



UNIVERSIDAD DE NAVARRA

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LAS PRESTACIONES SOCIALES:
RELEVANCIA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL
PROCEDIMIENTO**

TESIS DOCTORAL

Presentada por

Miluska Fiorella Orbegoso Silva

Dirigida por

Prof. Dr. D. Ángel J. Gómez Montoro

Pamplona, Diciembre 2016

A José Juan y Juan Pablo

A mis padres

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	15
-------------------	----

INTRODUCTION.....	27
-------------------	----

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA DEL ESTADO SOCIAL

I. EL PROTAGONISMO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL.....	39
1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	39
2. UN “ESTADO ADMINISTRATIVO”. SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS.....	44
2.1 La relación Estado-Ciudadano	45
2.2 El Estado Administrativo: un Estado Prestador.....	47
2.2.1 De la Administración de Policía a la Administración Prestadora	47
2.2.2 La nueva función prestadora	50
3. SIGNIFICADO DE LA CÁUSULA SOCIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA	52
3.1 Significado del adjetivo “social” para la Administración Pública Prestadora.....	53
3.1.1 El fin del Estado Social: La igualdad material	56
3.1.1.1 Igualdad formal e igualdad material	58

3.1.1.2	Significado del artículo 9.2 de la Constitución Española	60
3.1.2	La intervención legislativa: el carácter evolutivo de la cláusula social	65
3.2	El Estado social como Estado Garante	69
II.	LA ACTUACIÓN PRESTADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	74
1.	LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN	75
1.1	Sobre los derechos sociales en general	75
1.2	Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español.....	79
2.	LA FUNCIÓN POSITIVA DE DISEÑO SOCIAL (SOZIALGESTALTUNG).....	86
2.1	A modo de introducción: el Derecho Administrativo social	86
2.2	Fundamento de la función de diseño social	88
2.3	La cláusula social como marco de la función de diseño social	89
2.3.1	Cláusula social y funciones del Estado.....	90
2.3.2	Contenido de la función positiva de diseño social	91
2.4	El mínimo vital o procura existencial (<i>Daseinsvorsorge</i>) como fin	96
2.4.1	Ámbito de aplicación	96
2.4.2	La procura existencial como finalidad	98
III.	“ACOTACION” DEL TEMA	100
1.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL	100
1.1	Administración Pública Prestadora general y Administración Pública Prestadora de carácter social.....	102

Índice

1.2	¿Una relación especial de sujeción?	105
2.	CLASES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL.....	108
2.1	Actuación administrativa prestadora aseguradora de los recursos económicos de los ciudadanos	110
2.2	Actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales.....	111
3.	ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO PRESTACIONAL DE SERVICIOS PERSONALES Y/O MATERIALES.....	117
3.1	La prestación.....	117
3.1.1	Una prestación no contributiva.....	117
3.1.2	Escasa densidad normativa y presencia del acto administrativo.....	118
3.1.3	Presencia de un elemento marcadamente personal	120
3.1.4	Ordenación a través de la organización y el procedimiento.....	124
3.2	Los sujetos.....	125
3.2.1	La Administración de las prestaciones “a la medida de la persona”	125
3.2.2	El destinatario de la prestación como “cliente”	129

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA
ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PRESTADORA DE CARÁCTER
SOCIAL

I. LOS LÍMITES CLÁSICOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS INSUFICIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL	132
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	132
1.1 La ausencia de una normativa adecuada	132
1.2 Administración Pública y Derecho Administrativo: la clásica formulación del Derecho Administrativo como un problema no resuelto 134	
2. LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO	137
2.1 Estado de Derecho y Estado Social.....	137
2.2 Significado de la cláusula del Estado de Derecho.....	141
3. REGULACIÓN CLÁSICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	145
3.1 El principio de legalidad.....	145
3.1.1 Un debate no cerrado: Administración Pública y principio de legalidad	145
3.1.1.1 Legalidad como juridicidad	147
3.1.1.2 Vinculación positiva	150
3.1.1.3 Una regulación legal mínima.....	154

3.1.2 La imposibilidad de regulación exhaustiva de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales ..	156
3.1.2.1 Un nuevo escenario de aplicación.....	157
3.1.2.2 La actuación material de la Administración Pública Prestadora ..	158
3.1.2.3 La denominada “Administración Pública sin ley” (<i>gesetzfrei Verwaltung</i>).....	161
3.1.3 Propuesta: una aplicación no estricta del principio de legalidad en sentido clásico.....	163
3.1.3.1 Naturaleza de la ley.....	164
3.1.3.2 Una realidad cambiante.....	165
3.1.3.4 No se trata de una actuación con eficacia ablatoria	166
3.2 La reserva de ley en materia de derechos fundamentales	167
3.2.1 Alcance	167
3.2.2 Contexto de aplicación: la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales.....	170
3.2.2.1 Planteamiento del problema.....	170
a. Reserva de ley en la prestación	171
b. Reserva de ley en la incidencia sobre derechos fundamentales	173
3.2.2.2 Alternativas de solución.....	175
a. Colaboración del Reglamento	175
b. “Caso por caso”.....	177
3.3 La discrecionalidad administrativa	178
3.3.1 Alcances y características.....	179
3.3.1.1 Es un caso de remisión legal	181
3.3.1.2 Existencia de una mínima regulación legal.....	182
2.3.1.3 Sometida a la llamada moralidad administrativa.....	183

3.3.2 Discrecionalidad administrativa y derechos fundamentales	184
3.3.2.1 Planteamiento del problema.....	184
3.3.2.2 Análisis de la cuestión	186
3.4 A modo de conclusión	189
II. ESPECIAL RELEVANCIA DE OTROS LÍMITES	
CONSTITUCIONALES.....	190
1. UNA POSIBLE SOLUCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO	
DIRECTRIZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	
PRESTADORA	190
1.1 Primacía de los principios constitucionales	190
1.2 Alcances de la propuesta	193
2. APLICACIÓN DE OTROS CONTENIDOS	
CONSTITUCIONALES.....	194
2.1 Principios constitucionales fundamentales	194
2.1.1 La dignidad humana	195
2.1.1.1 La dignidad como fundamento del ordenamiento jurídico	196
2.1.1.2 Exigencias que se generan en concreto para la Administración	
Pública Prestadora de servicios personales y/o materiales.....	199
2.1.2 El libre desarrollo de la personalidad	202
2.1.2.1 Significado y alcances.....	202
2.1.2.2 Libre desarrollo de la personalidad y actuación administrativa	
prestadora.....	203
2.1.3 Los derechos fundamentales	206
2.1.3.1 Significado	206
2.1.3.2 Un cambio de percepción	209
2.2 El principio general de libertad	211

2.2.1 De la “libertad frente al Estado” a la “libertad a través del Estado” (<i>Freiheit von Staat - Freiheit durch den Staat</i>).....	212
2.2.1.1 La libertad a través del Estado.....	212
2.2.1.2 El espacio dominado y el espacio efectivo.....	214
2.2.2 Libertad y Administración Pública Prestadora de carácter social...	217
2.2.2.1 Dimensiones de la libertad	217
2.2.2.2 La libertad como límite de la Administración Pública Prestadora	218

CAPÍTULO III

RELEVANCIA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LAS CUESTIONES PLANTEADAS

I. UNA NUEVA FORMA DE ABORDAR LA CUESTIÓN	221
II. LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO	225
1. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA	226
1.1 Antecedentes.....	226
1.2 Clasificaciones.....	230
1.3 La dimensión formal de la cláusula social.....	231
2. REALIZACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	235
2.1 La garantía de los derechos fundamentales	240
2.1.1 Protección <i>ex-post</i> y protección <i>ex-ante</i> de los derechos fundamentales	242

Índice

2.1.1.1 Protección <i>ex-post</i>	243
2.1.1.2 Protección <i>ex-ante</i>	244
2.2 Dimensión objetiva de los derechos fundamentales	247
2.2.1 Dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales	247
2.2.2 La organización y el procedimiento como manifestaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales	250
3. SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO	253
3.1 La organización	253
3.1.1 Definición.....	253
3.1.2 Presencia de principios de la organización administrativa.....	258
3.2 El procedimiento.....	260
3.2.1 Alcances generales.....	260
3.2.2 Elementos del procedimiento	263
3.2.2.1 Reserva procedimental.....	264
3.2.2.2 Status activus processualis	265
III.LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO EN LAS PRESTACIONES PERSONALES DE SERVICIOS Y/O MATERIALES	269
1. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRESTACIÓN PERSONAL.....	270
2. PLURALISMO Y PARTICIPACIÓN	274
2.1 Pluralismo social e individualidad	275
2.1.1 Una concepción pluralista de la sociedad.....	275
2.1.2 El “ser propio” (<i>Alsein</i>) del hombre en sociedad.....	277
2.1.3 La defensa de la individualidad en una sociedad plural.....	280
2.1.4 ¿La neutralidad como solución?	282

2.2	La participación como elemento clave	286
2.2.1	La cláusula democrática.....	286
2.2.2	Democracia Participativa	289
3.	UNA PRESTACIÓN ORGANIZADA Y PLURAL: EL DERECHO A ELEGIR DEL DESTINATARIO DE LA PRESTACIÓN.	292
3.1	Pluralidad de la oferta prestacional	295
3.1.1	Pluralidad de Centros.....	297
3.1.2	La responsabilidad estatal	303
3.2	Pluralidad de las prestaciones	307
3.3	Criterios de organización.....	311
4.	EL PROCEDIMIENTO COMO VEHÍCULO DE LA PARTICIPACIÓN	314
4.1	Un procedimiento “a la medida de la persona”	314
4.2	La participación en el procedimiento	317
4.2.1	Significado	317
4.2.2	Conquistas de la participación en el procedimiento	319
4.2.2.1	Transmisión de preferencias y necesidades.....	319
4.2.2.2	Participación directa: individual o colectiva	323
4.2.2.3	Definición del contenido concreto del derecho fundamental	326
4.2.2.4	Legitimación democrática.....	330
IV.	LAS “NUEVAS HERRAMIENTAS” DE UNA “NUEVA ADMINISTRACIÓN”	331
	CONCLUSIONES.....	335

Índice

CONCLUSIONS.....	343
BIBLIOGRAFÍA.....	351

INTRODUCCIÓN

“Los hombre no renunciarían a la libertad del estado de Naturaleza para entrar en sociedad, ni se obligarían a un gobierno, no siendo para salvaguardar sus vida, libertades y bienes, y para asegurarse la paz y la tranquilidad mediante normas establecidas de derecho y de propiedad”¹.

Hablar sobre el Estado Social es quizá una de las tareas menos novedosas pero sin lugar a dudas una de las más arduas, pues cuando sobre un tema mucho se ha dicho resulta complicado, de un lado, ser original; y de otro, determinar el alcance que se le puede dar, así como la misma selección de fuentes. Sin embargo, y a pesar de lo mucho que se ha escrito sobre sus diversos aspectos, hay aún en él un área de estudio que entendemos no ha sido analizada con la atención que requiere. La finalidad de este trabajo de investigación es exponer una realidad no siempre presente y sin embargo importante: que la obligación constitucional del Estado de hacer efectiva la cláusula del Estado Social no sólo se garantiza ofreciendo, sobre todo, prestaciones efectivas sino que la propia fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho exige que cuando se brinden prestaciones se haga respetando los derechos fundamentales de quien las recibe. Lo que pretendemos es sentar las bases constitucionales sobre las cuales se debe erigir esa actividad a fin de que sea conforme a los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho: que la

¹ LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, p. 95.

prestación se realice de manera efectiva pero, a la vez, de manera respetuosa con la dignidad y los derechos de su destinatario.

Son pocos los trabajos de Derecho Constitucional que en España hacen mención a esta realidad pero gracias al estudio y reflexiones que ha dedicado a este tema la doctrina alemana² de finales del siglo XX y comienzos del XXI es posible encontrar elementos de juicio suficientes para analizar la cuestión que nos planteamos. Y asimismo, con la ayuda de los estudios realizados por algunos administrativistas españoles y en particular, por el profesor Rodríguez de Santiago³ respecto de la estrecha

² Al respecto *vid* BADURA, Peter, *Der Sozialstaat*, DÖV, Vol. 42, 1966; DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung” en HStR, Tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004; FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart und Berlin, 1938; HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972; KRAUSE, Peter, “Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Diensts- und Sachleistungen” en GITTER, Wolfgang, THIEME, Werner y ZACHER, Hans (coords.), *Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1981; PITTSCHAS, Rainer, “Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung” en SCHMIDT ASSMANN, Eberhard y HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997, p. 200; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998; ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, entre otros.

³ Entre sus obras RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Derechos fundamentales en la residencia de mayores” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y Díez Sastre, Silvia (Coord.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012; *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007; “Capítulo 2. La realización del Estado Social a través de los Municipios: servicios públicos y asistencia social” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y ORTEGA BERNARDO, Julia (Coords.), *Estado social y Municipios. Servicios públicos y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Catarata, Madrid, 2010.

relación que existe entre la protección de los derechos fundamentales y la organización y el procedimiento en las prestaciones sociales personales.

El antecedente inmediato del actual Estado Social de Derecho lo encontramos en el Estado liberal de Derecho, en donde la situación que vivían los ciudadanos respondía a una idea de la sociedad “como un orden espontáneo dotado de racionalidad”, la cual, no sólo tenía una solidez superior a cualquier orden o intervención artificial, sino que generaba además el mejor de los órdenes posibles tanto en el aspecto social como económico mediante los maravillosos resultados de la oferta y la demanda y donde la capacidad determinaba el *status* de cada persona en la sociedad⁴. Sociedad y Estado eran pensados como dos entes distintos, cada uno con sus límites bien definidos; y el hombre, como un ser que por su propio esfuerzo alcanzaría su lugar en la sociedad con la garantía de que el Estado no intervendría en su esfera individual.

Sin embargo, si el Estado constitucional de Derecho quería continuar teniendo vigencia debía adaptar sus valores a las nuevas exigencias y añadir a sus objetivos los de la regulación permanente del sistema social. En resumen y como bien señala García Pelayo⁵, se podría decir que “el Estado era incapaz de subsistir sin proceder a la reestructuración de la sociedad y la sociedad por su parte era incapaz de subsistir sin la acción estructuradora del Estado”.

⁴ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 22.

⁵ *Ibidem*, ps. 24-25.

Con la finalidad de alcanzar el objetivo trazado que no es otro que alcanzar la justicia social se reconoce en las Constituciones, aunque tardíamente, como exigencia en buena medida de las reivindicaciones de los trabajadores y miembros de los partidos socialistas y comunistas, una serie de derechos de contenido económico y social que no sólo permiten cubrir las necesidades antes aludidas sino que posibilitan también hacer efectivos aquellos otros derechos denominados de libertad, que aunque reconocidos formalmente para todos los ciudadanos, en la práctica eran para muchos meras declaraciones de buenos deseos e intenciones pues eran derechos de los que sólo podían disfrutar unas minorías que poseían propiedades suficientes y un cierto poder social⁶. Es así que se reconocen derechos como el trabajo, la salud, la educación, entre otros, que buscan satisfacer aquellas necesidades sentidas por los ciudadanos y que se traducen en acciones materiales por parte del Estado, las cuales necesitan ser configuradas por el legislador y que pueden consistir en prestaciones sociales en sentido estricto, que suponen ayudas financieras; subvenciones y acciones de fomento de actividades de interés público de carácter cultural, social o profesional; creación y utilización de servicios públicos; y participación en los bienes de carácter comunitario, como lo es la utilización de recursos naturales de carácter público.

Estas consideraciones, por otra parte bien conocidas, tienen el propósito de demostrar, en primer lugar, que ya la Historia ha evidenciado que las transformaciones del Estado se producen sobre todo cuando así lo

⁶ Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 73.

exige la sociedad; y, en segundo lugar, que como consecuencia del paso de un Estado Liberal a un Estado Social se han incrementado las funciones del Estado que antes se limitaban al orden, a la seguridad, a la defensa, a la justicia y del que se esperaba que no interfiriera en la sociedad ni en el mercado. Por el contrario, buscar una igualdad real y efectiva reconociendo unos derechos sociales obligó al Estado a realizar una actividad de prestación directa en ámbitos como la educación, la sanidad, los servicios sociales o la creación de sistemas de seguridad social públicos. Además, el Estado comenzó a intervenir en la economía creando servicios públicos y empresas públicas. Lo cual obligó, a su vez, a una descentralización funcional, surgiendo Administraciones Institucionales que son entes de Derecho Público y patrimonio público que crea la Administración General para prestar determinados servicios y cumplir determinadas funciones.

La configuración del actual Derecho Administrativo sigue respondiendo en alguna medida a una Administración que hoy ya no existe en puridad, la Administración de Policía. Con el nacimiento y configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho ha surgido una nueva Administración, la Administración Pública Prestadora, que no encaja ya en el cuadro tradicional y propio de un Estado calificado sólo como de Derecho sino que opera en un Estado Social de Derecho, calificativo que cambia los fines estatales y por tanto su forma de actuar.

La Administración Pública en materia de derechos prestacionales ya no puede ser vista como aquella Administración de Policía que se limitaba a no interferir en la esfera de autodeterminación del ciudadano,

absteniéndose de actuar, sometida a un estricto principio de legalidad y a quien el ciudadano veía como un potencial vulnerador de sus derechos. Hoy en día, esa Administración ha pasado a transformarse también en garante de la vigencia de los derechos fundamentales⁷. Afirmación ésta que merece ser explicada.

En la Administración Pública recae un encargo de difícil cumplimiento que se desprende del mandato que se deriva de la cláusula social de generar una igualdad material entre los ciudadanos⁸. Esta Administración Pública Prestadora es quien, previa decisión legislativa, tiene como función proveer prestaciones de todo tipo, económicas y de servicios. Se trata, en suma, de una Administración que ha cambiado, que se personaliza y que mantiene un entramado de relaciones jurídicas con el ciudadano, destinatario de la prestación, y es necesario garantizar que la misma se adecue a las necesidades de éste y en respeto de sus derechos fundamentales. Algunas de estas prestaciones se dan en la esfera más íntima del individuo: es el caso, por ejemplo, de las prestaciones dirigidas a situaciones de drogodependencia, mujeres maltratadas, ancianos o personas con problemas psíquicos, entre otras, denominadas como prestaciones de servicios sociales y que en la doctrina han recibido el nombre de prestaciones sociales de servicios personales y/o materiales. Estas prestaciones vienen, por un lado, a solventar graves carencias de los ciudadanos, precisamente de aquellos que muchas veces están en situación

⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 292-295.

⁸ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 662. Cfr. Cfr. HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland” en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Wien, 1978, p. 429 y ss.

de mayor necesidad, y persiguen proporcionar una atención adecuada a la dignidad que les reconoce al art. 10.1 CE. A la vez, en esa situación se afectan valores vitales de la persona y ámbitos muy relevantes de su intimidad.

Piénsese en una residencia de ancianos o en un centro de salud en donde existe por un lado, un personal profesional, funcionarios dependientes de la Administración Pública a cargo de la prestación, que entran en contacto directo con los beneficiarios de la misma. Y por otro, estos beneficiarios que buscan salvar la contingencia que ha dado origen a la prestación y que pese a encontrarse en un situación similar son tan distintos unos de otro, lo cual no es sino consecuencia del pluralismo que existe en la sociedad. En ese escenario, lo que muchas veces sucede es que el usuario de la prestación se ve en la situación de aceptar condiciones que pueden ayudar a solventar la necesidad pero que pueden afectar a su libertad de pensamiento o de religión, por ejemplo; surge así la cuestión de si es posible un tratamiento diferente respecto de los demás, lo cual genera una suerte de demanda de prestación personalizada. Cuestiones estas que dan origen a un sinnúmero de interrogantes que buscaremos resolver en la presente investigación.

Por las razones que expondremos en las páginas que siguen, consideramos que si en su momento la configuración del Estado cambió para atender a las necesidades del ciudadano, hoy en día resulta necesaria una nueva transformación del brazo ejecutor del Estado, de la Administración Pública. Y es que, aunque la propia “fachada” cambió para adecuarse a las situaciones presentes, es necesario generar un cambio en

los agentes, en su forma de actuar y en la organización y procedimiento mediante los cuales éstos actúan.

Por tanto, la pregunta que nos planteamos a es qué transformación debe llevar a cabo la Administración Pública si lo que queremos es una Administración para el ciudadano de hoy⁹. Un Estado adecuado al ciudadano, a la realidad corriente, unas estructuras que deben tener como centro y fin de toda su actuación al ser humano y no el respeto perpetuo de instituciones que ya no cumplen con esta función. Unas instituciones que además de garantizar las prestaciones de manera eficaz, siempre deberían ser respetuosas con las exigencias que se desprenden de la cláusula del Estado de Derecho (derechos fundamentales, legalidad, por ejemplo) y de la cláusula del Estado Democrático (participación y pluralismo).

Toda reforma de la Administración debería estar inspirada en la búsqueda del bienestar del ciudadano, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. Su transformación debe, por ello, buscar los nuevos criterios en la cláusula recogida en el art. 1 de la Constitución y en los valores constitucionales. Por tanto, lo que se plantea es una cierta confrontación de la visión “estática” liberal de los derechos fundamentales, con una visión dinámica de los problemas que se generan en el llamado por Häberle¹⁰ Estado de las prestaciones, pero sin renunciar

⁹ PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen”, en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, Tomo 5, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977, p. 162.

¹⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 52.

al primado del Derecho, que exige entre muchas cosas el respeto de esos derechos.

Por tanto, nuestro estudio se centrará en aquellas prestaciones personales caracterizadas por una “alta intensidad personal”¹¹ que se manifiesta por la cercanía que existe entre ciudadano y Administración Pública, y en donde, por ello mismo, se da un alto riesgo de vulneración de los derechos fundamentales, especialmente de libertad, del destinatario de la prestación¹², que no es otro que el ciudadano. En este sentido, la doctrina alemana ha llamado la atención sobre la insuficiencia de los criterios tradicionales que inspiran la limitación y control de la Administración Pública (legalidad, reserva de ley o discrecionalidad administrativa) y ha subrayado la necesidad de buscar nuevas vías de garantizar los derechos dentro de la prestación, pero sin poner en riesgo su eficacia. Esas nuevas vías o alternativas de solución a las cuestiones que esta realidad plantea se han buscado desde la organización y procedimiento como formas de atender a la participación y el pluralismo y que permitan una tutela *preventiva* de los derechos.

En este contexto la Administración Pública Prestadora pasa a ser garante no sólo de los llamados derechos prestacionales sino de los derechos fundamentales en el seno de la prestación. Así, la Administración, en el momento de brindar las prestaciones debe configurarlas mediante una relación jurídico-administrativa con sus

¹¹ Cfr. KRAUSE, Peter, *op. cit.*, p. 11.

¹² ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 684.

beneficiarios. Una relación que se caracteriza por tener un elemento marcadamente personal¹³ pues nos referimos a prestaciones de carácter social (rehabilitación, ayuda a la juventud, embarazos, problemas psíquicos, etc.) en las que las necesidades concretas de su beneficiario son su elemento fundamental. Por ello, en estos casos la ley no puede regular a cabalidad el supuesto de hecho pues depende en mayor medida de los conocimientos y técnicas del personal profesional encargado y de la participación del beneficiario.

Este escenario genera una serie de interrogantes, ya no sólo respecto de la función de la Administración Pública y de la división de poderes, sino sobre todo respecto de algunos de los principios que clásicamente dirigen la actuación administrativa como el principio de legalidad, la discrecionalidad administrativa y sobre la reserva de ley en materia de derechos fundamentales. Como trataremos de exponer, esos criterios resultan hoy insuficientes para garantizar una actuación administrativa que se produce, además, en las esferas más íntimas del hombre pudiendo comprometer sus derechos fundamentales, sobre todo de libertad.

Por otra parte, hoy por hoy, la Administración necesita dar solución eficaz a muchas de las demandas que se le plantean por los ciudadanos y ello le obliga en ocasiones a improvisar reglamentos o a ofrecer guías u orientaciones, directivas internas, etc., a fin de solucionar problemas. Por todo ello, resulta necesario que desde el Derecho Constitucional se sienten

¹³ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 99.

las bases de la relación jurídico prestacional, especialmente de carácter social, que se genera entre Administración y ciudadano. Y a fin de ello, además de emplear los conceptos de dignidad, libre desarrollo de la personalidad y de derechos fundamentales, que son siempre guía fundamental de la actuación de todos los poderes públicos, deben buscarse nuevas vías que, por las razones apuntadas, deben buscarse en los conceptos de organización y procedimiento, los cuales, se transforman en una exigencia desde los derechos fundamentales ya que permiten una protección *ex ante* de los mismo pues mediante la organización se garantiza una oferta plural de servicios y mediante el procedimiento, una participación adecuada del beneficiario de la prestación.

A tal efecto, y a fin de realizar un análisis integrador, la presente investigación se organizará de la siguiente manera: en el Capítulo I se recordará el papel protagónico que tiene la actual Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho y las razones que han conducido a ello, para lo cual resulta necesario analizar en primer lugar el alcance, significado y origen de la cláusula social y de sus exigencias para la Administración Prestadora, así como el estudio de la actuación administrativa prestadora de carácter social. En el Capítulo II se analizarán en particular las exigencias que se desprenden de la cláusula del Estado de Derecho y Democrático para la Administración Pública Prestadora en el marco de su actuación prestadora de servicios personales y/o materiales, a fin de estudiar las principales cuestiones que en este escenario se plantean y las dudas que surgen al respecto. Y, finalmente, en el Capítulo III postularemos la que creemos es la forma adecuada de abordar los

Introducción

problemas que en este tema se plantean, a través del desarrollo de la teoría alemana sobre la organización y el procedimiento como elementos esenciales de una teoría constitucional de los derechos fundamentales.

INTRODUCTION

“Men would not quit from the freedom of the state of Nature in order to enter into society, neither would they choose to be bound by any government, if it is not to safeguard their life, liberties, assets, and to reassure peace and calm through established regulations of law and property”¹.

Talking about the Social State is maybe one of the least novelty things but, no doubt about it, one of the most arduous, because when a lot has been said about a certain topic, it is difficult, on the one side, to be original, and on the other side, to determine the scope that could be given to it, just as the sources selection itself.

However, and despite of the amount of writings on its many aspects, there is one field of study that we understand has not been analyzed with the attention it requires. The main goal of this research is to expose a not always present reality, but important nonetheless: that the obligation of the constitutional State of making effective the Social State clause is not only guaranteed by offering, above all, effective benefits, but that the formula of the Social and Democratic Rule of Law demands that when benefits are given, this is done by respecting the fundamental rights of those who receive them. What we are trying to achieve is to set the constitutional

¹ LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983, p. 95.

foundation on which that activity must be erected, in order that it is in accordance with the postulates of a Social and Democratic Rule of Law: that the benefit is offered in an effective way, but at the same time, in a respectful manner, with the dignity and rights of its receiver.

Only a few studies on Constitutional Law in Spain mention that reality, but thanks to the workings and reflections the German doctrine² has dedicated to this matter, coming from the end of the XXth and the beginning of the XXIth centuries, it is possible to find enough elements of judgement to analyze the matter we formulated. In that regard, with the help of the studies conducted by some Spanish experts in the field of Administrative Law, and in particular, professor Rodriguez de Santiago³, in

² Vid BADURA, Peter, *Der Sozialstaat*, DÖV, Vol. 42, 1966; DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung” en HStR, Tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004; FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart und Berlin, 1938; HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1972; KRAUSE, Peter, “Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dients- und Sachleistungen” en GITTER, Wolfgang, THIEME, Werner y ZACHER, Hans (coords.), *Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich, 1981; PITSCHAS, Rainer, “Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung” en SCHMIDT ASSMANN, Eberhard y HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997, p. 200; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998; ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, entre otros.

³ Entre sus obras RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Derechos fundamentales en la residencia de mayores” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y DíEZ SASTRE, Silvia (Coord.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012; *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007; “Capítulo 2. La realización del Estado Social a través de los Municipios: servicios públicos y asistencia social” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y

reference to the narrow relationship between the protection of fundamental rights and the organization of the procedure in the offering of social benefits for the people.

We find the immediate precedent of the current Social Rule of Law in the Liberal Rule of Law, in which the existing situation for the citizens responded to an idea of the society “as a spontaneous order gifted with rationality”, which, not only had a strength above any other order or artificial intervention, but it also generated the best of all possible orders, both on the economic and social aspects, through the wonderful results of the offer and demand, and in which the capacity determined the status each person had in society⁴. State and Society were conceived as two separate entities, each of them with well-defined boundaries; and the man, a being that would reach his place in society by his own efforts, with the guarantee that the State would not intervene in that individual reality.

However, if the constitutional Rule of Law wanted to continue having validity, it had to adapt its values to the new demands and to add to its objectives those of the permanent regulation of the social system. In brief, and as García Pelayo⁵, correctly points it out, we could mention that “the State was not capable of surviving without the structuring action of the State”.

ORTEGA BERNARDO, Julia (Coords.), *Estado social y Municipios. Servicios públicos y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Catarata, Madrid, 2010.

⁴ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 22.

⁵ *Ibidem*, ps. 24-25.

With the goal of reaching its main objective, no other than achieving the social justice recognized in the Constitutions, even if late, as a demand of the vindication of the workers and members of socialists and communists parties to a good extent, a series of rights of economic and social content, that allow not only to cover the aforementioned needs, but also to make effective those other rights of freedom, which, even though are formally recognized for all citizens, in practice they were for many people only good intentioned statements, because only a few minorities that possessed enough properties and social power could actually enjoy of them⁶. This is how basic rights, as the right to work, to obtain a good health and to receive education, among others, aimed at satisfying those needs of the citizens, translating it into material actions by the State, which need to be configured by the legislator, and might consist on social benefits of strict nature, implying financial help; subventions and promotion activities of public interest and social, cultural or professional character, as it is the use of natural resources of public character.

These well-known considerations have the purpose, in the first place, of showing that History has proved that State transformations take place when the society demands it; secondly, that as a consequence of the transition from the Liberal to the Social State this one has increased its functions, in addition to those of keeping the order, security, defense and justice, while it was expected that it was not going to intervene neither in the society nor in the market. On the contrary, looking for a real and

⁶ Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 73.

effective equality recognizing social rights, obligated the state to conduct an activity of offering benefits directly, in areas as education, health, social services or the creation of public security systems. Furthermore, the State began to intervene in the economy creating public services and public companies. Which in turn obligated to a functional decentralization, emerging Institutional Administrations as entities of Public Law and public budget created by the General Administration to offer certain services and to exercise certain functions.

The Administrative Law's current configuration still responds to some extent to an Administration that no longer exists in its pure state nowadays, the Police Administration. With the birth and configuration of the Democratic and Social Rule of Law a new Administration has born, the Servicing Public Administration, which no longer fits in the traditional framework of the Rule of Law, but it operates in a Social Rule of Law, a definition that changes the state goals and therefore its acting.

The Public Administration related to social benefits rights cannot be seen as a Police Administration anymore, limited to refraining from intervening in the sphere of the self-determination of the citizens, not taking any action, subject to a strict principle of legality and seen by the citizens as a potential transgressor of their rights. Nowadays, that Administration has become a guarantor of the validity of fundamental rights⁷. This statement must be explained.

⁷ Cfr. HÄBERLE, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *op. cit.*, ps. 292-295.

