

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA ACCION DE LOS PODERES PUBLICOS *

POR

TOMAS-RAMON FERNANDEZ
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO

I. LAS TABLAS DE DERECHOS EN LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS DE 1931 Y 1978. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.—II. LA ACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS COMO CONDICIÓN NECESARIA DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—III. LOS INSTRUMENTOS TÉCNICOS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Al igual que mis compañeros, quiero comenzar expresando mi agradecimiento a mi viejo amigo y compañero el profesor Gregorio Peces Barba y al Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense por su amable invitación para participar en esta sesión conmemorativa de la promulgación de las dos últimas Constituciones políticas que han regido en nuestro país: la republicana de 1931, cuyo cincuentenario se celebra ahora, y la que desde hace tres años nos ha devuelto a los ciudadanos españoles la libertad, y con ella, la condición de tales.

Ese agradecimiento es, en mi caso, especialmente obligado porque me proporciona la ocasión de desvanecer un recelo que muy probablemente les rondará en la cabeza a algunos de ustedes, que quizá no acierten a explicarse del todo qué hace un administrativista como yo en un lugar como éste.

* Se incluye aquí el texto escrito de una intervención oral que tuvo lugar en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense en el curso de una sesión de trabajo celebrada el pasado mes de diciembre, en la que también participaron los profesores Pérez Prendes y Lucas Verdú.

El texto hace, como se verá, una referencia a la polémica, entonces latente, entre los administrativistas y los profesores de Derecho político, que en el tiempo transcurrido desde aquella fecha ya lejana se ha hecho explícita a partir del trabajo publicado por el propio profesor Lucas Verdú en el núm. 13 de esta revista con el título «El Derecho constitucional como Derecho administrativo (La ideología constitucional del profesor García de Enterría)», sobre el que este último hace ahora en este mismo número las correspondientes puntualizaciones, que a mí me parecen concluyentes por sí solas. Sin abundar en ellas, por tanto, ya que es del todo innecesario, espero, por mi parte, que las páginas que siguen contribuyan a hacer visible al lector hasta qué punto la Administración Pública y su peculiar Derecho son hoy imprescindibles no ya «para explicar cuestiones colaterales o mixtas», sino para dar vida y eficacia real a algo tan sustancial, en términos constitucionales, como los derechos fundamentales.

Espero y deseo que, al cabo de mi intervención, que procuraré sea breve, esa duda pueda quedar adecuadamente disipada.

I. LAS TABLAS DE DERECHOS EN LAS CONSTITUCIONES DE 1931 Y 1978. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Es difícil, muy difícil, comparar dos textos constitucionales separados entre sí por casi cincuenta años, muy especialmente, además, en este siglo que vivimos, cuyo ritmo histórico está tan extremadamente acelerado que una sola década es bastante para hacer envejecer y desplazar incluso los planteamientos, perspectivas y puntos de vista que diez años atrás se convenía en considerar válidos.

Por lo demás, es bastante obvio que, entre una norma jurídica cualquiera —mucho más si se trata de una Constitución política— y la realidad a la que se refiere, existe siempre una cierta distancia, la misma distancia, diría yo, que la que media entre una fotografía y la persona retratada. En los retratos faltan, lógicamente, los gestos, las palabras, el tono de la voz, el ambiente, la acción, la vida en suma, sin lo cual poco puede decirse de las personas más allá de su mera apariencia externa. Otro tanto ocurre con las Constituciones, cuyo texto refleja un *momento* de la vida colectiva, registrado en forma de instantánea, en el que, lógicamente, también falta la animación y el movimiento, igualmente imprescindibles a la hora de formular un juicio preciso.

Una comparación entre los textos debe ser, pues, tomada con sumo cuidado, como una primera aproximación exclusivamente.

Esta primera aproximación permite descubrir, desde luego, sin ningún esfuerzo, algunas semejanzas y algunas diferencias. Semejante es, en efecto, la estructura de la tabla de derechos de nuestras dos últimas Constituciones, puesto que la de 1931 recoge ya los convencionalmente llamados derechos económicos y sociales, incorporados al constitucionalismo moderno por la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de Weimar de 1919, que tanto influjo ejerció sobre la nuestra. Semejante es también la articulación de estos, entonces nuevos, derechos dentro de la tabla (título III: «Derechos y deberes de los españoles»), pero formalmente separados (capítulo II: «Familia, economía y cultura») de las libertades políticas clásicas (capítulo I: «Garantías individuales y políticas»), estructura que mantiene la Constitución hoy vigente, como es bien sabido.

Semejante es igualmente el esquema de garantías y la protección reforzada que ambos textos otorgan a las libertades públicas a través del recurso de amparo constitucional.

Claras son también las diferencias en cuanto al encaje de algún derecho en particular (así, la enseñanza, que figura entre los derechos económico-sociales reconocidos por la Constitución de 1931 —art. 48— o la libertad de industria y comercio, incluida en el capítulo I relativo a las garantías individuales y políticas —art. 34—; la solución en el texto vigente es la inversa en ambos casos) e incluso en cuanto al sentido concreto de la regulación de otros (muy señaladamente, en lo que se refiere a la enseñanza y a la

cuestión religiosa, dos de los grandes temas de debate en las Constituyentes republicanas).

