

REGRESIONES LEGALES EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL¹

JULI PONCE SOLÉ
Universidad de Barcelona

Resumen: El presente trabajo afirma la existencia de un núcleo resistente o mínimo vital de los derechos sociales contenidos en la constitución española. Dicho núcleo resistente no puede ser afectado ni por el legislador ni por el poder ejecutivo, al que este estudio presta singular atención. En relación a aquellas prestaciones del derecho que no formen parte de ese mínimo vital, los poderes públicos pueden eliminarlas o rebajarlas, siempre y cuando respeten una serie de principios constitucionales que limitan tal actividad así como los principios legales de buena regulación. En el caso del poder ejecutivo, gobierno y administración deben respetar además los principios constitucionales de buena administración así como el derecho legal a una buena administración existente en el ordenamiento español. Finalmente, el trabajo considera, con ejemplos concretos, cuál debe ser el importante papel del tribunal constitucional y de la jurisdicción contenciosa administrativa, así como los límites que la litigación tiene para la defensa del estado social y democrático de derecho.

Palabras clave: Derechos sociales, mínimo vital, recortes de gasto público, estado social, control judicial.

Abstract: *The work affirms the existence of a minimum resistant core of social rights in the Spanish constitution. This core cannot be affected neither by the legislator nor by the executive power, to the that this study focus on. In relation to those parts of the right that do not form part of this vital core, public powers can eliminate them or reduce them, as long as they respect a series of constitutional principles that limit such activity as well as the legal principles of good regulation. In the case of the executive power, government and administration have to respect the constitutional principles of good administration as well as the legal right to good administration established by Spanish legislation. Finally, the study considers with examples the important paper of the constitutional court and of the administrative judges, as well as the limits that litigation has for the defense of the social and democratic state.*

Keywords: *Social rights, minimum core, cuts of public expenditures, social state, judicial review.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL NÚCLEO RESISTENTE DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL MÍNIMO VITAL. 3. EL NÚCLEO RESISTENTE DE LOS DERECHOS

¹ El presente trabajo se basa en partes del libro *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*, publicado por el INAP en 2013. Puede consultarse gratuitamente en la biblioteca digital de este organismo, en: http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_y_la_reversibilidad/EI%20derecho_y_%20la_reversibilidad.pdf. El texto fue presentado en las *Jornadas Os Dereitos Sociais Na CriseA Crise Dos Dereitos Sociais*, en octubre de 2013, en Santiago de Compostela. Para esta publicación, el trabajo ha sido enriquecido con diversas aportaciones con nuevas referencias jurisprudenciales y enfoques sobre las conexiones entre políticas públicas, derechos y movimientos sociales.

SOCIALES Y LOS PODERES PÚBLICOS. 4. RECORTES Y DISRECCIONALIDAD: DE LA LUCHA CONTRA LAS ARBITRARIEDADES DEL PODER A LA BUENA ADMINISTRACIÓN. 5. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE A LOS RECORTES.

1. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas, queremos destacar cómo los derechos sociales poseen un núcleo resistente a posibles medidas regresivas que supongan su reversibilidad, a “recortes” que afecten a ciertas prestaciones; como ese núcleo hace ilegales tales medidas regresivas; y cuáles son las virtualidades del derecho a una buena administración, como instrumento de protección del Estado social, los derechos sociales y los servicios públicos asociados, mediante su protección judicial, de conformidad con la jurisprudencia española recaída al respecto.

Es éste un tema de gran calado, del que vamos a ofrecer aquí sólo algunas pinceladas referidas al poder ejecutivo (para más detalle, y con consideraciones referidas al legislador, PONCE: 2013).

2. EL NÚCLEO RESISTENTE DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL MÍNIMO VITAL

Partiendo de la base de la existencia de auténticos derechos subjetivos sociales en constituciones como la española, interconectados con otros derechos constitucionales, los cuales, como mínimo, establecen obligaciones públicas de medios², se trata de averiguar si los derechos constitucionales sociales, allí donde estén reconocidos, como en España, 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 destrucción³.

En España, ha sido CARRO (CARRO, 2008: 377 y ss) 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

² Con más detalle, PONCE SOLÉ, J. (2013), pp. 29 y ss., y ESCOBAR ROCA (2012), pp. 292 y ss. y 502 y ss.