In the Public Administration it lays a mandate of difficult observance, derivative from the social clause that generates equal materiality among citizens⁸. This Public Servicing Administration, by a previous legislative decision, has as a main function providing with all kind of benefits, both economical and services. It is an Administration that has changed, now it is personalized and it has a framework of legal relationships with the citizens, the ones receiving the benefit, and it is necessary to guarantee that it is adequate for their needs and for their fundamental rights. Some of these benefits take place in the inner circle of the individual: that is the situation of the benefits offered in the case of drugs addictions, mistreated women, the elderly or people with mental problems, among others; they are called social services benefits and according to the doctrine they are named social benefits of personal and/or material services.

These services have come to cover serious shortages of the citizens, precisely of those who are often in need, and which look to provide with an adequate care to the dignity recognized on article 10.1 CE. Similarly, vital values of the person end up affected, just as some very relevant spheres of their intimacy.

Consider a house for the elderly, or a health center in which there is, on the one side, Public Administration professional staff offering the benefit directly to its beneficiaries, and on the other one, these

⁸ Cfr. ZACHER, Hans, "Das soziale Staatsziel"..., *op. cit.*, p. 662. Cfr. Cfr. HESSE, Konrad, "Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland" en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Wien, 1978, p. 429 y ss.

beneficiaries that are trying to save the contingency that gave origin to the social benefit, and even though they are in the same situation, they are too different from each other, a consequence of the pluralism of the society.

In that setting, it happens many times that the receiver of the benefit has to accept the situation of admitting conditions that could help to cover a necessity, while affecting its freedom of thought or religion, to give an example; it arises this way the question of whether it is possible to have a different treatment in regards to the other ones, which generates a sort of personalized service demand. These issues give rise to endless questions that we will try to solve in the present research.

For the reasons we present in the following pages, we consider that if at any certain moment the State's configuration changed to attend the necessities of the citizens, it is necessary nowadays a new transformation of the enforcement arm of the State, the Public Administration. The issue is that, even though the "facade" changed in order to be suitable to the present situations, it is necessary to generate a change in the agents, their acting and in the organization and procedure through which these operate.

Therefore, the issue we bring up is what kind of transformation the Public Administration has to undertake if what we want is an Administration for today's citizens⁹.

⁹ PITSCHAS, Rainer, "Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen", en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, Tomo 5, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977, p. 162.

A State that is adequate to the citizens and the current reality, structures that must have as the center and main goal of its acting the human being, instead of the perpetual respect of institutions that no longer fulfill that function. Institutions that, in addition to guaranteeing the benefits efficiently, should always be respectful of the demands originated from the Rule of Law clause (fundamental rights; legality, for instance) and from the Democratic State clause (participation and pluralism).

Any reform of the Administration must be inspired in the search of the citizen's wellbeing, in the framework of the Social and Democratic Rule of Law. This is why its transformation must look for a new criteria in the clause included on article 1st of the Constitution, and in the constitutional values. Therefore, we consider a certain confrontation of the liberal "static" vision of the fundamental rights, with a dynamic vision of the problems generated in the State of the benefits as it was named by Häberle¹⁰, but without renouncing to the supremacy of the Law, which demands many things regarding those rights.

Hence, our study will focus in those personal benefits characterized by a "high personal intensity"¹¹ manifested by the proximity between the citizen and the Public Administration, in which a high risk of fundamental rights violation exists, especially the one of the freedom of the receiver of the benefit¹², the citizen. In that regard, the German doctrine has drawn the attention to the insufficiency of the traditional criteria that inspires the

¹⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *op. cit.*, p. 52.

¹¹ Cfr. KRAUSE, Peter, *op. cit.*, p. 11.

¹² ZACHER, Hans, "Das soziale Staatsziel"..., *op. cit.*, p. 684.

limitation and control of the Public Administration (legality, reservation of the law or administrative discretion) and it has highlighted the need of finding new avenues to guarantee the rights inside the benefit, without risking its effectiveness. These new ways of alternatives of solution to the questions this reality brings up have been looked up from the organization and procedure as ways to attend the participation and pluralism, allowing a preventive tutelage of the rights.

In this context the Public Servicing Administration goes from being the guarantor of the so-called benefits-rights to guarantor of the fundamental rights at the core of the benefit. So the Administration, at the moment of providing with the benefits, must configure them through a legal-administrative relationship with its beneficiaries. A relationship characterized by having a highly personal element¹³ because we refer to a social character (rehabilitation, help to the youth, pregnancies, psychic problems, etc) in which the concrete needs of the beneficiary are its fundamental element. That is why in these cases the law cannot regulate in depth the hypothetical of the law because it mostly depends on the knowledge and techniques of the personnel in charge, and on the participation of the beneficiary as well.

This setting brings up several questions, not only about the function of the Public Administration and the division of powers, but also regarding some principles that lead the administrative acting in a classic

¹³ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 99.

manner, as well as the reservation of the law in relation to human rights. As we will try to present, these criteria is insufficient to guarantee an administrative acting that is also produced in the most intimate spheres of men, with the risk of compromising his fundamental rights, especially the one of freedom.

On the other hand, the Administration nowadays needs to provide with an effective solution to the many demands from the citizens, which make it improve regulations or offering guide or orientation, internal directives, etc, in order to solve problems.

For the aforementioned reasons, it is necessary to set the basis of the legal-benefits relationship, especially of a social character, from the Constitutional Law, generated between the Administration and the citizens. With that goal in mind, in addition to using the concepts of dignity, free development of the personality and human rights, which are always a fundamental guide to the acting of all public powers, it is necessary to find new ways, that must be found in the concepts of organization and procedure, which get transformed into a demand, from the fundamental rights, because they allow a protection ex ante of themselves, since by being organized, a plural offer of the services is guaranteed, and through procedure, an adequate participation of the receiver of the benefit does too.

With that purpose, and with the goal of conducting an integrative analysis, the current research will be organized in the following manner: In Chapter I the leading role of the current Public Administration in the

Social and Democratic Rule of Law will be recalled, as well as the reasons that have led to it, and to do this it will be necessary to analyze the scope, meaning and origin of the social clause and its demands for the Servicing Administration in the first place, in addition to the study of the administrative servicing acting of social character. In Chapter II, the particular demands from the Democratic Rule of Law for the Servicing Public Administration clause will be analyzed, in the framework of its servicing acting of material and personal benefits, in order to study the different questions presented in this setting, as well as the doubts coming from it. Finally, in Chapter III we propose what we believe it is the most adequate form of approaching the problems laid out in this topic, through the development of a German theory about organization and procedure as essential elements of a constitutional theory of fundamental rights.

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA DEL ESTADO SOCIAL

I. EL PROTAGONISMO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Como bien señala Pitschas¹, cada vez más la realización del Estado Social² y en concreto de los derechos sociales se hace depender de una garantía material de la prestación que se consigue mediante la formal o informal organización de la Administración Pública como ejecutora de las prestaciones (*Leistungsträger*). Ello, ha sido precedido por un cambio que se produjo durante los comienzos del siglo XX en la Administración Pública, que la han llevado a ampliar su ámbito competencial pasando de ser el *poder más temido* a ser el *poder más necesitado*, de ser el potencial conculcador de la libertad a ser el potencial realizador de los derechos de la persona

¹ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen”, en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, Tomo 5, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977, p. 152.

² Con respecto al principio del Estado Social en Alemania, un tratamiento sintético puede verse en ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

desde un punto de vista material; y ello, se ha producido como consecuencia de las exigencias que se desprenden de la cláusula social reconocida en las modernas Constituciones.

Como es sabido, la fórmula del Estado Social de Derecho es una conquista colectiva de la ciencia jurídica y la práctica constitucional alemana³. Sus predecesores son F.J. Stahl y R. v. Mohl, en cuanto fueron los precursores científicos de la idea del Estado de Derecho del siglo XIX⁴; sin embargo, la idea del Estado Social de Derecho fue acuñada y popularizada por Herman Heller en 1929⁵ y fue institucionalizada en 1949 en la Ley Fundamental de Bonn al definir al Estado alemán, en su art. 20, como “un Estado federal, democrático y social” y en su art. 28 como “un Estado Democrático y Social de Derecho”. En España, el principio social aparece por primera vez constitucionalizado en el texto de 1978 y alude a una nueva relación entre los poderes y la sociedad.

No obstante ello, su origen es más antiguo que la aparición del término. Éste, se debe situar en Europa a finales del siglo XIX⁶ vinculado a una serie de revueltas sociales⁷ protagonizadas por el movimiento

³ Cfr. HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, México, p. 224.

⁴ Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1984, p. 882.

⁵ La aparición del término la encontramos en su escrito *Rechtsstaat oder Diktatur?* Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 16.

⁶ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 32.

⁷ Aunque en suma puede decirse que surge de la conjunción entre el pensamiento revolucionario francés con la filosofía alemana. Véase por todos SOTELO, Ignacio, *El*

obrero⁸. Quienes demandaban una modificación de las condiciones de vida de los grupos menos favorecidos, debido a que aquello que había sido ganado por los burgueses -que el Estado no interviniese en la vida de los ciudadanos y que fuera el mercado y el esfuerzo personal lo que determinase la distribución de la riqueza, o como diría Elías Díaz “el individualismo y el abstencionismo estatal⁹- convirtió al Estado en un “Estado-vigilante nocturno”¹⁰.

La sociedad se había transformado en una sociedad basada en la autodeterminación, y en la que las diferencias sociales crearon cierta injusticia social. Ello llevó a los ciudadanos a exigir una intervención estatal, de modo que “(...) los Estados industrializados de la época van tomando conciencia de las necesidades de intervenir de forma activa en la

Estado Social: antecedentes, origen, desarrollo y declive, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, p. 13.

⁸ Cfr. ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 16. En Alemania de la mano del canciller Bismarck y de Lasalle; y de otro lado, en Inglaterra se erige el Estado de Bienestar, como respuesta al incremento de la pobreza, gracias a la participación de grandes economistas como Keynes, quien establece los fundamentos económicos del Estado de Bienestar al proponer la intervención del Estado en la economía (sus cuatro aportaciones: la crítica al *laissez-faire*; la diferencia entre ahorro e inversión; la utilización óptima de los recursos materiales y humanos; y que la política monetaria marque el tipo de interés adecuado para mantener un alto empleo a lo largo del ciclo) y Beveridge, quien diseña un nuevo sistema de Seguridad Social caracterizado por la generalización a todos los ciudadanos, la extensión de los riesgos protegidos, mayor financiación por parte del Estado y unificación de todos los seguros en uno solo (*National Insurance Act* de 1911 y los Informes que proclaman como pilares del Estado de bienestar: la seguridad social, el pleno empleo y la paz). Cfr. SOTELO, Ignacio, *op. cit.*, ps. 163-167 y 205-220.

⁹ Cfr. DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, España, 1998, p. 103.

¹⁰ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, p. 24.

vida económica y social”¹¹. La pobreza que se vivía no era algo nuevo; pero sí, en cambio, la indignación que provocaba el empeño del liberalismo por dejar sólo al mercado la distribución de la riqueza¹². En ese sentido, una vez alcanzado el sufragio universal e instalado el proletariado en el poder legislativo, las clases menos favorecidas comenzaron a demandar mayores prestaciones sociales¹³.

De esta forma, el Estado liberal del siglo XIX se va transformando en el Estado social del siglo XX¹⁴ y es así que se fueron reconociendo derechos como el trabajo y la salud en diversas legislaciones y en algunas Constituciones como la mexicana de 1917, la alemana de Weimar de 1919, y la española de la II República de 1931; y en general, el deber del Estado de disminuir con su intervención la desigualdad social, siendo los lemas básicos de la acción del Estado “prosperidad para todos” y “más calidad de vida”¹⁵. Ello, se consolida en Europa después de la Segunda Guerra Mundial (en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que recoge la fórmula del Estado social, y en la italiana de 1947 sin incluir el término) etapa a la que se denomina “edad de oro del Estado de Bienestar”¹⁶. Todo ello, significó una mayor participación del Estado e intervención a través de su brazo ejecutor, la Administración Pública, llegando a convertirse en un

¹¹ CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 39.

¹² Cfr. SOTELO, Ignacio, *op. cit.*, ps. 13-14.

¹³ Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 51

¹⁴ Para mayor referencia ver GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*; CARMONA, CUENCA, Encarnación, *op. cit.*; GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*; entre otros.

¹⁵ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 662.

¹⁶ Cfr. SOTELO, Ignacio, *op. cit.*, p. 230.

Estado incluso con iniciativa empresarial en la economía, con la ya famosa “economía social de mercado”¹⁷.

Mientras que el Estado liberal de Derecho se sustentó en la justicia conmutativa, el Estado Social de Derecho se fundamenta en la justicia distributiva; mientras el primero era fundamentalmente un Estado legislador, el segundo es un Estado gestor; mientras el primero buscaba asegurar la justicia legal formal, el segundo busca la justicia legal material¹⁸. Mientras que el enemigo de los burgueses clásicos era la expansión de la acción del Estado, para lo que instituyeron mecanismos adecuados (principio de legalidad, derechos individuales, división de poderes, etc.), en el marco del Estado Social lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado para lo cual también se han instaurado los mecanismos adecuados¹⁹. Y como bien señala García Pelayo, “allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado”²⁰.

Así, se vio que la libertad, la dignidad y en general los derechos fundamentales necesitaban de condiciones o mínimos vitales para ser efectivos; es decir, que estos principios sin el elemento social serían

¹⁷ En los años 70 este modelo entra en crisis y quizá la principal causa sea la imposibilidad de conciliar la libertad con la idea de un Estado plenamente interventor, a lo cual, se sumó la crisis fiscal, la ineficacia económica y las distorsiones en el mercado. Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, ps. 33 y 34.

¹⁸ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, ps. 26 y 27.

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

²⁰ *Idem*.

ineficaces²¹. De esta manera es que el Estado y en concreto la Administración Pública se transforma en el agente protagonista de la realización del hombre en sociedad, en el ejecutor material del Estado Social de Derecho.

2. UN “ESTADO ADMINISTRATIVO”. SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS

La inserción de una cláusula social en las Constituciones del siglo XX ha supuesto un cambio en la estructura y en la forma en que el Estado actúa. La nueva tarea o función que en él recae, a la que podemos calificar como prestadora o prestacional, es llevada a cabo por su brazo ejecutor, la Administración Pública, razón por la cual creemos que el Estado actual es necesariamente un Estado Administrativo, en el sentido de que su principal objetivo es realizado por la Administración Pública²². Esto es, que la función primordial que cumple la Administración Pública en el Estado Social lo ha transformado en una suerte de Estado Administrativo como expondremos a continuación.

²¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972, ps. 46 y 47.

²² Cfr. BADURA, Peter, *Der Sozialstaat*, DÖV, 1966, p. 625.

2.1 La relación Estado-Ciudadano

En el Estado liberal burgués una de las ideas clave del orden político era no sólo la distinción sino la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía, “lo que producía una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales, sin perjuicio de las medidas de política social y económica (...)”²³. Este Estado tenía una estructura vertical o jerarquizada, es decir, que se constituía primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación, lo cual se manifestaba en la existencia de “leyes abstractas (...), en la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad y para la diversificación e integración del trabajo estatal y en una organización burocrática de la Administración. Sus objetivos y valores eran la garantía de la libertad, de la seguridad y de la propiedad, y la ejecución de los servicios públicos, fuera directamente, fuera en régimen de concesión”²⁴.

Asimismo, se tenía una concepción de los derechos como posiciones jurídicas individuales, formalmente iguales, sin tener en cuenta la situación real de poder o no de los titulares²⁵. Es decir, como disponibilidades jurídicas igualmente ofrecidas a los ciudadanos sin importar si estaban o no en condiciones reales de acceder a ellas y cuyo contenido se basaba en los enunciados de propiedad y libertad. Unos derechos que se

²³ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 21.

²⁴ *Ibidem*, ps. 21-22.

²⁵ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 56.

consideraban como absolutos y que tenían como único límite el respeto de los derechos de los demás miembros de la sociedad, como exigía el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁶ y que se configuraban como derechos negativos frente a la acción del Estado²⁷.

Posteriormente, ante a la situación que se genera debido a los profundos cambios introducidos por la sociedad industrial, surge el principio del Estado social y, por el contrario, la configuración de este nuevo Estado “parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que sólo la acción del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado”²⁸. Por ello, el Estado no podía limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden natural ni a sólo vigilar el buen funcionamiento de ese mecanismo autorregulado sino que debía transformarse en el regulador decisivo del sistema social a través de medidas directas y concretas²⁹.

²⁶ “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley”.

²⁷ Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 122.

²⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, ps. 21-22.

²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

2.2 El Estado Administrativo: un Estado Prestador

2.2.1 De la Administración de Policía a la Administración Prestadora

El antecedente inmediato de la actual Administración Pública Prestadora es la Administración Pública de Policía, la cual se forjó durante la formulación del ya clásico Estado de Derecho. Éste se basaba en el principio de legalidad, de reserva de ley y veía a los derechos fundamentales sólo como un límite a su actuación, creándose así una Administración Pública que se caracterizaba por ser una Administración de Policía, la cual se encargaba sólo de garantizar una esfera de libertad y propiedad para el ciudadano. Sin embargo, con el paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, la Administración Pública cambió y asumió nuevas funciones llegando a ser una Administración interventora para convertirse, hoy por hoy, en una Administración de las prestaciones, de la que el ciudadano ya no sólo demanda inactividad por el clásico conculcador de derechos, sino que por el contrario, le exige sobre todo una actividad positiva y de provisión³⁰, una acción de procura.

La función de policía, a grandes rasgos, se caracteriza por entrañar imposición administrativa de limitaciones a los ciudadanos y por tener

³⁰ Cfr. WERNER, Fritz, "Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht" en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin, 1959, p. 530.

como finalidad el orden público³¹. Puede ser definida como “(...) aquella función administrativa que consiste en limitar la actividad privada”³² o como “(...) la actividad del Estado que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad, contra las perturbaciones que las existencias individuales puedan ocasionar”³³. En pocas palabras, tiene por finalidad velar por la seguridad pública (art. 104 CE) y se caracteriza por el empleo de la autoridad frente a los clásicamente llamados súbditos, siendo la esencia de su definición la limitación y el orden público.

Hoy en día, sin embargo, la actuación administrativa no se limita a ser una actuación de control o de restricción sino que por imperativo de la cláusula social lo que se espera de ella es una actuación positiva, una actuación prestadora. La cual, tiene por finalidad establecer un orden, el mejor, dentro del cual se lleve a cabo la convivencia social, las iniciativas privadas, etc.³⁴. En ese sentido, señala Aragón, refiriéndose a la clasificación esbozada por Carl Schmitt³⁵ que “un Estado que se convierte en gestor de la “procura existencial” tiende a adoptar, casi inevitablemente, la forma de un “Estado Administrativo”, es decir, de un Estado de

³¹ REBOLLO PUIG, Manuel, “La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad” en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1365.

³² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública y Libertad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971, p. 25.

³³ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, Parte especial, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1950, p. 8.

³⁴ Cfr. MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Trivium, Madrid, 1991, p. 427.

³⁵ Cfr. SCHMITT, Carl, *Legalidad y Legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971.

servicios públicos”³⁶. Lo cual significa, desde nuestro punto de vista, que la Administración Pública es ahora la responsable de ejecutar materialmente muchas de las prestaciones necesarias para que el ciudadano alcance ese “mínimo vital” que permita su desarrollo en la sociedad. En palabras llanas, un Estado Administrativo es aquel Estado propio de un Estado Social y Democrático de Derecho y se trata de un Estado que debido a su formulación actual cuenta con un Ejecutivo fuerte del que se espera mucho pero que en todo caso tiene que seguir actuando con pleno sometimiento a Derecho; un Estado que dejó de tener una función meramente de policía, para transformarse en un Estado encargado de la realización de la cláusula social, de la procura existencial, de la justicia social y con ello de la igualdad material.

No obstante lo anterior, no debemos perder de vista que este cambio en la Administración Pública, implica a su vez, un cambio en la relación Estado-ciudadano que no se debe pasar por alto, pues es la Administración Pública quien entra en “contacto directo” con los ciudadanos, destinatarios de la prestación y titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, incluso a través de actuaciones más personales o que afectan la esfera íntima de la persona; lo cual, crea una serie de relaciones y vínculos entre éstas pero que, sobre todo, plantea una serie de cuestiones de no fácil solución cuando de los derechos fundamentales hablamos.

³⁶ ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 137.

2.2.2 La nueva función prestadora

Todo lo antes mencionado se traduce, en fin, “en la ampliación del ámbito funcional del Estado y con ello en la transformación estructural (...) de la institución estatal misma”³⁷, a quien le corresponde una función asistencial, que rebasa el concepto de “beneficencia” típico de la etapa liberal “para convertirlo en el gestor de todo tipo de prestaciones, servicios y asistencias destinadas a asegurar las condiciones fundamentales de la existencia”³⁸. Asimismo, le corresponde una función de intervención y tutela de la economía, así como una función de remodelación social.

De esta forma, el Estado Social (*Sozialstaat*) se transforma en el Estado Social de las prestaciones (*Sozialleistungsstaat*)³⁹. A tal fin, el Estado ejecuta una serie de actuaciones a través de la Administración Pública que le llevan a satisfacer distintas necesidades que los hombres no pueden lograr por sí mismos, estableciendo las condiciones para remover los obstáculos interpuestos a la plena realización de los derechos. Con ello, se busca que los ciudadanos, además de contar con libertades formales, gocen de una libertad real, que además de disfrutar de los mismos derechos, tengan las mismas oportunidades de ejercerlos, lo que exige, a su vez, acortar las diferencias sociales⁴⁰. Sólo de esta manera se posibilitaría pues el libre desarrollo de la personalidad, “esto es, el despliegue sin trabas, de

³⁷ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 51.

³⁸ *Ibidem*, ps. 51-52.

³⁹ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 662. Cfr. HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland” en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Wien, 1978, p. 429 y ss.

⁴⁰ Cfr. SOTELO, Ignacio, *op. cit.*, p. 285.

las diversas potencialidades humanas, como la deseable integración social de individuos y colectivos, facilitando al tiempo su participación (art. 9.2)”⁴¹.

Dwight Waldo se refería a esta Administración Pública Prestadora como la “nueva Administración Pública”, marcada por una alta preocupación por la justicia social, con una sensibilidad al sufrimiento humano y a las necesidades sociales⁴².

En este orden de ideas, la Administración Pública pasa a ocuparse de temas muy distintos de los que se ocupaba con anterioridad, y ello se debe al crecimiento del número de exigencias que se le hacen, pero también al paso de una economía dedicada básicamente a la producción de bienes a otra cuyo objetivo primordial es la prestación de servicios⁴³. “A medida que la economía va cobrando importancia y como consecuencia de diversos factores, el Estado interviene en la sociedad, para algo más que para la asunción de funciones de auxilio y beneficencia”⁴⁴.

Finalmente, es necesario señalar que, aun teniendo en cuenta esta situación, no se debe olvidar que “en todo tiempo, lo que debe hacer y hace la Administración es aquello que ha de ser cumplido por el Estado: el interés general”⁴⁵. Lo cual, constituye una exigencia desde la Constitución y desde la propia configuración del Estado Social y Democrático de

⁴¹ PORRAS RAMIREZ, José María, *op. cit.*, p. 660.

⁴² Cfr. DWIGHT, Waldo, *La Administración Pública del cambio social*, Escuela Nacional de Administración Pública, España, 1974, p. 16.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 96.

⁴⁴ DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 55.

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, *op. cit.*, p. 107.

Derecho. De igual manera, debemos recalcar el papel fundamental que cumple la Administración Pública como brazo ejecutor del Gobierno en materia de políticas sociales pues “una Administración sin política carecería de rumbo. Pero la política sin Administración tiene otro nombre: utopía”⁴⁶. Y asimismo, debemos recordar siempre que la Administración Pública es instrumento, no es soberana ni decide por sí sola, sino que busca realizar los fines que desde la Constitución se han trazado teniendo como fin al ser humano, pero que tampoco es mero brazo ejecutor sino que debe llevar a cabo su labor con eficiencia y en algunos casos incluso con discrecionalidad.

3. SIGNIFICADO DE LA CÁUSULA SOCIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA

Una vez que ha quedado evidenciado el nuevo papel que cumple la Administración Pública en el Estado Social queda aún mucho por descifrar pues la tarea encomendada resulta en primer lugar, una tarea de contenido general y abstracto; y en segundo lugar, de muy difícil ejecución por su propia indeterminación. En vista de ello, el primer paso que corresponde ahora dar es analizar qué significado tiene la cláusula social y todas sus consecuencias para la Administración Pública Prestadora, pues será desde ésta, la cláusula social, donde se podrá extraer el ámbito, guías y directrices

⁴⁶ LOPEZ RODO, Laureano, *La Administración Pública y las transformaciones socioeconómicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1963, p. 96.

conforme a las cuales la Administración Pública deberá realizar esta nueva función.

Como bien señala Forsthof “*sozial ist ein indefinibles definiens*”⁴⁷, esto es, una definición indefinible. En vista de ello, no buscaremos dar un contenido de la cláusula social en general, el cual ha sido ya abordado por muchos, sino que sólo buscaremos resaltar aquellos caracteres que son importantes respecto de la actuación administrativa prestadora de carácter social, que es la que en definitiva nos interesa.

3.1 Significado del adjetivo “social” para la Administración Pública Prestadora

En primer lugar, debemos precisar que con la caracterización del Estado como social lo que se busca es darle a éste una nueva función, que viene a complementar las que tenía con anterioridad (seguridad, orden público, defensa, etc.). Esto significa que “la cláusula “social” añadida a ese Estado “no afecta la estructura de éste sino a sus fines”⁴⁸, pues incorpora como fin primordial de su agenda alcanzar la igualdad material⁴⁹. Por tanto, la Administración Pública será la encargada material no sólo de la ejecución de las prestaciones, sino, sobre todo, de alcanzar la igualdad material, lo cual deberá realizar conforme a lo mandado por el Estado de Derecho.

⁴⁷ FORSTHOFF, Ernst, *Rechtsstaat in Wandel*, Verlag C.H. Beck, München, 1976, p. 50.

⁴⁸ ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1”..., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 685.

Al respecto, cabe aclarar que el Estado al incorporar el calificativo de social, no deja de vincularse a las exigencias que se derivan de la cláusula del Estado de Derecho⁵⁰, ni del Estado Democrático⁵¹. Por el contrario, sigue vinculado a ellas, lo que supone afirmar que la Administración Pública aún está sometida al principio de legalidad en su actuación y de respeto de los derechos fundamentales, por lo que en su búsqueda de igualdad social no puede ignorar la Constitución y los derechos que ésta contiene. Esto es, que la protección de los derechos fundamentales en el Estado social sólo puede producirse si ese Estado Prestacional se convierte en un Estado Constitucional Prestacional⁵², teniendo como punto de partida una Constitución que marca las pautas básicas y fundamentales para la protección de los derechos y libertades.

Por otro lado, la cláusula social significa también apoderamiento y encargo hacia el Estado para que ordene lo social, lo cual supone a su vez producción y defensa de la justicia social así como ayuda a los más necesitados por medio de la procura existencial brindada por el Estado⁵³ a través de su brazo ejecutor, la Administración Pública. Sin embargo, al tratarse de un principio y no de una regla⁵⁴ “la cláusula del Estado social

⁵⁰ Ver ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, ps. 109-117.

⁵¹ *Ibidem*, ps. 101-108.

⁵² HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 55.

⁵³ Cfr. BACHOF, Otto, “Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaat” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 12, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1954, p. 40.

⁵⁴ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 34. Las reglas y los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Los principios son mandatos de optimización (ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible y se pueden cumplir gradualmente) y las reglas, son normas que son cumplidas o no.

por sí misma no es título atributivo de competencias estatales. Además, el principio del Estado social no impone por sí mismo el establecimiento de órganos determinados, ni exige modalidades específicas de composición y funcionamiento de determinados órganos públicos, aunque ambas posibilidades (...) pueden (...) ser obra del legislador”⁵⁵. En decir, que resulta necesario un previo desarrollo legislativo cuando de prestaciones hablamos, pues recaerá en el legislador la tarea de determinar los órganos, funciones y sobre todo los derechos prestacionales que serán posteriormente hechos efectivos por la Administración Pública.

Asimismo, debemos señalar que una premisa básica de interpretación del principio del Estado Social es que el Estado no tiene ni el monopolio ni el título exclusivo de su realización, lo cual puede leerse de dos formas, de un lado, en términos de subsidiaridad; y de otro, sobre todo, en términos de libertad, pues su realización recae, en primer término, en manos del individuo pues el Estado Social es también un Estado social de libertad (*freiheitlichen Sozialstaates*)⁵⁶.

En suma, podríamos señalar que las dos grandes consecuencias que se desprenden y vinculan desde la cláusula social a la Administración Pública Prestadora son, de un lado, la búsqueda de la igualdad material y como consecuencia, la necesaria y previa intervención legislativa en materia de derechos prestacionales; pero también, el respeto de los

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, ps. 64 y ss.

⁵⁵ ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1”..., *op. cit.*, p. 35.

⁵⁶ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 679.

derechos fundamentales, especialmente de la libertad, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho.

3.1.1 El fin del Estado Social: La igualdad material

Cuando nos referimos al fin del Estado Social, éste gira en torno a la ayuda contra la miseria y la pobreza⁵⁷, a una existencia digna para cada hombre⁵⁸, pero, sobre todo, se refiere a más igualdad⁵⁹, pues la razón más general y profunda de todo el movimiento social la encontramos en la búsqueda de la igualdad⁶⁰. En ese sentido, la igualdad material se constituye como condición y fundamento del principio del Estado Social⁶¹, pues sólo podemos entender el significado de la cláusula social si lo hacemos en los términos de la igualdad⁶². Por tanto, resulta necesario detenernos y analizar en qué consiste el deber que recae sobre la Administración Pública, de que con su actuación prestadora busque no sólo la ejecución y satisfacción de la prestación, sino también y sobre todo, la realización de la igualdad material.

⁵⁷ BVerGE 1, 97 (105).

⁵⁸ Cfr. SCHLENKER, Rolf-Ulrich, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Duncker und Humblot, 1986, p. 91; NEUMANN, Volker, "Menschwürde und Existenzminimum" en *NVwZ*, 1995, p. 426 y ss.; SOMMERMANN, Karl-Peter, "Bund und Länder" en MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich und STARCK, Christian, *Grundgesetz Kommentar*, Band 2, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005, p. 114 y ss.

⁵⁹ BVerGE 22, 180 (204); 93, 121, (163); 100, 271 (284).

⁶⁰ Cfr. ZACHER, Hans, "Das soziale Staatsziel"..., *op. cit.*, p. 685.

⁶¹ *Ibidem*, p. 685.

⁶² Cfr. BACHOF, Otto, *op. cit.*, ps. 41-42.

La igualdad de la que todos los hombres somos titulares es el argumento común y más profundo del movimiento social⁶³. Por ello, se afirma siempre que los hombres somos iguales por naturaleza –desde un punto de vista formal- pero ya la historia nos ha demostrado que hoy por hoy la igualdad es una conquista de la sociedad –desde un punto de vista material. Los principios propios del Estado Liberal originaron que la sociedad sea desigual, por tanto, con el principio del Estado Social lo que se busca es corregir ese devenir. Es por ello, que la igualdad no se constituye como un punto de partida sino como una finalidad y debido a que la sociedad, o mejor dicho la estructura social, no es un hecho natural sino más bien artificial y por tanto, las diferencias que en ella se generan, ya que tampoco son naturales, tienen que ser corregidas como una exigencia del principio de igualdad⁶⁴.