Es evidente, en fin, la ampliación de los derechos económicos y sociales en la Constitución de 1978, que, hija de su tiempo, incorpora las conquistas más recientes del constitucionalismo de estos últimos años (educación física y deporte —art. 43.3—, vivienda —art. 47—, medio ambiente y calidad de la vida —art. 45—, derechos de los consumidores —art. 51—, etc.).

Todo esto, sin embargo, es más bien anecdótico, y a veces incluso puede resultar equívoco, especialmente cuando el tenor literal de los textos es semejante. *Verba legis non sunt lex*. Baste al respecto la cita de un solo ejemplo: la regulación del patrimonio histórico-artístico. Entre el art. 45 de la Constitución de 1931 y el 46 de la de 1978 no hay diferencias apreciables y, sin embargo, es bastante obvio que la ley, todavía vigente, del Patrimonio Histórico-Artístico de 1933, que explicita el punto de vista de la Constitución republicana, difícilmente puede satisfacer hoy las exigencias que laten en el art. 46 de la Constitución de 1978 y dar respuesta adecuada a las demandas que surgen de la sensibilidad social del momento, que, como es bien conocido, no se agotan en la mera protección de la herencia monumental recibida, en la defensa del monumento como cosa, estática e individualmente considerado, sino que adicionalmente postulan la restauración de esa herencia, lamentablemente dañada, y la regeneración completa del tejido urbano —y cultural— del que el monumento forma parte y al que contribuye a dar vida, recibéndola de él al propio tiempo, vida que la dinámica urbana amenaza de forma permanente y que puede ser dañada también por las agresiones al *ambiente* en el que el monumento se integra, aun en el caso de que el monumento como cosa permanezca intacto¹.

Es sólo un ejemplo, como digo, pero un ejemplo elocuente, me parece, que contribuye a poner de manifiesto que, aunque el texto permanezca, su lectura ha cambiado.

A continuación intentaré exponer brevemente hasta qué punto.

II. LA ACCION DE LOS PODERES PUBLICOS COMO CONDICION NECESARIA DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La clave última del cambio al que me refiero radica, sin duda, en el papel a desempeñar por los poderes públicos en este ámbito. Es ya una observación común, en efecto, que una actitud de pasividad, de mera abstención, por parte de las autoridades no es suficiente para asegurar la plena efectividad de los derechos que la Constitución reconoce a los ciudadanos².

No lo es ni siquiera en el ámbito de las expresivamente llamadas libertades-autonomía, cuyo sentido originario se agotaba, según es notorio, en la delimitación de esferas de desenvolvimiento autónomo de la personalidad, inmunes a la acción del poder y enteramente libres de cualquier injerencia

¹ Véase sobre el tema mi trabajo «La legislación del patrimonio histórico-artístico. Balance de situación de cara a su reforma», en el núm. 62 de la *Revista de Derecho Urbanístico*.

² Un tratamiento sistemático del tema en E. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1981, págs. 55 y sigs.

del mismo, lo que las configuraba técnicamente como auténticos derechos (subjetivos) de prohibir. Este planteamiento negativo no basta hoy para asegurar la libertad y garantizar frente a todo evento su efectivo ejercicio. El derecho a manifestarse públicamente no es siquiera concebible si no se asegura de forma adecuada frente al riesgo de los contramanifestantes, cuya acción puede dificultar y aun enervar totalmente aquél si no es frenada por la propia autoridad, que es la única que dispone de medios materiales y personales al efecto. El propio texto constitucional vigente así lo reconoce al asignar de forma expresa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad «bajo la dependencia del Gobierno», la *misión* de «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades» (art. 104.1). Es ésta solamente una especificación particular de un deber más general que la Constitución atribuye a los poderes públicos en su propio título preliminar a través de su capital art. 9.2, al que es preciso hacer continua referencia en este ámbito: «Corresponde a los poderes públicos *promover* las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; *remover los obstáculos* que impidan o dificulten su plenitud y *facilitar* la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

El inciso final del precepto que acabo de citar ilustra igualmente la necesidad de una acción positiva de los poderes públicos en el ámbito de las libertades-participación. La democracia, tal y como hoy se entiende, no se agota en la llamada periódica a los ciudadanos para que depositen su voto en una urna a fin de elegir a quienes durante un cierto número de años van a ser sus representantes. Eso es esencial, desde luego; pero, si a eso se redujera todo, la desilusión y el desencanto de los que sólo son llamados para otorgar a unos pocos el poder sería inevitable. Democracia es hoy participación, y participar supone estar presente y activo —no como mero espectador— en la escena social, cultural, económica y política y tener posibilidad de hacer oír la propia voz —no el grito— en todas y cada una de las instituciones en que esa escena se desarrolla. Eso implica diálogo constante, y el diálogo exige, por hipótesis, relación e intercambio permanente de opiniones entre gestores y usuarios, entre gobernantes y gobernados, entre las autoridades y los ciudadanos; todo lo cual está, sin duda, en las antípodas de esa abrupta separación tradicional que postulaba la concepción clásica de la libertad como algo cuya existencia sólo era posible en la medida en que el poder permaneciera ajeno a los ámbitos individuales y colectivos de los que aquélla se predicaba.

