada planificación urbanística, cuando con la misma se vean afectadas –como ahora acontece– las zonas verdes; especial motivación que –tras la tramitación de los procedimientos cualificados previstos en cada caso, que es lo que no se ha seguido en el caso que nos ocupa– habrá de acreditar y justificar que el desarrollo sostenible y su integración en el ámbito urbanístico permiten que la desclasificación o descalificación de una zona verde sea sustituida por otra decisión planificadora más coherente y racional con los mismos y expresados principios en materia urbanística o medioambiental.»

b. ***Irreversibilidad, renta mínima de inserción y violación del derecho a una buena administración, de la interdicción de la arbitrariedad y de la confianza legítima***

En Cataluña, la Renta Mínima de Inserción (RMI) se configura como una actuación integral de lucha contra la pobreza y la exclusión social. Esta renta está destinada a atender necesidades básicas, de alimentación y subsistencia, si bien con la vista puesta en el objetivo más general de integración social. La regula la Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, modificada por la Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras.

A raíz de la aprobación de esta última, el 1 de agosto de 2011, pocos días después de su entrada en vigor, la Administración catalana inició un proceso de control del cumplimiento y mantenimiento por parte de los beneficiarios de los requisitos establecidos, en el nuevo contexto legal, que, por ejemplo, exigían la obligación de permanecer de modo continuo en Cataluña. Entre agosto de 2011 y diciembre de 2011 se revisaron más de 20.000 expedientes (un 66% del total). En unos 7.000 casos se procedió a la suspensión del pago de la RMI¹²⁵.

Dada la premura y el momento en que se iniciaron las revisiones de las situaciones personales de los beneficiarios, muchos de ellos no tuvieron conocimiento del requerimiento administrativo; en otros casos, la información proporcionada sobre el proceso de revisión dejó mucho que desear; las resoluciones de suspensión de la RMI frecuentemente eran inmotivadas; se producían en general antes que la persona afectada recibiera la resolución; esta resolución se adoptaba sin trámite de audiencia; los recursos que se presentaban no eran resueltos en plazo; en ocasiones se suspendía el pago por motivos no previstos legalmente (como es estar de viaje antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2011).

A consecuencia de estas actuaciones administrativas, surgió el sufrimiento de muchas personas, afectadas en sus necesidades más básicas, como indica el defensor del pueblo catalán en su actuación de oficio: «en muchos casos se han producido actuaciones incorrectas o carentes de las garantías necesarias en procedimientos de esta trascendencia, y que han dado como resultado que las personas afectadas se hayan visto privadas de los recursos imprescindibles para hacer frente a las necesidades básicas de las familias».

Pues bien, nos parece evidente que, en lenguaje jurídico, y dejando ahora de lado si la Ley 7/2011 al modificar la RMI afectó al contenido mínimo esencial de derechos sociales, las decisiones adoptadas por la Administración catalana, en un contexto de reducción de gasto público, supusieron afectaciones de dere-

¹²⁵ Los datos se obtienen de actuación de oficio iniciada por el defensor del pueblo catalán y del informe de 2011 del defensor al parlamento, consultable en: http://www.sindic.cat/site/files/240/pag_230a233_renda_minima_insercio.pdf

chos de los ciudadanos que violaron principios tales como el de confianza legítima o interdicción de la arbitrariedad, además del derecho a una buena administración, con vulneración directa de la legislación aplicable.

c. Irreversibilidad, derecho a la salud y falta de motivación

Finalmente, podemos hacer mención a la Resolución de 2 de agosto de 2012, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a la actualización de la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud (publicada en el BOE de 17 de agosto de 2012).

Esta resolución supone la aplicación del art. 85 ter. 1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Este precepto indica lo siguiente:

«Artículo 85 ter. Exclusión de la prestación farmacéutica de medicamentos y productos sanitarios.

1. El órgano responsable de la prestación farmacéutica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad actualizará, *mediante resolución motivada*, la lista de medicamentos que quedan excluidos de la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud.

2. La motivación de la exclusión responderá a alguno de los siguientes criterios:

- a) El establecimiento de precios seleccionados.
- b) La convivencia con un medicamento sin receta con la que comparte principio activo y dosis.
- c) La consideración del medicamento como publicitario en nuestro entorno europeo.
- d) Que el principio activo cuente con un perfil de seguridad y eficacia favorable y suficientemente documentado a través de años de experiencia y un uso extenso.
- e) Por estar indicados en el tratamiento de síntomas menores.
- f) Por cumplir cualquiera de los criterios de no inclusión en financiación pública recogido en el apartado 2 del artículo 89.»

Por su parte, este art. 89.2, en lo que ahora interesa, indica:

«Artículo 89. Procedimiento para la financiación pública.

2. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad revisará los grupos, subgrupos, categorías y/o clases de medicamentos *cuya financiación no se estime necesaria para cubrir las necesidades sanitarias básicas de la población española*. En todo caso, no se incluirán en la prestación farmacéutica medicamentos sin receta, medicamentos que no se utilicen para el tratamiento de una patología claramente determinada, ni los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares.

Tampoco se financiarán los medicamentos indicados en el tratamiento de síndromes y/o síntomas de gravedad menor, ni aquellos que, aun habiendo sido autorizados de acuerdo a la normativa vigente en su momento, no respondan a las necesidades terapéuticas actuales, entendiéndose por tal un balance beneficio/riesgo desfavorable en las enfermedades para las que estén indicados.»

Pues bien, la lectura de la resolución en el BOE permite comprobar que la misma coloca en una tabla de tres columnas, el código nacional del medicamento, el nombre presentación y, en la tercera, el motivo, que simplemente se indica con una letra, de la *a* a la *f*, correspondiendo a los apartados del reproducido art. 85 ter 2 de la Ley. Sin embargo, en numerosas ocasiones, por ejemplo, la letra *f* es aludida como motivo, y esta remite a un motivo de exclusión como es que «la financiación no se estime necesaria para cubrir las necesidades sanitarias básicas de la población española».