Por tanto, la cláusula social, a diferencia de la cláusula Democrática y de Derecho -que alberga aunque no exclusivamente un contenido estructural- se trata de un principio puramente material del que sólo cabe derivar el cumplimiento de fines y se constituye, asimismo, como un principio inspirador de la actuación del Estado que exige que ésta se dirija

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, p. 624. Al respecto, lo primero que habría que decir es que el valor igualdad ha sido recogido en el art. 1 de la Constitución. Señala Rubio Llorente que la noción de igualdad hace referencia a un concepto relacional, que es siempre una relación que se da entre dos personas, objetos o situaciones y que se refiere no a la existencia misma sino a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles denominado comúnmente *tertium comparationis*. (cfr. *Ibidem*, p. 608). De modo que, como señala Bobbio, para poder hablar de igualdad debemos estar en la capacidad de responder a dos preguntas: ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? Cfr. BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 54.

a la reducción de la desigualdad social⁶⁵ o dicho de otra manera, a que se alcance la igualdad material. En ese sentido, si se quiere que la cláusula del Estado social no sea una fórmula vacía de contenido es necesario que la Administración Pública Prestadora, en la materialización de la cláusula social, se encargue también de que la igualdad se verifique en la realidad.

3.1.1.1 Igualdad formal e igualdad material

Debemos recordar, en primer lugar, la diferencia que existe entre la igualdad formal o jurídica y la igualdad material o de hecho. El aspecto formal o igualdad ante la ley, implica el trato igualitario de todos por el ordenamiento jurídico positivo. Mientras que, la igualdad material se refiere a la presencia real de la igualdad en las relaciones sociales existentes en un momento histórico determinado, no sólo buscando igualar a los individuos en sus condiciones materiales de existencia sino también permitiendo el ejercicio efectivo de su libertad.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que el “principio de igualdad jurídica o igualdad de los españoles ante la ley, constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna, esto es, a no ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato”⁶⁶. De modo que, el reconocimiento del principio de

⁶⁵ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁶ STC 8/1986, de 21 de enero, FJ 4.

igualdad formal implica la necesidad de que la ley sea la misma para todos, excluyendo cualquier tipo de discriminación. Mientras que, la igualdad material se configura como “la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica”⁶⁷, lo cual, no supone un igualitarismo radical, que de un lado puede resultar un tanto utópico, y de otro, ignorar que las necesidades de los distintos seres humanos son también diferentes⁶⁸.

De esta forma, se puede entender que la igualdad formal supone una realidad que el Estado debe respetar; mientras que, la igualdad material, una meta que debe alcanzar. Y en vista de ello, el art. 9.2 de la Constitución española se constituye como una consecuencia de la configuración del Estado español como Estado Social. Por tanto, corresponderá al legislador verificar la igualdad formal de la ley que desarrolle los derechos sociales, y a la Administración Pública Prestadora velar porque esa igualdad formal se verifique en la realidad, esto es, la igualdad material. Entendiéndose por ésta la igualdad que en la práctica debe tener toda persona al momento de ejercitar sus derechos y que en el caso de los derechos fundamentales supone una directriz o guía pues no basta con que estos se encuentren recogidos en la Constitución sino que es necesario que en la realidad sean efectivos. Ello, supone también afirmar que junto al paso del Estado Liberal al Estado Social, el Estado asume una nueva tarea o función, la consecución de la igualdad de oportunidades para el pleno ejercicio de los derechos por parte de sus titulares.

⁶⁷ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 79.

⁶⁸ Cfr. FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 133.

Por tanto, podemos concluir señalando que no basta con reconocer a todos como titulares de derechos si en la realidad esa titularidad carece de contenido, es decir, si no se pueden hacer realmente efectivos. Es ahí cuando entra en juego el concepto de igualdad material pues “la igualdad en los derechos puede significar no sólo que todos los hombres seamos igualmente titulares de derechos ni que todos podamos ejercitar en igual medida nuestros derechos, sino también, si se admite como derecho la expectativa de todo ser humano a equipararse en la tenencia de bienes y aptitudes con sus semejantes”⁶⁹.

La igualdad material permite que todo ser humano pueda acceder en igualdad de condiciones a todos los bienes necesarios para alcanzar una vida digna, que como fin en sí mismo el hombre necesita. Así, la dignidad es robustecida a través de la igualdad material y los derechos fundamentales se ven reforzados permitiendo una “igualdad de oportunidades”, pues sin poder satisfacer por nosotros mismos necesidades básicas, menos aún podremos optar en igualdad de condiciones en el concurso de metas aún más altas.

3.1.1.2 Significado del artículo 9.2 de la Constitución Española

El artículo 9.2 de la propia Norma Suprema señala que “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

⁶⁹ ARA PINILLA, Ignacio. *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 205.

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”. Y ello, tiene como consecuencia inmediata “la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales, como uno de los «valores superiores» llamados a inspirar el ordenamiento jurídico”⁷⁰.

Como ya se ha dicho, se trata de una disposición que tiene estructura de programación final y como tal “lo que prescribe no es una respuesta a una situación de hecho sino el logro de un fin”⁷¹. Ello, supone también un problema, pues en ella no se prevé la conducta que se debe llevar a cabo sino que deja al destinatario de la norma, la Administración Pública en concreto, un gran margen de libertad para elegir los medios adecuados al fin. Ante lo cual, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que cuando el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos “la obligación de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del art. 1 que constituye a España como un Estado Democrático y Social de Derecho, (...) en garantía de la promoción de una igualdad real”⁷².

⁷⁰ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 40.

⁷¹ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 2006, p. 43.

⁷² STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3.

Lo antes mencionado, “exige la superación de la tradicional concepción de la igualdad jurídico formal, por lo que el principio de igualdad, materialmente interpretado, se convierte en el instrumento quizá central para la realización de la *acción social*”⁷³. Ante lo cual, el Estado asume como función u objetivo propio, una cierta corrección de las diferencias económicas y sociales que crea la economía de mercado⁷⁴. Por consiguiente, los poderes públicos y en concreto el Ejecutivo a través de la Administración Pública, están llamados a materializarla generando para sí obligaciones complejas de organización, procedimiento y prestación⁷⁵.

De este modo, las nuevas funciones que recaen sobre la Administración Pública, no pueden significar habilitaciones para interferir indiscriminadamente en esferas de autodeterminación del hombre sino que, por el contrario, debe ayudar al ciudadano, mediante la correcta ejecución de prestaciones de distinta naturaleza para que éste pueda desarrollarse en sociedad. Demandándose, desde el art. 9.2, que llama a los poderes a hacer efectiva la igualdad, que el legislador, en primer lugar, disponga “la existencia de una regulación constitucional del proceso económico y el estatuto de sus principales protagonistas (...)”⁷⁶ y a la

⁷³ VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado Social (apuntes para una relación sistemática)*, Universidad de Cantabria - Parlamento de Cantabria, Santander, 2006, p. 107.

⁷⁴ Cfr. ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 135.

⁷⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad material” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, septiembre-diciembre, 1995, p. 22.

⁷⁶ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 47.

Administración Pública en concreto, a que realice su actuación prestadora conforme a estos principios y a que establezca los mecanismos necesarios para cumplir con esta alta misión.

Es así que el art. 9.2 supone la existencia de un deber jurídico que vincula directamente desde la Constitución, exigible por los ciudadanos y controlable en sede judicial, que se debe manifestar en la realidad social, que se constituye como fin del Estado y se corresponde con derechos de los ciudadanos⁷⁷. Que se materializará conforme a lo dispuesto por el legislador en cada caso en concreto y que en algunos casos dependerá en mayor medida de la específica actuación que realice la Administración Pública Prestadora.

Por otro lado, cabe señalar que existen limitaciones en la consecución de la igualdad material o materialización del Estado Social: de un lado, existe una dependencia económica-financiera del Estado Social (*Ressourcenabhängigkeit des Sozialstaates*) y de otro, el límite de la capacidad prestacional del Estado Social (*Leistungsfähigkeit des Sozialstaates*)⁷⁸. Lo cual, supone una barrera u obstáculo en la consecución de la igualdad material, pues sin recursos económicos, humanos y materiales, la equiparación en igualdad de oportunidades de los miembros de la sociedad se hace cada vez más lejana. En vista de ello, se reconoce que existe una interdependencia entre la efectividad jurídica de la cláusula y la realidad

⁷⁷ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo” en PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 70.

⁷⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 73.

económica⁷⁹. Pues, es un hecho innegable que la materialización del Estado social depende, entre otras cosas, de la capacidad y solvencia económica de cada Estado. Por ello, se maneja siempre el concepto de “la reserva de lo posible” (*Vorbehalt des Möglichen*)⁸⁰.

Finalmente, creemos conveniente resaltar, que si bien el Estado Social está dirigido hacia la igualdad, no debemos olvidar que existe un vínculo entre igualdad y libertad, pues aunque la libertad significa un límite a la actuación estatal también se constituye como el fin fundamental en sociedad que sólo será alcanzado en la medida en que todos los individuos seamos considerados igualmente merecedores de esa libertad, es decir, si todos somos igualmente capaces de experimentarla⁸¹. La libertad jurídica sin que exista libertad fáctica pierde mucho valor⁸², es decir, que si la libertad quiere ser efectiva necesita de la igualdad material. De esta forma el art. 9.2 de la Constitución reconoce que el individuo sólo posee una libertad formal y que es responsabilidad del Estado hacerla efectiva materialmente⁸³, esto es, a través de la igualdad material.

Así, el art. 9.2 se transforma en parámetro de legitimidad de la actuación pública que demanda mucho de los poderes del Estado. Por ello, se debe siempre recordar que el principio del Estado Social es para el

⁷⁹ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, “Estado Social de Derecho” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coordir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 192.

⁸⁰ BVerfGE 33, 303 (333).

⁸¹ Cfr. CANTÓN, Octavio, *Igualdad y derechos. Apuntes y reflexiones*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 14.

⁸² ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 447.

⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 21.

principio de igualdad material un criterio para determinar lo que es permitido o no permitido en términos de necesidad⁸⁴. Esto es, que aunque la cláusula del Estado Social “opera señalando límites de acción posibles particularmente al legislador, no imponiendo concretos límites en la actuación de los poderes públicos”⁸⁵, determina el marco dentro del cual deberá realizarse el principio de igualdad material, no sólo identificando los límites a los cuales estarán sometidos los poderes sino también como marco de referencia de aquello a lo que los poderes están obligados en materia de prestaciones. Es decir, que cuando La Administración Pública Prestadora busque alcanzar la igualdad material, en cada caso en concreto, deberá siempre volver su mirada a la cláusula social a fin de determinar qué es lo que corresponde en términos de igualdad material y ello sucederá especialmente cuando legislador no haya previsto nada al respecto.

3.1.2 La intervención legislativa: el carácter evolutivo de la cláusula social

Una segunda consecuencia de la cláusula social es el papel que cumple el legislador respecto de los derechos sociales, pues como es sabido, los derechos prestacionales en el ordenamiento jurídico español (a excepción de los recogidos en el art. 24 y 27 CE) nacen de la mediación del legislador para luego ser exigibles por los ciudadanos, es decir, la

⁸⁴ Cfr. WERNICKE, K.G., “Der Bund und die Länder, art. 20 Abs. 1” en DOLZER, Rudolf, VOGEL, Klaus und GRASSHOF, Karin, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, 2010, p. 439.

⁸⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Artículo 9.2. La igualdad real” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *op. cit.*, p. 140.

Administración Pública no puede en estricto sentido y *mutuo proprio* decidir qué derechos de contenido prestacional, recogidos en la Constitución, son los que garantizará sino que su actuación se limita, en cierto sentido, a lo que el legislador ha dispuesto.

Ahora, esta necesaria intervención previa del legislador se podría justificar de diversas formas; sin embargo, consideramos que una razón primordial de ello la encontramos en una característica de la cláusula del Estado Social: su carácter evolutivo. La cláusula social es un concepto dinámico, tanto así que Zacher calificó al Estado Social como un proceso⁸⁶. Y ello, porque la propia sociedad es evolutiva y por tanto las necesidades de hoy no son las mismas a las de ayer, lo cual obliga también a que los procedimientos cambien y es lo que reclamamos para la actual actuación administrativa prestadora, pues requiere adaptarse a las circunstancias de hoy en día y por tanto a las demandas actuales de la sociedad y, por qué no, a las concretas demandas de cada destinatario de la prestación. No debemos olvidar que el Derecho es una herramienta y que siempre intenta seguir a esta realidad cambiante, a fin de dar a cada quien y en todo momento lo que le corresponde, su derecho.

En ese sentido, se puede entender aún más por qué la cláusula social necesita intervención del legislador para materializarse, un legislador que actuará con mayor agilidad que el Constituyente, cuando la oportunidad y las circunstancias económicas lo permitan y lo requieran. Ello, no implica negar el papel que tiene esta cláusula como directriz de la actuación

⁸⁶ Cfr. ZACHER, Hans, "Der Sozialstaat als Prozess" en ZACHER, Hans, *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Müller, Heidelberg, 1993, ps. 73-93.

administrativa prestadora de carácter social de forma directa, esto es, sin intervención del legislador, desde la Constitución. No obstante, debemos reafirmar la idea de que debido a la propia incertidumbre sobre el contenido del Estado Social, a quien corresponde concretarlo es al legislador⁸⁷. Incertidumbre que se genera no sólo por la ambigüedad del término sino sobre todo porque ésta se ve alimentada por los cambios sociales existentes y por las demandas sociales que hacen que el Estado cambie su política prestacional.

En vista de ello, la realización del Estado Social es una tarea primordial del legislador e incluso en Alemania, donde el principio del Estado Social es Derecho directamente aplicable, se encuentra como tarea en primer término para el legislador⁸⁸. Por tanto, se puede comprender también que de la cláusula social no se desprenda la exigencia de dar prestación alguna⁸⁹, ni mucho menos un derecho subjetivo⁹⁰ y que, por el contrario, justamente mediante la ley la Administración Pública recibe la potestad para ejecutar materialmente determinada prestación, creándose derechos prestacionales para sus titulares, pero de carácter legal.

⁸⁷ Cfr. JARASS, Hans, “Die Bund and die Länder” en JARASS, Hans und PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2011, p. 534. Así lo viene defendiendo el TC alemán: BVerfGE 1, 97 (100); 43, 123 (226); 50, 57 (108); 53, 64 (184); 65, 182 (193); 69, 272 (314); 70, 278 (288); 100, 271 (284); BGHZ 108, 305 (309); 116, 319 (327).

⁸⁸ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für das Verwaltungsrecht” en GRUPP, Klaus und HUFELD, Ulrich (Dirs.), *Recht, Kultur, Finanzen. Festschrift für Reinhard Mussnung zum 70. Geburtstag am 26. Oktober 2005*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, p. 36.

⁸⁹ BVerfGE 110, 412 (445); BSGE 97, 265 Rn. 45.

⁹⁰ BVerfGE 27, 253 (283); 82, 60 (80).

De igual manera, que la cláusula social tenga un carácter abierto sólo remarca el carácter de futuro que tiene la Constitución⁹¹. Las circunstancias de la vida cambian, la economía de la que depende muchas prestaciones también varía con el paso del tiempo; es por ello, que en una Constitución que debe tener vocación de permanencia no se pueden contemplar como derechos subjetivos, derechos prestacionales que llegado un determinado momento deban desaparecer⁹². Por el contrario, deben recaer en decisiones tomadas democráticamente en los Parlamentos de cada nación pues en ellos también recae la aprobación del presupuesto estatal, del cual dependen en mayor medida los derechos prestacionales; y asimismo, con ello se permitirá el desarrollo de lo futuro a través de

⁹¹ Cfr. WERNICKE, K.G., *op. cit.*, p. 447.

⁹² El legislador puede incluso decidir una “reducción a cero discrecional” de determinadas prestaciones. Cfr. *Ibidem*, p. 448. Al respecto, conviene recordar que existe la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos prestacionales (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*), la cual fue planteada por Konrad Hesse en 1978. Esta teoría señala que, aunque desde la Constitución no se puede deducir el alcance del contenido sobre los derechos prestacionales, una vez que el legislador o la Administración Pública lo han concretado toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de lo desarrollado es inconstitucional. Cfr. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, CF Müller, Heidelberg y Karlsruhe, 1978, ps. 86-87. Para el caso español, el tema de la “reversibilidad de las conquistas sociales”, como se le ha llamado, ha sido ampliamente estudiado por la doctrina y vinculado a las crisis del Estado Social. Ver PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, *op. cit.*, ps. 53-54; LÓPEZ GUERRA, Luis, “Un Estado Social” en DE ESTEBAN, Jorge y López Guerra, Luis, *El Régimen constitucional español*, Tomo I, Labor, Barcelona, 1980, ps. 313 y ss; LOPERENA ROTA, Demetrio, “La irreversibilidad de los derechos sociales” en Revista Aranzadi doctrinal, n° 9, 2012, ps. 9-14; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR José Luis, “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en REBOLLO, Luis Martín (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, ps. , y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos Sociales, crisis económica y principio de igualdad” en *Informe Comunidades Autónomas. Instituto de Derecho Público*, Barcelona 2012, ps. 85 y ss; entre otros.

decisiones democráticas que facilitarán la realización de prestaciones concretas a los ciudadanos⁹³, con base en las reales posibilidades económicas de cada Estado.

3.2 El Estado social como Estado Garante

No podemos avanzar en el análisis de nuestra investigación sin antes mencionar la importancia que desde hace unos años está cobrando la idea del Estado Social como Estado Garante, el cual se figura como una mezcla entre el Estado liberal y el Estado social: combina un dejar hacer con una intervención estatal, que desde nuestro punto de vista no es otra cosa que el Estado Social de Derecho.

En ese orden de ideas, “el llamado Estado garante es, pues, aquél que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho, se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos”⁹⁴.

⁹³ Cfr. WERNICKE, K.G., *op. cit.*, p. 435.

⁹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea*, N.º. 33, Asamblea de Madrid, 2015, p. 87.

La idea del Estado garante no tiene que ver de manera exclusiva con la cuestión social, sino que va más allá: el Estado tiene que garantizar ciertas prestaciones y servicios y puede hacerlo, como tradicionalmente, directamente o, como es la tendencia en muchos casos, dejando a otros que lo hagan, pero sin renunciar -no puede- a sus obligaciones de garantizar esos servicios y prestaciones.

Al hablar del Estado Garante se parte de la idea de que los privados están asumiendo funciones que tradicionalmente le correspondían al Estado. En palabras de Esteve Pardo “se trata de engranar de otra manera la relación entre Estado y sociedad cuando el Estado se ha visto privado de muchas de sus plataformas de poder que han sido ganadas por la sociedad, sus sistemas y sus organizaciones”⁹⁵. En ese sentido, se entiende que los privados ahora tienen más poder, tienen más tecnología y conocimiento.

La necesidad de participación del sector privado en asuntos que antes competían exclusivamente al Estado y que ahora nos hacen cuestionar la forma en que éste debe realizar esta función o si acaso resulta necesaria una especie de “publicación o estatización, nacionalización” de la actividad social.

De esta suerte, la tarea principal de la Administración en este terreno no es otra que la articulación de estructuras jurídicas idóneas para inducir una colaboración de los sujetos públicos y los privados a efectos de la

⁹⁵ ESTEVE PARDO, José, “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público” en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Coord.), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Junta General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, 2014, p. 87

consecución de los resultados pretendidos, es decir, una coordinación eficaz de las contribuciones de unos y otros a la realización del bien común en términos respetuosos con la racionalidad respectiva⁹⁶.

En ese orden de ideas, podemos afirmar que el Estado Garante surge por los altos costes que ocasionaba el Estado Social o -más bien tendríamos que decir- el Estado de Bienestar. Y por tanto, “se repara entonces en que por diversas razones —limitaciones económicas, de conocimiento, de instrumentos, etc.— el Estado no puede mantener su presencia activa, prestacional, capilarmente extendida a todos los puntos de la sociedad, cuando la gran parte de instrumentos y medios han pasado a manos privadas. El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones”⁹⁷.

En este escenario el Estado no es que el directamente realiza la actuación prestacional. Su papel consiste en“(...) garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad, accesibilidad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios”⁹⁸. Con lo cual se logra una distancia de acción entre Estado y ciudadano.

Por tanto, finalmente, podemos señalar que la existencia del Estado Garante supone una pérdida de posiciones de titularidad por parte del

⁹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano José, “Estado y procesos de cambio...”, *op. cit.*, p. 92.

⁹⁷ ESTEVE PARDO, José, “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público”..., *op. cit.*, p. 92

⁹⁸ *Idem.*

Estado y a la vez una recomposición de la relación Estado-ciudadano⁹⁹. En suma, la calidad del Estado como Estado Garante se presenta como alternativa a la actividad prestacional¹⁰⁰ y se trata de una nueva actividad administrativa, no de una nueva administración¹⁰¹. Lo cual nos hace marcar distancia con el supuesto de hecho que aquí analizamos, siendo ésta otra vía y escenario de análisis que no abarcaremos en el presente trabajo de investigación.

En ese sentido, “el reto hoy para el Derecho es el cumplimiento de la expectativa social de mantenimiento de las innovaciones dentro de límites aceptables; tarea que requiere su acople a los valores y fines sociales y, en definitiva, constitucionales a fin de garantizar que las ventajas de las innovaciones excedan sus inconvenientes, neutralizando en la mayor medida posible sus riesgos en todo caso (así, p. ej, aunque una mayoría desee los beneficios de la técnica genética para la medicina, el Estado debe proteger de sus riegos y consecuencias colaterales)”¹⁰². Se trata acaso de adecuarse a la tecnología de nuestros tiempos a costa de aquello que fue conquistado desde el siglo XVIII, es decir, nuestras libertades. O cómo es que podemos garantizar que éstas se adecuarán al fin social por encima de los intereses de ídoles económicos de los privados que las gestionan.

Así, el Estado —no obstante las progresivas pérdidas en su soberanía tradicional— ve paradójicamente reforzada su responsabilidad de

⁹⁹ ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, 2015, p.59

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 63

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 65

¹⁰² PAREJO ALFONSO, Luciano José, “Estado y procesos de cambio..., *op. cit.*, p. 80.

dirección y control sociales, que debe cumplir, además, en un contexto de dependencia de los mercados financieros cuya lógica escapa a su disposición (como ha puesto crudamente de manifiesto la actual profunda crisis económica).¹⁰³

Parejo Alfonso¹⁰⁴ señala la existencia de una negativa a la intervención o aplicación del *imperium* del Estado o incluso la independencia para la realización de estas actividades por parte de los particulares, exigiendo acción *ex post* de fiscalización y/o en su caso de sanción, con la cual se implica la posible violación de derechos y libertades o el alejamiento de la búsqueda del fin social del Estado. Lo cual nos lleva a pensar en qué medida hoy es realmente necesaria la intervención de particulares a un alto coste para la vigencia del Estado de Derecho.

En ese orden de ideas, hay que insistir también en que, desde la perspectiva de nuestro trabajo, los problemas son distintos: cuando el Estado realiza la prestación, puede vulnerar los derechos directamente y por eso buscamos modos de garantizarlos. Cuando lo hacen los particulares, en principio, si hay pluralismo entre los prestadores del servicio, eso garantiza ya libertad de opción; el Estado tiene que garantizar que la prestación se da de manera efectiva y también que no se producen vulneraciones de derechos. Si acaso, se podría plantear si el Estado puede vulnerar el derecho por no cumplir esa obligación de protección, pero no me extendería en este último punto, si acaso, dejarlo apuntado.

¹⁰³ PAREJO ALFONSO, Luciano José, “Estado y procesos de cambio..., *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, p. 82.

II. LA ACTUACIÓN PRESTADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública realiza una actuación prestadora general que se concreta en dos encargos o tareas específicas, la primera, que resulta un tanto evidente y más conocida, consiste en ejecutar materialmente los derechos sociales a través de prestaciones una vez que éstos han sido desarrollados por el legislador. Pero a su vez, existe una segunda función, que es previa a la primera, de más trascendencia y que a veces se pierde de vista; pues sobre la Administración Pública Prestadora recae también una nueva función llamada de diseño social. Es decir, que la Administración Pública no sólo es una ejecutora material de aquello que el legislador ha dispuesto en lo que a derechos prestacionales se refiere, sino que también tiene un encargo específico desde la Constitución y que se encuentra implícitamente contenido en la cláusula social y en la forma de un Estado Administrativo o Estado Prestador, como se expuso anteriormente¹⁰⁵.

En suma, se podría afirmar que la función prestadora que recae sobre la nueva Administración Pública se divide en dos tareas concretas, la primera relacionada con la ejecución material de los llamados Principios Rectores de la Política Social y Económica; y la segunda, más profunda, que tiene que ver con la organización y procedimiento previos que se deberán prever a fin de que la Administración Pública Prestadora pueda

¹⁰⁵ Cfr. WERNER, Fritz, *op. cit.*, p. 530 y ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas...*, *op. cit.*, p. 137.

ejecutar las prestaciones reguladas por el legislador, conforme a lo que manda la Constitución.

1. LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS DEL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I DE LA CONSTITUCIÓN

1.1 Sobre los derechos sociales en general

La primera tarea que en el Estado Social corresponde a la Administración Pública Prestadora consiste en la ejecución material de los derechos sociales a través de prestaciones o mejor dicho de los derechos sociales de contenido prestacional¹⁰⁶, pues como es sabido todo derecho prestacional es social pero no viceversa (por ejemplo carecen de contenido prestacional la libertad sindical o el derecho de huelga). En ese sentido, resulta necesario conocer qué significado tienen los derechos sociales en general para la Administración Pública o en otras palabras cómo la vinculan, pues sólo así podremos entender en qué términos deberá prestarlos. Es decir, resulta importante analizar cuál es la naturaleza de los derechos sociales para así posteriormente entender cómo actúa la Administración Pública Prestadora respecto de ellos.

¹⁰⁶ Al respecto, cabe precisar que en la presente investigación cuando nos refiramos a los derechos sociales, lo haremos sólo respecto de los de contenido prestacional.

Asimismo, debemos precisar que no nos detendremos en analizar en qué consiste la ejecución material de los derechos prestacionales en general, la cual, variará dependiendo del tipo de prestación a la que nos refiramos: salud, educación, prestaciones monetarias, de servicios sociales, de servicios públicos, etc.

En vista de ello, en primer lugar, debemos señalar que una de las consecuencias más importantes de que España se proclame como un Estado Social y Democrático de Derecho -además de tener como fin la consecución de la igualdad material- es el reconocimiento de un ámbito prestacional en la Constitución, es decir, “el reconocimiento a nivel fundamental de determinados derechos y libertades de claro contenido social”¹⁰⁷.

En general, los derechos sociales “hacen referencia a situaciones en las que un sujeto necesita de la colaboración de otros; se concretan en prestaciones”¹⁰⁸. Asimismo, pueden calificarse como derechos que se inspiran en la idea de igualdad material y justicia distributiva (art. 9.2 de la Constitución), son componentes esenciales de un Estado que se califica como Social y Democrático de Derecho (art. 1.1) y de un Estado impelido a intervenir para brindar las medidas correctoras y redistribuidoras que

¹⁰⁷ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁸ TRUJILLO PÉREZ, Isabel, “La discutida juridicidad de los derechos sociales” en *Persona y Derecho*, N° 45, 2002, p. 263.

considere necesarias para que los ciudadanos tengan una existencia conforme a la dignidad¹⁰⁹.

No obstante lo anterior, dar una definición exacta de los derechos sociales resulta una tarea ardua y para el caso español aún más pues dentro de los denominados Principios Rectores de la Política Social y Económica del Capítulo III, Título I de la Constitución, podemos encontrar distintos contenidos: principios del ordenamiento, prestaciones fácticas, mandatos al legislador, garantías institucionales, entre otros. Sin embargo, siempre que hablemos de derechos sociales vamos a encontrar dos elementos o constantes: de un lado, el reconocimiento de prestaciones a cargo del Estado y de otro, la aceptación del valor igualdad como finalidad. Por ello, según Cossío, lo correcto sería referirnos a ellos como derechos de igualdad o derechos de prestación, dependiendo de la dimensión a que nos queramos referir¹¹⁰. En ese sentido, la Administración Pública en su ejecución deberá velar por dos objetivos: la consecución de la igualdad material y la ejecución propia de la prestación de la que se trate.

En ese orden de ideas, se configuran como derechos de igualdad -entendida en el sentido de igualdad material- es decir, como derechos a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención, precisamente, a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada¹¹¹, la cual ha

¹⁰⁹ PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, ps. 661-662.

¹¹⁰ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *op. cit.*, p. 46.

¹¹¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 17.

sido generada por diferentes condicionantes. Asimismo, podemos decir respecto de ellos que tiende a predominar la dimensión objetiva sobre la subjetiva pues “surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado Social que sólo más tarde y costosamente serán articulables en forma de derechos subjetivos”¹¹², es decir, como elementos que se desprenden de la idea de Estado Social y que deberán inspirar la actuación de los poderes, que sólo después, una vez desarrollados legislativamente, podrán ser exigibles ante los tribunales.

Por otro lado, centrándonos en el caso de los derechos sociales con contenido prestacional, señala Alexy¹¹³ que un derecho a prestaciones es todo derecho a una acción positiva por parte del Estado, entre las que se incluyen desde la protección del individuo frente a otros, como el derecho penal; las normas de organización; hasta prestaciones en dinero o bienes; es decir, que se incluyen tanto prestaciones fácticas como normativas. En ese sentido, señala que estos derechos se dividen en derechos de protección¹¹⁴, derechos a organización y procedimiento¹¹⁵ y derechos a

¹¹² *Ibidem*, p. 20.

¹¹³ Conforme a la clasificación realizada por Alexy, los derechos pueden dividirse en derechos a algo, libertades y competencias. Dentro de los primeros, podemos encontrar una clasificación de los derechos que los divide en derechos a acciones negativas por parte del Estado (llamados también derechos de defensa) y derechos a acciones positivas (o prestacionales). Estos últimos, desde un punto de vista amplio, son “la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado”; y se dividen, en aquellos cuyo objeto es una acción fáctica, de aquellos que implican una acción normativa. Los primeros, son derechos prestacionales en sentido estricto; mientras que, los segundos, pueden serlo en sentido amplio. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, ps. 163 y ss.

¹¹⁴ Son “los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”. Su objeto es amplio, y va desde la

prestaciones en sentido estricto¹¹⁶. Amplio campo dentro del cual se desarrollará la actuación de la Administración Pública Prestadora.

1.2 Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español

Los derechos sociales pueden ser regulados por cada ordenamiento jurídico de distintas formas, en algunos casos serán considerados verdaderos derechos fundamentales, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) o el derecho a la educación (art. 27 de la Constitución española); o como ha optado el constituyente español para la mayoría de casos como principios rectores, lo cual tiene un significado concreto. Esta opción lejos de ser una decisión arbitraria ha sido tomada por el constituyente debido a todos los problemas que se asocian a estos derechos y que dificultan sean reconocidos como derechos

protección contra el homicidio hasta la protección frente a los peligros generados por el uso de la energía atómica. Asimismo, las acciones dirigidas a la protección, también son diversas y pueden ser judiciales, administrativas u otras. Por otro lado, resalta que deben diferenciarse de los derechos de defensa con los que podrían confundirse pues ambos suponen una omisión de interferencias; sin embargo, “el primero es un derecho frente al Estado a que éste omita intervenciones; el segundo, un derecho frente al Estado para que éste se encargue de que terceros omitan intervenciones”. Cfr. *Ibidem*, ps. 398-404.