Si esto es así en lo que respecta a las libertades-autonomía y a las libertades-participación, lo es mucho más todavía en el ámbito de los derechos de prestación que los textos constitucionales reconocen. La cuestión no es nueva, ni mucho menos. Hace ya más de cuarenta años que Forsthoff puso de relieve la importancia en que se encuentra el individuo aislado para proveer con sus solas fuerzas a sus múltiples carencias más allá de su propio —y cada vez más reducido— espacio vital dominado³. La sociedad de nuestros días

³ En su célebre trabajo *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, cuyos capítulos primero y cuarto fueron publicados, con el título «Problemas jurídicos de la Administración

ha incrementado de tal manera la dependencia del hombre, que sólo una acción decidida de los poderes públicos en el orden prestacional puede garantizar a los ciudadanos el mínimo vital imprescindible para su existencia⁴.

Los derechos fundamentales no han pasado por ello a la historia, como Forsthoff dijera en 1938, con notable abuso en un ambiente proclive a manifestaciones semejantes⁵; pero sí es evidente, sin embargo, que sin una actividad de procura existencial de los poderes públicos, capaz por su extensión e intensidad de asegurar las bases materiales de la existencia individual y colectiva, el reto lanzado sobre el sistema democrático en la ya clásica pregunta «libertad, ¿para qué?» quedaría sin respuesta adecuada.

El Estado de Derecho es, sin duda, una conquista definitiva de la humanidad; pero es igualmente evidente también que en nuestro tiempo no puede subsistir ya como mero Estado liberal de Derecho, espectador pasivo de la vida social, sino que tiene que afirmarse como un Estado social y democrático en garantía de la *libertad real* de los ciudadanos, sólo posible a partir de una infraestructura prestacional que asegure su existencia y el desarrollo de su personalidad.

Lo que ha cambiado es, pues, la propia fórmula política de la Constitución (art. 1.º: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político») y el concepto mismo del papel del Estado. Esta es, sin vacilación, la gran tarea de nuestro tiempo, la gran aventura histórica de las generaciones presentes: convertir el poder, tradicional enemigo de la libertad, en defensor y soporte estructural de ésta. Que este empeño no equivale a la búsqueda de la cuadratura del círculo es justamente lo que tenemos que demostrar con nuestro esfuerzo cotidiano. Esa es también la fe que el político y el jurista de nuestros días están obligados a profesar y la ilusión de la que tienen el deber de contagiar a sus conciudadanos hasta conseguir impregnar definitivamente la sociedad entera.

III. LOS INSTRUMENTOS TECNICOS DE GARANTIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A nivel de los principios, la cuestión no puede estar más clara; pero... ¿contamos efectivamente con los instrumentos adecuados para llevarlos a la práctica? Este es concretamente el problema que tenemos que abordar ahora.

Antes de intentar la respuesta me permitirán ustedes un pequeño *excursus*.

aportadora de prestaciones», en el volumen *Sociedad industrial y Administración Pública*, editado por la ENAP, Madrid, 1967.

⁴ Véase L. Martín-Retortillo, «La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de 'Daseinvorsorge'», en el núm. 38 de la *Revista de Administración Pública*.

⁵ Una explicación del propio Forsthoff en el prólogo de *Sociedad industrial y Administración Pública*, cit.

A raíz de la promulgación de la Constitución vigente —e incluso antes, en el propio período constituyente— ha surgido entre nosotros una cierta polémica, que une, más que separa, a los profesores de Derecho político y a los de Derecho administrativo. Aquéllos nos acusan abiertamente de haber invadido con nuestros escritos y nuestra actuación pública lo que consideran su propio terreno, y aunque nunca han llegado a exponer sus argumentos en los libros o en las revistas especializadas, como hubiera sido lógico esperar tratándose de una polémica científica, es lo cierto que esas acusaciones, que en algún momento han llegado a trascender a la prensa diaria, bien que sordamente o de forma velada, han alcanzado una evidente notoriedad.

Pues bien: al margen de otras razones⁶, parece obvio que el cambio de perspectiva al que hace un momento me refería demuestra cumplidamente hasta qué punto son infundadas esas acusaciones. Demuestra también, en mi opinión, en qué medida es imposible hoy mantener la ilusión de campos separados, supuesto el papel que se demanda de los poderes públicos como agentes beligerantes en la consecución de la libertad real y el afán de profundización en la democracia que late en la fórmula constitucional del Estado social y democrático de Derecho. Hoy más que nunca el servicio a esa fórmula política reclama la unidad sustancial del Derecho público, porque ni siquiera los derechos de libertad se agotan, como ya vimos, en la pura acción autónoma de sus titulares ante la actitud pasiva y expectante de las autoridades. ¿En qué se quedaría, por otra parte, el derecho constitucional a una vivienda digna si se prescindiera de la acción de la Administración? Otro tanto podría decirse de los demás derechos de prestación-participación, que no son realmente nada si no aciertan a llevar ésta al corazón de las instituciones que gestionan los grandes servicios públicos.