³ 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”

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 éstos estuvieran a la total disponibilidad del legislador, privando a la norma constitucional de una mínima efectividad frente a la actividad (o no actividad) de éste”.

Si acudimos al análisis de los derechos de nuestro entorno, descubriremos que países como Alemania⁴, Italia⁵, Argentina⁶, Colombia⁷, Perú⁸

⁴ 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*), y es, por tanto, inconstitucional. Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 9 de febrero de 2012, que 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, 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.

⁵ 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, Sentencia núm. 304 de 1994.

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de 24 de abril de 2012, referida al derecho a la vivienda.

⁷ La Corte Constitucional Colombiana introdujo en 1992 (Sentencia T-426/1992) el derecho a un mínimo vital al señalar que “ Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario- es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”. En aplicación de esta constante doctrina jurisprudencial, el Tribunal Constitucional colombiano ha resuelto en favor del demandante “casos de mora en el pago y en el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social; la mora en el pago de salarios; el despido de mujer embarazada; la falta de prestación de servicios de salud al trabajador por negligencia de su empleador al no pagar seguro o por negligencia de la entidad prestadora de servicio y la exclusión de medicamentos y tratamientos del Plan Obligatorio de Salud cuando la Corte considera que esta exclusión amenaza el derecho a la vida o a la integridad física. Entre éstos últimos supuestos encontramos sentencias como son el tratamiento del SIDA, Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 1998, del cáncer T-283 de 1998, con parálisis cerebral T-286 de 1998 que necesitan equipos ortopédicos T-597 de 1993, o intervenciones quirúrgicas T-571 de 1998.

⁸ Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado también su propia doctrina sobre el mínimo vital, como en la sentencia exp. 2016-2004-AA/TC. En la misma se conoció de la demanda de un paciente relativa a la provisión de medicamentos necesarios para el tratamiento del SIDA. El Tribunal Constitucional peruano estima la demanda, obligando a la Administración a proveer el tratamiento necesario, señalando algo que puede ser de interés también en nuestro contexto:

Portugal⁹ o Canadá¹⁰, por ejemplo, tienen una jurisprudencia procedente de sus tribunales (constitucionales, en su caso) que establecen unos límites constitucionales generales a la regresividad en materia de derechos sociales y al cambio de modelo social sin modificación de la Constitución.

En todos estas decisiones, parece abrirse paso la idea de un *mínimo vital* resistente, idea de la que pueden encontrarse rastros en nuestra propia jurisprudencia (CARRO, 2012). Éste ámbito es un mínimo esencial, un reducto protegido de las afectaciones de los poderes públicos, entendido como el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia y un nivel de vida digno así como las necesidades básicas. Éste mínimo vital no alude únicamente al pago de unos ingresos mínimos (como la denominada en las legislaciones autonómicas de asistencia social Renta Mínima de Inserción Renta o la propuesta efectuada de crear en el futuro una Renta Básica Universal¹¹). El mínimo vital, ese contenido esencial de los derechos sociales, implica la prestación de servicios públicos precisos para satisfacer necesidades básicas.

De toda esta jurisprudencia inspiradora y de la estructura de nuestro propio ordenamiento jurídico, cabe detectar diversos vínculos constitucionales en España para las decisiones públicas que afecten al núcleo mínimo de los derechos.

³⁴ *Al respecto, este Tribunal considera que aun cuando el presupuesto de la República se sustenta en el principio de legalidad, y que es inadmisibile la ejecución de gastos no aprobados en la Ley de Presupuesto Anual, ello no resulta un alegato con fuerza suficiente frente a la amenaza o vulneración de derechos, pues es el caso que, sin involucrar mayores recursos de los ya presupuestados, los mismos puedan destinarse priorizando la atención de situaciones concretas de mayor gravedad o emergencia, como en el caso de autos.*

Por consiguiente, consideramos que la recaudación presupuestal no puede ser entendida literalmente como un objetivo en sí mismo, ya que se olvidaría su condición de medio para conseguir el logro de objetivos estatales, cuyos fines son lograr una máxima atención en la protección de los derechos de los ciudadanos.