¿Cuáles son esas necesidades sanitarias básicas? ¿Por qué no se estima necesaria la financiación? ¿Qué ocurre con la explicación del resto de causas de la *a* a la *e*? ¿Cuál es, por ejemplo, el síntoma menor? ¿Cómo saber si el principio activo cuenta con la seguridad y eficacia favorable y suficientemente documentada? ¿Estamos ante una motivación suficiente de una decisión administrativa incidiendo sobre el art. 43 CE que cumple los requerimientos del art. 9.3 CE, del derecho a una buena administración y del art. 54 LRJPAC? ¿Permite una letra del abecedario ofrecer la garantía de una buena administración y de los derechos de los ciudadanos? Son, creemos, dudas legítimas a la vista del contenido de la resolución comentada.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES Y ALGUNAS PROPUESTAS JURÍDICAS CONCRETAS

Este estudio ha analizado la cuestión de la posible reversibilidad de los derechos sociales, sus límites y condiciones, en el marco de la preocupante situación económico-social actual. Partiendo de la situación doctrinal y jurisprudencial existente en España, el trabajo ha argumentado como la Constitución contiene auténticos derechos subjetivos sociales exigibles jurídicamente y entretnejidos con otros derechos constitucionales. Si bien se toma en consideración el principio de estabilidad presupuestaria y los criterios de eficiencia y economía contenidos en la Constitución, tras tener en cuenta la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y de los tribunales de otros países, se concluye que los derechos sociales tienen un núcleo mínimo inviolable, resistente a intervenciones legislativas y administrativas, que, caso de afectarlo, serán inconstitucionales.

En el resto del contenido del derecho, cabrían medidas regresivas siempre que respeten una serie de requisitos constitucionales y legales, que se exponen a lo largo del estudio. Si no lo hacen, las medidas de reversión del derecho serán antijurídicas.

1. DERECHOS, CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, BUENA ADMINISTRACIÓN

1.1. **El papel del legislador, de los Gobiernos y de las Administraciones Públicas**

La tesis central de este estudio es, de acuerdo con lo dicho, pues, fácil de exponer. En nuestra Constitución existen derechos sociales. Estos derechos sociales tienen un núcleo mínimo inviolable, resistente a intervenciones legislativas y administrativas, que, caso de afectarlo, serán inconstitucionales. En el resto del contenido del derecho, cabrán medidas regresivas siempre que respeten una serie de requisitos constitucionales y legales, que han sido expuestos. Si no lo hacen, las medidas de reversión del derecho serán antijurídicas.

Esta tesis central creemos que es respetuosa con el ámbito de apreciación del legislador, limitado por la Constitución, y con la discrecionalidad administrativa, limitada por el ordenamiento jurídico. Legislativo y ejecutivo pueden tomar medidas regresivas, pero no cualquier medida regresiva, ni de cualquier modo. En caso contrario, por lo que se refiere al legislador, cabría decir, con JEFFERSON, que «173 déspotas serán, sin duda, tan opresivos como uno solo»¹²⁶ y por lo que se refiere a la Administración, que en la evitación y control de su arbitrariedad nos jugamos los derechos de los ciudadanos y su dignidad como integrantes de unas sociedades *decentes* que, por serlo, tienen como condición necesaria el respeto de los derechos¹²⁷

1.2. Otros actores jurídicos: órganos consultivos, Ombudsman

Legislador y Administración tienen la competencia y responsabilidad de definir, en cada momento, lo que sea el contenido mínimo intocable de los derechos sociales y de no adoptar medidas regresivas en este ámbito. Si bien determinar ese contenido mínimo es, como hemos visto, tarea no fácil, es imprescindible y su apreciación no podrá separarse de la realidad social en una sociedad democrática dada. La contribución de otras instituciones públicas puede ser importante en la tarea conjunta de precisar y actualizar ese núcleo. Éste es el caso de los órganos administrativo consultivos, como el Consejo de Estado, al que hemos aludido a propósito de la no regresión y las zonas verdes, o de los defensores del pueblo, que mediante sus informes pueden intentar, en colaboración con la sociedad, ayudar a tal precisión.

1.3. El control por parte del TC y de la jurisdicción contenciosa

En todo caso, la decisión final regresiva será controlable jurídicamente bien por el Tribunal Constitucional bien por la jurisdicción contenciosa, que se alzan, en definitiva, como baluartes finales, con todas las dificultades que se quieran, de los derechos sociales. En este contexto, y por las razones aducidas en el texto, no tiene sentido contraponer legitimidad democrática con control judicial, pues Estado de derecho y Estado democrático son complementarios, junto con la cláusula social que les acompaña¹²⁸.

¹²⁶ BLANCO VALDÉS, R.L., *El valor de la Constitución: Separación de Poderes, Supremacía de la Ley y Control de Constitucionalidad en Los Orígenes Del Estado Liberal*, Alianza, 1998, p. 95.

¹²⁷ MARGALIT, A., *La sociedad decente*, Paidós, 1997.

¹²⁸ Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y control de la Administración*, Civitas, 2009.

2. LA PROMOCIÓN DE LA MEJORA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL IMPULSO DE LA BUENA GESTIÓN PÚBLICA COMO GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES

Est2 estudio finaliza proponiendo seis medidas concretas que, de adoptarse en el futuro, podrían ayudar a racionalizar jurídicamente la tensión entre los derechos y el principio de estabilidad presupuestaria constitucional, coadyuvando a una mejor gestión pública y una mayor sostenibilidad social.

2.1. La fijación del contenido mínimo y esencial de los derechos socio-económicos

Las normas reguladoras de los derechos sociales y de las prestaciones de servicio público a ellas asociadas deberían explicitar qué consideran el contenido mínimo y esencial de los derechos sociales y qué entienden por contenido accesorio o complementario, susceptible, entonces de reversión o regresión. Esta explicitación ayudaría, primero, a suscitar la discusión durante la elaboración de las normas. En segundo lugar, a impulsar su control jurídico una vez aprobadas, en caso que la determinación no haya sido fundamentada y justificada. Y en tercer lugar, permite de cara al futuro mantener al margen de la regresión un núcleo definido (aunque revisable, claro).