Fijar una frontera neta y dividir artificialmente una realidad que se presenta como un bloque es sencillamente imposible. Es a partir de esta profunda convicción, de esta concreta sensibilidad, como se explica la actitud prácticamente general de los profesores de Derecho administrativo, que, aceptando el reto que el signo de los tiempos nos presenta, y sabiendo que nuestro concurso también es necesario —lo es el de todos los juristas sin distinción alguna—, hemos abordado sin vacilación este y otros muchos temas a requerimiento, en muchas ocasiones, de los que a través del ejercicio diario de sus propias responsabilidades han llegado a tener la misma intuición.

Sin embargo, forzoso es reconocer que tampoco nosotros poseemos el secreto ni podemos aportar todas las respuestas. Nadie tiene tamaña pretensión. Ese Derecho público de todos los días que es el Derecho administrativo es el fruto de la revolución liberal. Sus bases de partida han sido, desde el principio, la protección y la garantía de la propiedad y la libertad de los ciudadanos, configuradas técnicamente como auténticos derechos subjetivos.

Sobre estas bases, que nadie desmiente seriamente, el Derecho administrativo ha ido perfilando paciente y progresivamente sus técnicas a lo largo

⁶ Sobre ello me remito al magistral prólogo de E. García de Enterría a su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

de los dos últimos siglos hasta alcanzar un grado notable de perfección. La evolución del recurso contencioso-administrativo y de la responsabilidad patrimonial de la Administración —las dos grandes instituciones del Derecho administrativo, como dijera Hauriou: «Que actúe, pero que obedezca la ley; que haga, pero que pague el perjuicio»⁷— no puede ser más aleccionadora.

Ya no hay, en efecto, reducto alguno que permanezca exento al control judicial. Cualquier acto, por discrecional que sea, puede ser impugnado ante los tribunales, y aun anulado por éstos si se demuestra —el problema es de prueba, no de principio— que en su elaboración o en su propio contenido incide en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, como dice significativamente el art. 83 de nuestra vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸.

Ya no hay tampoco limitaciones artificiales frente al ejercicio por los jueces de la plenitud de su jurisdicción. Nada se opone, pues, al total restablecimiento de las situaciones jurídicas individualizadas indebidamente alteradas por los actos del poder público. Los viejos prejuicios dogmáticos quedaron atrás, incluido el obstáculo, que lo fue y grande, del principio de separación de poderes o, para ser más exacto, de una cierta interpretación del mismo.

Toda lesión, en fin, que los particulares sufran en cualesquiera de sus bienes o derechos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos es indemnizable por la Administración titular de los mismos, con independencia de que medie o no en su producción culpa o negligencia.

La libertad y el patrimonio de cada ciudadano se encuentran, pues, plenamente a cubierto, sin quiebras ni fisuras de ningún tipo.

En lo que a la libertad se refiere, los últimos residuos de los viejos privilegios del poder han sido barridos por el nuevo texto constitucional. El artículo 24, ratificado en este ámbito por el art. 106, cierra el paso definitivamente con carácter general a cualquier forma de indefensión⁹, como el Tribunal Constitucional ha comenzado ya a declarar en sus primeras decisiones¹⁰, lo que se refuerza adicionalmente en lo que se refiere a los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y a la objeción de conciencia mediante el establecimiento de un proceso judicial, inspirado en los principios de preferencia y sumariedad (hoy regulado por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26 de diciembre de 1978), en el

⁷ Cfr. *Précis de Droit Administratif*, 12.ª ed., París, 1933, pág. 505.

⁸ Véase sobre el tema el trabajo ya clásico de E. García de Enterría «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo», en el núm. 38 de la *Revista de Administración Pública* (hay edición separada en Cuadernos Civitas, 1974). También en E. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, 1979, págs. 361 y sigs.

⁹ Véase mi trabajo «La plenitud de la garantía jurisdiccional contencioso-administrativa en el contexto constitucional», en el libro homenaje al profesor García Pelayo, tomo I, Caracas, 1980, págs. 343 y sigs.

¹⁰ Así, el auto de 22 de octubre de 1980 cuidó de dejar en claro la derogación por la Constitución del cuadro de exclusiones del recurso contencioso-administrativo contenido en el art. 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

que los obstáculos tradicionales —vía gubernativa previa, ejecutividad del acto, etc.— han desaparecido, de forma que, agotado ese rápido filtro jurisdiccional, nada se opone ya a la plenitud e inmediatez del amparo constitucional encomendado al Tribunal Constitucional.