³⁵ *La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda. Por ello, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas.*

⁹ En el caso portugués, téngase en cuenta especialmente el Acórdão del tribunal constitucional portugués 509/2002, refiriéndose a un núcleo esencial de existencia mínima inherente al respeto de la dignidad de la persona humana. Sin embargo, en las diversas sentencias entre el tribunal constitucional portugués ha controlado las decisiones presupuestarias del legislador Català se ha hecho referencia a este núcleo esencial y cuando lo ha hecho (Acórdão 187/2013) lo ha sido como obiter dicta y no formando parte de la ratio decidendi.

¹⁰ Sentencia Eldridge v. British Columbia (Attorney General) [1997] 3 S.c.R. 624, referida a la igualdad, el derecho a la salud y los servicios sanitarios

¹¹ Véase CELI (2012).

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, 2012) y alemanes (GUTIÉRREZ, 44 y 45) han destacado. El Tribunal Constitucional español ha hecho frecuente uso del concepto de dignidad de la persona en numerosas sentencias (GUTIÉRREZ, 2005)¹². El Tribunal Supremo español se ha referido, por ejemplo, en alguna ocasión a la conexión entre vivienda y dignidad, como 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”.

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 (PONCE, 2011 y 2013, 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 núcleos*, tomando en cuenta, por tanto, este límite infranqueable, que debería ser excepcionado, 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.

Ese núcleo mínimo indispensable de los derechos sociales debe ser determinado (1), guarda conexiones con los conceptos constitucionales de contenidos 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).

¹² 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.

1. 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. 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 que incida (alojamiento, salud, etc) y el momento temporal y la realidad social, quienes determinarán el núcleo mínimo vinculado a la dignidad de acuerdo con la imagen social que se tenga del mismo (CARRO, 2008: 378 y ss, PISARELLO, 2007: 85 y ss). Obviamente, su decisión será en todo caso controlable jurídicamente, pues no cabe una libertad omnimoda 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 español).

2. Si ese núcleo mínimo de los derechos sociales no es equivalente al contenido esencial, en todo caso se le parecería bastante¹³. Llamemos contenido esencial, mínimo vital, núcleo resistente o de cualquier otro modo al ámbito de los derechos sociales vinculado a la dignidad y *blindado*¹⁴, la aproximación de la jurisprudencia

¹³ Dado que aquél, 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”.

¹⁴ 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

constitucional sobre el contenido esencial sigue siendo de utilidad a nuestros efectos.

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.

En todo caso, dos recientes SSTC de 2014 sobre tasas y recetas médicas en Cataluña y Madrid reconocen la existencia de un núcleo mínimo intocable por el legislador, que denominan “prestación básica”, que se deriva de su fijación, en este caso, en la cartera común del sistema nacional de Salud¹⁵. Se confirmaría, pues, que los diversos derechos constitucionales (en este caso, el de salud) tienen un núcleo mínimo inviolable, incluso por el legislador, estatal o autonómico (sea llamado contenido esencial, en el caso de los derechos mencionados en el art. 53.2 CE, o mínimo vital, en cuanto a los derechos de los artes. 39 y ss).

3. EL NÚCLEO RESISTENTE DE LOS DERECHOS SOCIALES Y EL MÍNIMO VITAL

El límite, la vinculación negativa de los poderes públicos 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 o la actuación 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 (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 sólo 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).

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 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 éste supera esas condiciones básicas estatales.

¹⁵ Ambas SSTC son consultables en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=21022>, FJ 3 c STC 71/2014, http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2014_047/2013-00191STC.pdf FJ 7 b

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.

A la vista de lo expuesto, pues, ni los Gobiernos ni las Administraciones, que son los que aquí nos interesan, 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.

4. RECORTES Y DISCRECIONALIDAD: DE LA LUCHA CONTRA LAS ARBITRARIEDADES DEL PODER A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

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-administrativo.

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 jurídica y confianza legítima¹⁶, éste último ya empleado como parámetro de control de medidas regresivas en relación con el derecho a la vivienda¹⁷, irretroactividad, igualdad¹⁸ y proporcionalidad, y con las modulaciones propias en su aplicación al poder público, el ejecutivo, al que se imponen.