2.2. La determinación de la «sostenibilidad social» del art. 135 CE y de la Ley Orgánica como límite al principio de estabilidad presupuestaria

La Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria ha desaprovechado una oportunidad importante de definir la sostenibilidad social como límite al déficit. En todo caso, en contextos de recesión económica, los elementos expuestos en el texto permiten configurar esta sostenibilidad como equivalente a la cohesión social vinculada a los servicios públicos conectados con derechos sociales y al núcleo mínimo de estos asociado a la dignidad.

Como ya señalamos, ni la CE ni la Ley Orgánica orientan y limitan la discrecionalidad en la interpretación y aplicación de este concepto que puede actuar, no lo olvidemos, como *freno de mano* de las políticas públicas dirigidas a contener el déficit y de válvula para rebajar la presión sobre el Estado social¹²⁹.

¹²⁹ Recordemos que el art. 135 CE señala que cuando se alcanzan los límites de déficit o deuda no podrá existir «ninguna regla o medida social que aumente el gasto mientras no se arbitren otras que reduzcan otros gastos públicos o aumenten los ingresos en igual o mayor medida», salvo en el «caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados» (art. 135.4 CE).

La sostenibilidad social, pues, aparece como una noción amplísima, aunque no vacía de contenido. Acudiendo al concepto de sostenibilidad social manejado por la UE y por la legislación española en ciertos sectores, que hemos expuesto, proponemos entender que se perjudica considerablemente a la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales que, desde una perspectiva singular, impliquen *afectaciones del núcleo mínimo inviolable de derechos sociales* al que nos hemos referido (y en este caso, so pena de exponerse a una declaración de inconstitucionalidad posterior, debería excepcionarse el límite de déficit y respetar dicho mínimo blindado) *y comprometan la sostenibilidad o cohesión social* de la sociedad española, en los términos que hemos expuesto aquí.

Ahora bien, si queremos hablar seriamente sobre sostenibilidad social, *debe mejorarse la calidad normativa por lo que se refiere a la especificación de este concepto*, en su caso mediante uso de la potestad reglamentaria a tal fin, estableciéndose *indicadores* lo más precisos posibles de cuando una crisis económica perjudica considerablemente a la sostenibilidad social (indicadores relativos a niveles de desempleo, entre otros, por ejemplo). Véase lo que se dirá enseguida a propósito de la importancia de la buena calidad normativa.

2.3. La promoción de la inclusión de la cláusula de progresividad y de reversibilidad limitada siguiendo el PIDESC

La inclusión normativa de la cláusula de progresividad en materia de derechos sociales, como se prevé en el PIDESC y de la necesidad de fundamentar y justificar especialmente la regresión en este ámbito sería altamente positiva¹³⁰.

¹³⁰ Recordemos diversos preceptos del PIDESC.

El art. 11 del PIDESC señala que:

«Artículo 11

1. Los Estados partes lo presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una *mejora continua de las condiciones de existencia*. Los Estados partes *tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho*, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.»

Mientras que el art. 2 establece que:

«Artículo 2

1. Cada uno de los Estados partes lo presente pacto *se compromete a adoptar medidas*, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*»

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo encargado de supervisar el cumplimiento de este pacto, ha destacado en su Observación General número 3 de 1990 que:

«Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto *requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de

Tal inclusión normativa podría hacerse a nivel constitucional o bien a nivel legal, incluyéndose sistemáticamente en las grandes leyes reguladoras de los derechos sociales.

2.4. El impulso de la *better o smart regulation*

En fin, por todo lo dicho, parece evidente la necesidad de que la calidad normativa cale en nuestro país, tanto a nivel legal como reglamentario. Los procesos debidos de toma de decisiones legislativas o administrativas, junto con la motivación de las mismas, devienen cruciales para los derechos sociales, como evaluación *ex ante* de los impactos que posibles medidas regresivas vayan a tener en los ciudadanos y en la colectividad. Asimismo, la mejora de la normativa debe «permitir a los ciudadanos conocer el alcance de sus derechos pudiendo exigirlos en vía administrativa y judicial. Fijar el contenido mínimo de los derechos sociales que, incluso en tiempo de crisis, deben constituir una prioridad presupuestaria y no pueden ser objeto de un tratamiento regresivo porque son derechos constitucionalmente protegidos con un núcleo inatacable exigible judicialmente» (NOGUEIRA y ARIAS, 2012: 283). Véase sobre este punto lo que se dirá más adelante en relación a las Cartas de Servicio.

En España queda todavía un largo camino para que esta corriente cale entre los responsables políticos y gestores públicos y para realizar los ajustes normativos precisos para impulsarla, como, por ejemplo, una lectura del art. 49 LBRL revela, al mostrar la todavía existente parquedad en la regulación del procedimiento debido de aprobación de ordenanzas locales, las cuales pueden tener notable incidencia en los derechos sociales de los ciudadanos en la práctica de los servicios públicos locales.

Este impulso de la mejora normativa debería alcanzar también a aquella decisión normativa que tiene la capacidad de impactar notablemente en los derechos sociales (aunque éstos no sólo dependan del gasto público, como hemos repetido). Nos referimos a la ley de presupuestos. Efectivamente, en la literatura internacional es creciente, aunque reciente, el interés por el denominado enfoque de los Presupuestos con perspectiva de Derechos Humanos. Se trata de una interesante aproximación, en la que ahora no podemos detenernos, que subraya la importancia del trabajo en el proceso de elaboración de los presupuestos y en el contenido de éstos en relación con la protección de los derechos sociales (MABEL IVANEGA y GUTIÉRREZ, 2007). Sería posible, a la luz de estos desarrollos, plantear en un futuro la posibilidad de que la propia legislación presupuestaria, sino la Constitución, estableciera estándares mínimos presupuestarios para hacer efectivos derechos sociales que vincularan a las leyes de presupuestos anuales.

los derechos previstos en lo pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.»