Este risueño panorama se torna notablemente más agrio, sin embargo, cuando se sale del plano individual y se afrontan los problemas que el ciudadano tiene no ya en cuanto individuo aislado, sino como miembro de la colectividad. ¿Cómo exigir la escuela que el vecindario de un pueblo o de un barrio cualquiera necesita? ¿Y el parque o la zona verde que a ese barrio le falta? ¿Y la electricidad, el agua o cualquier otro servicio público necesario para la vida?

Estas preguntas venimos planteándonoslas los administrativistas desde hace algunos años sin haber encontrado todavía una respuesta satisfactoria. En esa búsqueda afanosa de respuesta no hemos eludido tampoco la auto-crítica¹¹. Sin embargo, me parece claro que los resultados que esta reflexión crítica sobre las propias estructuras de la ciencia que cultivamos y sobre el modo en que lo hacemos, más que aportar una nueva luz ha enturbiado muchas veces el panorama y confundido incluso a quienes con la mayor generosidad se han entregado a ella, hasta el punto de llegar a denunciar como inservible el Derecho administrativo todo, imputando a su lastre individualista de origen su presunta ineficacia en el plano colectivo.

La conclusión, amén de exagerada, carece de todo fundamento. El obstáculo no está, como es notorio, en que el ordenamiento jurídico-administrativo no reconozca los intereses colectivos a efectos de legitimación al mismo nivel que el interés personal y directo, porque la interpretación jurisprudencial que hoy se hace habitualmente de ese concepto, reputando existente el interés legitimador siempre que del ejercicio de la acción emprendida pudiera derivarse un beneficio jurídico, económico o de cualquier otra naturaleza a favor del accionante, el reconocimiento de la legitimación de las instancias asociativas y la admisión de las técnicas de sustitución procesal cubren sobradamente el espacio que conceptualmente podría asignarse a aquéllos. En algunos sectores de especial significación a estos efectos (urbanismo), la ley prescinde incluso de toda cualificación, proclamando el carácter público de la acción y aceptando de antemano, en consecuencia, que cualquier persona, cualquiera que sea su relación con el objeto litigioso, pueda estar en juicio legítimamente, lo cual elimina, por hipótesis, todas las dificultades en este orden de cosas.

Tampoco radica el problema en razones de orden procesal. La inactividad material de la Administración puede convertirse fácilmente en inactividad formal, y ésta, mediante la ficción del silencio negativo, permite ya el planteamiento procesal de la contienda.

Es un error, pues, insistir en el aspecto instrumental. No son las técnicas

¹¹ En este sentido, especialmente, A. Nieto, «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», en el núm. 76 de la *Revista de Administración Pública*, y «La discutible supervivencia del interés directo», en el núm. 12 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, y también el libro de M. Sánchez Morón *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, 1980.

de este carácter las que fallan. El problema es otro y arranca, concretamente, de la propia configuración de estos derechos de prestación, que a diferencia de las libertades públicas, no están contruidos como derechos subjetivos en sentido propio y necesitan para alcanzar ese carácter el adecuado tratamiento por parte del legislador ordinario, que es quien ha de precisar el contenido de los mismos cuyo disfrute corresponda a los ciudadanos individualmente considerados o a grupos determinados de ellos concretamente definidos, contenido que, a partir de ese momento, y no antes, traducirá a términos de obligación en sentido estricto, susceptible como tal de ser exigida por aquéllos y éstos, lo que, en el nivel constitucional, constituye simplemente un deber genérico de los poderes públicos.

Este es, precisamente, el sentido del art. 53.3 de la Constitución cuando afirma, con expresión quizá no demasiado feliz, que «los principios reconocidos en el capítulo III (del título I) ... sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Para evitar cualquier posible equívoco conviene llamar la atención sobre la precisión que contiene el texto literal del precepto constitucional al que acabo de referirme: «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria.» Porque, en efecto, una cosa es que la Constitución no configure directamente estos derechos como auténticos derechos subjetivos inmediatamente operativos y exigibles (no podría hacerlo aunque quisiera, dada su forzosa generalidad —derecho a la salud, derecho a la vivienda, derecho al medio ambiente, etcétera— y la economía de expresión, que es propia del lenguaje constitucional), y otra muy distinta que su proclamación en el texto fundamental carezca de toda consecuencia.

El Tribunal Constitucional ha afirmado, muy justamente, desde su primera sentencia, saliendo al paso de la retórica al uso en el régimen anterior, que no hay en la Constitución normas meramente programáticas¹² (en el sentido de normas vacías de mandatos y huérfanas de efectos); que todos los preceptos constitucionales, por el contrario, encierran un mandato preciso que vincula en sus propios términos a todos los poderes constitucionales. Lo único que varía, eso sí, son, justamente, los términos concretos de esa vinculación, que en este concreto campo operan *prima facie* sobre el legislador, a quien la Constitución obliga, desde luego, a convertir el deber genérico en obligación exigible, y la mera expectativa de derecho, en derecho subjetivo en sentido propio, a través del adecuado desarrollo de dichos principios. Si la ley, al llevar a cabo el desarrollo al que la Constitución la obliga, no realiza esa labor de conversión que la propia Constitución también reclama o la realiza de forma que el derecho no termina de alcanzar la operatividad individual y social que le es propia, incurrirá, sin duda, en un vicio de inconstitucionalidad susceptible de ser denunciado ante (y depurado por) la jurisdicción constitucional, a la que no alcanza, como vimos, la limitación que enuncia el art. 53.3, referida únicamente a la jurisdicción ordinaria.