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, contenidos en la Ley española de Economía Sostenible de 2011, 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 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) 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.

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 (arts. 9.3, 31.2 y 103.1, PONCE, 2001) y de un derecho legal a una buena administración (art. 41 CDFUE, diversos estatutos de autonomía, como el catalán, art. 30), *que exigirá la cuidadosa ponderación y justificación de las medidas regresivas que se pretendan adoptar*, como repetidamente señala la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

¹⁶ Por todas, STS de 15 de noviembre de 1990.

¹⁷ Así, son destacables las sentencias de 31 de enero de 2012 y 6 de febrero de 2012, del Tribunal Supremo español, 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.

¹⁸ 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 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 ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida”.

5. LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE A LOS RECORTES

En un contexto distinto al del control judicial, hemos propuesto en otro momento diversas medidas en positivo para reforzar el estatuto jurídico de los derechos sociales, como, por ejemplo, la fijación de su contenido mínimo y esencial (mediante la promoción de las Cartas de servicio, por ejemplo), la determinación de la excepción a los límites de deuda o déficit contenida en el art. 135 CE y referida a la “sostenibilidad social”, la promoción de la inclusión en la normativa española de la cláusula de progresividad y de reversibilidad limitada a que se refieren los arts. 2 y 11 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1977, el impulso de la *better o smart regulation* (siguiendo el impulso dado por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, al recoger los “principios de buena regulación”) o la configuración de los procedimientos de toma de decisiones públicas como auténticas evaluaciones de impacto social¹⁹.

Otras líneas de desarrollo jurídico en relación con los derechos sociales se basan en la extensión de enfoques jurídicos hacia áreas tradicionalmente distantes del mundo del Derecho. Se trata, por ejemplo del llamado enfoque de derechos humanos sobre políticas públicas y del enfoque de derechos sobre presupuestos públicos. En el primer caso, que busca una aproximación entre a una perspectiva intermedia entre la ciencia jurídica y las ciencias políticas, se pretende una adopción de políticas públicas con perspectiva de derechos y con amplia participación de la sociedad civil²⁰. En el segundo, se pretende un análisis del gasto público orientado a informar e influenciar las políticas presupuestarias en relación con su incidencia sobre los derechos sociales²¹.

Finalmente, una breve reflexión sobre las posibilidades y límites del control judicial en la defensa del Estado social, de los derechos sociales y de los servicios públicos que los hacen posibles. La cuestión que se suscita es si el control judicial puede ser útil para la defensa de los derechos sociales frente a la actuación regresiva ilegal del poder ejecutivo.

La respuesta ha de ser claramente afirmativa y el control del cumplimiento de las obligaciones jurídicas de buena administración puede ser importante.

Este derecho a la buena administración es uno de los elementos que puede ofrecer posibilidades de renovación para el Derecho administrativo en el futuro. Así, una consecuencia directa del reconocimiento legislativo de este derecho es que ya no sea posible sostener que “el panorama no es igual si se trata del ejercicio de potestades discrecionales, en las que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, *sin más límite que la arbitrariedad* que

¹⁹ PONCE SOLÉ, 2013, pp. 117.

²⁰ JIMÉNEZ BENÍTEZ, 2007: 31-46.

²¹ SCHULTZ, 2002.

proscribe el artículo 9, apartado 3, de la Constitución, que si actúa poderes reglados, en lo que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador” (STS de 3 de mayo de 2010, citando otras anteriores).

En nuestra opinión, desde la óptica de las obligaciones jurídicas de buena administración, ni las alternativas son indiferentes jurídicamente ni el único límite es la arbitrariedad. El derecho a una buena administración, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad, actúa como límite más allá de la mera arbitrariedad y, además, es guía para los gestores públicos en la toma de decisiones.

En definitiva, la consideración del Derecho administrativo como un mero instrumento en la lucha jurídica contra las inmunidades del poder²² debe evolucionar hasta convertirse en un mecanismo que, además, permite la batalla por la buena administración.

En el siglo XXI no nos debe bastar ya con que la actuación pública no sea arbitraria; es posible exigir además que respete el derecho a una buena administración.