2.5. La promoción de las Cartas de Servicio de los servicios públicos y los servicios de interés general: límites mínimos de derechos sociales vs. límites máximos gasto público

Si bien el art. 135 CE establece ahora límites de gasto con incidencia posible en derechos sociales, al fijar el déficit público como parámetro último, no existe en nuestro Derecho ningún límite de inversión en materia de derechos sociales. En este sentido, una técnica de gestión de servicios públicos, caso de ser impulsada decididamente, podría ayudar a establecer un suelo mínimo en materia de prestaciones sociales. Nos referimos a las Cartas de Servicio.

Estos documentos (*Citizen's Charters*, en Reino Unido; *Chartes*, en Francia), de naturaleza jurídica aún discutida en España¹³¹ (sobre las que existen diversas opiniones doctrinales, que van desde considerarlas *soft law*¹³², hasta atribuirles naturaleza normativa¹³³), constituyen elementos de promoción de la gestión pública de calidad y de la garantía del derecho a una buena administración en conexión con los derechos sociales, al concretar las obligaciones dimanantes de este. La aprobación de Cartas de Servicio puede ayudar a precisar el contenido del derecho a una buena administración y de las obligaciones públicas conectadas. A nivel estatal, como es sabido, han sido reguladas de la mano del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado. Por su parte, por ejemplo, el art. 30.3 del Estatuto remite a las leyes «*determinar los casos en que las Administraciones Públicas de Cataluña y los servicios públicos que de ella dependen deben adoptar una carta de derechos de los usuarios y de obligaciones de los prestadores*».

Ahora, la ley catalana 26/2010 señala en su art. 23, que debe interpretarse sistemáticamente con el derecho a una buena administración del art. 22, que:

«Artículo 23. Derecho a servicios públicos de calidad.

1. Todos los ciudadanos tienen derecho a:

- Acceder en condiciones de igualdad a los servicios públicos y a que estos sean de calidad.
- Plantear las sugerencias y las quejas relativas al funcionamiento de la actividad administrativa.

2. En el ámbito de la Administración de la Generalidad, el Gobierno debe establecer por decreto el procedimiento específico para la atención y la respuesta a las

¹³¹ Aunque en algún caso sí que la normativa precisa su naturaleza jurídica, como en el caso de la Ley foral 21/2005, cuyo artículo 18.2 afirma que «No tienen el carácter de disposiciones normativas y no surten efectos jurídicos vinculantes».

¹³² SARMIENTO, D., *El soft law administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 111 y ss.

¹³³ TORNOS MAS, J., «Las cartas de servicios», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 10, 2006, pp. 76 y ss., propugnando la aplicación a las cartas el régimen jurídico de los reglamentos.

sugerencias, reclamaciones y quejas con relación a la prestación de los servicios públicos de su titularidad.

3. Las Administraciones Públicas de Cataluña deben impulsar la aplicación de cartas de servicios y otros instrumentos de calidad, en los términos establecidos por la correspondiente normativa.»

La Ley catalana, pues, no impone la aprobación de cartas de forma concreta, sino que se remite a la correspondiente normativa, apartándose así de otras Leyes autonómicas que exigen directamente tal aprobación, como es el caso de la Ley 2/2010, de 11 de marzo de Derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de Gestión Pública, cuyo artículo 65 exige («pondrá a disposición») tal aprobación. Por su parte, como ya dijimos, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, exige este tipo de instrumentos en ciertos supuestos (art. 26).

La aprobación de Cartas de Servicio puede ayudar a precisar el contenido del derecho a una buena administración y de las obligaciones públicas conectadas. Al fijar compromisos en dichas cartas, se establecen estándares de actuación, que ayudarán además, en su caso, a dilucidar si el daño derivado de la actuación o inactividad administrativa debe dar lugar a responsabilidad¹³⁴. Pero queda un largo camino por recorrer todavía en la implementación efectiva de las mismas que podría ser ayudada por una regulación normativa más clara y que les otorgará el valor que sin duda estarían llamadas a tener¹³⁵.

¹³⁴ TORNOS MAS, J. «Las Cartas de Servicio», *QDL*, 2006, pp. 72 y ss.

¹³⁵ Como señala en Cataluña *El informe sobre Bon govern i transparència administrativa de 2005* (http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Funcio%20Publica/Documents/Estudis/Arxius/doc_83851192_1.pdf):

«La figura que s'està estenent més per aconseguir aquesta finalitat és la de la carta de serveis. Amb la carta de serveis, cada organisme, dependència o servei públic expressa amb detall lès funcions o prestacions que estan sota la seva responsabilitat i es compromet formalment a proporcionar-les dins d'uns terminis màxims i amb uns requisits determinats mínims de qualitat.

Pràcticament cap dels departaments i organismes de la Generalitat no s'ha dotat de la corresponent carta de serveis i, em general, aquesta Administració no ha fet cap gest significatiu per formalitzar davant dels ciutadans o dels usuaris dels seus serveis compromisos concrets de compliment efectiu de lès prestacions que aquests li requereixen.