Hechas estas aclaraciones, es preciso añadir inmediatamente a continuación que la Constitución exige un modo nuevo de legislar radicalmente diferente

¹² Véase la sentencia de 2 de febrero de 1981.

al que hasta ahora ha sido habitual entre nosotros y en todos los países de nuestra misma órbita cultural. Me explico: las leyes que manejamos acostumbran limitarse, en punto al establecimiento de los diferentes servicios públicos, a autorizar a la Administración a estos efectos; la habilitan para actuar, pero rara vez la obligan a hacerlo. Que esto es así resulta del todo evidente. Tomemos, por ejemplo, la legislación de Régimen Local. El art. 706 de la Ley de Régimen Local de 1955 distingue dos tipos de gastos de las corporaciones locales: voluntarios y obligatorios. La distinción se realiza básicamente a partir del concepto de obligaciones mínimas, de forma que todos los que excedan de este exiguo límite tienen el carácter de gastos meramente voluntarios y quedan remitidos a la *libre y discrecional* decisión de las entidades locales (art. 706.2), lo que autoriza a afirmar al artículo 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, que éstas «tendrán plena *potestad* para *constituir, organizar, modificar* y *suprimir* los servicios de su competencia», es decir, para establecerlos o no establecerlos, para fijar del modo que deseen sus niveles de prestación, las modalidades de ésta, los derechos de los usuarios e incluso su mantenimiento o eventual supresión, tanto en los casos en que el servicio se gestione directamente por la propia corporación (art. 33 del mismo Reglamento) como en los supuestos en que la gestión se lleve a través de un concesionario interpuesto [art. 126 del Reglamento citado: «En el régimen de la concesión se diferenciará: a) el servicio objeto de la misma, cuyas características serán *libremente modificadas* por el poder concedente y por motivos de interés público»; art. 127.1: «La corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 1.^a Ordenar *discrecionalmente, como podría disponer si gestionase directamente el servicio*, las modificaciones que aconsejare el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista...»].

Solamente en el caso «de prestación de servicios de carácter local encomendados a los municipios y provincias por esta Ley —dice el art. 706.1.b) de la Ley de Régimen Local—, que en relación con las características y medios de cada entidad local se consideren como mínimos para una elemental gestión que satisfaga las necesidades morales y materiales del vecindario», los gastos a realizar tendrían el carácter de obligatorios, y en garantía de su forzosa realización podrán reclamar con éxito los ciudadanos contra el presupuesto en el que tales gastos no se incluyan (art. 684 de la Ley de Régimen Local). El problema, como antes dije, no está, pues, en la legitimación para recurrir ni en la falta de reconocimiento a estos efectos de los intereses colectivos, pues tal legitimación se reconoce sin reservas por el art. 683 de la propia Ley de Régimen Local a todos los habitantes del territorio municipal o provincial, e incluso a quienes sin serlo tengan un interés directo y, por supuesto, a las corporaciones, asociaciones y personas jurídicas en general cuando el presupuesto afecte a sus intereses sociales o a los individuales de algunos de sus asociados, sino, más bien, en la propia construcción del derecho al servicio por la ley o, para ser más exacto, en la falta de ella, pues el derecho sólo se reconoce como tal en relación a una mínima parcela de los servicios públicos necesarios para la vida, tan mínima que da rubor incluso citarla: guardería rural, surtido de agua potable en fuentes públicas, abrevaderos y

lavaderos, alumbrado público, pavimentación de vías públicas, cementerios, limpieza viaria, destrucción o tratamiento técnico-sanitario de basuras y residuos, desinfección y desinsectación, botiquín de urgencia, asistencia médico-farmacéutica a familias desvalidas, inspección sanitaria de alimentos y bebidas y fomento (?) de la vivienda higiénica¹³. Nada tiene de sorprendente por ello que la jurisprudencia contencioso-administrativa siga anclada hoy en los mismos niveles que en el período republicano que hoy nos sirve de referencia¹⁴. Los tribunales no hacen las leyes ni los reglamentos, simplemente los aplican.

¹³ Véase sobre esto, más extensamente, E. García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, cit., págs. 66 y sigs.