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”. 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 español 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 español 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 éste puede ser fruto de una decisión carente de la necesaria motivación y fundamento, la discrecional es

²² En la clásica formulación de GARCIA DE ENTERRIA, 1983.

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 contribuir a que esa decisión sea adoptada con la mejor voluntad y buen criterio*²³. 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”.

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 sectores²⁴. Existe ya una abundante jurisprudencia española sobre el derecho a una buena administración, con frecuente cita de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Las sentencias han recaído en numerosos sectores de actuación, en relación tanto a actos administrativos como a reglamentos o contratos. Cuando se vulneran las obligaciones vinculadas a este derecho, se declara la ilegalidad de la actuación administrativa, pero se descarta reconocer una situación jurídica subjetiva concreta (en tal sentido, STSJ del País Vasco de 30 de julio de 2009). La jurisprudencia vincula el derecho con la ausencia de suficiente motivación, aunque en ocasiones va más allá y controla no sólo ésta sino el entero expediente administrativo y la congruencia entre éste y aquélla (como es el caso de la STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2011) o incluso, la falta de respuesta administrativa a las alegaciones de los ciudadanos efectuadas durante el procedimiento de elaboración de la decisión (como en la STS de 29 de octubre de 2010).

El aspecto más interesante del derecho a una buena administración, allí donde no se superpone ni duplica con otros elementos de control del ejercicio de la discrecionalidad ya conocidos, es la obligación jurídica que incorpora de ponderar diligentemente hechos e intereses en el procedimiento de toma de decisiones, lo

²³ Sentencias del TS de 10 de febrero de 1984 (Ar. 795) y de 11 de abril de 1994 (Ar. 1918). Los subrayados son nuestros.

²⁴ PONCE SOLÉ, 2010.

que repercute en el análisis del expediente y la motivación como auténticas *cajas negras* que permiten comprobar, en su caso judicialmente, la existencia o no de tal buena administración y proteger así los derechos afectados por recortes ilegales.

Un ejemplo en este sentido lo constituye la STSJ de Galicia de 12 de abril de 2013. Un vecino de A Rúa (Ourense), don Patricio Losada, camionero de profesión, sufre una rara enfermedad²⁵, que le fue diagnosticada en 2008. Le prescribieron el tratamiento entonces existente: ácido fólico, hierro, corticoides y un protector gástrico, acompañado todo ello de transfusiones, lo que no le evitaba un profundo malestar y ocasionales crisis hemolíticas. En 2010, su médico del sistema público le explicó que había llegado a España un nuevo fármaco, el eculizumab, que mejoraba los síntomas y el riesgo de trombosis y lo solicitó oficialmente²⁶.

El coste del medicamento es de más de 300.000 euros anuales. La Administración sanitaria gallega no dispensó el mismo.

El señor Losada decidió entonces acudir a la vía judicial. Inició un proceso contencioso-administrativo contra el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) ante el juzgado contencioso-administrativo número 1 de Santiago de Compostela. Éste desestimó su recurso contra la inactividad del SERGAS, consistente en la no dispensación efectiva del medicamento que contenía el fármaco solicitado (SOLIRIS 300 mg).

El demandante recurrió en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuya sala del contencioso administrativo, sección segunda, ponente don José Manuel Ramírez Sineiro, ha dictado una sentencia el 12 de abril de 2013 revocando la de instancia, estimando el recurso de apelación y condenando al SERGAS a la dispensación del medicamento “durante el tiempo de tratamiento” que el médico del recurrente “considere preciso”.

¿Qué argumentos jurídicos empleó el Tribunal para dar la razón al recurrente?
¿Cómo afrontar adecuadamente estos casos difíciles donde derechos y economía, en