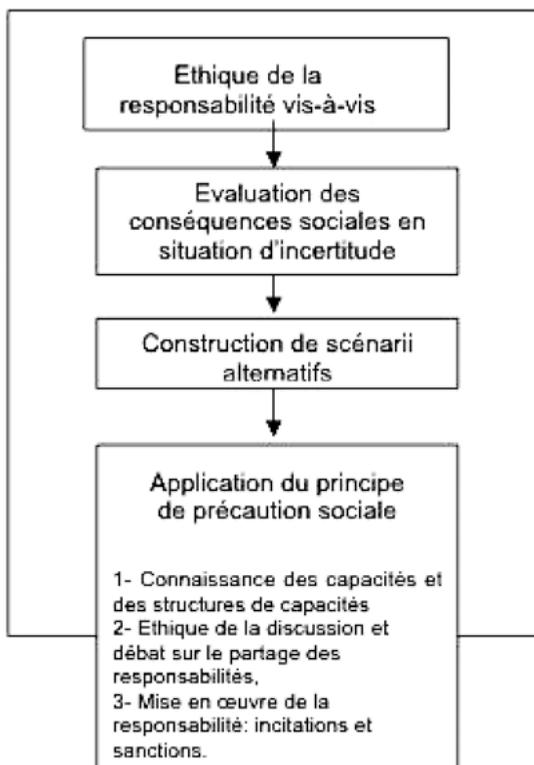
Proposem, per tant, generalitzar la figura de serveis a tots els departaments, organismes, empreses i, en general, serveis de la Generalitat, tant els prestats directament com els externalitzats, i formalitzar a través d'aquesta compromisos concrets i tangibles de prestació, dins de terminis i nivells de qualitat garantits, amb el benentès que qualsevol incompliment d'aquests compromisos hauria de generar la corresponent compensació o indemnització a favor del damnificat.»

Asimismo, en Cataluña, de acuerdo con un informe en 2006, en 16 departamentos, solo existían 4, y de 30 organismos autónomos, solo 1 tenía Carta de Servicios. Véase «Els sistemes de rendició de comptes en l'esfera pública a Catalunya i el seu entorn sociopolític: un estat de la qüestió», noviembre de 2008, consultable en: http://www20.gencat.cat/docs/governacio/Qualitat%20democr%C3%A0tica/02_Divulgacio,%20formacio%20i%20recerca/04_Recerca/Arxius/rendicio_comptes_informe.pdf

2.6. Por una evaluación de impacto social (EIS)

En fin, todo lo expuesto nos lleva a reclamar la extensión de la sensibilidad en torno a los impactos que en la sostenibilidad y cohesión social pueden tener las medidas regresivas que impactan en derechos sociales. Una creciente consciencia sobre la importancia del desarrollo sostenible socialmente, que, conjuntamente con el económico y social, permita a las generaciones presentes y futuras la mejora de sus capacidades para el bienestar, está generando reflexiones sobre la necesidad de que un principio de *precaución social* cristalice entre nosotros, a modo y semejanza que el principio de precaución ambiental ya lo ha hecho¹³⁶. Principio de precaución social en la adopción de medidas regresivas para los derechos ciudadanos que podría ir acompañado del establecimiento de auténticas evaluaciones de impactos social (EIS), de nuevo a imagen y semejanza de las evaluaciones de impacto ambiental bien asentadas ya entre nosotros, pero que no aciertan a

¹³⁶ Así, JÉRÔME BALLETT, JEAN-LUC DUBOIS I y FRANÇOIS-RÉGIS MAHIEU, insisten en esta idea en su trabajo « À la recherche du développement socialement durable: concepts fondamentaux et principes de base », en *Développement durable et territoires* [En ligne], Dossier 3 : Les dimensions humaine et sociale du Développement Durable, mis en ligne le 22 juin 2004, consulté le 01 juillet 2011. URL : <http://developpementdurable.revues.org/1165>, utilizando este esquema:



cubrir los impactos sociales de las decisiones públicas, como pone de relieve FOSTER, quien cita diversas sentencias de Tribunales estatales norteamericanos que han controlado decisiones públicas por ausencia de consideración en la toma de las mismas de impactos sociales significativos (FOSTER, 2006: 553 y ss.).

El desarrollo sostenible ambiental puede inspirarnos, pues, técnicas jurídicas concretas transponibles al campo social y que impulsen la real evaluación del impacto que posibles medidas de reversión de conquistas sociales van a tener en los colectivos en las que van a recaer y la evitación de la adopción de medidas normativas regresivas si no hay certidumbre sobre los impactos que puedan tener en la cohesión y sostenibilidad social.

* * *

Para finalizar, debemos volver a recordar el tremendo impacto que está teniendo entre nuestros conciudadanos la crisis que se inició en 2008, que como dijimos, ha dado lugar a una pobreza más extensa, intensa y crónica, ligada a un desempleo que en otoño de 2012 alcanzó el 25% (el doble entre los jóvenes) reflejada en diversos indicadores preocupantes¹³⁷. Políticas públicas que conlleven la reversibilidad de derechos sociales afectando a su contenido último intocable o que vulneren los límites jurídicos vistos deberían ser declaradas antiju-

¹³⁷ Como dijimos y de acuerdo con diversas fuentes que manejan datos oficiales:

- Las personas bajo el umbral de pobreza se cifra en 10,5 millones de pobres, siendo el 21,8% de la población en 2010, cuando en el 2007 era el 19,7% (ECV).
- El número de hogares con todos sus miembros activos en paro ha pasado de 413.300 hogares en el primer trimestre del año 2007 (2,7%) a 1.728.400 en el 1º trimestre de 2012 (9,1%) (EPA). Es decir se ha multiplicado por cuatro en cinco años.
- La tasa de paro ha pasado del 8,47 % en 1º trimestre de 2007 al 24,3% en el 2º trimestre de 2012, de 1.856.100 a 5.693.100 personas en paro (EPA). El paro se ha multiplicado por 3 en 5 años. En otoño de 2012, el paro ya alcanzó el 25%.
- El número de ejecuciones hipotecarias se ha multiplicado por tres, pasando de 25.943 en el año 2007 a 77.854 en el 2011, aunque alcanzó la cifra de 93.636 en el año 2010.
- El número de personas receptoras de rentas mínimas se ha duplicado, pasando de 103.071 personas en 2007, a 192.633 en el año 2010.
- El umbral de pobreza ha caído de 7.980 € al año en 2009 a 7.818 € en el 2010, lo que significa que no solo hay más pobres (extensión), sino que son relativamente más pobres (intensidad) (ECV).
- Según la Contabilidad Nacional, la renta nacional disponible neta a precios de mercado por habitante en valor real ha pasado de 16.603 € al año en 2007 a 15.149 € al año en el 2010. La renta disponible por persona cayó en términos reales cerca de un 9%.
- El paro de la persona principal del hogar se ha multiplicado por tres, pasando del 6,5% en el 2007 al 17,9% en el 2011 (INE-EPA).
- El número de hogares con dificultades para llegar a final de mes ha pasado del 26,8% en 2007 al 30,6% en el 2010 (INE-ECV).
- El número de hogares sin ingresos ha pasado de 2,12% en el año 2007 al 3,35% en el 2012. 583.700 hogares sin ingresos (INE-EPA).
- En el 2011, el 50% de las personas desempleadas (en paro) son «parados de larga duración» (llevan más de un año buscando empleo), cuando en el año 2007 eran el 22,7%. (EPA).

rídicas por las vías expuestas, pero también deberían ser consideradas como medidas insostenibles socialmente debido a sus impactos.