¹⁴ Así, la *sentencia de 8 de marzo de 1935* («es privativo de la Administración acordar lo más adecuado para atender a la distribución y aprovechamiento de un servicio público sin que los acuerdos sobre esta materia supongan ni creen un derecho especial a favor de cada uno de los administrados que puedan hacer valer hasta la vía contenciosa») tiene una réplica casi exacta en la de *18 de octubre de 1979*, dictada a propósito de un recurso en el que se pretendía por un particular algo tan simple como que se modificara el pliego de un concurso para la concesión del servicio de recogida domiciliaria de basuras a fin de que la obligación del concesionario se extendiera a los domingos («sin olvidar que un amplio sector de la doctrina niega legitimación al particular para exigir el establecimiento de los servicios públicos obligatorios, ya que éstos, más que obligaciones propiamente dichas, constituyen una aspiración que muchas veces por falta de medios es imposible cumplir, por todo lo cual procede desestimar el recurso»).

No sería justo, sin embargo, minusvalorar los esfuerzos de la jurisprudencia más reciente. En este sentido son expresivas las matizaciones que hace la *sentencia de 30 de mayo de 1980*: «Ciertamente es principio fundamental en los servicios públicos *uti singuli* —aquellos en que es posible determinar el beneficio particular que reciban los usuarios— el derecho abstracto que tienen los miembros de la comunidad para la recepción del servicio, *ya que no estamos en presencia de una materia puramente discrecional*, en que la Administración pueda rechazar o admitir de modo discriminado las personas o entidades que quieran utilizar aquél; pero aquel derecho abstracto, en potencia, no constituye sino una mera posibilidad que luego debe concretarse en un verdadero acto de admisión a la utilización del servicio, en el que se concretan y ponderan las diversas circunstancias concurrentes en el usuario, para decidir la entrada en el beneficio que presta el servicio, a fin de compatibilizar el uso de todos, ya que podría darse el caso, no admisible, de que una desmesurada utilización del servicio por uno de los usuarios imposibilitaría el uso de los demás, a causa del agotamiento o de la sensible disminución en el recibo de las prestaciones que la Administración facilita.»

En esta misma línea se inscribe una serie de sentencias que han ampliado notablemente la participación de los usuarios de los servicios y aun de los ciudadanos en general. Así, la *sentencia de 3 de enero de 1979* precisa que «los precios de los servicios públicos tienen una naturaleza concreta y determinada que no puede ser vaciada por la sola voluntad de las partes», lo que sirve de base a las *sentencias de 25 de noviembre de 1977, 2 de noviembre de 1979 y 3 de abril de 1979* para asegurar la audiencia y participación de los interesados en los expedientes de modificación de tarifas, cuando éstos sean conocidos y determinados.

Es interesante igualmente a nuestros efectos la *sentencia de 18 de mayo de 1976*, según la cual «las empresas eléctricas no pueden alegar que no disponen de medios suficientes para atender al aumento de consumo sin antes exponerlo a la Administración, que es quien ha de decidir».

El papel de las normas reguladoras de cada servicio es, sin embargo, decisivo porque de ellas depende el grado de concreción de los derechos, sin lo cual —ya lo he indicado— los tribunales muy poco o nada pueden hacer. Un análisis pormenorizado de dichas normas en relación a los diferentes tipos de servicio puede verse en E. Rivero Ysern, «La protección de los usuarios de los servicios públicos», en el núm. 87 de la *Revista de Administración Pública*.

Hay que advertir, además, que en el ámbito de la Administración del Estado ni siquiera existe una norma como la contenida en el art. 684 de la Ley de Régimen Local que con carácter general garantice eficazmente una parcela, siquiera sea mínima, en la que el disfrute de los servicios públicos esté configurado como un auténtico derecho subjetivo exigible como tal por los ciudadanos, por lo que la situación es todavía peor si se excluyen ciertos ámbitos concretos: la Seguridad Social, algunos servicios públicos gestionados por particulares, cuyas prestaciones se articulan en forma contractual, como el suministro de energía eléctrica, y muy poco más¹⁵.

Este modo tradicional de legislar, que reduce el contenido de la ley a habilitar a la Administración para actuar, sin obligarla a hacerlo casi nunca y sin establecer unos estándares concretos de prestación, en cantidad y calidad capaces de garantizar al ciudadano un *nivel mínimo* de derechos exigibles, debe ser pura y simplemente erradicada por incompatible con la Constitución, que reclama imperativamente —y no sólo recomienda; recuérdese lo ya dicho antes, a propósito de las pretendidas e inexistentes normas programáticas— del legislador un desarrollo completo de los derechos económicos y sociales que proclama, capaz de convertir los deberes genéricos de los poderes públicos que ese reconocimiento supone en obligaciones jurisdiccionalmente exigibles por los ciudadanos.