²⁵ Se trata de la Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (HPN) una enfermedad que sufre una persona de cada 50.000 y que consiste en “una hemólisis intravascular (destrucción de los eritrocitos -o glóbulos rojos- en el torrente sanguíneo) que da lugar a hemoglobinuria, en forma de episodios de orinas oscuras (en ocasiones casi negras)” de acuerdo con la Asociación de afectados por esta enfermedad, unos 350 en España (<http://hpne.org/Ing/Esp/Inici/producte/0>). De conformidad con esta asociación, “aproximadamente la mitad de los pacientes fallece debido a complicaciones derivadas de la enfermedad. Los síntomas de la HPN pueden ser particularmente incapacitantes e incluyen cansancio crónico, desproporcionado al grado de anemia, dolor abdominal recurrente, disfagia y disfunción eréctil en el varón. Estos síntomas, así como la aparición de trombosis y aplasia medular, afectan de forma significativa la calidad de vida de los pacientes; la trombosis es la causa principal de mortalidad precoz, con un promedio de vida tras el diagnóstico de 10 a 15 años, aunque aproximadamente el 35% de los pacientes con HPN fallecen en el plazo de 5 años tras el diagnóstico”.

²⁶ El medicamento es recomendado por la Asociación Española de Hematología y Hemoterapia: http://www.sehh.es/documentos/42/HPN_guia_clinica_v17.pdf.

un contexto de crisis económica, parecen enfrentarse? ¿Qué enseñanzas podemos obtener para futuros casos parecidos?

La sentencia - partiendo de considerar hechos probados la enfermedad del recurrente, el coste del medicamento y la inactividad y “patente” denegación fáctica del medicamento por parte del SERGAS – realiza una serie de interesantes consideraciones constitucionales (1), concluye la existencia de una “catarata de anomalías procedimentales y de fondo” (2, que se concretan, como veremos en defectos jurídicos de competencia, falta de motivación, vulneración del derecho a una buena administración del paciente y desviación de poder) y obliga a la Administración sanitaria gallega, a cumplir la obligación derivada del ordenamiento jurídico de proporcionar dicho medicamento (3).

Parece así abrirse la vía en nuestro sistema jurídico a la consolidación y garantía del ya mencionado *mínimo vital*, concepto elaborado ya doctrinal y jurisprudencialmente en otros países, y que ha servido, entre otras cosas, para condenar a las Administraciones a proveer de medicamentos a enfermos con riesgo vital, como vimos.

1. Siguiendo los desarrollos doctrinales más atentos y la jurisprudencia más avanzada, entre ella la del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia procede a la interconexión entre derechos constitucionales. Concretamente, entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el derecho a la salud (arts. 15.1 y 43 de la Constitución respectivamente). El Tribunal, aludiendo diversas sentencias del Tribunal Constitucional²⁷, llega a la conclusión de que está en juego un derecho fundamental susceptible de tutela por la vía del procedimiento especial para su protección en el ámbito contencioso, puesto que “pese a la paradójica y contraria postura del Ministerio Público - , en la medida en que el derecho subjetivo a la salud individual desde luego también se integra en el derecho a la vida y a la integridad física y moral de las personas contemplada en el Art. 15”.

2. El análisis del “magro” expediente administrativo le permite al tribunal comprobar que en primera instancia el mismo no contenía ni siquiera el historial clínico del recurrente. Por otro lado, constata que un Informe de la Comisión Autónoma Central de Farmacia y Terapéutica (adscrita a la subdirección de Farmacia de la Dirección de Asistencia Sanitaria de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia) que podría entenderse como denegatorio de la prestación adolece de nulidad por defecto de competencia, al apartarse de su ámbito de asesoramiento. Asimismo constata la falta de motivación de la inactividad prestacional (vulnerando el art. 54 de la ley 30/1992).

Y, de modo especial, destaca como se omitió por la Administración tanto el expediente clínico del paciente como la “valoración del juicio clínico de sus propios

²⁷ Vid. ESCOBAR ROCA, 2014.

facultativos oficiales de instancia...sin que nunca se tomasen en consideración por aquel Ente institucional-autonómico las autorizadas opiniones científicas y médicas que reiteradamente abundaban en el criterio de proceder a suministrar a aquel paciente” el medicamento.

En otras palabras, quizás más clarificadoras, *se vulnera la obligación jurídica administrativa de ponderación objetiva y diligente de todos los hechos e intereses relevantes en el caso, entre ellos el criterio médico, violándose así el derecho a una buena administración y a un procedimiento administrativo debido* del recurrente (art. 41 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 103.1 Constitución, arts. 69 y ss. Ley 30/1992). Lo que conecta con lo que se dijo anteriormente sobre las posibilidades de control que respresenta la noción de buena administración.