¹¹⁵ Los cuales, tienen por finalidad la realización y aseguramiento de los derechos fundamentales. Al respecto, señala Alexy que la idea que los une es el concepto de procedimiento, los cuales, “son sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado”. Cfr. *Ibidem*, p. 419.

¹¹⁶ Estos últimos, los derechos a prestaciones en sentido estricto, son derechos del individuo frente al Estado a algo que- si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta adecuada- podría obtenerlo también de particulares. Estos derechos pueden clasificarse según generen derechos subjetivos u obligaciones objetivas para el Estado, según sean derechos definitivos o *prima facie*, y según vinculen o no (denominados también derechos programáticos). Cfr. *Ibidem*, ps. 391-393 y 443-444.

subjetivos, esto es, como derechos directamente exigibles ante los Tribunales¹¹⁷. Lo cual, señala ya la posición que estos principios tienen en el ordenamiento jurídico español y la forma en que vincularán a la Administración Pública Prestadora, la cual deberá esperar en todo momento una ley previa que los desarrolle.

La Constitución española en su Capítulo III denominado de los Principios Rectores de la Política Social y Económica recoge preceptos de distinta naturaleza (derechos sociales, mandatos de regulación al legislador, reservas de ley, garantías institucionales) dentro de los que podemos encontrar referencias al patrimonio cultural, la salud, la seguridad social, la protección de la familia y el derecho a un medio ambiente adecuado, entre otros.

A fin de comprender su posición resulta necesario acudir al art. 53.3 de la Constitución española el cual ayuda a perfilar la naturaleza que estos principios tienen en el ordenamiento jurídico español. El mencionado artículo impone dos reglas de interpretación. Se impide, de un lado, dar reconocimiento de derecho subjetivo a cualquiera de los principios enunciados en el capítulo III del Título I¹¹⁸; y en segundo lugar, se les atribuye la función propia de los principios (informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos). Por ello, los derechos sociales del Capítulo III no son derechos, en definitiva, porque así lo dice el art. 53.3 *in fine*, al señalar que “el derecho nacerá, en su

¹¹⁷ Véase por todos, JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 24.

¹¹⁸ GÓMEZ MONTORO, Ángel, “Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas” en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 36, 2003, p. 44.

caso, de la ley y esto no significa otra cosa sino que en el Capítulo III no hay “derechos” que se impongan ya, a partir de la sola Constitución, frente al legislador”¹¹⁹.

Un derecho subjetivo que necesita de la ley para ser invocable ante los tribunales es un derecho legal (aunque ello no signifique libertad absoluta del legislador) y los derechos constitucionales “aquellos que, aun dependientes de desarrollo o integración legal, pueden ser defendidos incluso contra *legem* y a veces, también, extra *legem*”¹²⁰. Así, el Tribunal Constitucional confirmando esta postura ha señalado que “los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I, aunque deben orientar la actuación de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables”¹²¹.

Lo importante al respecto es analizar la eficacia de los principios¹²², que es lo que en definitiva nos interesa. En ese sentido, hay dos grandes posturas que se dividen según se niegue o acepte su eficacia como derechos subjetivos, las cuales toman como referencia también el artículo 53.3 de la Constitución, el cual, señala que “el reconocimiento, el respeto y

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 124.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

¹²² Señala Alexy que la discusión sobre la vinculación o no de los derechos sociales puede decantarse por dos extremos: que vinculen directamente y por tanto, se produzca un desplazamiento de competencia sobre la política social, del Parlamento hacia el Tribunal Constitucional; o que, por el contrario, se niegue su vinculación, y por consiguiente, se niegue el carácter vinculante de la Constitución. Por otro lado, señala que debido a que los derechos sociales requieren de un alto presupuesto, y más aún si se admite su exigibilidad directa ante los Tribunales, ello conduciría a que la política presupuestaria esté determinada por el Derecho Constitucional, lo cual, evidentemente, no es tarea de la Constitución ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 390.

la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”.

Una tesis minoritaria, que ya ha sido ampliamente superada, niega eficacia a los principios recogidos en el Capítulo III del Título I y fundamenta su postura en que estos principios no pueden ser invocados ante los tribunales y que por tanto, no vinculan a los poderes públicos siendo su *status* meramente retórico, el cual perderán al ser desarrollados por el legislador, es decir, fuera de la Constitución. Como señala Garrido Falla, defensor de esta tesis, que un precepto haya sido incluido en la Constitución o en una ley no lo convierte en norma jurídica sino que debe tener “estructura lógica de norma jurídica” y que lo demás es pura retórica jurídica, como sería el caso de los preceptos recogidos en ese Capítulo¹²³; lo cual, desde nuestro punto de vista, no es correcto pues con la sólo lectura de la Constitución podemos ver que muchas de sus disposiciones, de las cuales no dudamos su carácter vinculante, no gozan de la mencionada “estructura lógica de norma jurídica”.

Una segunda postura o tesis, que es mayoritaria y que es la que compartimos, admite la eficacia jurídica de los principios rectores y se fundamenta en que el art. 9.1 de la Constitución claramente señala la vinculación de los poderes públicos y de los ciudadanos hacia todos los

¹²³ GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2011, p. 986.

preceptos constitucionales¹²⁴. De esta forma, se reconoce que los denominados principios rectores sí producen efectos jurídicos y vinculan a los poderes¹²⁵: al legislador, sobre todo, pues en su manos recae la labor de desarrollarlos a través de la leyes, para que así puedan ser exigibles judicialmente, y a quien también le sirven como parámetros de actuación¹²⁶, e incluso suponen para él una “línea de conducta de la que no pueden apartarse” pues estos derechos concretan el carácter social del Estado¹²⁷; al Gobierno, al ejercer también funciones normativas y asimismo, en la mera aplicación del ordenamiento, teniendo en cuenta su sometimiento al principio de legalidad; al Poder Judicial, al administrar justicia e interpretar las leyes conforme a la Constitución; y al Tribunal Constitucional, al interpretar la Constitución y al analizar la constitucionalidad de las normas¹²⁸.

Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español, si bien no generan inmediatamente un derecho subjetivo, ello no significa que carezcan de valor normativo, esto es, “de la cualidad que acompaña a toda norma, y que su alcance se reduce, en consecuencia, al de una mera

¹²⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica” en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102, ps. 394-395 y DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 58.

¹²⁵ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, “Estado Social de Derecho”..., *op. cit.*, p. 193 y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, *op. cit.*, p. 87, refiriéndose a los principios rectores como “criterios materiales vinculantes para el legislador o, en su caso, para la Administración”.

¹²⁶ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *op. cit.*, p. 93 y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social...*, *op. cit.*, ps. 52-53, refiriéndose a la vinculación de la cláusula social del Estado alemán hacia el legislador.

¹²⁷ Cfr. LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 69.

¹²⁸ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *op. cit.*, ps. 262-268.

declaración constitucional de aspiraciones o principios”¹²⁹. Su eficacia se contrae en una “función informadora”¹³⁰, conforme al art. 53.3 CE, el cual señala que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Así, la STC 19/1982, de 5 de mayo FJ 6, sostiene que el art. 53.3 “impide considerar tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”.

En ese sentido, es menester señalar que los derechos sociales como principios objetivos del ordenamiento jurídico tienen por destinatarios a los tres poderes, aunque se suele decir que el destinatario directo es el legislador y por destinatarios mediatos o indirectos a la Administración Pública y al Poder Judicial. Sin embargo, “la eficacia directa de los principios rectores de la política social y económica es más intensa y penetrante cuanto mayor sea el ámbito de libertad conformadora de las decisiones de los órganos estatales”¹³¹, la cual, es máxima para el legislador, pero también existe una amplia libertad en determinadas actuaciones realizadas por la Administración Pública y por ello “en estos ámbitos también puede hablarse de una eficacia directa de los preceptos

¹²⁹ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 67.

¹³⁰ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *op. cit.*, p. 126.

¹³¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 47.

constitucionales a los que se hace aquí referencia”¹³². Por ello, vincularán a la Administración Pública Prestadora en los términos que haya determinado el legislador pero su desarrollo específico dependerá de cómo sean ejecutados por ésta y de la interacción que mantenga con el destinatario de la prestación, a la vez que inspirarán objetivamente la actuación prestadora de la Administración Pública a fin de que realice aquella actuación que sea más favorable para su desarrollo y para la consecución de la igualdad material que la cláusula social persigue¹³³.

En suma, podríamos decir que los preceptos del Capítulo III no pueden configurarse como derechos fundamentales pues al no encontrarse en el Capítulo II del Título I de la Constitución no son directamente aplicables¹³⁴; sin embargo, se configuran como “mandatos vinculantes de actuación de los poderes del Estado (en sentido amplio) con eficacia objetiva”¹³⁵. Por tanto, podemos señalar que del art. 53.2 se desprende el carácter vinculante de los principios pero es más discutible que de él se

¹³² *Idem.*

¹³³ Sobre ello se profundizará en el Capítulo III.

¹³⁴ Cfr. DÍEZ PICAZO, Luis María, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁵ Sin embargo, cabe mencionar que Prieto Sanchís reconoce una dimensión subjetiva a los principios rectores señalando que la exigencia de desarrollo legislativo “no impide que pueda apreciarse en ellos una dimensión subjetiva”. Primero, porque “la intervención del legislador es necesaria para articular derechos subjetivos accionables ante los tribunales y sólo conveniente para perfilar los contornos de unos derechos que ya existen en y desde la Constitución”; y en segundo lugar, porque el desarrollo legislativo es también imprescindible en otros muchos derechos fundamentales. Y señala que no sólo pueden ser justiciables ante el Tribunal Constitucional a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, sino también a través del amparo aunque reconoce que esa interpretación puede ser un poco tortuosa más no imposible. Sin embargo, consideramos que el que los principios rectores puedan ser alegados ante los Tribunales es sólo una confirmación de la fuerza normativa que tienen al estar recogidos en la Constitución. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 45.

pueden extraer actuaciones vinculantes concretas de los poderes y en específico de la Administración Prestadora¹³⁶ que sean invocables ante los Tribunales.

2. LA FUNCIÓN POSITIVA DE DISEÑO SOCIAL (SOZIALGESTALTUNG)

2.1 A modo de introducción: el Derecho Administrativo social

El Ejecutivo tiene hoy muchas más tareas y obligaciones positivas que en la época del Estado Liberal. En el marco del Estado Social (art. 1 CE) su objetivo se ha ampliado. El Estado ya no sólo vela por el respeto de los derechos sino que busca también que se generen las condiciones para que el goce de esos derechos sea efectivo, lo cual se manifiesta en el objetivo que tiene la Administración pública de ejecutar materialmente las prestaciones¹³⁷.

En ese sentido, existe en la Constitución la denominada Constitución Social que ha dado origen al Derecho Administrativo Social, lo cual supone una nueva vinculación del Derecho Constitucional con el Derecho Administrativo. Y se trata de un área o rama del Derecho Público Social¹³⁸,

¹³⁶ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁷ Cfr. BADURA, Peter, *op. cit.*, p. 625.

¹³⁸ Es un Derecho que no tiene fronteras definidas dentro del cual, señala Schmidt-Assmann, se puede enmarcar el Derecho Laboral, la legislación de arrendamientos o el Régimen de vivienda de protección especial. Cfr. SCHMIDT-

en la cual se enmarcan las relaciones jurídico prestacionales que se entablan entre la Administración Pública y el ciudadano. Esta nueva función tiene por finalidad, evitar, paliar o disminuir las carencias materiales de los individuos y las necesidades sociales provocadas por ellas¹³⁹. Se trata pues de un Derecho Administrativo “de comunicación en condiciones de alta intensidad personal en el que la intervención estatal y la libertad individual deben siempre relacionarse con ello”¹⁴⁰.

El Derecho Administrativo Social tiene por finalidad el diseño social (*Sozialgestaltung*), el cual ha sido confiado hoy por hoy en el Ejecutivo, quien actúa en base a las disposiciones o líneas generales desarrolladas por el Legislador o incluso, de hecho, en no pocas ocasiones, sin una directa base legal, sino desde la cobertura general que ofrece la cláusula social¹⁴¹, de donde extrae una máxima de diseño y una política discrecional¹⁴² que se materializan en un Sistema de Prestaciones Públicas. Estas máximas se transforman en obligaciones públicas a cargo del Estado y en concreto de las Administraciones Públicas, encontrando su obligatoriedad en la propia norma constitucional¹⁴³. De modo que, lo que la Administración Pública

ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Barcelona, 2003., p. 144.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 143.

¹⁴⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze” en HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, SCHMIDT-ASSMANN und Eberhard (coords.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Band I, Baden-Baden, 1993, p. 31.

¹⁴¹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Die Bedeutung...”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴² Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik...*, *op. cit.*, ps. 916-917.

¹⁴³ COSSÍO, DÍAZ, José Ramón, *op. cit.*, p. 175.

realiza en este caso no es otra cosa que una acción constitucional en cuanto a la cláusula social respecta, pues garantiza su vigencia a través de un justo orden social y de igualdad social¹⁴⁴.

Así, la Administración Pública, ya no tiene sólo una función de ejecución material de las prestaciones sino que a su vez le corresponde una función positiva de diseño social (*positive Sozialgestaltungsfunktion*¹⁴⁵) que complementa a la anterior, generándose un nuevo Derecho al que podríamos llamar Derecho Prestacional o Derecho de las Prestaciones (*Leistungsrecht*) que señala a su vez no sólo una nueva forma de actuación de la Administración sino sobre todo una nueva relación entre ciudadano y Estado, así como entre ejecutivo y legislativo¹⁴⁶.

2.2 Fundamento de la función de diseño social

Consideramos que el fundamento de esta nueva tarea encomendada al Ejecutivo y finalmente realizada por la Administración Pública se encuentra, en primer lugar, en que ésta se ubica en un estado intermedio entre legislador y ciudadano, siendo quien se haya en mejor posición para disponer, determinar o brindar esa procura existencial que permita una vida digna al ciudadano cuando el legislador no lo haya hecho¹⁴⁷. Pues resulta que a estos efectos quien se encuentra en realidad más cercano al

¹⁴⁴ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstattsprinzip...”, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁵ BADURA, Peter, *op. cit.*, p. 625.

¹⁴⁶ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”..., *op. cit.*, ps. 46 y 47.

¹⁴⁷ Cfr. BACHOF, Otto, *op. cit.*, p. 52.

ciudadano, no obstante el tradicional modelo democrático, es la Administración Pública y no el legislador, e incluso más cercana que en los tradicionales servicios públicos, pues se enmarcan no pocas veces en una relación de alta intensidad personal como resulta ser en el caso de drogodependientes, madres solteras, discapacitados, etc. que acuden a los Servicios Sociales. Siendo lo propio en estos casos una Administración cercana y descentralizada que permita una fluida comunicación con el beneficiario de la prestación.

Finalmente, podemos encontrar un adicional fundamento en la propia concepción que la Constitución española tiene de la Administración Pública al calificarla en el art. 103.1 CE como servicio de los intereses generales, resaltando así su dimensión institucional definiéndola como aquella Institución Pública que se singulariza y legitima por su función de servicio de los intereses generales, definición de la cual creemos debería partir hoy el Derecho Administrativo¹⁴⁸. De esta forma, la función prestadora de la Administración Pública se transforma en pieza clave para cumplir con esta alta misión al coadyuvar con ella al logro de la justicia social y con ello del bien público.

2.3 La cláusula social como marco de la función de diseño social

¹⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 99.

2.3.1 Cláusula social y funciones del Estado

Es importante empezar por determinar el significado que tiene la cláusula social como marco dentro del cual deberá construirse el diseño social en cada momento. En vista de ello, la interpretación del Estado Social no puede ser unilateral, rígida e irrevocable pues él se construye desde las necesidades reales y concretas de la sociedad y no desde conceptos abstractos. Asimismo, y como se ha puesto de relieve en Alemania, se debe tener en cuenta que “la Ley Fundamental no contiene un programa de encargos concretos al legislador. La Constitución confía a los responsables decidir políticamente según las condiciones y necesidades sociales de cada momento [y] cómo debe traducirse el postulado del Estado Social”¹⁴⁹.

Por otro lado, se debe precisar que la cláusula del Estado Social no establece cuáles son las acciones concretas que deben llevar a cabo los poderes del Estado y en particular la Administración Pública; sin embargo, hablar de los fines del Estado ayuda a concretar las funciones que deben realizar¹⁵⁰. En ese sentido, para el caso español, podemos recurrir al art. 9.2 de la Constitución, el cual como hemos visto dispone que “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

¹⁴⁹ BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho” en BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 531.

¹⁵⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 171.

plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Asimismo, cabe precisar que “no existen funciones del Estado por naturaleza. Las funciones de los poderes públicos no resultan de un concepto abstracto del Estado, sino de las previsiones del respectivo ordenamiento constitucional”¹⁵¹, es decir, que dependiendo de los fines y objetivos que cada Estado tenga (art. 1.1 y art. 9.2 CE) las funciones que asuman los poderes serán distintas. Sin embargo, debemos tener en cuenta que aun centrando el examen en la Constitución, tampoco cabe obtener de ella, en modo alguno, un sistema acabado de funciones del Estado. “En muchos ámbitos, el desarrollo y desempeño de funciones por parte de los poderes público no supone, en consecuencia, una ejecución de la Constitución, sino una decisión política”¹⁵², de forma que la Constitución confía en que los órganos políticos de cada momento decidirán qué acciones tomar de acuerdo a las condiciones y exigencias de cada momento histórico.

2.3.2 Contenido de la función positiva de diseño social

¹⁵¹ BULL, Hans Peter, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz Um einen Anhang erweiterte Studienausgabe*, Athenaäum Verlag, 1973, ps. 99 y ss.; HÄBERLE, Peter, “Effizienz und Verfassung, *AÖR*, Bd. 98, 1973, p. 595 (601).

¹⁵² HERZOG, Roman, “Ziele, Vorberhalteund Grenzen der Staatstätigkeit” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *HStR*, vol. 3, § 58, núm. marg. 28.

La cláusula social no señala funciones específicas que deberá realizar la Administración Pública Prestadora pero sí determina los límites dentro de los cuales el Ejecutivo, a través de la Administración Pública Prestadora, realizará su función de diseño social. En vista de ello, corresponde ahora determinar en qué consiste esta nueva función.

En primer lugar, debemos señalar que no se trata de una simple nueva tarea de distribución y planeación, es mucho más importante pues se trata de un nuevo objetivo o fin de la Administración Pública. En este sentido, la responsabilidad del Estado de proveer la procura existencial para los ciudadanos se traduce en una función de ejecutar prestaciones que le corresponde materialmente a la Administración Pública, lo cual, tiene un gran significado¹⁵³. Supone una nueva forma de actuar y de ser de la Administración, la Administración Pública Prestadora y que no consiste únicamente en seguir a pies juntillas aquello que el legislador ha dispuesto sino que se trata de un función mucho más compleja.

Esta nueva Administración Pública, ya no es una mera ejecutora de leyes como en el Estado de Policía. Esta nueva función, en el marco del Estado Social, consiste en la concreción de la cláusula social como “legislador” y ejecutor material de las disposiciones normativas existentes¹⁵⁴. Esto es, no sólo realiza aquello que el legislador ha dispuesto sino que también interpreta e incluso decide con discrecionalidad qué corresponde hacer en cada caso, conforme a lo que la cláusula del Estado

¹⁵³ Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart und Berlin, 1938, p. 7.

¹⁵⁴ BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho”..., *op. cit.*, p. 544.

Social manda, sobre todo cuando el legislador no ha dispuesto nada concreto al respecto. En ese sentido, la Administración de las prestaciones realiza los derechos sociales como objetivo constitucional: distribuye, planea, controla, subvenciona, etc.¹⁵⁵.

Asimismo, tiene que realizar una adecuada compensación de intereses pues “en las cada vez más estrechas relaciones de una Sociedad industrializada y tecnificada los intereses individuales o de grupo chocan entre sí”¹⁵⁶. Por ello, una de las tareas más importante del Estado, en el cumplimiento de su mandato de configuración social, es defender los intereses generales frente a los intereses de grupo. En ese sentido, debido a que el bien común no se genera ni espontánea ni automáticamente, el Estado debe realizar una correcta compensación de intereses que permita alcanzar el bienestar de todos.

De igual manera, forma parte del diseño social la obligación del Estado de salvar las desigualdades sociales pues la calificación del Estado como social implica “la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales, como uno de los “valores superiores” llamados a inspirar el ordenamiento jurídico”¹⁵⁷. Con lo cual, también se alcanzará el pleno goce de los demás derechos fundamentales al convertir al Estado de Derecho formal en un Estado de Derecho material.

Igualmente, y “con vistas a una sistematización de las funciones del Estado, hay que decir, más bien al contrario, que, salvando casos extremos

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 40.

(por ejemplo ámbitos intangibles de la vida privada), no existe ninguna esfera de la vida privada o social en la que aquél no tenga al menos la posibilidad de desempeñar algún papel, como, por otro lado, tampoco cabe imaginar ninguna función respecto de la cual los poderes públicos tengan que asumir necesariamente la responsabilidad íntegra de su satisfacción”¹⁵⁸; y ello, como una manifestación del principio de subsidiaridad que el Estado Social también supone.

Por tanto, cabe hablar de una “responsabilidad de garantía” por parte del Estado, por la cual, dentro de los límites que la Constitución dispone, tiene que actuar en aquellos casos en que, de no hacerlo, un determinado bien social quedaría sin un mínimo de protección¹⁵⁹. Por tanto, la función de diseño social que recae en la Administración Pública Prestadora es una tarea que no es de fácil concreción, sobre todo, porque implica de un lado, la garantía por parte del Estado de la procura existencial que permita al ciudadano alcanzar su desarrollo en la sociedad mediante prestaciones; y de otro, la garantía de respeto de los derechos fundamentales al momento de intervenir, especialmente, en esferas de autodeterminación.

Finalmente, cabe apuntar que existe un riesgo natural en el desarrollo de la función de diseño social por parte del Estado. Es un error creer que con el Estado de Derecho y con su división de poderes se consigue la separación entre dominio y funciones sociales. “La tentación de dominar allí donde se ayuda, fomenta, o subvenciona, es demasiado grande para

¹⁵⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps. 169-170.

¹⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p.170.

poder resistirla siempre, en el supuesto que se deseara”¹⁶⁰ y además debemos tener en cuenta que “quien recibe ayuda del Estado se siente dependiendo de él y está inclinado a plegársele”¹⁶¹. En ese sentido, tanto prestador como destinatario de la prestación podrían, en el marco del Estado Social y en el campo de la ejecución de la función de diseño social que recae sobre la Administración, deformar el papel que les toca cumplir. De un lado, el papel que debe cumplir la Administración Pública Prestadora de ejecutar la prestación en respeto de los derechos fundamentales del destinatario de la misma; y por otro, del destinatario de la prestación, de exigir la ejecución de la prestación en respeto de los derechos fundamentales de los que es titular.

Y ello, se debe a que los derechos sociales a diferencia de los derechos de libertad –donde los individuos saben en mayor medida en qué consisten sus derechos y deberes recíprocos-, generan una serie de obligaciones de distinta naturaleza y en distintos sujetos cuyo cumplimiento resulta necesario para la satisfacción de la prestación¹⁶². Esta incertidumbre genera para el destinatario de los mismos cierta perplejidad respecto de su ejecución, lo cual, lo pone en una situación aún más vulnerable. Ello debe ser evitado a toda costa por la Administración Pública Prestadora justamente cuando defina las guías o directrices de su política de diseño social.

¹⁶⁰ ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *op. cit.*, p. 54.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² Cfr. *Ibidem*, p. 19.

2.4 El mínimo vital o procura existencial (*Daseinsvorsorge*) como fin

La función que tiene la Administración Pública respecto de los derechos sociales tiene que ver con su configuración y ejecución material, la cual, se realizará en el marco de la política de diseño social que ésta determine, transformándose así en la encargada de la procura existencial. Lo cual, resulta ser una exigencia del Estado Social que delimita, por tanto, la forma en que la Administración Pública realizará su actuación prestadora.

2.4.1 Ámbito de aplicación

Para iniciar el análisis de esta materia es preciso tener en cuenta dos ideas base, primero, que “el bien común no resulta por generación espontánea”¹⁶³, que aunque parezca una afirmación con poca importancia refleja la necesidad de la actuación material del Estado para alcanzar el bienestar de todos los ciudadanos. Y segundo, que en el marco del Estado social la prestación no es algo que el individuo defiende sino algo que pretende y es esa la diferencia con la concepción de los derechos en el Estado liberal¹⁶⁴. Es decir, que en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, la Administración Pública tiene una labor de concreción de la cláusula social a través de prestaciones efectivas, las

¹⁶³ BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho”..., *op. cit.*, p. 526.

¹⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 184.

cuales se enmarcan en una relación jurídica prestacional entre ésta y el ciudadano, donde este último reclama algo en concreto que se ajusta a unas determinadas necesidades que han dado origen a la contingencia que se busca salvar y que se traducirán en prestaciones de distinta clase.

En un inicio, esta nueva política social buscaba remediar las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población; sin embargo, la actual política social se extiende a toda la población y además, no se limita a la “menesterosidad económica”, sino que se extiende a otros aspectos como la cultura, el esparcimiento, la educación, la defensa del medio ambiente, etc.; siendo que “la política social sectorial se ha transformado en política social generalizada”¹⁶⁵.

Todo ello, ha llevado a que el Estado asuma una nueva función prestacional a la cual podemos definir como aquella tarea de gestionar todo lo que sea necesario a fin de servir a la comunidad en general o a un grupo en específico¹⁶⁶. Dentro de ésta podemos encontrar la garantía de la estabilidad de una sociedad acentuadamente dinámica y compleja; garantizar aquellas condiciones de la vida que ni el individuo, ni la sociedad pueden asegurarse por sí mismos, lo que Forsthoff denominó “procura existencial” a la cual define como “aquellos dispositivos que son adoptados para la satisfacción de la menesterosidades de apropiación”¹⁶⁷, pues como bien señala García Pelayo, el Estado social significa

¹⁶⁵ *Ibidem*, ps. 18-19.

¹⁶⁶ Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Tomo I, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, Munchen, 1954, p. 287.

¹⁶⁷ FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, p. 47.

históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional, el Estado liberal burgués, a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial¹⁶⁸. Por tanto, lo que el Estado busca es conseguir “un disfrute real y efectivo de todos los derechos fundamentales por el mayor número posible de ciudadanos”¹⁶⁹.

2.4.2 La procura existencial como finalidad

La Administración Pública Prestadora tiene la tarea de ejecutar en el más alto grado posible la realización material del programa social recogido en la Constitución¹⁷⁰, esto es, la obligación de alcanzar una igualdad material. En ese sentido, podemos decir que el objetivo de la Administración prestadora es la procura existencial¹⁷¹, a la que podríamos definir como aquellos bienes o servicios que la comunidad por sí misma no puede permitirse o que por sí misma no podría ofrecerse (*nicht leisten könnte*)¹⁷².

Asimismo, debemos señalar que el concepto de procura existencial no es un concepto abstracto, supone una organización común de los bienes por el Estado que respondan a las actuales y concretas necesidades del ciudadano, que no son las mismas en cada época sino que se materializan en cada momento histórico y que dependiendo del tipo de

¹⁶⁸ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁹ CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 73.

¹⁷⁰ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 713.

¹⁷¹ Cfr. BADURA, Peter, *op. cit.*, p. 629.

¹⁷² Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 705.

prestación también deberán concretarse en cada destinatario de las mismas. La procura existencial tiene un contenido material ya que supone la creación de un orden social¹⁷³, de un sistema de prestaciones de todo tipo entre las que se encuentran las de carácter social.

La procura existencial es una tarea del Estado que se desprende desde la cláusula social y por tanto, desde la Constitución. Exige que se tenga una visión conjunta de los derechos fundamentales, la dignidad humana y del principio del Estado Social, pues el Estado, a través de la Administración Pública Prestadora, tiene la responsabilidad de cumplir cabalmente la tarea de la procura existencial, y en ese sentido, debe permitir que se satisfagan las necesidades de vida de la población dentro de la exigibilidad de la cláusula¹⁷⁴. Lo cual, supone a la vez, reafirmar la responsabilidad del Estado de que material y legalmente se realicen las medidas estructurales que permitan la seguridad y/o garantía de los requisitos o elementos básicos de existencia de los ciudadanos¹⁷⁵.

Al respecto, es menester recordar que las garantías jurídico-sociales suponen una posición activa del Estado, y en concreto de la Administración Pública, que lo obligan a actuar realizando prestaciones a favor de los ciudadanos para mejorar su nivel de vida. Teniendo en cuenta que, a diferencia de las libertades, estos derechos de participación carecen de un contenido constante. Necesitan modulación y diferenciación, puesto

¹⁷³ Cfr. BADURA, Peter, *op. cit.*, p. 626.

¹⁷⁴ Cfr. WERNICKE, K.G., *op. cit.*, p. 460.

¹⁷⁵ Cfr. MAURER, Hartmunt, “Kontinuitätshewährt und Vertrauensschutz” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 234.

que sólo son razonables en el marco de lo oportuno, necesario y posible, según el caso concreto.

III. “ACOTACION” DEL TEMA

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL

Una vez que hemos resaltado el papel que cumple la Administración Pública como encargada material de realizar la cláusula social, al transformarse en la responsable de ejecutar materialmente la procura existencial, es necesario precisar a qué nos referimos cuando hablamos de la Administración Pública Prestadora de carácter social, la cual, es objeto de nuestro estudio.

En primer lugar, es importante señalar que de la situación en que se encuentra el ciudadano frente a la Administración Pública y en atención al tipo de tarea o función que en cada caso aquélla lleve a cabo, surgen distintos tipos de Administración¹⁷⁶. Ello, supone diferenciar, en primer lugar y como ya hemos visto, entre la Administración de Policía, propia de una concepción liberal burguesa donde la Administración intervenía limitadamente en ámbitos de libertad del ciudadano; y la Administración Pública Prestadora, que se enmarca dentro del Estado Social y cuya

¹⁷⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts...*, op. cit., p. 148.

función estatal consiste en proporcionar servicios, en sentido amplio, al individuo¹⁷⁷.

La actuación de la Administración Pública de Policía puede ser definida como “la actividad dirigida al control del cumplimiento por los ciudadanos de la legalidad que disciplina y concreta la actividad privada, es decir el ejercicio de sus derechos y libertades”¹⁷⁸ o como “(...) la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines (...) implica la existencia de poder soberano mediante el cual el Estado llega a ser capaz de obrar”¹⁷⁹. Al respecto, señala Zagrebelsky que en el Estado de policía existía una sociedad de menores; mientras que, en el Estado liberal, una sociedad de adultos. El primero era sin lugar a dudas un Estado paternalista¹⁸⁰, en donde la ayuda a los necesitados era un tema que llamaba la atención mas no su objetivo principal¹⁸¹.

La actual Administración Pública también busca alcanzar el bien público pero en estos casos ese concepto se amplía. Se pasa de una Administración encargada de velar por el orden público en su sentido más estricto a una Administración Pública que ve como contenido del mismo la realización de la cláusula social. Una Administración que centra su actuación en alcanzar la igualdad material mediante prestaciones estatales

¹⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁸ MONTANER COSCULLUELA, Luis, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 573.

¹⁷⁹ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán...*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, 1995, Madrid, p. 29.

¹⁸¹ Cfr. JELLINEK. Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Darmstadt, 1963, p. 73.

ya que “(...) tiene por finalidad entregar a sus destinatarios bienes o facilitarles servicios”¹⁸².