* * *

En todo caso, como señala el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, en referencia a la crisis que desde 2008 asola España, es preciso recordar la importancia de efectuar evaluaciones sobre el coste económico que las decisiones públicas van a suponer para evaluar sus impactos en las arcas públicas y la sociedad:

«La democracia es un largo proceso que hay que ir afianzando cada día. Reglas como las que recuerdo, tan conectadas con la participación y la transparencia son elementales y deberían lucir en todas las actuaciones del sector público. Y es que hay que comenzar a empeñarse en garantizar el más adecuado funcionamiento de la cosa pública. El Estado, en todos sus niveles, es algo muy importante que hay que tomarse en serio y defender a toda costa»¹³⁸.

Corresponderá al Derecho del siglo XXI avanzar en esta dirección para el logro de mayor sostenibilidad en un marco de equidad para nuestras sociedades.

¹³⁸ MARTÍN-RETORTILLO, L., «¿Cuánto nos va a costar cada clavo?», *Heraldo de Aragón*, 14 de julio de 2012.

CAPÍTULO IV

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA SUECA PARA LA GESTIÓN PÚBLICA, *Principles of Good Administration. In the Member States of the European Union*, 2005 (<http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>)
- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002.
- AGUADO, V. y NOGUERA, B., *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, 2012.
- ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, CEC, Madrid, 1989.
- ALLEGRETTI, U., *Amministrazione Publica e Costituzione*, CEDAM, Padova, 1996.
- ANDERSEN, R., «Les principes généraux de la procédure d'élaboration de la décision administrative en droit administrative Belge», en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pp. 137 y ss.
- ANDREANI, A., *Il principio Costituzionali di buon andamento della pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1979.
- AÑÓN ROIG, M.M. y GARCÍA AÑÓN, J., *Lecciones de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004.
- ARBÓS, X., «La regulación estatal y el buen gobierno», en GINER, S., SARASA, S. (Ed.), *Buen Gobierno y Política Social*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 201 y ss.
- ASCHER, F., *Los nuevos principios del urbanismo*, Alianza, Madrid, 2004.
- ASÚA BATARRITA, A., «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria», en ASÚA BATARRITA, A., *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, 1997, pp. 13 y ss.
- ATIENZA, Manuel, Prólogo a la obra coordinada por Courtis, C., *Observar la Ley*, Trotta, 2006, pp. 9 y ss.
- BALLET, Dubois y FRANÇOIS-RÉGIS, Mahieu, « À la recherche du développement socialement durable: concepts fondamentaux et principes de base », en *Développement*

durable et territoires [En ligne], Dossier 3 : Les dimensions humaine et sociale du Développement Durable, mis en ligne le 22 juin 2004, consulté le 01 juillet 2011.
URL : <http://developpementdurable.revues.org/1165>

- BAÑÓN, R. y CARRILLO, E. (Comps.), *La nueva Administración Pública*, Alianza, Madrid, 1997.
- BARNES, Javier (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006.
- BASSOLS COMA, M., «La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho Público económico; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria», *Noticias de la Unión Europea*, 325, febrero 2012, pp. 3 y ss.
- , «El principio de buena administración y la función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas», en AA.VV., *El Tribunal de Cuentas en España*, IEF, vol. I, 1982, pp. 259 y ss.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos», *DS Vol. 2*, enero-diciembre 1994, pp. 87 y ss.
- BENVENUTI, Feliciano, «Funzione amministrativa, procedimento, processo», *RTDP*, 1952, pp. 118 y ss.
- BORTOLOTTI, D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1984.
- BREYER, S., «Vermont Yankee and the Courts' role in the nuclear energy controversy», *Harvard Law Review*, 91, 1978.
- BULLINGER, M., «La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial», *La Ley*, año VIII, núm. 1831, 30 de octubre de 1987.
- CAILLOSE, J., «Droit administratif et sciences sociales», en Ruffert, Mathias (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, pp. 171 y ss.
- CALABRESI, G., y MELAMED, A.D., «Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the Cathedral», *Harvard Law Review*, vol. 85, 6, 1972, pp. 1089 y ss. CARRILLO, E., «Legitimidad y modernización de la Administración Pública», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 7-8, 1996-1997, pp. 148 y ss.
- CALVO GARCÍA, M., «Paradojas regulativas: Las contradicciones del Derecho en el Estado intervencionista», en AÑÓN, M.J.; BERGALLI, R.; CALVO, M.; CASANOVAS, P., *Derecho y sociedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales», *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- , «Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, coord. por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, Vol. 2, 2012, pp. 3825-3850.
- CASSESE, S., «La disciplina legislativa del procedimiento administrativo. Una análisis comparata», *Il foro italiano*, núm. 1, enero 1993.