Por último, el Tribunal aprecia desviación de poder, puesto que la inactividad de la Administración no tuvo “otra presumible motivación que el ahorro”, con vulneración del art. 15.1 de la Constitución. En otras palabras, utilizar una potestad con el único y exclusivo fin del ahorro económico constituye una desviación de poder y supone una ilegalidad del resultado de dicha potestad.

3. El Tribunal identifica el Art. 10 ,14 de la Ley núm. 14/86, de 25 de Abril, General de Sanidad (“todos tienen..., con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias -entre otros el derecho-, a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado”) como la norma constitutiva de la obligación administrativa de dispensar el medicamento, citando el art. 29 de la LJCA (que la sentencia reproduce en su fundamento jurídico 3 “cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de TRES (3) MESES desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración”).

En realidad, hecho este argumento, no era preciso ir más allá, puesto que se trata de una aplicación normativa, no de la elaboración de una nueva norma jurídica. Sin embargo el Tribunal dedica sus fundamentos jurídicos 6 y 7 a realizar una ponderación entre el *derecho fundamental* a la vida y a la integridad física (art. 15 de la Constitución) y el ahorro económico (lo que en definitiva alude, aunque no se cite explícitamente, al *criterio* de economía en el manejo de los caudales públicos, recogido en el art. 31.2 de la Constitución). Por su interés, vale la pena reproducirlos:

“6.- En realidad, la presente controversia contencioso-fundamental se vertebra sobre la necesidad de realizar un juicio de ponderación -que como recuerda aquel

mismo harto reciente Auto de fecha 12 de Diciembre del 2012, adoptado por el Tribunal Constitucional , requiere siempre “el estricto examen de las situaciones de hecho creadas”-, entre el derecho a la vida y a la integridad física y moral -que integra asimismo el derecho subjetivo individual a su salud personal-, y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución, sin perjuicio del deber de todos los Poderes públicos de “garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud -recordaba asimismo aquella otra Sentencia núm. 126/08, de 27 de Octubre, dictada por igual máximo Intérprete constitucional-, cuya tutela les corresponde y ha deser articulada a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, facilitados con arreglo al mandato constitucional contenido en el Art. 43,1 y 2 de la Constitución , al establecer tanto que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”, como que “compete a los Poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

7.- Pues bien, “esa ponderación -nos recordaba el Tribunal Constitucional en dicho precitado y aún harto reciente Auto de fecha 12 de Diciembre del 2012 -, exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado -así como por las Comunidades Autónomas por lo que al presente caso atañe-, y de otro el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el Art. 43 de la Constitución “, sin perjuicio de que “esa contraposición también tiene proyecciones individuales, puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo 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 de las personas receptoras de las medidas adoptadas por los Gobiernos estatal y autonómico...”, de modo que “si además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del Art. 43 y el Art. 15 de nuestra Carta Magna -que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”, que -en conclusión perfectamente extrapolable al presente y circunstanciado caso que ahora nos ocupa-, “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”.

En fin, estamos ante una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la aquí comentada que, en sus propias palabras, hace cumplir al SERGAS la obligación jurídica de dispensar el medicamento al recurrente, pues “no sólo le resulta vital para conjurar terceras patologías asociadas a la trombosis -parálisis; paresias; ceguera, etc.-, sino al constituir en suma una opción médica eficaz a fin de hacerle dejar de llevar una asténica y “perra” vida - permítasenos decir aún de modo coloquial y a título de claridad fáctico-expositiva-, para permitirle obtener a

dicho paciente promovente y ahora “ad quem” apelante DON Alonso una calidad de vida normal y por completo asimilable a la de las personas sanas ajenas a dicha rara patología”.