1.1 Administración Pública Prestadora general y Administración Pública Prestadora de carácter social

Hoy en día, el Estado enfrenta nuevos retos sociales en materia de igualdad, situaciones de necesidad muy distintas a las que originaron la aparición de la cláusula social en las Constituciones del siglo XX, muchas de las cuales ya han sido superadas. Por tanto, podemos afirmar que cuando desaparece la desigualdad más patente queda libre la vista para descubrir situaciones de desigualdad que antes no llamaban la atención¹⁸³. Y es justo en ese momento, en que surgen nuevas situación que deben ser atendidas por el poder público a fin de satisfacer las necesidades de la población.

Asimismo, y con la finalidad de acotar aún más nuestro objeto de estudio, corresponde ahora diferenciar a la Administración Pública Prestadora en general de la Administración Pública Prestadora de carácter social y la clave la encontramos en el calificativo de social, pues no toda prestación estatal tiene carácter social sino sólo aquella que a través de la provisión de bienes y servicios escasos disminuye la brecha social¹⁸⁴. Es más, si queremos ser un poco más estrictos, podemos decir que el Estado

¹⁸² MARTIN MATEO, Ramón, *op. cit.*, p. 428.

¹⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Die Bedeutung...”, *op. cit.*, p. 39.

Prestador lo que busca es la seguridad y generalidad del suministro de bienes, mientras que el Estado social busca nivelar las diferencias existentes en el acceso de bienes y servicios¹⁸⁵.

En ese orden de ideas, la Administración Pública Prestadora, en general, es aquella que ejecuta materialmente prestaciones a los ciudadanos sin con ello buscar la igualdad material ni salvar ninguna diferencia o dependencia del ciudadano (como por ejemplo prestaciones de agua, luz, gas, teléfono, correo, etc.). A diferencia de la primera, la de carácter social, que es la que estudiamos y tiene como nota característica la ayuda, mediante prestaciones, al ciudadano más necesitado, reprimido o afligido (como por ejemplo la ayuda a drogodependientes, mujeres maltratadas, centros de día y de noche o residencia de ancianos), pues hoy en día un elemento fundamental de la cláusula social es el cuidado de los necesitados¹⁸⁶ especialmente de sus condiciones de vida, incapacidades y la imposibilidad de desarrollo¹⁸⁷.

Asimismo, la actuación administrativa prestadora de carácter social también se diferencia de la prestación de servicios en general en cuanto actividades económicas, pues las segundas se rigen por las reglas del mercado¹⁸⁸, mientras que las primeras por la satisfacción de necesidades en base al principio de solidaridad¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Cfr. ZACHER, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 705.

¹⁸⁶ Cfr. JARASS, Hans, “Die Bund and die Länder”..., *op. cit.*, p. 534.

¹⁸⁷ BVerfGE 100, 271 (284); 43, 13 (19); 45, 376 (387).

¹⁸⁸ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Capítulo 2. La realización del Estado Social a través de los Municipios: servicios públicos y asistencia social” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y ORTEGA BERNARDO, Julia

De igual manera, otro elemento de diferenciación esencial para nuestro tema, lo encontramos en la intensidad de afectación de los derechos fundamentales. Como señala Rodríguez de Santiago, desde una aproximación más bien intuitiva se puede afirmar que los servicios de agua, luz, teléfono, calefacción, inciden mediatamente sobre ámbitos protegidos por la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que a través de ellos el Estado garantiza mínimos vitales que en cada momento considera básicos; mientras que, en las prestaciones específicamente sociales, se afectan inmediatamente ámbitos protegidos por los valores antes mencionados, que no es otro que el campo de los derechos fundamentales¹⁹⁰. Sobre todo porque en ellas se manifiesta la existencia de un elemento personal muy intenso, como más adelante veremos.

A nuestros efectos, lo que interesa no es la Administración Pública Prestadora en general sino en concreto la que tiene un carácter social, es decir, aquella que busca realizar la cláusula social en su contenido

(Coords.), *Estado social y Municipios. Servicios públicos y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Catarata, Madrid, 2010, p. 46.

¹⁸⁹ Los explica bien la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de junio de 1997, asunto C-70/95, Sodemare, Rec. P. I-03395: “De los autos del procedimiento principal se desprende que este sistema de asistencia social, cuya ejecución se confía, en principio, a las autoridades públicas, está basado en el principio de solidaridad, que se traduce en el hecho de que está destinado prioritariamente a la asistencia de quienes se encuentran en un estado de necesidad, debido a la insuficiencia de los ingresos familiares, a la falta total o parcial de autonomía o al riesgo de marginación y, después, dentro de los límites fijados por la capacidad de las estructuras y los recursos disponibles, a la asistencia de otras personas, las cuales han de soportar, no obstante, los costes de dicha asistencia en función de su situación económica, con arreglo a tarifas determinadas habida cuenta de los ingresos familiares”.

¹⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Capítulo 2. La realización del Estado Social...”, *op. cit.*, p. 50.

fundamental: lograr la justicia, ayudar al desvalido y alcanzar la igualdad material. Aquella Administración Prestadora encargada de “(...) concretar situaciones de necesidad o carencia de carácter individual o personal”¹⁹¹ con la finalidad de salvarlas.

1.2 ¿Una relación especial de sujeción?

Para terminar de centrar el tema, antes de avanzar con la presente investigación, debemos referirnos a la naturaleza jurídica de la relación prestacional de carácter social y al respecto, debemos precisar que consideramos que no se trata de un supuesto que entre dentro del concepto de las conocidas relaciones especiales de sujeción.

A fin de soportar nuestra postura se debe señalar, en primer lugar, que las relaciones especiales de sujeción se diferencian de las relaciones de sujeción general, en la que nos encontramos todos los ciudadanos frente al poder público como consecuencia de habitar en el ámbito territorial en que esos poderes ejercen su *imperium*, la cual, evidentemente no es absoluta pues está limitada, entre otros, por los derechos fundamentales¹⁹². Asimismo, señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, que la sujeción a la que están sometidos los

¹⁹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁹² Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Civitas, Madrid, 1994, p. 149.

ciudadanos significa únicamente la “eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico (...)”¹⁹³.

Otto Mayer, el auténtico fundador de la teoría de la relación especial de sujeción, la define como “una dependencia acentuada, que se instituye en favor de una Administración Pública respecto a todos los sujetos que entran en la relación especial prevista”¹⁹⁴. Se trata pues de un estado de libertad restringida¹⁹⁵. Asimismo, se pueden definir como “las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”¹⁹⁶.

Al respecto, Rodríguez de Santiago, uno de los pocos juristas que ha estudiado a profundidad el tema objeto de esta tesis en lo que a doctrina española se refiere, en particular en el ámbito de las residencias de mayores, señala que analizar el supuesto que hoy estudiamos a través de la categoría de las relaciones especiales de sujeción sería inadecuado¹⁹⁷. Esta

¹⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2011, p. 30.

¹⁹⁴ MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrechts*, Tomo I, 3era Edición, Heidelberg, 1923, p. 102.

¹⁹⁵ Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuesto constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba, Civitas, España, 1994, p. 67.

¹⁹⁶ *Ibidem*, ps. 161-162.

¹⁹⁷ Al respecto, señala que existen varias razones: “a) porque ese planteamiento merece el calificativo de primitivo si se compara con las posibilidades de la teoría de la ponderación (en auge y con notables avances en las últimas décadas) como método de la

concepción debe ser abandonada al momento de analizar la actividad prestacional de carácter social de la Administración Pública debido a que en este caso, en primer lugar, el beneficiario de la prestación no se encuentra “insertado” en la organización administrativa buscando proteger sus derechos ante el poder público, sino que, por el contrario, es el destinatario de la actuación estatal; en segundo lugar, porque estas prestaciones también pueden ser realizadas por particulares, por tanto, no siempre se estará “frente al Estado”, es decir, frente a una Administración Pública; y en tercer lugar, porque justamente el tratamiento que se busca dar a la libertad no es un tratamiento especial sino el general y común, es decir, en sus dimensiones positivas y negativa, esto es, del respeto de la posibilidad de obrar o no como uno quiera y sin que se impongan decisiones externas como se verá más adelante.

interpretación constitucional ; b) porque constituye un error de perspectiva acercarse a los derechos fundamentales en el Estado prestador desde la vertiente negativa de la limitación y la reacción defensiva, que es la perspectiva propia de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción; la vertiente más relevante de la prestación social en una residencia de mayores es la positiva: que esa prestación está primordialmente dirigida a permitir la realización de los derechos fundamentales ; y c) porque no cabe perder de vista el dato de que casi el 60 por 100 de las plazas residenciales en España corresponden a residencias privadas y –hasta donde yo sé– nunca se ha intentado utilizar la categoría de la relación especial de sujeción para explicar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Derechos fundamentales en la residencia de mayores” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y DÍEZ SASTRE, Silvia (coords.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 298.

2. CLASES DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL

La actuación administrativa prestadora de carácter social puede llevarse a cabo, a su vez, de dos formas, ya sea a través de ayudas económicas o mediante la prestación efectiva de servicios personales y/o materiales¹⁹⁸.

La opción por una u otra tiene en cuenta distintos elementos y a grandes rasgos podríamos decir que la primera, la prestación dineraria, se caracteriza por ser más fácil de organizar, da respuesta en apariencia más rápida, es menos costosa a largo plazo, menos comprometida para las Administraciones Públicas e incluso más apetecida por la población; mientras que la segunda, la prestación de servicios personales y/o materiales, supone una organización de recursos institucionales, formación de personal, estudios sobre las necesidades reales, una adaptabilidad constante de los servicios, resultados a largo plazo aunque a veces es más eficaz¹⁹⁹. En consecuencia, la elección de uno u otro modelo o la combinación de ambos dependerá de la concreta necesidad que se quiera satisfacer.

¹⁹⁸ Cfr. KRAUSE, Peter, "Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dients-und Sachleistungen" en GITTER, Wolfgang, THIEME, Werner y ZACHER, Hans (coords.), *Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1981, ps. 240-241.

¹⁹⁹ Cfr. ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *La asistencia social...*, *op. cit.*, ps. 363-364.

Por tanto, la Administración Pública prestadora social puede ser de dos tipos, una Administración Pública aseguradora de los recursos económicos de los ciudadanos, encargada de cubrir diversas situaciones relacionadas con prestaciones económicas a las que se tiene derecho en el caso de que se presente alguna contingencia vital (accidente, incapacidad, jubilación, desempleo, entre otras); o una Administración Pública prestadora de servicios personales y/o materiales, la cual está marcada por un alto grado de intensidad personal en la relación prestadora²⁰⁰.

Lo determinante en estos casos es la forma de regulación de las mismas por el Derecho, pues ello nos dará una idea de cómo la Administración Pública actúa en cada caso, cómo se relaciona con el ciudadano -destinatario de la prestación- y qué notas características encierra cada relación jurídica.

Finalmente, antes de abordar el estudio de cada clase de actuación administrativa prestadora social conviene resaltar que la actuación administrativa que será objeto de nuestro análisis en los posteriores planteamientos es la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales y no la actuación administrativa prestadora de subvenciones de tipo económico, aunque por ahora resulte conveniente analizar las diferencias que existen entre ambas a fin de entender mejor nuestro tema de estudio.

²⁰⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 94.

2.1 Actuación administrativa prestadora aseguradora de los recursos económicos de los ciudadanos

Como puede deducirse del propio nombre, este tipo de actuación administrativa tiene por objeto una prestación pecuniaria que “consiste en el reconocimiento del derecho a percibir una cantidad en dinero que, frecuentemente, se abona de forma reiterada durante un espacio más o menos largo de tiempo”²⁰¹ y tienen por finalidad, eliminar o disminuir la situación de desventaja o menoscabo que sufre aquel a quien se le presenta este tipo de contingencias.

Asimismo, otro rasgo característico de este tipo de prestaciones es que “se establecen por *programas normativos materiales*, reglas de Derecho con estructura condicional que vinculan a un determinado supuesto de hecho (muy densamente regulado, por lo general) una concreta consecuencia jurídica, consistente en la cuantía de la prestación económica que corresponde a quien cumple los requisitos enumerados en dicho supuesto normativo”²⁰². En ese sentido, este tipo de prestaciones se regulan por normas que establecen el contenido y forma en que se ejecuta la prestación, se trata de normas que tienen claramente identificado el supuesto de hecho –la contingencia- y la consecuencia jurídica –la percepción del dinero-. Lo cual, deja muy poco margen de valoración a la Administración Pública. Y ello es así porque se trata de prestaciones que se dan con cargo al presupuesto general del Estado o de la Comunidad Autónoma. De igual

²⁰¹ *Ibidem*, p. 95.

²⁰² *Ibidem*, p. 97.

manera, se caracterizan porque es por medio del acto administrativo que se declara el derecho a percibir la prestación y porque su modelo organizativo es jerárquico y burocrático²⁰³. Por tanto, se le aplican los principios generales del Derecho Administrativo.

Finalmente, otras características que resultan de vital importancia para diferenciarla de la prestación de servicios materiales y/o personales son, primero, que la forma jurídica típica que emplea la Administración Pública en estos casos es el acto administrativo, el cual declara el derecho a recibir la prestación concretando y dando estabilidad a la relación jurídica²⁰⁴; y segundo, que en este caso no se necesita contacto con el beneficiario, es más, la satisfacción de la necesidad corresponde únicamente al beneficiario y la Administración Pública se limita a realizar un tarea bastante objetiva y mecánica de verificar a quien le corresponde la prestación dineraria y hacer entrega material de la misma, como sucede por ejemplo, en el caso de las pensiones de invalidez.

2.2 Actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales

Esta clase de actuación administrativa social nos plantea un escenario de análisis mucho más complejo. Como ya se sabe, los derechos prestacionales presuponen todo un entramado de normas de organización

²⁰³ Cfr. *Ibidem*, ps. 107-108.

²⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 107.

carentes de exigibilidad que generan una serie de obligaciones de distinta naturaleza y en distintos sujetos, cuyo cumplimiento resulta necesario para la satisfacción de la prestación²⁰⁵. Y éste resulta ser el contexto en donde actúa la Administración Pública Prestadora de servicios personales y/o materiales.

Es un tipo de prestaciones que se incluyen dentro de lo que tradicionalmente se ha definido como acción social, la cual puede definirse como “el conjunto de prestaciones públicas gratuitas o no contributivas ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubiertas por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad, la seguridad social o la cultura), bien sea en razón de una situación de necesidad particular o diferencial”²⁰⁶. O como se señala en el art. 18.1 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid, “son prestaciones materiales del sistema público de servicios sociales aquellas cuyo contenido económico o técnico es sustituido, en todo o en parte, por su equivalente material”.

El emerger de la Administración Pública respecto a la acción social se puede entrever en la legislación sobre la beneficencia del siglo XIX, que en un primer momento se limitó a controlar la actividad que realizaban los particulares a través de los establecimientos de beneficencia²⁰⁷. Sin

²⁰⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 19.

²⁰⁶ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 168.

²⁰⁷ Cfr. AGUADO I CUDOLÁ, VICENC, “La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la Mancomunidad de Cataluña” en TORNOS MAS, Joaquín (Coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 57.

embargo, una vez superado el concepto de beneficencia, gracias, sobre todo, a la influencia del movimiento obrero y las tesis del socialismo, las Administraciones Públicas a finales del siglo XIX y comienzos del XX empiezan a asumir un nuevo papel de asistencia social entendida como “aquellos supuestos en que la Administración Pública lleva a cabo una actividad de prestación en la que la intensidad de la dimensión personal de dicha actuación resulta especialmente elevada”²⁰⁸, prestaciones “que se dejan situar, más bien, bajo el concepto de "asistencia social"”²⁰⁹ y que tienen que ver con el cuidado del más necesitado (rehabilitación, ayuda a la juventud, embarazos, problemas psíquicos, etc. a los que se refieren por ejemplo los art. 49 y 50 CE).

Asimismo, debemos señalar que en el caso español, tras la Constitución de 1978, la asistencia social fue transferida como competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, las cuales han tenido como primer obstáculo el de superar la visión meramente asistencialista de este tipo de prestaciones para transformarlos en verdaderos derechos subjetivos de configuración legal²¹⁰.

En las Leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas podemos encontrar referencias a esta clase de prestaciones. Por ejemplo,

²⁰⁸ MERCADER UGUINA, Jesús, “La acción social a los discapacitados y a las personas en situación de dependencia” en EZQUERRA HUERVA, Antonio (Coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 290.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 128 y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps. 148. La asistencia social en Alemania contempla prestaciones económicas o no destinadas a asegurar un mínimo de protección social a personas sin ingresos o en situaciones especiales.

²¹⁰ Cfr. AGUADO I CUDOLÁ, VICENC, *op. cit.*, p. 48.

en el art. 20.1 de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia, se dispone que “tendrán la consideración de servicios y actuaciones de naturaleza material o tecnológica los siguientes: a) La protección social de las personas, con capacidad de obrar limitada, que se encuentren en situación de conflicto o desamparo. b) La atención residencial, que comporta alojamiento, continuado o temporal, sustitutivo del hogar. c) La atención diurna, que ofrece cuidados personales y actividades de promoción y prevención que no requieran el ingreso en un centro residencial. d) La ayuda en el hogar, consistente en ofrecer un conjunto de atenciones a personas o familias en su propio domicilio, para facilitar su desarrollo y permanencia en su entorno habitual. e) La teleasistencia social y otros servicios de carácter tecnológico, que procuren la permanencia de las personas usuarias en su medio habitual. f) El apoyo a la movilidad personal, en los términos previstos en la normativa reguladora del servicio gallego de apoyo a la movilidad personal para personas con discapacidad y/o dependientes. g) La manutención, ya sea en locales de atención colectiva o en el propio domicilio de la persona usuaria. h) Las ayudas técnicas e instrumentales, que permitan mantener la autonomía de la persona para desenvolverse en su medio. i) El servicio de asistente personal. j) Cualquier otro servicio o actuación no previsto en la presente Ley que se considere necesario para garantizar una adecuada atención social”.²¹¹

²¹¹ En términos similares, en el art. 18.2 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid.

Asimismo, podemos encontrar una regulación específica de estos supuestos y en particular casos que son calificados como de atención especial, muchos de los cuales son relevantes para nuestro estudio, referidos a una serie de contingencias de distinta índole: discapacidad física, psíquica o sensorial; enfermedades mentales y enfermedades crónicas; necesidad social como las relacionadas con la falta de vivienda o con la desestructuración familiar; drogodependencias y otras adicciones; violencia y delincuencia juveniles; exclusión y aislamiento sociales; vulnerabilidad, riesgo o dificultad social para la tercera edad, la infancia y la adolescencia; violencia de género y las diferentes manifestaciones de violencia familiar; discriminación por razón de sexo, lugar de procedencia, discapacidad, enfermedad, etnia, cultura o religión o por cualquier otra razón; problemas de convivencia y de cohesión social; el hecho de haber sido víctima de delitos violentos, uno mismo o sus familiares; sometimiento a medidas de ejecución penal, propio o de los familiares; condiciones laborales precarias, desempleo y pobreza; urgencias sociales; emergencias sociales por catástrofes; petición de asilo²¹².

²¹² Por ejemplo, calificados como situaciones de necesidad de atención especial en el art. 7 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña.

Asimismo, en el art. 11.1 del Capítulo III sobre servicios especializados de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía se prevén: 1. La familia, infancia, adolescencia y juventud, con la finalidad de llevar a cabo actuaciones encaminadas particularmente a la promoción social de los jóvenes y niños, atendiendo la problemática que incide en su bienestar y especialmente las disfunciones que se producen en su medio familiar, compensándolas o corrigiéndolas. 2. La tercera edad, con el objeto de promover su integración y participación en la sociedad, favoreciendo su mantenimiento en el medio habitual, y evitando su marginación. 3. Las personas con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales, con el objeto de posibilitar su integración social promoviendo y favoreciendo la prevención y rehabilitación integral. 4. Los toxicómanos, con la finalidad de desarrollar actuaciones de prevención y reinserción

Finalmente, creemos conveniente señalar que muchas de las cuestiones que vamos a abordar en la presente investigación sobre este tipo de actuación administrativa se aplican, en buena medida, a todas las prestaciones personales de servicios y/o materiales, como por ejemplo educación o salud; sin embargo, nos centraremos, sobre todo, en aquellas en las que la relación de dependencia es más íntima y que por ello plantean problemas específicos, es decir, aquellas prestaciones donde el elemento personal es aún más intenso pues es el destinatario de la prestación quien “expone” voluntariamente, aunque muchas veces obligado por las circunstancias, una parte de su intimidad y quien asimismo, demanda una atención personalizada.

social de alcohólicos y otros drogodependientes, coordinadas por el órgano de la Administración autonómica especializado en la materia. 5. Las minorías étnicas, con el objeto de promover actuaciones que generen, de modo real y efectivo, su igualdad social con respecto al resto de los ciudadanos andaluces, prestando una atención especial, dada su importancia numérica y cultural, a la comunidad gitana. 6. Grupos con conductas disociales, para incidir en la prevención y tratamiento social de la delincuencia y la reinserción de los ex reclusos. 7. Otros colectivos sociales que requieran una intervención social especializada.

Véase también, el art. 12 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias; art. 7 de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias; capítulo II de la Ley 5/1997, de 25 de junio, de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana; art. 4.2 de la Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura; art. 10 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales de Murcia.

3. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO PRESTACIONAL DE SERVICIOS PERSONALES Y/O MATERIALES

Después de exponer el tipo de prestaciones que son objeto de nuestro estudio resulta ahora necesario detenernos en analizar sus características concretas y asimismo, la especial relación jurídica que se entabla entre Administración y administrado, en el marco de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales, es decir, entre la denominada Administración Pública “a la medida de la persona” y el destinatario de la prestación.

3.1 La prestación

3.1.1 Una prestación no contributiva

Lo primero que podemos señalar respecto de la prestación de servicios personales y/o materiales es que a diferencia de la prestación pecuniaria, este tipo de prestaciones no requieren de un aporte dinerario concreto en proporción al cual se proveerá la prestación –aunque en algunos casos se prevea la participación de los usuarios en la financiación del servicio- sino que son prestadas por igual a cada ciudadano y sólo se ejecutan en función de la necesidad concreta²¹³.

²¹³ Cfr. KRAUSE, Peter, *op. cit.*, p. 241.

Asimismo, este tipo de actuaciones tienen por objeto la “prestación de un servicio personal y/o material”, lo cual, ya le da una nota característica propia relacionada con un elemento personal y a su vez, supone una actuación administrativa “más activa” de incidencia en la esfera personal del destinatario de la prestación.

3.1.2 Escasa densidad normativa y presencia del acto administrativo

Para poder comprender el papel fundamental que cumple la Administración Pública en este tipo de actuación y sobre todo, la especial relación jurídica que se genera con el administrado –que es en concreto lo que nos interesa-, podemos decir que por lo general los procedimientos que regulan las normas sobre prestaciones sociales están referidas fundamentalmente a los procedimientos para prestaciones de tipo pecuniario pero no para las de carácter personal²¹⁴.

Aunque la forma natural de actuación de la Administración Pública es el acto administrativo, en este tipo de prestaciones tiene una escasa presencia, sólo fija los límites externos, el marco en el cual actuará la Administración Pública²¹⁵. En vista de ello, a este tipo de actuación de la Administración se le incluye dentro del concepto de actividad material de

²¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 243.

²¹⁵ Cfr. ZACHER, Hans, “Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts” en KLÜBER, Friedrich, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, p. 99.

la Administración Pública²¹⁶. Por tanto, lo característico es que el contenido concreto de la prestación no lo fije la norma, sino que el legislador difiere o remite la concreción de la misma a la Administración, que actúa dentro del marco organizativo y procedimental que señala la norma y guiándose por los principios que deben inspirar la actividad también previstos en ella y en las exigencias del Estado Social como ya vimos. Es decir que en el caso de las prestaciones personales hay una escasa densidad normativa.

En estos casos, no es posible la regulación cabal del supuesto de hecho ni menos de la consecuencia jurídica debido a que las contingencias que buscan ser atendidas son de distinta índole y los destinatarios distintos entre sí. Lo cual, hace muy difícil que la norma regule a detalle el supuesto de hecho y por tanto, a veces sólo se elabora un plan global en la forma de un acto administrativo que permita el control posterior del acto²¹⁷. En consecuencia, “(...) por lo general, rige el principio de la prestación *in natura* y su contenido viene determinado por la orientación finalística de atender a las concretas y específicas necesidades de cada uno de los destinatarios de las prestaciones, tan distintas como distintas son las situaciones personales”²¹⁸.

²¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 110.

²¹⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 243.

²¹⁸ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, ps. 95-96.

Es decir, que en este caso se crea una suerte de Administración de las prestaciones “a la medida de la persona”²¹⁹, donde la concreta prestación depende de las específicas necesidades del beneficiario, pues resulta imposible prever un programa único que se aplique por ejemplo tanto a una persona con problemas psíquicos como a un drogodependiente e incluso tratándose de la misma contingencia, regular con detalle cómo se deberá ejecutar cada una de las prestaciones pues en mayor medida dependerá de la discrecionalidad del profesional a cargo y de las concretas circunstancias del destinatario de la prestación.

3.1.3 Presencia de un elemento marcadamente personal

La razón de su resistencia a ser reguladas por medio de programas normativos materiales y el escaso papel que cumple el acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre con las anteriores, la encontramos en el carácter marcadamente personal de estas relaciones²²⁰.

Este elemento personal se manifiesta, de un lado, en que las personas destinatarias de estas prestaciones no son iguales y no sólo porque las contingencias por las que se genera el derecho a la prestación son distintas, sino sobre todo porque, aun estando en el mismo supuesto de hecho de otro beneficiario, entiéndase en la misma contingencia, la situación de cada uno es a su vez diferente. Y por otro lado, en que las contingencias que

²¹⁹ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstattsprinzip...”, *op. cit.*, p. 152.

²²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 99.

dan origen a este tipo de prestaciones están relacionadas con esferas de autodeterminación del individuo, situadas en el círculo de sus derechos fundamentales (dignidad, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, intimidad personal)²²¹. En el caso de las prestaciones personales, la Administración Pública tiene una injerencia muy especial en la vida de las personas y, en particular, en sus derechos fundamentales; y añadido a ello, no existen normas capaces de regular debidamente esta cuestión, lo cual remarca lo complejo del tema pues no podríamos en ningún caso admitir que el que se sitúa a disposición de la Administración –el beneficiario de la prestación- deba renunciar a esos derechos fundamentales más de lo necesario.

En pocas palabras, el marcado carácter personal de estas relaciones, que Rodríguez de Santiago denomina “un fenómeno de interacción directa entre personas físicas”²²², supone un rechazo o imposibilidad de regulación cabal por parte del legislador pues sería casi imposible regular en una norma situaciones tan variadas y que dependen de las concretas circunstancias en las que se encuentre cada destinatario de la prestación. A lo sumo, pueden estar regulados los requisitos o condiciones previas para recibir la prestación y la forma en que se debe desarrollar, o las guías y directrices a fin de obtener un buen desempeño, pero la importancia radica en tener un buen nivel de la información para identificar el procedimiento a seguir en cada caso²²³.

²²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 100.

²²² *Ibidem*, p. 109.

²²³ Cfr. KRAUSE, Peter, *op. cit.*, p. 242.

Los destinatarios de la prestación administrativa de carácter social son sujetos que se encuentran en situación de necesidad, discriminación, de amenaza y ello, como señala Zacher, por “vicisitudes de la vida” (“*Wechselfälle des Lebens*”²²⁴). Por eso, en estos casos, la actuación prestadora de la Administración se lleva al terreno de la individualización²²⁵ pues el beneficiario de la prestación es uno y no otro. Es decir, la Administración Pública lleva a cabo por sí misma prestaciones de carácter personal y/o material, normalmente en una relación duradera con el beneficiario de la misma, en donde la Administración debe atender especialmente a las concretas circunstancias en las que se encuentra cada destinatario, pues éstas serán tan diversas como destinatarios existan y será en base a las cuales se configure la prestación.

Piénsese en la situación en la que se encuentra un drogodependiente o alguna persona con un trastorno psíquico que acude a los Servicios Sociales de determinada Comunidad Autónoma para ser atendido. El vínculo o relación jurídica que esta persona entablará con el profesional a cargo del tratamiento supone la comunicación de información íntima o personal, por tanto de la exposición de las esferas más íntimas de la persona, para buscar salvar situaciones que variarán en cada caso pues serán distintas no sólo las prestaciones sino también las personas a las que van dirigidas y sus circunstancias, lo cual merece una especial atención.

²²⁴ ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” ..., *op. cit.*, p. 718.

²²⁵ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 46.

En vista de ello, debemos recordar que la igualdad no supone dar a todos lo mismo y por tanto, que desde la cláusula social, que tienen como fin la igualdad material, se exige el establecimiento de diferencias que en este caso se justifican por el grado de vulnerabilidad social del destinatario de la prestación²²⁶ y que permiten a su vez atender a sus concretas necesidades. Por ello, se trata de supuestos en los que la “intensidad de la dimensión personal” de la actuación administrativa resulta especialmente alta²²⁷. Pues aunque la realización del fin del Estado social sea una tarea que corresponde tanto al Estado como a la sociedad, se trata también de una condición o estado individual²²⁸.

Por tanto, es esta “alta intensidad personal”²²⁹ la que hace que, en estas prestaciones de servicios y/o materiales, la Administración mantenga un vínculo tan marcadamente personal con el beneficiario de la prestación, de modo que se consigue una suerte de atención personalizada o a la medida, donde el concreto beneficiario participa de la configuración de la misma y donde la Administración, dentro de los cauces que el ordenamiento jurídico establece, actúa muchas veces en ejercicio de la discrecionalidad de la que es titular o con cierto margen de libertad debido a la escasa densidad de la norma o porque las circunstancias así lo exigen, pues como ya se ha señalado este tipo de prestaciones son reacias a ser totalmente reguladas, debido precisamente a este elemento personal.

²²⁶ BVerfGE 13, 25 (259).

²²⁷ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general...op. cit.*, p. 148.

²²⁸ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 717.

²²⁹ Cfr. KRAUSE, Peter, *op. cit.*, p. 11.

3.1.4 Ordenación a través de la organización y el procedimiento

Una última nota característica que debe destacarse es la relevancia que, por las razones apuntadas, adquieren la organización y el procedimiento²³⁰. A la Administración Pública sólo se le da una competencia o potestad en forma de “encargo genérico”²³¹, que deberá concretar para cada caso. Sin embargo, como desarrollaremos con más detalle en la última parte de este trabajo, existen mecanismos que ayudarán a garantizar el respeto de los derechos fundamentales en juego y las concretas necesidades del destinatario de la prestación. A tan fin, se deberá prever un procedimiento a seguir y una organización plural que atienda las diversas contingencias sociales que se presenten.

En ese sentido, debido a que en estos casos hay una imposibilidad de regulación normativa cabal y que es la propia norma la que entrega a la Administración Pública la concreción de la prestación, es importante que, si el legislador no lo ha previsto, la Administración defina el marco procedimental, esto es, la forma en que se llevará a cabo la prestación, la posición jurídica de la prestadora y los derechos y garantías del ciudadano²³². Y asimismo, que se organice adecuadamente, a fin de satisfacer las diversas contingencias que se presenten y de igual manera,

²³⁰ Entre otros Cfr. MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich und STARCK, Christian, *Grundgesetz Kommentar*, Band 2, 5 auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005, (35, art, 3); Cfr. HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung...”, *op. cit.*, ps. 434 y ss; Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 419; Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”..., *op. cit.*, p. 56.

²³¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 110.