- CORTINA, A., «El futuro de los derechos sociales», en ARARTEKO, *Vigencia y futuro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Ararteko, 1999, pp. 51 y ss.
- CHEVALLIER, J., «Vers un droit postmoderne? Les transformations de la régulation juridique», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, número 3, 1998, pp. 660 y ss.
- CHITI, M.P., «Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio», en Civitarese, S.; FERRARI, E.; URBANI, P. *Il governo del territorio*, Giuffrè editore, Milà, 2003, pp. 162 y ss.
- COBREROS MENDOZA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, IVAP, Oñati, 1988.
- COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Presses Universitaires de France, París, 1985.
- COMELLA DORDA, R., *Límites del poder reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, CEDECS, Barcelona, 1997.
- COMITÉ DE LAS REGIONES (2007), Dictamen de 2007 sobre política de vivienda y política regional. (Consultable en: http://coropinions.cor.europa.eu/CORopinionDocument.aspx?identifiant=cdr\coter-iv\dossiers\coter-iv-006\cdr345-2006_fin_ac.doc&language=ES)
- COMMITTEE OF THE JUSTICE, *All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom: Administrative Justice. Some Necessary Reforms*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- COMMONWEALTH SECRETARIAT: *Promoting Good Governance. Principes, Pratiques and Perspectives*, 2000.
- COSTA, J.P., «Rapport de synthèse», *European Review of Public Law*, 1993, en el número especial dedicado al procedimiento administrativo.
- COURTIS, C. (ed.), *Observer la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006.
- CRAIG, P.P., «Procedures and Administrative decisionmaking: a Common Law Perspective», en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pp. 55 y ss.
- DAVIS, K.C.: *Discretionary Justice. A preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1969.
- DE GRAAF, K.M., JANS, J.H., MARSEILLE, A.T. & DE RIDDER, J., *Quality of Decision-Making in Public Law*, Europa Law Publishing, 2007.
- DE VOS, P.L. y BAX, J., «The procedure of Administrative decisions in the Netherlands», en el número monográfico dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, 1993, pp. 239 y ss.
- ELY, J., *Democracia and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.

- DÍAZ CREGO, M., «Derechos sociales y amparo constitucional», *RVAP*, núm. 94, 2012, pp. 17 y ss.
- FALZONE, G., *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1997, 2ª ed.
- , *De la Arbitrariedad del Legislador*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2002, 3ª ed.
- FISS, O.M., «¿La muerte del Derecho?», *DOXA*, 10, 1991, pp. 123 y ss.
- FOSTER, S., «The City as an Ecological Space: Social Capital and Urban Land Use», *Notre Dame Law Review*, Vol. 82:2, diciembre de 2006, pp. 527 y ss.
- FUENTES VEGA, S., *Realidad y racionalidad en el control del sector público*, INAP, Madrid, 1986.
- GALLIGAN, D.J., *Due Process and Fair Procedures*, Clarendon Press, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 3ª ed. 1983.
- , «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», *RAP*, núm. 30, 1959.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., *Técnica Legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Civitas, Madrid, 2010.
- GELLHORN, E. y LEVIN, R., *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 5ª ed., 2007.
- GONÇALVES LOUREIRO, Joao Carlos Simoes, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações)*, Coimbra editora, 1995.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 1994, 2ª ed.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- HARLOW, C., «Codification of E.C. Administrative Procedures? Fitting the foot to the shoe or the shoe to the foot», *European Law Journal*, vol. 2, núm. 1, marzo 1996, pp. 3 y ss.
- ISAAC, G., *La procédure administrative non contentieuse*, Librairie general de droit et jurisprudence, Paris, 1968.
- LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000.
- LANDIS, J.M., *The Administrative Process*, Yale University Press, New Haven, 1938.

- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, Ariel, 6ª ed., 1976.
- LEVENTHAL, H., «Environmental decisionmaking and the role of the courts», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, núm. 3, 1974, pp. 509 y ss.
- LINDBLOM, C., «The science of “Muddling through”», *Public Administration Review*, núm. 19, 1959, pp. 79 y ss.
- LOPERENA ROTA, D., «La irreversibilidad de los derechos sociales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2102
- LÓPEZ MENUDO, F., «Los derechos sociales en los estatutos de Autonomía», Ponencia elaborada para el IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Valladolid los días 6 y 7 de febrero de 2009 y que figura en el libro de Actas y Ponencias de dicho Congreso, publicado por la Editorial Lex Nova, Valladolid, 2009. El mismo texto puede consultarse en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, N.º. 73, 2009, pp. 71-190 (<http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=76215>)
- MABEL IVANEGA, M. y GUTIÉRREZ COLANTUONO, P. «El reconocimiento y la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales frente a las omisiones estatales. Los límites presupuestarios», *AFDUDC*, 11, 2007, 359-376.
- MALARET, E., «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en TORNOS MAS, Joaquín (Dir.), *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 301 y ss.
- MARTÍN RETORTILLO, L., «Crisis económica y transformaciones administrativa», *REDA*, 153, enero-marzo, 2012, pp. 89 y ss.
- , *Los derechos fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009.
- , *Del derecho administrativo de nuestro tiempo: (el libro de los prólogos)*, Buenos Aires Ciudad Argentina, 1996.
- , *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, 1ª ed. Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- MASHAW, J.L., «The Supreme Court’s due process calculus for administrative adjudication in *Mathews v. Eldridge*. Three factors in search of a theory of value», *Univ. Ch. L. R.*, 44, 1976, pp. 46 y ss.
- , *Due process in the administrative state*, Yale University Press, 1985.
- MCGARITY, T.O., «A cost benefit state», *Administrative Law Review*, vol. 50, núm. 1, 1998, pp. 7 y ss.
- MEDINA GUERRRO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MEGRET, «De l’obligation pour l’administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l’affaire avant de prendre une décision, même discrétionnaire», *Études et documents du Conseil d’État*, 1953, pp. 77 y ss.