Hasta dónde habrá de llegar ese nivel mínimo es algo que, naturalmente, la Constitución no dice ni puede decir. Eso depende, de un lado, del grado de sensibilidad colectiva y, de otro, de las concretas, cambiantes y, por supuesto, siempre limitadas disponibilidades financieras del Estado, que a los gobernantes —entendiendo por tales a todos aquellos que, desde el poder o la oposición, han dado un paso al frente destacándose de la ciudadanía y asumiendo voluntariamente responsabilidades políticas superiores a las del común de los ciudadanos— toca valorar en cada momento. Lo único que es fijo e indisponible para los gobernantes y, de modo especial, para el legislador es la necesidad de fijar un nivel concreto que garantice la existencia del derecho como tal. No fijar ninguno, limitándose como hasta ahora a habilitar a la Administración para decidir discrecional y libremente lo que la parezca, equivale a incurrir en flagrante inconstitucionalidad.

Queda ya únicamente por hacer una referencia general al cómo de este proceso constitucionalmente ineludible de conversión en auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos y correlativas obligaciones exigibles de los poderes públicos de los llamados, en el lenguaje constitucional al uso, derechos económicos y sociales.

La cuestión no tiene lógicamente una respuesta única de carácter global, sino tantas como derechos de este carácter reconoce la Constitución, dada la radical diversidad de unos y otros. Para llegar a cada una de esas respuestas es imprescindible un análisis en profundidad, caso por caso, del derecho mismo a partir de la realidad social y económica y un esfuerzo de reflexión —y de imaginación— sobre el bagaje conceptual e instrumental disponible

¹⁵ Sobre el servicio eléctrico, que en buena parte puede servir de paradigma, al menos en relación a los servicios prestados por particulares, véase J. Salas Hernández, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Bolonia, 1977.

en cada sector concreto del ordenamiento, que no puede improvisarse y que, por supuesto, sólo los especialistas están en condiciones de hacer.

No puedo por ello intentarlo aquí, ni siquiera en los ámbitos que profesionalmente me resultan más familiares; pero sí puedo decir que no es ni mucho menos imposible y que, en algunos casos al menos, ya se ha logrado, está en trance de lograrse o, en el peor de los casos, se ha entrevisto un posible camino capaz, si se insiste adecuadamente, de aproximarnos a la solución.

Este último sería el caso de los servicios públicos locales, respecto de los cuales el art. 684 de la Ley de Régimen Local, en conexión con los preceptos de la misma que regulan las obligaciones mínimas de municipios y provincias, ofrece un principio de solución cuya mayor eficacia social requeriría solamente la ampliación de la exigua lista de obligaciones de este carácter para situarla a la altura de la sensibilidad social de momento, complementándola, además, con unos parámetros o estándares de prestación para cada servicio (dotación de litros de agua por habitante y día, por ejemplo, y así en cada uno de los servicios; el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía puede servir de modelo a este respecto).

La Seguridad Social (art. 41 de la Constitución) hace ya tiempo que ha encontrado un camino idóneo a partir de sus peculiares orígenes en el contrato de seguro y sobre la base firme de ese modelo estructural. La enseñanza puede encontrarlo también si al esquema ya instaurado de la enseñanza general básica se le aportan los complementos necesarios (hoy inexistentes) en orden a garantizar una calidad mínima. El urbanismo lo está encontrando igualmente a raíz de la reforma legal de 2 de mayo de 1975, que limitó de forma sustancial la libertad, antes absoluta, del planificador (es decir, de la Administración en último término), al imponer desde la propia ley unas obligaciones precisas en materia de estándares, reservas y dotaciones para los equipamientos colectivos (medidas incluso, como es bien sabido, en términos de equis metros cuadrados por vivienda para cada tipo de servicios; véase, por ejemplo, el art. 13 de la vigente Ley del Suelo), aunque son evidentes las limitaciones del texto legal en vigor, desde el punto de vista de la gestión, sobre todo, para asegurar esos mínimos que el legislador considera imprescindibles en el tejido urbano consolidado, es decir, en el suelo urbano de las ciudades, dada la orientación de la ley, que sigue estando concebida de modo preferente en función de la perspectiva tradicional del ensanche, esto es, de la producción de nueva ciudad, de nuevo suelo urbanizado ¹⁶.

Desde una perspectiva general, que es ahora la nuestra, no puede irse mucho más lejos de esta sumaria referencia, que, no obstante, es suficiente, a mi juicio, para demostrar que es perfectamente posible, desde el punto de vista técnico-jurídico, realizar esa imprescindible conversión a la que sistemáticamente he venido aludiendo a lo largo de mi intervención, como también lo es averiguar hasta qué punto responde o no una concreta ley ordinaria a los postulados y exigencias del texto constitucional. Sólo se precisa a estos

¹⁶ Véase mi trabajo «Reflexiones en torno al principio de igualdad en el ordenamiento urbanístico», en el núm. 65 de la *Revista de Derecho Urbanístico*.

efectos profundizar en el análisis, penetrando a través de esa costra que cubre habitualmente la superficie de las normas.

Esta ha de ser, sin duda, la tarea inmediata del jurista, que está obligado a iluminar con su técnica el camino que el legislador viene obligado por la Constitución a recorrer. Sin ese esfuerzo, todo quedará en mera retórica, útil sólo para alimentar la ilusión personal de un progresismo tan fácil como huero.