²³² Cfr. *Ibidem*, p. 140.

para que existan canales de comunicación y/o interacción entre Administración y ciudadano.

3.2 Los sujetos

3.2.1 La Administración de las prestaciones “a la medida de la persona”

Referirnos a una Administración Pública a la medida de la persona es quizá algo aún muy controvertido. Como bien señala Schmidt-Assmann²³³ una idea que primaba en el origen del Derecho Administrativo es la del ciudadano como súbdito frente a un Estado administrador ante el cual no tenía derechos sino deberes. Asimismo, “(...) a lo largo del siglo XIX se impuso la tesis de la separación entre Estado y sociedad. (...) [y] los efectos de esta predisposición teórica se dejan sentir todavía de múltiples maneras. El político, y sobre todo el constitucionalista, contemplan así frecuentemente a la sociedad como algo que se “contrapone” al Estado”²³⁴. Es decir, se piensa muchas veces a la Administración y al ciudadano como dos subsistemas que si bien se relacionan, lo hacen desde la objetividad y la lejanía, pero jamás desde la subjetividad propia de la actividad prestacional.

Así, no pocas veces, se piensa en una Administración que es ajena al ciudadano, en un sujeto activo llamado Administración Pública que

²³³ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps. 19-20.

²³⁴ LUHMANN, Niklas, *Teoría Política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 41.

desconoce al destinatario de su actuación. Y en ello, consideramos, es donde se encuentra la clave del tema pues se puede olvidar la posición de primacía que el ciudadano tiene respecto de todos los poderes incluida la Administración Pública y el carácter vicarial que esta última cumple, el cual se concreta en el principio de servicio al ciudadano y es lo que le da su razón de ser, pues ésta tiene como función servir al interés general²³⁵.

De igual forma, la oposición entre Estado y ciudadano ha sido descartada por su incompatibilidad con la Constitución, que tiene por centro y fin de todo el ordenamiento jurídico a la persona. Así, en una de las primeras sentencias del Tribunal Federal Alemán, de 26 de Junio de 1954, denominada caso *Fürsorgepflicht*²³⁶ se estableció que “una de las ideas-fuerza es la relativa a la relación del hombre con el Estado: aun cuando el ciudadano se halle sometido al poder público, no lo hace en calidad de súbdito sino en calidad de ciudadano”. Y más aún, en el caso de la actuación administrativa prestadora, el ciudadano se transforma en destinatario y centro de la actuación administrativa y su situación, en fundamento de la actuación pública. Así, el ciudadano se transforma en una suerte de cliente o consumidor de prestaciones de bienes (*Sachleistungen*) y de servicios (*Dienstleistungen*)²³⁷. De modo que hoy en día

²³⁵ Cfr. MEILÁN GIL, José Luis, “La Administración Pública: naturaleza jurídica” en ALVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 503.

²³⁶ BVerfGE 1, 159 y ss.

²³⁷ Cfr. BACHOF, Otto, *op. cit.*, p. 56.

Estado y ciudadano se encuentran en una inevitable comunidad de las prestaciones (*Leistungsgemeinschaft*)²³⁸.

En ese sentido, podemos apreciar una cierta incongruencia en la forma de actuar de la Administración Pública en el Estado Social y es que si, por un lado, este persigue cubrir las necesidades de los ciudadanos a través de prestaciones; por otro, las condiciones de funcionamiento de la burocracia social no son las más adecuadas. La Administración Pública sigue actuando en gran medida como una Administración lejana, que si bien lo hace en *pro* del bienestar común, lo hace muchas veces al margen de las concretas necesidades de los destinatarios y es por ello que se necesita en cierta forma una Administración a la medida de la persona en el sentido que comentamos²³⁹. Una Administración cuya estructura responda a las necesidades del beneficiario de la prestación, una Administración que atienda a las concretas exigencias de sus destinatarios, una Administración que no actúe al margen de quien va a sentir los efectos de su actuación. En definitiva, una Administración que intervenga en función de aquello que justifica su actuación, esto es, para el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, la satisfacción de la concreta situación de necesidad de cada destinatario de la prestación puesto que no existen dos ciudadanos en las mismas circunstancias²⁴⁰.

Asimismo, profundizando en este razonamiento pero con un análisis un poco más ajustado, podemos decir que los fines del Estado van

²³⁸ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”..., *op. cit.*, p. 90.

²³⁹ Cfr. PITTSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”, *op. cit.*, p. 152.

²⁴⁰ Cfr. KRAUSE, Peter, *op. cit.*, p. 241.

dirigidos a satisfacer las necesidades del hombre pues éste se constituye como el fin supremo del Estado, de modo que éste existe para el hombre y no al revés. En este sentido, la más alta misión que tiene el Derecho Constitucional es la de sentar los postulados sobre la relación básica entre el ciudadano y la Administración Pública. En vista de ello, debemos recordar que la posición subjetiva que tiene la persona es anterior a todo, incluso al Estado, que fue creado por el hombre que buscaba vivir con dignidad y seguridad, constituyéndose así la dignidad en el parámetro con el que se mide la relación que se genera entre el Estado y el ciudadano²⁴¹.

Finalmente, conviene señalar que esta función de la Administración, se trata, sin lugar a dudas, de un encargo de muy difícil cumplimiento y, asimismo, que existe un riesgo inmanente de extralimitación en la interacción que surge entre Estado y ciudadano. En vista de ello, es importante delimitar el alcance de “la dependencia, de vital importancia, del individuo de la utilización de los servicios destinados a la generalidad, es decir, sus necesidades de procura”²⁴², pues la Administración Pública, aunque obtenga títulos de intervención desde la cláusula social, no puede hacerlo con generalidad y total libertad en cada espacio de la vida del ciudadano con el riesgo de traspasar ese límite infranqueable que representan los derechos fundamentales. Siendo que la intervención, en el peor de los casos, puede conducir a que la libertad o intimidad del hombre sea conculcada por la actuación administrativa.

²⁴¹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 18.

²⁴² Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad...*, *op. cit.*, p. 67.

En vista de ello, consideramos que esta situación puede paliarse teniendo presente entre otras cosas, que las concretas necesidades que tiene el ciudadano constituyen la medida de la actuación del Estado y que en ellas encuentra su legitimación²⁴³. Y que, aunque con el Estado Social y Democrático de Derecho lo que se tiene es un “ejecutivo fuerte” y no un “ejecutivo absolutamente incontrolado” como en los Estados totalitarios, siempre surgirá la pregunta sobre el tipo de poder que cabe atribuir a esa Administración²⁴⁴.

3.2.2 El destinatario de la prestación como “cliente”²⁴⁵

Podemos definir al destinatario y beneficiario de la prestación administrativa de carácter social como aquel sujeto que se encuentra en una situación de necesidad que puede generarse es alguna limitación física o mental²⁴⁶, en una enfermedad²⁴⁷, en una grave invalidez o discapacidad²⁴⁸, en una dependencia²⁴⁹, o en una diferencia o discriminación de tipo social²⁵⁰. Situaciones que desde nuestro punto de vista son las más íntimas o personales en las que una persona se puede encontrar. Y en vista de ello, se hace necesario que la ayuda estatal a la vez

²⁴³ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps.19-20.

²⁴⁴ Cfr. DÍAZ, Elías, *op. cit.*, ps. 104-106.

²⁴⁵ Cabe precisar, que aunque no se trata de un concepto jurídico parece ser el que mejor parece transmitir la idea que se quiere expresar.

²⁴⁶ BVerfGE 44, 353 (375).

²⁴⁷ BVerfGE 115, 25 (43).

²⁴⁸ BSGE 84, 253 (256 f).

²⁴⁹ BVerfGE 103, 197 (221).

²⁵⁰ BVerfGE 35, 202 (235 f).

que se atienda a esas necesidades personales conforme a la dignidad de la persona²⁵¹.

Cabe resaltar que en el escenario comentado, el ciudadano ya no sólo se constituye como sujeto pasivo de la prestación sino que se transforma en una suerte de “cliente”, el cual demanda que sus concretas necesidades y circunstancias sean tomadas en cuenta al momento de configurar y ejecutar materialmente la prestación. De modo que “en no demasiado tiempo se ha pasado de un ciudadano-administrado a un ciudadano-cliente, y de aquí a otro ciudadano democrático”²⁵², a un ciudadano que participa activamente en todo aquello que lo afecte.

Sin embargo, cabe precisar que no nos referimos a un “cliente” en la concepción de un Estado de Bienestar del que se espera todo, pues no debemos olvidar que la obligación estatal de satisfacer las necesidades de la sociedad entra en juego cuando el hombre no puede hacerlo por sí mismo, es decir, que se trata de una actuación subsidiaria a la actuación del propio individuo e incluso como dice Zacher, de la familia²⁵³ y sólo cuando ésta o la ayuda colectiva falten, el Estado tendrá título para intervenir. Y ello, no sólo porque los recursos son limitados y debe existir una selección de las prioridades o mínimos que el Estado debe brindar al ciudadano, en la medida de sus posibilidades, sino porque por encima de las decisiones estatales está lo que el ciudadano quiere para sí mismo.

²⁵¹ BVerfGE 40, 121 (133).

²⁵² ARENILLA SÁEZ, Manuel, “Marco Teórico actual de la Administración Pública” en ARENILLA SÁEZ, Manuel (Dir.), *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, La Coruña, 2011, p. 17.

²⁵³ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 684.

Y es a ello a lo que nos referimos cuando hablamos de “cliente”, en tanto que, cuando el legislador ha decidido desarrollar la cláusula social y ejecutar determinada prestación, el Estado y en concreto la Administración Pública debe hacerlo con respeto de la individualidad de cada beneficiario, es decir, teniendo como objetivo la satisfacción de su “cliente”, de las concretas necesidades del beneficiario de la prestación. Sin embargo, conviene precisar que no se trata tanto de satisfacer sus gustos o caprichos, como puede suceder en el caso de un cliente de un establecimiento comercial, sino que se trata de dar prioridad y proteger preferencias ideológicas, religiosas, u otras; las cuales, vienen además en muchos casos protegidas por derechos fundamentales.

Finalmente, cabe señalar que ello no es más que un reflejo de las circunstancias en las que el ciudadano de hoy vive, pues “cada ciudadano quiere lograr el mayor grado de libertad posible, para él y para el pueblo que pertenece, pero, al mismo tiempo, quiere reducir al mínimo los riesgos que siempre han acompañado a la libertad, riesgos incrementados por la mayor debilidad del hombre, cuya subsistencia depende menos de él y más del buen funcionamiento de los servicios existenciales básicos”²⁵⁴. Lo cual, supone una gran responsabilidad estatal que recae hoy en día, en concreto, en la Administración Pública Prestadora de carácter social.

²⁵⁴ SAÍNZ MORENO, Fernando, “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual” en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, p. 104.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL

I. LOS LÍMITES CLÁSICOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS INSUFICIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PRESTADORA DE CARÁCTER SOCIAL

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 La ausencia de una normativa adecuada

Como primera conclusión de cuanto llevamos visto, podemos señalar que la Administración Pública ha cambiado y sus fines también. Nos encontramos frente a una Administración que ha pasado de tener a la seguridad y el orden público como centro de su actividad a ser la encargada de realizar materialmente la cláusula social; y aunque a lo largo del último tercio del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI se han introducido importantes cambios en la forma de entender la naturaleza y

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

actuación de la Administración Pública, consideramos que ello no resulta aún suficiente.

En particular, lo relevante en el caso de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales es que nos encontramos frente a una realidad que cambia rápidamente y que no ha sido seguida siempre por cambios normativos fundamentales, o que los mismos no se han entendido a cabalidad o incluso se ha producido un retardo en comprender su alcance y especialmente de la relación jurídica que se entabla entre Administración Pública Prestadora y el destinatario de la prestación. Todo lo cual, ha dificultado que la Administración cumpla con eficacia la alta misión que se le ha encargado desde la Constitución, esto es, la realización de la cláusula social en pleno respeto de los derechos fundamentales que ésta proclama.

Por otra parte, la falta de un ordenamiento jurídico adecuado o de directrices generales de actuación que ayuden a la Administración Pública a cumplir con su función de realizar la cláusula social, la han llevado muchas veces a improvisar Reglamentos o directivas internas con las que busca dar solución sobre la marcha a los problemas que se le plantean, muchos de ellos relativos a los derechos fundamentales. En ese sentido, como señala Zacher, debido a que la cláusula social, el fin del Estado social pero sobre todo su realización, es tan amplia e incierta, una de las tendencias en los actuales ordenamientos jurídicos es la preferencia por la toma de decisiones inmediatas (*Entscheidungnah*) sobre los intereses actuales y un

cierto abandono por las decisiones futuras (*Entscheidungen*), sobre los intereses actuales¹.

Es decir, que se prefiere ver el problema y lo que necesitan los destinatarios de la prestación, en cada caso, sin pensar en una decisión más elaborada y a futuro. Lo cual, consideramos, es consecuencia de la inadecuación del ordenamiento jurídico administrativo actual para enfrentar los problemas que en materia de derechos fundamentales se le pueden presentar a la Administración Pública Prestadora, que se ve muchas veces con las manos atadas para atender a ciudadanos que solicitan distintas prestaciones, con un del elemento marcadamente personal.

1.2 Administración Pública y Derecho Administrativo: la clásica formulación del Derecho Administrativo como un problema no resuelto

Como segunda cuestión, podemos afirmar que si bien la Administración Pública se encuentra sometida a la Constitución, el Derecho Administrativo se ha guiado clásicamente por la imagen del Estado Liberal de Derecho y sus postulados² y es allí donde encontramos el principal problema. Por tanto, es importante que la idea de Administración Pública que manejemos “no esté dominada solamente por la de una Administración jerárquica de mera ejecución en sentido

¹ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”, *op. cit.*, p. 736.

² Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, *op. cit.*, p. 3.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

estricto”³, una imagen que dista mucho de la idea de Administración Pública Prestadora connatural de un Estado Social. Y aunque han existido adaptaciones, a veces lentas y parciales, al Estado Social en general, éstas aún son insuficientes respecto de las prestaciones objeto de nuestro estudio.

El paso del Estado liberal al Estado Social de Derecho ha significado una nueva configuración de la actividad administrativa; no obstante, ya Forsthoff apuntaba que “en ninguna parte de la literatura sobre Derecho Administrativo se encuentra una referencia a la importancia y tarea que a la Administración le corresponde dentro de los modernos Estados, o, en todo caso, no se ha dedicado a esa tarea, y, con ello, al modo fáctico del actuar administrativo, una consideración dogmática”⁴.

Es decir, que la configuración de la Administración Pública y de su actuación es “una construcción que no se ha revisado al compás de las transformaciones reales, sobrecargando las categorías y las técnicas concebidas y formuladas para soportar otros conceptos”⁵, pretendiendo aplicar una normativa a un tipo de Administración Pública que ya no existe en puridad, y ello pese a los cambios que en las últimas décadas han sido introducidos. Asimismo, cuando se aborda el tema del intervencionismo estatal o de la función social de la Administración sólo se encuentran referencias, en la mayoría de los casos, a la intervención del Estado en la economía más no sobre el papel que éste cumple -que va mucho más allá

³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, op. cit., p. 214.

⁴ FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, op. cit., p. 43.

⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, op. cit., p. 95.

de la ordenación económica- en el marco del Estado Social. Y sobre todo, respecto de la especial relación que la Administración Pública entabla con los administrados y de los inminentes riesgos de afectación de derechos fundamentales que esta interacción conlleva en el marco de la actuación administrativa prestadora de carácter social de servicios y, sobre todo, personales y/o materiales.

La causa de esta situación, creemos, se encuentra en que las actividades de prestación en general son consideradas como actuación material de la Administración Pública⁶ debido a que, como se ha visto, no entran en el concepto de acto administrativo⁷, al que sí se le aplican todos los principios y normas del Derecho Administrativo y que evidentemente ha sido objeto de un amplio estudio. Ello, ha supuesto una falta de atención por parte de la doctrina administrativista a este tipo de actuación obviando así todos los problemas e interrogantes que genera, por lo cual se hace necesaria una construcción dogmática al respecto.

En vista de ello, en el marco de la actuación administrativa prestadora de carácter social aún podemos encontrar un problema no

⁶ Cfr. GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, 1986, Madrid, p. 34, Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración...*, *op. cit.*, p. 110 y Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, ps. 455-456.

⁷ El acto administrativo, en forma general, “es todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo” y en concreto, “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”. Por tanto, se distinguirán de él la actuación no jurídica o material de la Administración, los actos de los administrados y los actos realizados por la Administración que no se sometan al Derecho Administrativo. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, ps. 455-456.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

resuelto referido a las presentes y futuras necesidades del ciudadano, especialmente aquellas que tienen una alta intensidad personal⁸ y en ese sentido, podemos concluir como lo hacía ya Villar Palasí en 1968, que la “gran paradoja del Derecho Administrativo radica en el dato que sus líneas generales están ya construidas hacia finales del siglo pasado y este mismo sistema construido formalmente será el que (...) sea hoy utilizado. Pero la sociedad sobre la que actúa es ya radicalmente distinta (...)”⁹.

2. LA CLÁUSULA DEL ESTADO DE DERECHO

2.1 Estado de Derecho y Estado Social

Antes de avanzar con nuestro análisis resulta necesario estudiar la relación que existe entre la cláusula social y la cláusula del Estado de Derecho y aunque es ampliamente conocida, resulta pues especialmente relevante para el caso que estudiamos ya que ambas cláusulas deben en primer lugar interpretarse conjuntamente; y en segundo lugar, porque la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales se realiza en el marco del Estado Social pero sometida a las exigencias que se desprenden de la cláusula del Estado de Derecho.

⁸ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”, *op. cit.*, p. 146.

⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, p. 12.

En primer término, debemos afirmar que la relación que surge entre el Estado de Derecho y el Estado Social¹⁰ “permite apuntalar la exigencia de que ese *Leviathan* de nuevo rostro que es en nuestros días el «Estado social» estructurado en torno a un Ejecutivo fuerte y autorizado para las más diversas intromisiones en la vida de la sociedad- un Estado, en suma, respecto del cual se tendría la tentación de creer que existe la necesidad de eximirle de determinadas formalidades-, no deje, sin embargo, de actuar dentro del más pleno sometimiento a Derecho (...)”¹¹. Es decir, que aunque la cláusula social supone *per se* la existencia de títulos de intervención que recaen en la Administración Pública a fin de que ejecute prestaciones de distinta clase, especialmente cuando hablamos de prestaciones personales de servicios y/o materiales, éstas deben ejecutarse con el más pleno respeto y sometimiento a las exigencias que se desprenden desde la cláusula del Estado de Derecho.

El Estado Social de Derecho no puede suponer el absoluto abandono de los principios del Estado Liberal de Derecho pues, a pesar de todas sus variantes, siguen siendo esenciales sus principios básicos: imperio de la ley, separación y distribución de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos y libertades fundamentales¹². En ese sentido, de forma general podemos señalar que la mayor crítica que se

¹⁰ Al respecto debemos descartar la oposición entre Estado de Derecho y Estado Social pues “sólo entendiendo el principio de Estado de Derecho tal como cristalizó en un determinado momento histórico (es decir, como se elaboró a partir de la ideología liberal burguesa), cabe hablar realmente de antinomia o antagonismo del mismo con el del Estado social (...)”, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, *op. cit.*, p. 76.

¹¹ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, ps. 159-160.

¹² Cfr. DÍAZ, Elías, *op. cit.*, ps. 103-104.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

le hace al Estado Social es que limita la libertad¹³, pues el Ejecutivo y en particular la Administración Pública interviene en la vida del ciudadano limitándola, lo que para el caso de la actuación prestadora de servicios personales y/o materiales se hace más palpable pues, como ya vimos, se trata de relaciones jurídicas de alta intensidad personal donde la Administración Pública actúa en esferas íntimas del ciudadano estrechamente relacionadas con sus derechos fundamentales y en especial con su libertad e intimidad. Por tanto, la efectiva vigencia de las garantías que se desprenden de la cláusula del Estado de Derecho resulta especialmente relevante para el caso de las prestaciones personales.

Asimismo, la conjunción de ambas cláusulas supone la efectiva vigencia de los valores de libertad e igualdad que cada uno de ellos, analizados por separado, procuran realizar. Aunque la cláusula del Estado Social de Derecho supone la existencia de un Ejecutivo fuerte, también busca, más que en ninguna de sus otras formas, que la vigencia de todos los derechos del hombre sea efectiva; y sobre todo, la extensión de la protección de las libertades y derechos fundamentales a aquellos que antes no habían podido gozarlos, pues no es suficiente con que se recojan en la Constitución unos derechos cuando los condicionamientos económicos, sociales y/o culturales impiden su ejercicio real y efectivo. Es decir, que en el marco del actual Estado Social de Derecho no debemos perder de vista el papel fundamental que la Administración Pública realiza como garante de los derechos fundamentales y ya no sólo como el potencial vulnerador de los mismos.

¹³ Cfr. SOTELO, Ignacio, *op. cit.*, p. 205.

Finalmente, cabe resaltar que la idea de Estado de Derecho y justicia social, que es lo que en definitiva se busca con la introducción de la calificación del Estado como social, “(...) se determinan y limitan en el plano constitucional recíproca y equivalentemente”¹⁴. Y ello se debe a que la configuración del actual Estado y sobre todo de su actuación debe inspirarse en el contenido que ambos calificativos tiene para que la fórmula del Estado Social y de Derecho cobre sentido¹⁵. Por tanto, cuando la Administración Pública busque alcanzar la justicia social debe hacerlo en los términos que se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, pues se trata de un Estado que cuando tuvo que cambiar para afrontar la “marea social” tuvo que “arrojar por la borda su neutralidad (...) sin renunciar al primado del Derecho”¹⁶. Esto es, que la consecución de la justicia social de ninguna manera puede significar una total libertad de actuación para la Administración Pública Prestadora de carácter social, que siempre estará sometida a los elementos o manifestaciones propios de todo Estado de Derecho, eso sí, con las necesarias modulaciones.

¹⁴ CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵ Este planteamiento en sus orígenes recibió muchas críticas. Así, p.e., para Forsthoff “el Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles en el plano constitucional y la Ley Fundamental debe ser entendida primariamente como una Constitución liberal”, fundamentando su postura, entre otras razones, en que la conexión entre los términos “Social” y “Estado” encierran un problema de gran importancia pues, el Estado es siempre una organización de poder, lo cual, es compatible con los elementos “de derecho” y “democrático”. Mientras que, si a ese Estado se le atribuyen funciones sociales, se le vincula un componente cuya armonía con la característica del Estado como poder, no es evidente. Precizando, asimismo, que el ámbito propio del Estado Social es el de la ley y el de la Administración Pública. Cfr. ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *op. cit.*, p.46.

¹⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. cit.*, p. 80.

2.2 Significado de la cláusula del Estado de Derecho

Como es sabido, históricamente podemos encontrar el origen del Estado de Derecho a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, en un intento por limitar el poder monárquico¹⁷. Es un concepto que nace en contra del Estado absolutista y especialmente en contra de un Estado de policía que buscaba el desarrollo del país y la felicidad de los ciudadanos a costa de incómodas intervenciones administrativas en la vida privada¹⁸. Es decir, nace como un concepto que se opone al intervencionismo estatal en ámbitos de la vida del ciudadano. Por tanto, la cláusula del Estado de Derecho y sus manifestaciones¹⁹ se tornan definitivas, en principio, como

¹⁷ Fue incorporado tardíamente en las Constituciones y jurídicamente se trata de una construcción elaborada y desarrollada doctrinalmente por tratadistas alemanes Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 53; LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. cit.*, p. 14, entre otros. Sin embargo, lo que hace la doctrina jurídico pública alemana “es recoger el espíritu de la revolución francesa de 1789” CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 24. pero con ciertos matices. Debido a la implantación del principio monárquico en Alemania lo que se ataca evidentemente no es la estructura monárquica, sino que se intenta conformar una mediación entre monarquía y soberanía popular “vinculado al intento de situar al Estado y a su actuación en un orden legal, en formas definidas y procedimientos previsibles” GARCÍA COTARELO, Ramón, “Los fundamentos socio-políticos de la jurisdicción constitucional” en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 3 y 4, 1988, p. 902. y donde, por medio de los conceptos de ley y de reglamento se busca la “constitucionalización del Estado” *Ibidem*, p. 27. Señala Sotelo que se trata de una primera acepción, aun débil, del Estado de Derecho donde lo importante es que los órganos estén sometidos al Derecho sin importar quién gobierna, sino cómo se gobierna. Es decir, respetando el principio de legalidad que obliga a actuar conforme a la ley Cfr. SOTELO, Ignacio, *op. cit.*, p. 115. pero donde la ley lo que quiere es proteger al Estado, a quien sólo vincula de forma negativa y donde también se busca que el reglamento no pierda autonomía Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁹ Entre los presupuestos o ideas matrices que dieron origen al concepto de Estado de Derecho tenemos, la convicción sobre la identidad sustancial y última de

mecanismos para limitar el poder y sobre todo las injerencias del mismo en ámbitos de la persona protegidos por sus derechos fundamentales y así, para controlar la actuación del Ejecutivo y en concreto de la Administración Pública.

En nuestros días, hablar del Estado de Derecho es hablar de un Estado cuya función es establecer y mantener el Derecho, y cuyos límites de actuación están definidos por éste²⁰. Hablar del término “de Derecho” es hablar del concepto eje, de la idea matriz, que pone de manifiesto “la relación de subordinación en que se encuentra el primero de ambos términos respecto del segundo”²¹ y por oposición al Estado absoluto al que históricamente sucede. Es decir, supone el sometimiento del poder al Derecho.

En este orden de ideas, en el preámbulo de la Constitución española se proclama la voluntad de “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”, conforme a su art. 1.1, lo cual supone la constatación de que los poderes en España están sometidos a determinadas pautas jurídicas, es decir, que están

todos los seres humanos, lo que en consecuencia implica proclamar y garantizar la dignidad y la libertad del hombre; en segundo lugar, una confianza en la razón humana y en las posibilidades de limitar racionalmente el poder por medio de la creación de esa razón, que es el Derecho; en tercer lugar, la división del poder; y por último, la consideración de la norma parlamentaria como expresión de la voluntad popular. Cfr. GARRORENA, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 119.

²⁰ Señala Lucas Verdú que hablar del Estado de Derecho es hablar del “Estado racional que ha surgido, tras lenta evolución, rebasando las cuatro especies anteriores: Estado patriarcal, patrimonial, teocrático y despótico”. LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. cit.*, p. 21

²¹ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 117.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

sometidos a las normas, con la Constitución a la cabeza²²; en suma, que la Administración Pública siempre se encuentra también sometida a Derecho. Sin embargo, como señala García Pelayo se trata de un Derecho bien entendido. “Derecho” no se identifica con cualquier ley, sino con una normatividad acorde con la legitimidad, con la justicia, con los fines y con los valores a los que debe servir el Derecho. Significa una limitación del poder del Estado por el Derecho. “Con una legalidad destinada a garantizar ciertos valores jurídico-políticos, ciertos derechos imaginados como naturales que garanticen el libre despliegue de la existencia burguesa”²³.

Este entendimiento tiene grandes consecuencias para la actuación administrativa prestadora y su relación con el destinatario de la prestación pues no debemos olvidar, en primer lugar, que el Estado de Derecho va de la mano con el Estado Democrático y el Estado Social y que por tanto se trata de una cláusula que se debe leer en conjunto, armonizando los contenidos que cada uno de sus elementos contiene; y asimismo, que los sujetos que forman parte de la relación jurídico administrativa de carácter prestacional, en ningún momento pierden su esencia de Administración Pública y ciudadano, de poder del Estado y persona. Reflexión ésta que nos lleva a pensar en conceptos tan fundamentales como legalidad de un lado y dignidad por el otro.

Finalmente, debido a que mucho se ha estudiado y escrito respecto del Estado de Derecho debemos precisar que lo que nos interesa al

²² Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1”, *op. cit.*, p. 31.

²³ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 53.

respecto son sus elementos esenciales pues de ellos se desprenden las guías o directrices que dirigirán de forma directa la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales. Entre los postulados básicos que se desprenden de esta cláusula tenemos en primer lugar, la seguridad jurídica y la justicia, en tanto “la seguridad jurídica tiene como fin que en la medida de lo posible el ciudadano pueda presuponer y calcular con tiempo la influencia del Derecho en su comportamiento individual”²⁴ y también la idea de justicia que se relaciona con la de igualdad de trato²⁵; asimismo, el principio básico de la Constitución como norma suprema, el cual implica otorgarle el máximo rango dentro de la jerarquía normativa; la vinculación jurídica de los poderes públicos a la ley y al Derecho (art. 9.1 de la Constitución); la vinculación de los poderes públicos por la primacía y reserva de ley; la división de poderes, esto es que cada poder tiene unas funciones específicas distintas de las de los demás poderes y que únicamente el control y la limitación recíprocas de los órganos estatales produce ponderación del poder y protege la libertad individual; la protección de los derechos fundamentales como vertiente material del Estado de Derecho; y la protección a la confianza jurídica.

Asimismo, la idea de Estado de Derecho parte del principio de la libertad como un *prins*, de forma que la libertad del individuo se configura como ilimitada, en principio; mientras que, el derecho del Estado a intervenirla como limitado, en principio²⁶, lo cual tiene grandes

²⁴ Cfr. BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho”, *op. cit.*, ps. 493-494.

²⁵ *Ibidem*, p. 507.

²⁶ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1951, p. 144.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

consecuencias como más adelante veremos. Elementos o manifestaciones fundamentales del Estado de Derecho que en todo momento deberán ser respetados por los poderes públicos en general y que para el caso que nos ocupa se tornan en directrices de la actuación administrativa prestadora de carácter social de servicios personales y/o materiales.

3. REGULACIÓN CLÁSICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Con base en los argumentos expuestos, en este apartado realizaremos un breve estudio de los principios que clásicamente rigen la actuación administrativa y de su posible aplicación a las prestaciones personales de servicios y/o materiales que ejecuta la Administración Pública Prestadora. Ello, con la finalidad de verificar si su aplicación es suficiente para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales del beneficiario de la prestación, especialmente de libertad, en la relación jurídico prestacional entre Administración Pública y usuario.

3.1 El principio de legalidad

3.1.1 Un debate no cerrado: Administración Pública y principio de legalidad

Una de las primeras exigencias que se desprenden de la cláusula del Estado de Derecho es sin duda el principio de legalidad, el cual, es quizá

una de sus más relevantes manifestaciones. Es un principio que ha sido recogido en el art. 9.3 CE²⁷ y supone la limitación jurídica del poder mediante su vinculación a la ley.

Al respecto, podemos afirmar que para la mayoría de la doctrina²⁸ el principio de legalidad significa precedencia de la ley en la creación del Derecho, esto es, que el principio de legalidad recogido en los arts. 9.3, 97 y 103.1 de la Constitución española, en su sentido más genérico, consiste respecto de la Administración Pública en su plena sujeción de ésta a la ley.