- MILLET, «The Right to Good Administration in European Law», *Public Law*, verano 2002, pp. 309 y ss.
- MINISTERIO DE FOMENTO, *La desigualdad urbana en España*, 2000. (Consultable en: <http://habitat.aq.upm.es/duel/>) (Última visita efectuada: 1 de marzo de 2006.)
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Legislar mejor*, Madrid, 2009.
- MOREAU, J., «Les conséquences des illégalités procedurales en droit administratif français», en el número especial de 1993 dedicado al procedimiento administrativo de la *European Review of Public Law*, pp. 85 y ss.
- MUÑOZ MACHADO, S., «La organización de los sistemas de salud», en ASOCIACIÓN JURISTA DE LA SALUD, *I Congreso Derecho y Salud*, Comunidad de Madrid, 1993, pp. 82 y ss.
- NAPOLITANO, G y ABRESCIA, M., *Analisi Economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- NEHL, H.P., *Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, 1999.
- NIETO-GARRIDO, E, y MARTÍN DELAGADO, I., *European Administrative Law in The Constitutional Treaty*, Hart, 2007.
- NOGUERIA, A. y ARIAS MARTÍNEZ, M.A., «Blindar el Estado social: una mejora regulatoria para un tiempo de crisis», en AA.VV., *Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2012, pp. 275 y ss.
- OLOFF, M., *The logic of collective action. Public goods ant the theory of groups*, Harvard University Press, 1995, 16ª ed.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2008). *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Adición. Misión a España*.
- ORTEGA, L. y DE LA SIERRA, S. (Coord.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- PALICI DI SUNI PRAT, Elisabetta: *I diritti al procedimento*, Giappichelli, Torino, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991.
- , «El estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos», *Revista de Administración Pública*, 153, septiembre-diciembre, 2000, pp. 217 y ss.
- , *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- PARLAMENTO EUROPEO (2007). Informe sobre política de vivienda y política regional (Consultable en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0183+0+DOC+XML+V0//ES>)
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.
- PONCE SOLÉ, J., «Y les entró Tembleque... límites jurídicos a los recortes públicos y derecho a un buen gobierno y a una buena administración», publicado en marzo de 2013 en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic* y consultable en: [http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/03/18/y-les-entro-tembleque%](http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/03/18/y-les-entro-tembleque%20)

- E2%80%A6-limites-juridicos-a-los-recortes-publicos-y-derecho-a-un-buen-go-bierno-y-a-una-buena-administracion-%E2%80%93-juli-ponce/
- , *Segregación escolar e inmigración. Derecho y políticas públicas urbanas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- , *Poder local y guetos urbanos*, INAP-Fundació Pi i Sunyer, Madrid, 2002.
- , *Deber de buena administración y Derecho al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- POSNER, R., «An economic approach to legal procedure and judicial administration», *The Journal of Legal Studies*, 2, 1973, pp. 399 y ss.
- PRATS CATALÀ, J., «Derecho y Management en las Administraciones Públicas», en BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J., *Lecturas de gestión pública*, MAP, Madrid, 1996.
- REAL FERRER, G., «La solidaridad en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, número 161, 2003.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- , *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SCALIA, A., «Vermont Yankee: the APA, the D.C. circuit, and the Supreme Court», *The Supreme Court Review*, 1978.
- SCHMIDT-ASSMAN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, 2003.
- , «El procedimiento administrativo. Entre el principio del Estado de Derecho y el Principio Democrático», en BARNES, J. (Coord.), *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
- SCHWARTZ, B., *The new right and the constitution. Turning back the legal clock*, Northeastern University Press, Boston, 1990.
- SHAPIRO, M., «Equality and Diversity», *European Review of Public Law*, vol. 11, núm. 2, verano, 1999, pp. 371-415.
- SIMON HERBERT, A., *Administrative Behaviour*, Free Press, 4ª ed., 1997.
- SINDIC DE GREUGES, *Código de buenas prácticas administrativas*, Barcelona, 2009 (consultable en: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/2527/codigo%20buenas%20practicas%20administrativas.pdf>)
- , *Informe al Parlament 2010*, pp. 92 y ss., consultable en: <http://www.sindic.cat/es/page.asp?id=20>
- SÖDERMAN, J., «El derecho fundamental a la buena administración», *GJ*, núm. 214, julio/agosto, pp. 8 y ss. 2001.

- STEWART, R.B., «The reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, vol. 88, núm. 8, pp. 1669 y ss.
- STRAUSS, P.L., «From expertise to politics: the transformation of American Rulemaking», *Wake Forest Law Review*, vol. 31, núm. 3, 1996.
- TORNOS MAS, J., «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», en en MARTÍN-REBOLLO, L. (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I., 2009.
- , «Crisis del Estado del bienestar. El papel del derecho administrativo», ponencia presentada al XIX Congreso Italo Español de profesores de Derecho Administrativo, Madrid, 18, 19 y 20 de octubre de 2012.
- VAQUER, M., *La acción social*, Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia 2002.
- , «El criterio de eficiencia en el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, septiembre-diciembre 2011, pp. 91 y ss.
- , «Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad», en *Instituto de Derecho Público, Anuario de las CCAA 2011*, pp. 75 y ss, IDP, Barcelona, 2012 (en prensa).
- VILLORIA MENDIETA, M., «El papel de la burocracia en la transición y consolidación de la democracia española: primera aproximación», *Revista española de ciencia política*, vol. I, núm. 1, 1999, pp. 113 y ss.
- WAKEFIELD, J., *The Right to Good Administration*, Kluwer, 2007.
- WOODHOUSE, D., *In Pursuit of Good Administration. Ministers, Civil Servants and Judges*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- ZAPATA-BARRERO, R., «Políticas de acomodación de la inmigración y administración local: La gestión de la coexistencia», en GUILLOT, J. (Dir.), *Immigració i poders locals. Ciutats i persones*, ICPSB, 2003.
- ZEGHBIB, H., «Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse», *Revue du Droit Public*, núm. 2, 1998, pp. 467 y ss.
- ZIAMOU, T., *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2001.
- ZORN, C.K., «The public perspective on public administration», *Int'l. J. of Public Admin.*, núm. 21 (6-8), 1998, pp. 1119 y ss.



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE HACIENDA
Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

INAP

ISBN 978-84-7088-844-1



9 788470 88844 1

P.V.P.
15 €
(IVA incluido)