Existe pues un razonable margen para que jueces y tribunales protejan a los derechos sociales de agresiones antijurídicas. Como ha sido notado en los EEUU, es precisamente en el área del Estado social donde las reclamaciones judiciales han dado un buen resultado. El ejemplo estadounidense nos muestra las grandezas y miserias del denominado *adversarial legalism*, modelo basado en el uso de la litigación como modo de defender el mínimo estado social norteamericano. KAGAN destaca como “en ninguna otra esfera de la política pública ha cosechado el legalismo contencioso éxitos más importantes que en la lucha por los derechos civiles de grupos marginados y en el intento de llevar un mayor índice de justicia procesal a los sistemas de bienestar social” (KAGAN, 2005, p. 278).

Ahora bien, reconociendo el valor de la litigación en ciertos casos, debe destacarse que ésta, por esencia, tiene y tendrá unos efectos limitados, aunque nada despreciables, como estamos argumentando. Limitados por cuanto supone tiempo, esfuerzo, dinero (lo que nos llevaría a hablar de las tasas judiciales y de la regulación de costas existente en la actualidad, cosa que no haremos aquí por falta de espacio). Asimismo, los recursos judiciales suponen un control errático de los ataques a los derechos sociales (mediante casos individuales y aislados, lo que nos llevaría a hablar de la defensa de los intereses colectivos y difusos y de su regulación procesal actual, aspecto que tampoco abordaremos).

En ese sentido, como señala KAGAN, si bien “el legalismo contencioso es útil para hacer frente a la indiferencia burocrática, la crueldad, la parcialidad cultural y para inyectar regularidad procesal en un gran número de decisiones gubernamentales (...). En la medida en que las raíces de falta de reacción burocrática son difíciles de extirpar, el legalismo contencioso debe ser animado a florecer en este ámbito”, lo cierto es que siendo realistas “el método más potente de reducir la desigualdad social no es el de proporcionar a los socialmente marginados abogados y derechos por los que litigar, sino dotar de una financiación gubernamental más generosa a fin de obtener una educación de alta calidad, formación profesional y programas de bienestar social y personal burocrático preparado para administrarlo” (KAGAN, 2005, 279). Aunque, naturalmente, eso “no quiere decir que la litigación a favor de los pobres no haya producido buenos resultados. Cuando los gobiernos son irresponsables en relación con las necesidades sociales, el legalismo contencioso, incluso si no es una panacea, es a menudo mejor que no hacer nada. La litigación ayuda en ocasiones a movilizar a grupos para la acción política directa y ayuda a cambiar las percepciones públicas de los asuntos” (KAGAN, 2005, 255).

Pero para ello es imprescindible que los esfuerzos de los ciudadanos aislados, de los colectivos de usuarios de servicios públicos, de los movimientos sociales, del tercer sector, etc, no se base únicamente, aunque también, en la litigación, sino que presione para hacer realidad propuestas concretas, como, por ejemplo, las señaladas al inicio de este epígrafe.

Una sabia combinación de ambas estrategias puede ser un modo inteligente de proteger al Estado social y, por tanto, las necesidades humanas básicas de las personas que en él viven.

BIBLIOGRAFÍA

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., “Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental”, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. 2, 2012.

“Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

CELI, A., “Mínimo vital”, en G. Escobar Roca (dir.), *Diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales*, 2009; http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/to_pdf/9.

ESCOBAR ROCA, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ESCOBAR ROCA, G., Blog de la Revista Catalana de Derecho Público: “El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, 2014; <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/09/13/el-derecho-a-la-salud-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional-espanol-guillermo-escobar/>.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 3ª ed. 1983.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

JIMÉNEZ BENÍTEZ, W. G., “El enfoque de los derechos humanos y las políticas públicas”, Univ. Sergio Arboleda. Bogotá (Colombia), 7 (12), 2007; http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista12/enfoque_DDHH.pdf.

KAGAN, R.A., *El derecho en EEUU. La Sociedad del pleito. La Ley del Imperio*, Almuzara, 2005.

MEDINA GUERRRO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

PONCE SOLÉ, J., *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*, INAP, Madrid, 2013.

(Coord) *Derecho Administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

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.

SCHULTZ, J., *Promesas que cumplir. El presupuesto público como herramienta para promover los derechos económicos, sociales y culturales*, Fundación Ford, México, 2002; http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/biblioteca/doc_view/36-promesas-que-cumplir-el-presupuesto-publico-como-herramienta-de-derechos.raw?tmpl=component.