No obstante, no se trata de una afirmación totalmente pacífica, sino que justamente la redacción que este principio tiene en las distintas Constituciones ha dado pie a diversas interpretaciones sobre lo que significa que los poderes se encuentran sometidos o vinculados a la ley. En ese sentido, el art. 103.1 de la Constitución española y el art. 20.3 de la Constitución alemana, en los que se recoge el principio de legalidad, tienen una redacción similar. En la primera, se dispone que “la Administración Pública actúa con sometimiento pleno a la ley”; y en la segunda, que el poder ejecutivo se encuentra “...an Gesetz und Recht gebunden”. Siendo el término “al Derecho” el que ha dado mucho juego para decir que la

²⁷ El principio de legalidad se ha recogido expresamente en la Constitución española: en el citado art. 9.3 que establece que “la Constitución garantiza el principio de legalidad”; en el art. 97, el cual, señala que “el gobierno (...) ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”; y el art.103. 1, “la Administración Pública (...) actúa (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

²⁸ GARRORENA MORALES, Ángel, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980, ps. 71 y ss; RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad” en *REDC*, 39, 1993, ps. 21-30; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Principio de legalidad” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coordir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, ps.311-314.

actuación administrativa está vinculada al entero ordenamiento jurídico y no sólo a la ley en sentido estricto. Con lo cual, su actuación puede verse validada por su conformidad con el mismo y no sólo a la ley. Por tanto, a fin de analizar la cuestión que nos planteamos conviene distinguir dos cuestiones, en primer lugar, respecto de cómo entendemos la legalidad, qué significado tiene; y en segundo lugar, el alcance que tiene la vinculación positiva de la Administración Pública a la ley.

3.1.1.1 Legalidad como juridicidad

Para un sector de la doctrina el principio de legalidad puede ser entendido de una forma más amplia, como principio de juridicidad²⁹. Las primeras formulaciones de este principio las podemos encontrar en el conocido libro *Teoría General del Derecho Administrativo* de Adolfo Merkel³⁰ para quien “en polémica con la idea, procedente del absolutismo y vigente todavía en la doctrina germánica de la Monarquía constitucional, de que la relación entre Administración y Derecho administrativo es una relación histórica, contingente, no necesaria, o, lo que es lo mismo, frente a la idea de que es conceptualmente posible una Administración que existe y actúa

²⁹ Cfr. DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, ps. 157-161. Asimismo, Cfr. LEGUINA VILLA, Jesús, “Control judicial de la Administración Pública” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *op. cit.*, p. 1724.

³⁰ MERKEL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2004.

al margen del Derecho”³¹. Teniendo unos planteamientos que desde nuestro punto de vista son un tanto polémicos.

Merkel señala que la conexión entre Derecho y Administración puede ser denominada como principio de juridicidad; el cual, es “un postulado jurídico-político, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el derecho o que descansa en él”³². “Es, en realidad, una ley jurídico-teórica sin excepciones e inviolable”, que “no prejuzga, en forma alguna, la clase y medida de la vinculación jurídica de la Administración”³³ y puede realizarse, en el caso extremo, mediante “una única norma de competencia, por ejemplo, la autorización para administrar de acuerdo con el interés general”³⁴, que sirve de fundamento a todas las actuaciones administrativas. Por eso, “el principio de juridicidad no permite establecer una diferencia de rango entre las funciones estatales, sino que las coloca en el mismo plano”³⁵.

Por otro lado, define al principio de legalidad como un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. Al respecto, señala “que la ley no es más que una entre las fuentes jurídicas, la legalidad, por lo tanto, una juridicidad calificada”³⁶, siendo su significado efectivo el que “se exija una autorización legal de la ley para determinadas actividades administrativas”³⁷

³¹ RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad”..., *op. cit.*, p. 109.

³² MERKEL, Adolfo, *op. cit.*, p. 206.

³³ *Ibidem*, p. 207.

³⁴ *Ibidem*, p. 208.

³⁵ *Ibidem*, p. 209.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 210.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

que son para la doctrina mayoritaria aquellas que afectan la propiedad y la libertad³⁸. Y que, es más, “puede considerarse como concepción idéntica de este principio, si nos atenemos al resultado, la que entiende que hay sometimiento de la administración a la ley, cuando aquella se mueve, efectivamente, en los dominios de la *reserva legal*”³⁹. Postura que desde nuestro punto de vista es un tanto extrema y que ha sido ampliamente estudiada y criticada⁴⁰.

No obstante ello, el actual entendimiento que se tiene en España del principio de juridicidad es, en buena parte tributario de las formulaciones realizadas por Ignacio de Otto para quien la legalidad también puede ser entendida como juridicidad. Este autor señala que “la palabra legalidad no designa aquí a la ley, sino a todas las normas, incluidos los reglamentos, a lo que se denomina “bloque de la legalidad”” que “no ofrece información alguna acerca de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico, porque el principio de juridicidad exige vinculación positiva a las normas jurídicas sin hacer distinción alguna en el rango de éstas”⁴¹. Lo cual, aplicado al caso que comentamos, conforme al art. 9.3 de la Constitución, la Administración Pública se encontraría sometida no sólo a la ley sino a la Constitución, y al Derecho en general, al entero ordenamiento jurídico, incluidos los principios básicos como son la dignidad humana, el desarrollo de la personalidad y a los derechos fundamentales.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁰ Ver por todos RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad”..., *op. cit.*, p. 109.

⁴¹ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional...*, *op. cit.* ps. 157-161.

En ese orden de ideas, se podría entender que, aun cuando la Administración actúa sin ley escrita, como suele ser el caso de la actuación administrativa prestadora de carácter social, se encuentra sometida al principio de legalidad siempre que respete lo mandado por la Constitución. Por ello, la actuación de la Administración Pública Prestadora de carácter social tendría que encontrar justificación en el interés general -que constituye la vinculación mínima y necesaria- pues es éste el que justifica la propia existencia de la Administración Pública (art. 103.1. CE) y siempre que no exista en el ordenamiento una norma que le prohíba realizar esa actividad⁴² o se afecte negativamente a los derechos fundamentales y a los principios básicos fundamentales como son la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Todo lo cual exige para el caso que comentamos que la prestación se ejecute conforme a las concretas circunstancias de su destinatario, como ya vimos anteriormente. En ese sentido, podríamos decir que la Administración Pública Prestadora se encuentra sometida al principio general de legalidad recogido en la Constitución aunque en sentido estricto no lo esté al principio de legalidad administrativo, ya que éste último no se le aplica por no realizar actuación administrativa, que no es más que una concreción del primero.

3.1.1.2 Vinculación positiva

Frente a la postura anterior, hay quienes defienden que la ley es fundamento de toda la actuación de la Administración, reclamando una

⁴² BELADIEZ ROJO, Margarita, "La vinculación de la Administración al derecho" en *Revista de Administración Pública*, N° 153, 2000, ps. 326-328.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

vinculación positiva a la ley de toda actuación administrativa y señalan que por tanto, la Administración Pública sólo podrá actuar en cuanto exista una ley habilitante, como lo entiende García de Enterría para quien “no hay en el Derecho español ningún «espacio franco o libre de ley» en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre”⁴³.

Desde este punto de vista, lo que el principio de legalidad exige es que la actuación de los poderes, en concreto de la Administración Pública, no sea libre. “Combate la atribución a la Administración de un poder para actuar sin vinculación a normas”⁴⁴. Se trata pues de un principio que clásicamente dirige la actuación administrativa y que lo encontramos en la propia definición de acto administrativo, conforme a la cual, son actos jurídicos emitidos por la Administración, en ejercicio de una potestad otorgada por ley que busca satisfacer intereses públicos y que se rige por el Derecho Administrativo⁴⁵. Esto es, para que exista acto administrativo necesariamente debe existir una ley previa que otorgue una potestad, lo cual supone la garantía de que la Administración Pública y sus exorbitantes potestades estén, en principio, siempre sujetas a la ley conforme a los postulados del Estado de Derecho.

La actuación administrativa en general, como exigencia del Estado de Derecho, debe someterse al principio de legalidad en sentido positivo, es

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 464.

⁴⁴ MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Parte general, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1950, p. 157.

⁴⁵ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 331.

decir, que la Administración Pública sólo puede hacer aquello que la ley permite, o mejor dicho que sólo puede actuar siempre que exista una previa habilitación legal⁴⁶. Esto es, que la ley se constituye como límite y mandato de la Administración⁴⁷. Como límite a la actuación de los poderes para así evitar la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano; pero también como mandato, pues supone el cumplimiento cabal de la ley y sólo conforme a la cual actuará la Administración Pública. De forma que, en conclusión, se podría decir que la Administración “está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación”⁴⁸.

Ello, encuentra su origen en la configuración propia del Estado Liberal de Derecho, el cual tenía a la libertad del hombre como pilar básico y fundamental; y por tanto, lo propio era que para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía un poder originario, todo lo que no estuviera permitido les estuviera prohibido (vinculación positiva a la ley); mientras que para los ciudadanos, cuya autonomía era reconocida, todo lo que no estuviera prohibido les estaba permitido (vinculación negativa a la ley)⁴⁹.

El fundamento de la vinculación de la Administración Pública a la ley lo encontramos en que el principio de legalidad supone la vinculación de los poderes a la ley, pero a una ley que ha sido creada por el órgano

⁴⁶ Debe tenerse en cuenta que cuando hablamos de sometimiento de la Administración Pública a la ley, en el Estado Constitucional de Derecho ello implica también, sometimiento de la Administración a la Constitución.

⁴⁷ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 458.

⁴⁹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 28.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

legislativo, representante del pueblo. La idea de ley y la posición que ocupa en el ordenamiento jurídico viene desde la Revolución Francesa y de la teoría democrática que formaba parte del fundamento ideológico de la Revolución, lo cual tiene como consecuencia su posición superior como manifestación de la voluntad general.

En este orden de ideas, primacía de la ley significa que la voluntad popular expresada en forma de ley tiene preferencia respecto de cualquier otra forma. Sabemos que la vinculación del Ejecutivo a la ley impide la arbitrariedad de las decisiones administrativas, pero la creación de la ley recae en el legislativo, es decir, que es él quien determina el mencionado marco de actuación de la Administración Pública y a quien “en principio” podrían atribuirse las deficiencias de la misma, aunque como ya adelantamos, hay casos en que la realidad que se resiste a ser regulada.

En este entendimiento, el principio de legalidad cumple dos funciones respecto del poder⁵⁰, de un lado, cumple una función de legitimidad pues su actuación quedará aprobada por un Derecho democráticamente consentido; y de otro lado, constituye una limitación formal o jurídica en cuanto que su actividad halla en dicho Derecho la frontera del obrar legítimo. Por tanto, podríamos decir que su fundamento lo encontramos en la primacía del ciudadano y en la separación de poderes⁵¹. Y de esta manera, la ley se constituye como “garante de una

⁵⁰ Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 131.

⁵¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, ps. 456-457.

conformación social ahormada por los principios propios de un Estado de Derecho y, por otro, medio o instrumento de legitimación democrática”⁵².

El Tribunal Constitucional español ha señalado sobre el principio de legalidad que “el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la ley y al Derecho, que la Constitución eleva al núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1), equivale a una prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico, conectándose de este modo la garantía de sumisión a la norma con la interdicción de la arbitrariedad en el obrar de los poderes públicos (art. 9) y la primacía de la ley, como postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1). Corolario inevitable de este marco normativo en que la Constitución encaja la actuación administrativa es, a su vez, la sujeción de los actos de ésta al control de los Tribunales de Justicia (art. 106.1)”⁵³.

3.1.1.3 Una regulación legal mínima

No obstante lo anterior, hay autores como Santamaría Pastor, que defienden que las llamadas actuaciones administrativas prestadoras, “en la medida en que no incidan sobre las situaciones jurídicas de los sujetos que integran su esfera de libertad, no tienen por qué estar cubiertas por un previo apoderamiento o habilitación por la ley”⁵⁴. Pero como bien señala

⁵² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría...*, *op. cit.*, p. 194.

⁵³ STC 34/1995, de 6 de febrero FJ 3 (RTC 1995, 34)

⁵⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, ps. 201-204. No obstante, es lo que se busca poner en evidencia en el Capítulo II, pues es justamente cuando la

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

Rubio Llorente, no basta en estos casos la existencia sólo de una ley habilitante sino que justamente en estos supuestos, en los que se puedan afectar esferas jurídicas de los ciudadanos, la ley debe establecer las determinaciones esenciales no siendo suficiente tampoco con una simple habilitación genérica al Reglamento⁵⁵.

Asimismo, sostiene el profesor Rubio Llorente que “el principio de legalidad exige que sea la Ley, no el reglamento, la fuente de las normas que imponen a los ciudadanos cualquier género de obligaciones y cargas, la que crea los derechos de prestación que no se incluyen entre los fundamentales y, de manera más laxa e inconcreta, que trace las grandes líneas de la actividad subvencional y, más en general, de la actividad de fomento”⁵⁶. Es decir, que en especial la actuación prestadora no puede sujetarse a exigencias de legalidad estrictas pero que al menos requiere una mínima regulación legal que garantice el respeto de los derechos fundamentales.

En ese sentido, somos de la idea que para el caso que comentamos, esta exigencia se puede cumplir mediante la regulación de los mecanismos de organización y procedimiento, sobre los cuales profundizaremos en el Capítulo III.

Administración tiene mayores riesgos de afectar las esferas de autodeterminación de las personas, que se exige cierta “libertad” en la actuación administrativa.

⁵⁵ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad”...*op. cit.*, ps. 25-26

⁵⁶ *Ibidem*, p. 32.

3.1.2 La imposibilidad de regulación exhaustiva de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales

Analizado a grandes rasgos el debate respecto del significado del principio de legalidad para la Administración Pública, debemos señalar que éste es sólo en parte trasladable para el caso que estudiamos, y ello por las razones que a continuación intentaremos exponer.

Como señalábamos anteriormente, la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales se caracteriza por ser una actuación que se resiste a ser cabalmente regulada por una norma, debido a la presencia de un elemento marcadamente personal que reclama una atención individualizada por parte de la Administración Pública, es decir, que en estos casos los caracteres de generalidad y abstracción propios de la norma se tornan incompatibles con la consecución del fin.

En estos supuestos, el Derecho se limita a regular el derecho de acceso a la prestación que puede reconocerse por acto administrativo y también el marco institucional en el que se desarrollarán las prestaciones⁵⁷. Asimismo, este tipo de prestaciones se caracterizan porque hay una escasa presencia del acto administrativo, el cual, en estos casos sólo fija los límites externos, el marco bajo el cual actuará la Administración Pública⁵⁸. Ello, define el marco legal dentro del cual actúa la Administración Pública

⁵⁷ Cfr. ZACHER, Hans, "Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts" en KLÜBER, Friedrich, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, ps. 11 y ss.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 99.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

Prestadora de carácter social y que deja, como resulta evidente, un amplio margen para que ésta desarrolle y ejecute la prestación.

En conclusión, podríamos señalar que para el caso que analizamos, la aplicación clásica del principio de legalidad encuentra un obstáculo en la propia naturaleza de la prestación y en el elemento marcadamente personal que lo caracteriza y que demandad ciertas exigencias.

3.1.2.1 Un nuevo escenario de aplicación

Señala García Pelayo que cuando se formuló el principio de legalidad se pensaba en una ley general, abstracta, válida para un número indefinido de casos y para un tiempo indeterminado. Y que tal idea se correspondía, primero, con una idea de las funciones del Estado y segundo, con una idea de racionalidad. Respecto a las funciones, se pensaba en un Estado que establecía las mínimas condiciones ambientales para lo económico y social, que se autorregulaba, y que actuaba con arreglo a su propia dialéctica⁵⁹. Respecto a la idea de racionalidad, se pensaba en la ley como expresión de la voluntad popular a través de sus representantes y partiendo del principio de que “de la discusión sale la luz”, se creía que como producto de la oposición honesta de voluntades y criterios surgiría la racionalidad de la ley⁶⁰. Asimismo, el respeto del principio de legalidad y la atribución de potestades a la Administración Pública estaban pensados para una actuación clásica de posible invasión en la esfera de derechos de los

⁵⁹ Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁰ Cfr. SCHMITT, Carl, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München, 1996, citado por *Ibidem*, p. 62.

ciudadanos⁶¹ y por ello se pensó que sometiendo o limitado su actividad ello se evitaría.

Esta concepción del principio de legalidad dista mucho del contexto en el que hoy actúa la Administración Pública Prestadora y por ello, resulta clave entender el alcance que tienen el principio de legalidad respecto de ésta, sobre todo cuando ejecuta prestaciones personales de servicios y/o materiales. Esto es, analizar hasta dónde alcanza la exigencia de respeto del principio de legalidad como garantía de los derechos fundamentales, lo cual dará paso a una serie de cuestionamientos de no fácil solución.

3.1.2.2 La actuación material de la Administración Pública Prestadora

El contexto en el que se desarrolla la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales tiene una dialéctica propia. Si bien la forma natural de actuar de la Administración Públicas es el acto administrativo, la actuación administrativa prestadora de carácter social resulta ser una excepción a esta regla, pues las actividades de prestación en general son consideradas, como hemos visto, como actuación material de la Administración Pública⁶².

El acto administrativo ha sido definido por la doctrina de distintas maneras, por ejemplo, Cosculluela Montaner lo define como “una decisión

⁶¹ Cfr. GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw – Hill, Madrid, 1996, p. 51.

⁶² Cfr. GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, 1986, Madrid, p. 34, Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración...*, *op. cit.*, p. 110 y Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, ps. 455-456.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

unilateral ejecutoria de la Administración, en la que se concreta el ejercicio de una potestad administrativa”⁶³ o García de Enterría como “...todo acto jurídico dictado por la Administración y sometido al Derecho Administrativo”, o como “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración Pública en ejecución de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”⁶⁴. Es decir, que el acto administrativo encuentra su sustento en una potestad administrativa, la cual encuentra a su vez su fundamento en la ley. Al respecto, señalaba García de Enterría que para que haya potestad es necesaria una norma y que por tanto se puede concluir con facilidad que si no hay norma específica que lo autorice y lo prevea, no hay acto administrativo. Y ello es así porque las potestades administrativas son una técnica con la que se expresa el principio de legalidad de la Administración⁶⁵. Por tanto, la actuación administrativa prestadora de carácter social al realizarse en mayor medida sin ese previo “apoderamiento” no puede ser considerada como acto administrativo, al menos como clásicamente se ha entendido y por tanto, podríamos concluir que no se encuentra sometida al Derecho Administrativo y en concreto, al principio de legalidad administrativo.

Lo que sucede en el caso de la actuación administrativa de servicios personales y/o materiales es que la ley sólo define el marco en el cual se

⁶³ COSCULLUELA MONTANER, Luis, Manual de Derecho Administrativo..., op. cit., p. 330.

⁶⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., p. 571.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 574.

realizará la actuación y es el funcionario público que entra en contacto directo con el destinatario de la prestación quien toma una serie de decisiones y medidas sobre la marcha, sin una ley previa con suficiente densidad normativa que lo habilite para ello. La norma en estos casos juega un escaso papel, y es más, a lo sumo podrá definir los límites externos dentro de los cuales se enmarcará la actuación del funcionario en concreto, pero será éste, con la activa participación del destinatario de la prestación, quien dará contenido a la prestación y por tanto, quien determinará su desarrollo, pues debemos recordar también que se trata de personal cualificado, de profesionales encargados de ejecutar materialmente la prestación.

La actuación prestacional de carácter social es una forma de actuar de la Administración Pública que se incluye dentro del concepto de actuación material⁶⁶, a cuyo estudio la doctrina administrativa no ha prestado especial atención porque no es considerada como actuación administrativa en sentido estricto y por tanto no se le aplica el Derecho Administrativo. Sin embargo, ello causa cierta preocupación al tratarse de una actuación que tiene como sujeto activo a la Administración Pública, que es poder que necesita ser limitado; y asimismo, por tratarse de actuaciones que inciden en la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales. En suma, porque se trata de un supuesto que con su sola descripción llama a una serie de

⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración...*, *op. cit.*, p. 110.

cuestionamientos cuando de la persona y de sus derechos fundamentales hablamos.

3.1.2.3 La denominada “Administración Pública sin ley” (*gesetzfrei Verwaltung*)

El escenario antes descrito y el papel que en estos casos cumple la ley ha llevado a que la doctrina, especialmente la alemana, defina a la Administración Pública Prestadora de carácter social como una “Administración sin ley” (*gesetzfrei Verwaltung*)⁶⁷.

A fin de dar una valoración correcta, en primer lugar, debemos tener en cuenta el tipo de actuación administrativa al que nos referimos y recordar que los postulados clásicos del Derecho Administrativo, incluido el principio de legalidad administrativa, están pensados para una Administración de Policía y no para una Administración Pública Prestadora que tiene unos rasgos característicos especiales como vimos anteriormente.

En segundo lugar, que hoy ya no podemos afirmar de manera general el sometimiento positivo de la Administración a la ley partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico⁶⁸. La crisis de la vinculación total de la Administración Pública a la Ley proviene de la superación de su función garantizadora (prohibiciones, autorizaciones,

⁶⁷ VON STEIN, Lorenz, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Tomo 3, Cotta, Stuttgart, 1888, p. 47.

⁶⁸ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, op. cit., p.36.

habilitaciones, decisiones, etc.) a la asunción de funciones de gestión directa⁶⁹.

Debemos recordar que lo propio en este tipo de actuación administrativa es que la Administración Pública muchas veces debe operar sin que exista ley que detalle su actuación, ya sea porque ninguna norma recoge el supuesto de hecho o porque, haciéndolo, no lo agota, es decir, no determina la forma de actuar concreta de la Administración Pública, ya sea porque la realidad ha cambiado y las circunstancias exigen una respuesta rápida por parte de la Administración que no había sido prevista en la ley o porque simplemente la concreta actuación que debe realizar ésta depende de las específicas necesidades o circunstancias del beneficiario de la prestación.

Finalmente, debemos recordar que la Administración Pública hoy en día necesita flexibilidad ya que es el mejor agente, el más cercano, para conocer las necesidades de la sociedad. Y también, la necesita para tomar decisiones en un mundo que cambia vertiginosamente. Por ello, es que al Ejecutivo se le confía hoy por hoy el diseño social hasta el punto de que, conforme a lo señalado por Schmidt-Assman, actúa de hecho sin ninguna base legal sino directamente desde la cláusula social⁷⁰, afirmación que podría resultar un tanto radical. Sin embargo, así es la realidad de la Administración Pública Prestadora conocida también como la “Administración Pública sin ley” que ha llevado a “un traslado del centro

⁶⁹ *Ibidem*, p. 34.

⁷⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Die Bedeutung...”, *op. cit.*, p. 38.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

de gravedad de las decisiones desde el clásico poder al Ejecutivo y, en definitiva, a la Administración”⁷¹.

Todo lo antes mencionado, por un lado, nos lleva a cuestionarnos respecto de la vigencia del principio de legalidad al que debe estar sometida toda la Administración Pública y que viene exigido desde la Constitución; y por otro, al consecuente riesgo que este tipo de actuaciones puede conllevar para con los derechos fundamentales.

3.1.3 Propuesta: una aplicación no estricta del principio de legalidad en sentido clásico

Como conclusión, podemos afirmar que nuestra realidad ya no es la del Estado liberal y la relación que se establece ahora entre la Administración y la ley ha cambiado. La Administración Pública se encuentra efectivamente sometida a la ley pues no puede actuar ahí donde la ley no se lo permita; sin embargo, ello no implica excluir que en determinadas circunstancias se exija la intervención de la Administración en caso de necesidad y urgencia al margen de estrictas exigencias de tipo legal⁷². Asimismo, existen otros campos donde surgen muchas dudas e interrogantes sobre cómo debe actuar la Administración Pública pues es evidente que la ley no puede preverlo todo y por ello, existen espacios de actuación que la ley no ha regulado o que simplemente no puede regular.

⁷¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, *op. cit.*, p. 96.

⁷² Cfr. BENDA, Ernst, “El Estado Social”..., *op. cit.*, p. 502.

Se podría decir que para estos casos es aceptable una aplicación no estricta del principio de legalidad, el cual a lo sumo definirá el marco general dentro del cual la Administración Pública ejecutará este tipo de prestaciones: la habilitación para ejecutar este tipo de prestaciones, los requisitos para gozarlas, los principios en los cuales basará su actuación y la previsión de un procedimiento y de una organización ajustadas a este tipo de prestaciones.

3.1.3.1 Naturaleza de la ley

Una aplicación no estricta del principio de legalidad en estos casos se puede comprender en la medida que se recuerde que la ley puede ser entendida también sólo como una forma en que se manifiesta la voluntad del Estado, “el Derecho es el resultado de la política; y la ley expresa siempre la decisión política de responder en una determinada dirección a un problema planteado”⁷³. Es decir, que la ley, producto del debate parlamentario o de la delegación legislativa en el Ejecutivo, se constituye como respuesta a una situación actual que tiene vocación de duración pero que sigue a una realidad que cambia constantemente, por lo que el proceso de aplicación de la ley puede tener inconvenientes que no en pocos casos llevan a cuestionarnos cómo debe actuar la Administración, es decir, cómo y hasta dónde vincula la ley a la Administración.

De modo que, una aplicación no estricta del principio de legalidad simplemente puede responder a que la propia ley, por su naturaleza, no

⁷³ *Ibidem*, p. 501.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

sirve en determinados casos para regular de manera exhaustiva supuestos que, por sus propias características, rechazan una regulación estática y permanente.

3.1.3.2 Una realidad cambiante

Asimismo, no debemos olvidar, en primer lugar, que la Administración Pública y en especial la que ejecuta prestaciones personales de servicios y/o materiales, no puede esperar en cada caso habilitación de la ley por dos razones; de un lado, muchas veces la distancia lógica entre las leyes y el caso es muy grande; y de otro, normalmente las leyes captan muy tarde las situaciones de necesidad o de catástrofe y precisamente en una sociedad democrática se espera impaciente una solución por parte de la Administración Pública⁷⁴. Y en segundo lugar, debemos tener en cuenta que la Administración Pública jamás es mero ejecutor o aplicador mecánico de reglas generales a casos particulares, “precisamente porque no es exclusivamente actividad autoritaria, sino que lleva en sí actividad social”⁷⁵ como se evidencia en el caso de la actuación administrativa prestadora de carácter social. Por ello, se puede entender que en estos casos la Administración actúe con cierta libertad. Asimismo, en estas situaciones resulta imposible encontrar un Parlamento que brinde leyes en

⁷⁴ Cfr. SCHAEEDER, Reinard, “Demokratische Tendenzen in del Pflege der Verwaltungswissenschaft” en *Demokratie und Verwaltung; 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín, ps. 169 y ss.

⁷⁵ JELLINEK, Georg, *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 753.

masa y que vaya a la velocidad de la sociedad como exigiría una aplicación estricta del principio de legalidad⁷⁶.

3.1.3.4 No se trata de una actuación con eficacia ablatoria

Finalmente, la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales no es en esencia una actuación administrativa con eficacia ablatoria donde la exigencia de ley previa es lógica y no da lugar a dudas. Por el contrario, se trata de una actuación que tiene por finalidad la igualdad material y que busca realizar los derechos sociales para que así el destinatario de la prestación se pueda realizar plenamente en sociedad.

Sabemos que el fundamento de la vinculación de la actuación de los poderes públicos a la ley en materia de derechos fundamentales es la garantía de la libertad y que su restricción o limitación, sólo puede provenir de decisiones tomadas por el pueblo o lo que es lo mismo de sus representantes, el Parlamento, conforme al principio democrático. Por tanto, aunque en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales puede existir un alto riesgo de incidencia en derechos fundamentales y especialmente de la libertad, debemos precisar que con ellas no se busca *per se* una restricción de los derechos fundamentales. Por el contrario, lo que se busca es una actuación positiva por parte del Estado a través de la Administración Pública para realizar la cláusula social

⁷⁶ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Principio de legalidad”..., *op. cit.*, p. 393.

mediante prestaciones, en este caso de servicios personales y/o materiales. De forma que, es sólo de “forma indirecta” que se puede poner en peligro la vigencia de la libertad. Por tanto, se debilitan las razones para que este tipo de actuación deba estar necesariamente sujeta al principio de legalidad como si se tratara de una actuación ablatoria de derechos fundamentales, pues no constituye *per se* una restricción de la libertad.

Este tipo de actuación administrativa sólo de forma indirecta puede afectar derechos fundamentales y ello como un riesgo natural que existe cuando de los poderes públicos hablamos. Si se tratara de una actuación que de forma directa pudiera vulnerar esferas íntimas de los destinatarios de la prestación, el sometimiento estricto al principio de legalidad por parte de la Administración Pública se desprendería como una exigencia natural de la actuación y como una garantía para los derechos fundamentales del destinatario de las mismas, como ocurre por ejemplo en la actuación administrativa de policía cuando la autoridad aplica sanciones o multas, pero ello no es aplicable al caso que comentamos.

3.2 La reserva de ley en materia de derechos fundamentales

3.2.1 Alcance

Corresponde ahora analizar qué significado tiene la reserva de ley para la actual Administración Pública Prestadora pues “todas las grandes transformaciones que inciden sobre la Administración (...) han tenido su

reflejo (...) en la doctrina de la reserva de ley”⁷⁷. En su sentido tradicional, se pensaba en la reserva de ley como una garantía de los derechos fundamentales contra la intervención del poder, pero hoy, en el marco del Estado Social tal reserva puede resultar muy rígida.

Al respecto, debemos precisar que existe reserva del ley, en general, cuando hay un precepto constitucional que exige que la ley regule determinada materia al Estado, de forma que la materia reservada queda sustraída por mandato constitucional a toda norma distinta de la ley y es al legislador a quien le corresponde regularla, impidiéndose que éste pueda a veces remitir la legislación, por ejemplo, a la Administración Pública. Así, la reserva de ley puede ser definida como un mandato al legislador de regular por sí mismo la materia sujeta a reserva⁷⁸.

En ese sentido, “la reserva de ley concierne a materias esenciales; es decir las decisiones de importancia para garantía y realización de los derechos fundamentales”⁷⁹. La reserva de ley en materia de derechos fundamentales parte de la idea propia del liberalismo de que existe una esfera de libertad inmune, en principio, a la intervención estatal y que por tanto, si esa libertad debe ser limitada debe hacerse sólo cuando los ciudadanos así lo consientan, es decir, debe hacerlo aquel poder que

⁷⁷ Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik...*, *op. cit.*, ps. 805 y ss.

⁷⁸ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “El principio de legalidad”..., *op. cit.*, p. 25; GARRORENA MORALES, Ángel, “El lugar de la ley en...”, *op. cit.*, ps. 61-68; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Los límites de los derechos y el sistema normativo” en *DPyC*, 17, 2003, ps. 463-464.

⁷⁹ BENDA, Ernst, “El Estado Social”..., *op. cit.*, p. 502.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

representa la voluntad de los ciudadanos, titulares de ese derecho, es decir el Parlamento⁸⁰.

Al respecto, es menester señalar que la reserva de ley ha tenido dos líneas de evolución, una institucional referida a la organización estatal y que tiene su mayor desarrollo en Alemania en el Derecho Constitucional de los *Länder*, donde lo habitual para determinar la estructura, distribución territorial y reparto competencial de las Administraciones del *Land* es que se exija una base legal. Y otra línea, referida a la reserva centrada en la actividad de intervención o limitación en los derechos por los poderes públicos, pero no sólo la intervención jurídica de carácter imperativo (“coerción administrativa enderezada a generar en el administrado una acción, una omisión o tolerancia de una acción de los poderes públicos o de terceros”, vinculada a la idea de Administración de policía) sino también a los supuestos de actividades prestacionales que suponen obligaciones de utilización y participación para los ciudadanos. En ese sentido, debemos señalar que a las restricciones imperativas “se han unido otras que tienen su origen en una actuación material o informal (...) tiene por finalidad desencadenar efectos indirectos de dirección o conducción del comportamiento de particulares”⁸¹.

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales tiene para el Ejecutivo un efecto limitador, pues todas aquellas materias reservadas a ley no pueden ser reguladas por la Administración⁸² debido a que “con la

⁸⁰ Algo que estaba ya presente en el art 4. de la Declaración francesa de 1789.

⁸¹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps. 199-200.

⁸² Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 198.

reserva se trata de imponer al legislador el deber de regular por sí mismo determinadas materias”⁸³. Al respecto, el art. 53.1 de la Constitución española establece una reserva de ley general⁸⁴ conforme al cual “(...) sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a)”. Es decir, que toda la regulación respecto de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico español está sometida a reserva de ley, que no significa otra cosa que, estos derechos sólo podrán ser regulados por ley que deberá respetar su contenido esencial⁸⁵.

3.2.2 Contexto de aplicación: la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales

3.2.2.1 Planteamiento del problema

La Administración Pública Prestadora se encuentra sin lugar a dudas sometida a la reserva de ley en materia de derechos fundamentales y asimismo, encuentra en ella límites infranqueables. Hemos visto que esta Administración Pública, cuando nos referimos a las prestaciones personales de servicios y/o materiales, actúa en ámbitos esenciales del hombre que tienen que ver con sus derechos fundamentales y por ello, en

⁸³ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Principio Legalidad”..., *op. cit.*, p.123.

⁸⁴ STC 83/1984, FJ 3 de 24 de julio.

⁸⁵ El Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11), estableció los dos caminos para aproximarse a la idea de contenido esencial.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

su cometido de realizar la cláusula social podría afectarlos. En ese sentido, si la reserva de ley se constituye como un mandato que la Constitución impone al legislador democrático limitando su poder para atribuir a la Administración Pública la tarea de regular por sí misma determinadas materias como son los derechos fundamentales, surge el siguiente interrogante ¿debería comprenderse dentro de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales a la actuación administrativa prestadora como un supuesto de afectación de los mismos?

A fin de dar respuesta a este interrogante, debemos en primer lugar recordar que la actuación administrativa prestadora de carácter social tiene ciertos matices cuando de la ley hablamos pues la Administración Pública actúa muchas veces sin ley específica que la habilite a realizar un comportamiento en concreto y suele tomar decisiones sobre la marcha; y es pues en ese *iter* donde se genera un riesgo de afectación de derechos fundamentales. En ese sentido, resulta pertinente diferenciar entre la reserva de ley en la misma prestación y la reserva de ley en la incidencia que con su actuación la Administración Pública puede tener sobre los derechos fundamentales.

a. Reserva de ley en la prestación

Como ya se sabe, el alcance de los llamados principios rectores de la política social y económica se encuentra en el mencionado art. 53.3 CE. Sin embargo, cuando se explica su contenido muchas veces se limita a señalar que no son derechos fundamentales sino derechos legales o de configuración legal y que su función natural es la de informar o servir de

guía de la actuación de los poderes públicos; y por tanto, se olvida mencionar el simple hecho de que éstos también se encuentran reservados a ley.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 53.3 CE los denominados principios rectores de la política social y económica, es decir, los derechos sociales “...sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. En ese sentido, más allá de todas las consecuencias derivadas del art. 53.3 que se traducen en la negativa de considerar a los principios rectores como derechos subjetivos, lo que nos interesa es remarcar que su desarrollo, a fin de ser invocables ante los Tribunales, está sujeto a ley, es decir que está reservado a ley pues en estos casos el “derecho” nacerá de la ley⁸⁶.

Al respecto, cabe precisar que evidentemente el sentido de esta reserva de ley es distinto del que se prevé para los derechos recogidos en el capítulo II pues su finalidad es otra. Para el primer caso, como ya se comentó, la finalidad de delegar su desarrollo al legislador se debe a la propia indeterminación de los mismos, por un lado; y por otro, porque su desarrollo tiene distintas consecuencias especialmente de índole económica, por lo cual se confía su desarrollo a los Parlamentos de cada momento. En el segundo caso, la finalidad de esta reserva es protegerlos de cualquier tipo de desarrollo que no provenga del legislativo, poder que representa directamente la voluntad del pueblo.

⁸⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *op. cit.*, p. 124.

Capítulo II

Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

Así, podemos afirmar que las prestaciones de carácter social, que son concreciones de algunos principios rectores, se encuentran reservadas a ley pero no en el sentido del apartado 1 del art. 53. Si afirmáramos lo contrario, caeríamos en un absurdo, porque de lo que se trata en estos casos es del desarrollo de los derechos sociales y en específico de los derechos prestacionales de carácter social, los cuales no son derechos fundamentales y por tanto, no están sometidos a esta reserva. Es más como veíamos en el capítulo I son derechos legales –regulados mediante ley ordinaria- que serán efectivos sólo una vez que el legislador lo haya decidido, esto es, que se encuentran reservados a ley conforme a la cual se invocarán, pero no en el sentido del art. 53.1 CE que supone una garantía de no vulneración de los derechos fundamentales comprendidos en dicha reserva, sino que se justifica en los problemas económicos, de ejecución y en el carácter evolutivo que éstos tienen, como ya se mencionó.

b. Reserva de ley en la incidencia sobre derechos fundamentales

La cuestión que aquí nos planteamos es si la actuación administrativa prestadora de carácter social debería sujetarse a reserva de ley como un supuesto de afectación de derechos fundamentales. Este escenario resulta distinto del primero porque ahora sí nos referimos a derechos fundamentales y a una actuación que puede redundar en afectación de los mismos conforme al art. 53.1 CE los derechos fundamentales se

encuentran reservados a ley, lo cual alude a cualquier forma de afectación de los mismos⁸⁷.

Con un entendimiento así de la reserva de ley se lograría limitar la actuación administrativa prestadora de carácter social garantizándose los derechos fundamentales, especialmente de libertad del destinatario de la prestación; sin embargo, consideramos que no es una opción deseable. Lo que sucede en estos casos es que con la actuación administrativa prestadora se pone en un mayor nivel de riesgo la vigencia de los derechos fundamentales, en especial de la libertad del destinatario de la prestación. No obstante, si afirmáramos que este tipo de actuación debe estar sometida a reserva de ley y por tanto totalmente regulada por el Parlamento, caeríamos en el absurdo de afirmar que cualquier tipo de actuación de los poderes públicos, que en menor o mayor medida conllevan un riesgo de afectación de derechos fundamentales, constituye una restricción a los mismos y que por tanto debe ser reservada a ley. Ello, de un lado, supondría volver a las estrictas ideas liberales conforme a las cuales toda actuación de todo poder público debe estar regulada con suficiente densidad normativa pues conlleva *per se* limitación; lo cual, ya ha sido superado largamente. Y por otro lado, supondría pensar en un Parlamento que legisle a la par y velocidad de la actuación administrativa prestadora diaria, lo cual es utópico e inviable.

De igual manera, debemos señalar que en definitiva la solución no podemos encontrarla en que la actuación administrativa prestadora de

⁸⁷ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *op. cit.*, p. 62.

carácter social esté sometida a reserva como un supuesto de restricción de derechos fundamentales, pues ello incluso redundaría en una afectación más seria de los derechos del destinatario de la prestación, pues ocasionaría una cierta “rigidez” en el desarrollo de ésta que impediría la atención a elementos personales propios de este tipo de actuación, pues la Administración Pública Prestadora se encontraría en todo momento sujeta a la ley e incluso tendría que esperar la respuesta legislativa correspondiente para cada caso.

3.2.2.2 Alternativas de solución

a. Colaboración del Reglamento

Una primera solución a la cuestión planteada sería la intervención del Reglamento a fin de evitar toda vulneración de derechos fundamentales en la ejecución de la prestación social, como un supuesto de colaboración del Reglamento en la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades. En ese orden de ideas, señala Jiménez Campo que “ninguna reserva es absoluta o excluyente de toda intervención de normas reglamentarias para la ejecución, integración parcial o desarrollo de los enunciados legales. Tampoco lo es, desde luego, la instituida en este artículo 53.1”⁸⁸. En ese sentido, aunque esta reserva de ley busca que el ámbito de los derechos fundamentales quede excluido de la acción del Ejecutivo y de sus productos normativos, no impide toda colaboración normativa del

⁸⁸ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *op. cit.*, p. 65.

reglamento, pese a que queda sometida a rigurosos condicionamientos⁸⁹, pues tampoco cabe esperar que la materia sea regulada totalmente por el Reglamento puesto que “el Reglamento que sin apoderamiento legal se inmiscuye en el ámbito reservado, es simplemente ilegal” ya que “no la Administración sino el legislador es el llamado a decidir cuándo y en qué dimensiones pueden tener lugar intervenciones gravosas que limiten la libertad individual”⁹⁰.

Asimismo, la STC 83/1984 de 24 de julio FJ 4 señala respecto a ello que “el principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que puedan resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley”. En ese sentido, prohíbe que el Reglamento pueda incidir directamente sobre los derechos fundamentales pero no impide necesariamente la posibilidad de

⁸⁹ Cfr. MEDINA GUERRERO, Manuel, “Artículo 53.1. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *op. cit.*, p. 1163.

⁹⁰ BENDA, Ernst, “El Estado Social”..., *op. cit.*, p. 502.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

reglamentos ejecutivos o de desarrollo de la ley⁹¹, que podrían resultar de gran ayuda para estos casos.

b. “Caso por caso”

A fin de encontrar una segunda alternativa al problema resultan especialmente valiosas las conclusiones aportadas por el profesor Schmidt-Assmann, para quien la discusión sobre si la actividad prestadora de la Administración está o no sometida a reserva de ley no puede tener una respuesta unívoca. En ese sentido, señala el jurista alemán que “el punto de partida del análisis no puede centrarse en el concepto genérico de Administración Prestacional, sino que debe situarse en cada prestación concreta y en los efectos que la misma genere. (...) Habrá que entender que determinadas prestaciones concretas, en razón de los peligros o riesgos específicos que puedan comportar, están sometidas a dicha reserva”⁹².

Por consiguiente, señala que cuando no existan previsiones constitucionales sobre la precisión normativa, “las exigencias generales de determinación legal deberán establecerse atendiendo a las características objetivas de la materia que se pretenda regular, a los derechos implicados y a las posibilidades que ofrezcan los procedimientos de concreción infralegal del contenido de la ley”⁹³. Lo cual, responderá a la propia naturaleza de las

⁹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos...*, *op. cit.*, p. 110. Así también, SSTC 83/1984, 93/1988, 47/1990.

⁹² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 203.

⁹³ *Ibidem*, p. 209.

prestaciones que se pretendan ejecutar, siendo que en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales su propia naturaleza reclama una atención personalizada debido al elemento marcadamente personal que las caracterizan. De modo que, en estos casos la generalidad de la norma que regula la prestación es lo correcto, pues la materia a regular y la propia satisfacción de las necesidades personales exigen una actuación administrativa flexible que permita la atención debida al destinatario de la prestación.

De esta forma, señala, “la medida o el grado de la determinación legal vienen asimismo determinadas por el tipo y la estructura de los procedimientos operativos a través de los cuales las instancias competentes para aplicar la ley "elaboran" y "transforman" la indeterminación de esta última. La indeterminación de la ley es más tolerable cuando dichos procesos ofrecen garantías suficientes de que la concreción de la inicialmente vaga regulación legal se llevara a cabo de manera especialmente diligente o en condiciones de neutralidad respecto de los distintos intereses implicados”⁹⁴. Por ello, se hace necesario que la situación de incertidumbre que genera este tipo de actuación administrativa respecto de la protección de derechos fundamentales, se salve mediante la presencia de mecanismos adecuados de interacción entre la Administración Pública Prestadora y el destinatario de la prestación.

3.3 La discrecionalidad administrativa

⁹⁴ *Ibidem*, p. 210.

Capítulo II

Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

Una última cuestión estrechamente vinculada a las anteriores que es necesario tratar es el tema de la discrecionalidad administrativa pues es en este supuesto en donde la Administración Pública cuenta ya con un amplio margen de libertad, si bien sigue sometida al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución). Y aunque, se ha señalado que se obtendrían pocos resultados teóricos provechosos al incorporar el análisis de la actividad prestacional de la Administración dentro de la actuación discrecional de la Administración⁹⁵ consideramos que también de este campo se pueden extraer conclusiones importantes.

3.3.1 Alcances y características

En su formulación inicial, la discrecionalidad administrativa se presentaba en los supuestos en que la Administración Pública podía actuar libremente sin someterse a norma jurídica alguna. En ese sentido, García de Oviedo señalaba que “equivale a obrar libremente si bien acomodando la conducta a un fin público específico”⁹⁶. A partir de 1956 esta concepción cambia, en buena medida, gracias a la Exposición de motivos de la Ley Jurisdiccional Contencioso-administrativa, en la cual se señala que la discrecionalidad aparece “cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público”.

⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, ps. 110-111.

⁹⁶ GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1959, ps. 245 y ss.

La discrecionalidad administrativa está íntimamente vinculada a la forma en que se atribuyen las potestades a la Administración Pública. Como se sabe, el modo normal y general de atribución de las potestades administrativas es de forma expresa y específica; sin embargo, puede existir un grado de diferencia en la forma de hacerlo. Por un lado, la norma puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad; o puede, por el contrario, remitir algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad a la estimación subjetiva de la Administración. De la distinción de esas formas de atribución legal es que surge la clasificación entre actos reglados y actos discrecionales⁹⁷.

En vista de ello, no referimos a potestades discrecionales “cuando la actuación que éstas habilitan no se encuentran totalmente predeterminada en sus diferentes aspectos, de modo que el proceso aplicativo de la legalidad incluye forzosamente elementos provenientes de la apreciación subjetiva de la Administración”⁹⁸. Esto es, que la ley no agota exhaustivamente la actuación que debe ejecutar la Administración Pública sino que permite la existencia de un criterio volitivo o de apreciación de ésta última.

Por tanto, podemos definirla, como señala Bacigalupo, “como un fenómeno de volición para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica por ella

⁹⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, 1981, ps. 381-382.

⁹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso Y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, ps. 128-129.

Capítulo II

Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

prevista o no predeterminan la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse”⁹⁹.

Al respecto, debemos precisar que aunque la presencia de este tipo de potestades pueda resultar un tanto cuestionable sobre todo cuando de la Administración Pública hablamos, la justificación de la existencia de potestades discrecionales la encontramos en el gobierno humano¹⁰⁰ puesto que “la necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares, de estimación de la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público, es indeclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional”¹⁰¹.

A continuación nos referiremos a aquellas características que este tipo de potestades tienen y que permitirán entender mejor los problemas que la discrecionalidad administrativa plantea en el ámbito de las prestaciones personales de servicios y/o materiales.

3.3.1.1 Es un caso de remisión legal

En primer lugar, debemos precisar que la discrecionalidad administrativa no es un supuesto de libertad de la Administración frente a la norma, por el contrario, la discrecionalidad es un caso típico de remisión legal en el que “la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación

⁹⁹ BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 29 y 30.

¹⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 479.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 480.

administrativa, sólo que no realizada (...) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares (...)”¹⁰². Se trata de “un ámbito de acción y de decisión, la elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles. [Donde] (...) posible significa en este caso, jurídicamente posible, es decir, que el Derecho no da a ninguna de estas formas de comportamiento una preferencia sobre las demás”¹⁰³.

3.3.1.2 Existencia de una mínima regulación legal

Asimismo, discrecionalidad no significa “libertad de elección” pues al ser un poder dirigido en todo momento por el Derecho tiene unos parámetros de actuación, los cuales, los encontramos en la ley (que recoge los objetivos y fines), en la Constitución, en particular en los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad¹⁰⁴. Y es menester señalar que, “potestad discrecional sólo existe en relación con una vinculación pensable, cuando menos, como posible, es decir, sólo allí donde el contenido de la acción administrativa esté determinado en general por la norma jurídica”¹⁰⁵. En ese sentido, si hay una ley que otorga potestades discrecionales al menos cuatro elementos de la norma deben

¹⁰² *Ibidem*, p. 478.

¹⁰³ FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 122.

¹⁰⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰⁵ FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 123.

ser reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia atribuida a un órgano en particular y el fin¹⁰⁶.

De igual forma, tiene que existir un marco general dado por la norma donde la Administración decida qué opción elegir. Así, “la potestad discrecional da a las autoridades una libertad, en virtud de la cual, éstas pueden tomar aquellas medidas que estimen adecuadas para la realización del valor situado en el ámbito discrecional”¹⁰⁷.

Lo que la Administración Pública realiza es “una ponderación comparativa de intereses”¹⁰⁸, con base en dos o tres puntos de valoración, de los cuales toma uno, “no se trata de forjar unos fines; los fines vendrán fijados por la política”¹⁰⁹ La Administración tendrá que elegir los distintos medios para poder alcanzar esos fines ya fijados por la norma que le atribuyó esa potestad y es ahí donde se verifica el ejercicio de la discrecionalidad.

2.3.1.3 Sometida a la llamada moralidad administrativa

Con la atribución de potestades discrecionales no se libera a la Administración Pública de actuar conforme a las exigencias del Estado de Derecho pues la potestad discrecional está sometida a la llamada moralidad administrativa y significa que la Administración no puede proceder ni

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, p. 479.

¹⁰⁷ FORSTHOFF, Ernst, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁸ GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3era Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974, ps. 422 y ss.

¹⁰⁹ *Idem*.

caprichosa ni arbitrariamente. “Una acción es caprichosa cuando está determinada exclusivamente por consideraciones subjetivas, sin conexión con fines objetivos, mientras que obrar arbitrario es aquel determinado por motivos extraños al asunto”¹¹⁰. Y se vincula con la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos recogida en el art. 9.3 de la Constitución española¹¹¹

3.3.2 Discrecionalidad administrativa y derechos fundamentales

3.3.2.1 Planteamiento del problema

La discrecionalidad administrativa es un privilegio de la Administración Pública que en el campo de la actuación administrativa prestadora de carácter social tiene su máximo escenario de actuación, pues ésta se desprende de una norma que con carácter general otorga a la Administración Pública Prestadora una potestad con la finalidad de realizar materialmente la cláusula social; y donde por tanto, la Administración Pública tiene la potestad de tomar decisiones discrecionales en base a

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 139.

¹¹¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, ps. 504. Señalan que el significado de este precepto no puede ser otro que “(...) la proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y de la fuerza de quien lo detenta (...). De lo que se sigue necesariamente la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese”. Se trata de una “(...) inexcusable obligación constitucional de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de los poderes públicos, que, como es obvio, se hace particularmente intensa en el caso de los actos discrecionales”.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

opciones jurídicamente posibles y tomando especialmente en cuenta las concretas necesidades del destinatario de la prestación.

El contexto antes descrito no deja de provocar cierta perplejidad pues la sola afirmación de la existencia de poderes discrecionales de la Administración Pública Prestadora en actividades que inciden sobre los derechos fundamentales de la persona “parecen atraer conceptos incompatibles y antitéticos”¹¹² pues “tal concepción no llega a eliminar del concepto de discrecionalidad la nota de libertad de elección; sin alguna libertad no hay discrecionalidad”¹¹³. Y es más, a veces se prefiere pensar en clave de discrecionalidad y olvidar que de lo que hablamos es de derechos prestacionales a través de los cuales se materializan principios constitucionales básicos como son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y, a su vez, derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, si analizamos la propia naturaleza y estructura de los derechos fundamentales, se puede inferir que de ellas no resulta una concesión de espacios a la libertad de apreciación de los poderes públicos administrativos. Se trata de un ámbito que está dominado de modo agotador por la Constitución y las leyes, y de donde surgen hacia la Administración Pública potestades perfectamente regladas. Lo cual, pone en evidencia lo complicado del tema pues en estos casos aunque a la Administración Pública se le encarga la ejecución material de los derechos prestacionales puede poner en riesgo la vigencia de

¹¹² BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 67.

¹¹³ MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, p. 369.

determinados derechos fundamentales puesto que actúa sin una ley específica que le diga qué hacer en cada caso. Es decir, que la Administración Pública actúa con un amplio margen de libertad en la ejecución de derechos prestacionales de carácter social pero donde hay incidencia en otros, en los derechos fundamentales.

La Administración Pública al realizar su actuación prestadora y en ejercicio de la potestad discrecional de la que es titular, podría poner en riesgo la vigencia de determinados derechos fundamentales, especialmente de la libertad, cuando por ejemplo intente imponer la decisión tomada al destinatario de la prestación a quien no le queda más opción que aceptar. Por tanto, la pregunta que surge es si debería aún admitirse en esos casos el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración. Y ello, es una situación que se presenta continuamente al momento que la Administración Pública Prestadora materializa la cláusula social y se convierte en el ejecutor de las prestaciones personales de servicios y/o materiales previstas por el legislador.

3.3.2.2 Análisis de la cuestión

A fin de analizar la cuestión planteada e intentar dar una respuesta a satisfactoria, resulta de gran interés recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, quien ha optado por el conocido criterio de la intensidad de afectación de derechos fundamentales¹¹⁴, de acuerdo con el cual cuanto más fundamental sea el bien jurídico comprometido y

¹¹⁴ BACIGALUPO, Mariano, *op. cit.*, p. 152.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

mayor su afectación, menor será el margen de discrecionalidad administrativa. Ello, conllevaría a un análisis caso por caso que en última instancia deberá resolverse en sede judicial.

A fin de dar una respuesta un tanto más general a la cuestión planteada creemos que la solución pasa por entender el verdadero significado que tiene la discrecionalidad administrativa que dista mucho de ser una potestad arbitraria y se diferencia de ésta por la motivación o no de la decisión (elemento formal); y asimismo, por si las razones que dieron lugar al acto son o no razonables o adecuadas (elemento material)¹¹⁵. Elementos de motivación y proporcionalidad que deben existir en toda actuación discrecional de la Administración Pública y que suponen una garantía para el administrado.

Asimismo, debemos señalar que el significado de discrecionalidad que encierra la cláusula social se encuentra dentro de los propios límites de la discrecionalidad administrativa, que no supone una plena libertad para que la Administración haga lo que mejor le parezca sino que encuentra unos límites infranqueables en los principios del Estado de Derecho y del Estado Democrático. Por ello, el principio de proporcionalidad como valor constitucional y la participación del ciudadano tienen un papel fundamental como garantía de los derechos fundamentales del destinatario de la prestación. La cláusula social es una guía de diseño y de discreción para la Administración Pública, esto es, que tiene para la Administración un significado de discrecionalidad. Y ello es así debido a que en materia

¹¹⁵ Cfr. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 52.

prestacional la normativa que regulará la actuación se da a través de estructuras y criterios discrecionales¹¹⁶. Lo que sucede en estos casos, es que al Estado y en concreto a la Administración Pública le corresponde “asumir la cláusula del Estado Social, principalmente, como máxima interpretativa y directriz orientadora de su discrecionalidad en la aplicación de las leyes”¹¹⁷.

Por otro lado, debemos recordar que para el caso que comentamos, la discrecionalidad administrativa resulta fundamental pues es el marco en el que se sustenta la flexibilidad con la que necesita actuar la Administración Pública Prestadora, a fin de poder entrar en contacto directo con el destinatario de la prestación y así atender sus concretas necesidades. Cuando se defiende la discrecionalidad administrativa se hace en el marco de una serie de condiciones, de un lado, de la participación del ciudadano, puesto que “cuanto mayor es el grado de discrecionalidad en la actuación administrativa (...) existe mayor incidencia y necesidad de participación”¹¹⁸. Y de otro, en la creación de órganos plurales que atienden a las reales necesidades del ciudadano, como más adelante veremos.

En vista de ello, debemos reafirmar su presencia, de la discrecionalidad administrativa, como un privilegio de la Administración

¹¹⁶ Cfr. TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 64, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 2005, ps. 213-214.

¹¹⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁸ CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los derechos constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001, p. 370.

Capítulo II

Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

Pública que es conforme al Estado de Derecho y que en el caso que comentamos le ayuda a cumplir con la función de servicio con objetividad a los intereses generales que la Administración tiene conforme al art. 103.1 de la Constitución española.

3.4 A modo de conclusión

Como venimos reiterando, en la actuación administrativa prestadora de carácter social de servicios personales y/o materiales el riesgo de afectación de derechos fundamentales es latente. Pero asimismo, consideramos que la ausencia de regulación específica o detallada resulta necesaria y adecuada; sin embargo, este vacío se puede compensar, en primer lugar, mediante un comportamiento diligente por parte de la Administración Pública y con la participación activa de los destinatarios de la prestación, pero a su vez, mediante la implementación de mecanismos reales para salvar la inseguridad que esta situación genera.

En ese sentido, nos preguntamos a qué principios jurídicos deberíamos acudir a fin de solventar esta situación pues no podemos esperar en cada caso el “buen actuar” de la Administración Pública Prestadora en la protección de los derechos fundamentales del destinatario de la prestación.

Por tanto, a continuación intentaremos encontrar una respuesta en otros principios constitucionales que se desprenden también de la cláusula del Estado de Derecho y que en todo caso siempre dirigen la actuación de los poderes.

II. ESPECIAL RELEVANCIA DE OTROS LÍMITES CONSTITUCIONALES

1. UNA POSIBLE SOLUCIÓN: LA CONSTITUCIÓN COMO DIRECTRIZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA PRESTADORA

1.1 Primacía de los principios constitucionales

Las exigencias clásicas del Estado de Derecho para la Administración Pública –legalidad, reserva de ley y discrecionalidad- deben por supuesto aplicarse, pero no son suficientes si se quiere que la Administración sea además eficaz. En vista de ello, tienen por tanto especial relevancia otros contenidos constitucionales –dignidad, derechos fundamentales- que son límite para cualquier actuación administrativa pero que en el caso de la Administración Pública Prestadora de carácter social, por las razones antes explicadas, pueden verse especialmente comprometidos.

Somos de la idea que si bien no se puede regular de manera exhaustiva la actuación administrativa prestadora de carácter social desde la ley, sí que cabe extraer desde la Constitución reglas, principios y normas bajo los cuales la Administración Pública Prestadora, en todo caso, deberá

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

regir su actuación. Es decir, que ante la imposibilidad de legislar densamente este tipo de actuaciones, deberá primar la aplicación de los principios constitucionales.

Es necesario encontrar unas directrices básicas en la Constitución, como norma fundamental del ordenamiento jurídico; guías o lineamientos que creemos se han de buscar no sólo en la cláusula social sino también en la cláusula del Estado de Derecho que compone el ya mencionado art. 1.1 de la Constitución española. En ese sentido, conviene en primer lugar analizar el significado que estos principios tienen respecto de la cláusula social a fin de entender el marco completo conforme al cual deberá realizarse la actuación administrativa prestadora de carácter social, pero sobre todo, las exigencias que se desprenderán para la Administración Pública Prestadora.

Por tanto, conviene insistir en que si bien la Administración Pública rige su actuación por principios administrativos, también se encuentra vinculada a la Constitución y por tanto a los derechos fundamentales que ésta contiene¹¹⁹. Creemos con Schmidt-Assmann que la más alta misión que tiene el Derecho Constitucional en este sentido es la de sentar los postulados sobre la relación básica entre el ciudadano y la Administración Pública¹²⁰, pues es la Constitución la que fija las bases y los principios de

¹¹⁹ Para Gómez Montoro la Constitución se define incluso como una “Carta de Derechos”. *Vid* GÓMEZ MONTORO, Ángel, “Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas” en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 36, 2003, p. 42.

¹²⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 18.

esta relación y, asimismo, porque es la norma de aplicación directa y preferente en el ámbito de los derechos fundamentales.

El escenario anteriormente descrito tiene como consecuencia que en el caso de la actuación administrativa prestadora de carácter social la Administración pública actuará en mayor medida desde la Constitución y no directamente desde la ley. Que, aunque la Administración está sometida a la ley, hay casos, como el que comentamos, en que deberá actuar directamente y conforme a la Constitución sin necesidad de que exista una ley intermedia que determine a detalle su comportamiento a fin de ejecutar materialmente prestaciones¹²¹. Lo cual, no debería llamarnos la atención, pues es también una manifestación de la fuerza normativa y eficacia directa de la Constitución. Asimismo, es la propia Constitución la que determina los rasgos característicos básicos de la Administración Pública, no sólo desde su art. 103 sino también y sobre todo desde la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho que es la que le da su actual configuración y función. De igual manera, no debemos olvidar que todo estudio de la Administración Pública debe partir del marco constitucional en el que se inserta pues no se puede perder de vista que todo el ordenamiento jurídico administrativo tiene sus fundamentos y sus bases rectoras y axiológicas en la Constitución¹²².

¹²¹ Cfr. MARTIN MATEO, Ramón, *op. cit.*, p. 40

¹²² Cfr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “Presentación: Constitución y control de la actividad administrativa” en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (Dir.), *Constitución y control de la actividad administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 19.

1.2 Alcances de la propuesta

En este escenario de incertidumbre en el que la Administración Pública se encuentra con conceptos tan diversos y complejos como “calidad de vida”, “procura existencial” o “servicio social” y sobre todo, donde en gran medida no se aplican los principios clásicos del Derecho Administrativo, lo cual, ha llevado a un desarrollo de la actividad administrativa informal (acuerdos, conversaciones, convenios) o incluso a la inactividad administrativa ante temas socialmente sensibles¹²³; la pregunta que salta a la palestra es qué hacer con esta Administración interventora (*Eingriffsverwaltung*)¹²⁴.

A lo cual, podemos responder diciendo que la Administración Pública siempre y en todo momento se encuentra sometida a la Constitución, que aun cuando realiza una actuación material se encuentra sometida a los principios que caracterizan a un Estado de Derecho, esto es, legalidad entendida en el sentido antes comentado, división de poderes, respeto a los derechos fundamentales, entre otros. Es decir, que en cada paso de su actuación la Administración Pública debe recordar que la sola garantía de la prestación no es suficiente. Por ello, en su cometido de alcanzar la igualdad material no sólo debe buscar niveles de eficacia y satisfacción en el beneficiario, sino que también debe tener presente que, debido a que con su actuación puede invadir esferas personales; los

¹²³ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁴ Cfr. BACHOF, Otto, *op. cit.*, p. 50.

derechos fundamentales y en concreto la libertad son límites infranqueables.

Lo que con ello se busca es controlar una mayor incidencia de la actuación administrativa prestadora de carácter social en la vida del ciudadano y en especial de sus derechos fundamentales, para así evitar la existencia de una Administración Pública totalmente desvinculada del Derecho, una Administración que pese a ser la encargada material de proveer el mínimo vital, sigue siendo una Administración a la que es necesario limitar como poder público y que por tanto es potencial vulneradora de derechos fundamentales. Por ello, se necesita que la relación jurídica que entabla con el beneficiario de la prestación sea dirigida por unos principios básicos.

Finalmente, debemos señalar que aunque se trata de problemas ya detectados hace tiempo, desde nuestro punto de vista no han sido abordados adecuadamente pues se ha partido de postulados que podríamos llamar clásicos y que pierden de vista la posición que el denominado “administrado” tiene en estos supuestos. En vista de ello, en los siguientes apartados intentaremos dar respuesta a los problemas planteados a través de un análisis de los principios constitucionales que deberán regir la actuación administrativa prestadora de carácter social.

2. APLICACIÓN DE OTROS CONTENIDOS CONSTITUCIONALES

2.1 Principios constitucionales fundamentales

Capítulo II

Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

En primer lugar, analizaremos aquellos principios que se encuentran en el artículo 10 de la Constitución española, lo cual tiene por sí mismo ya mucho significado porque suponen valores constitucionales básicos que se traducen en derechos fundamentales, deberes y principios rectores¹²⁵.

La función que cumplen estos principios constitucionales respecto de la Administración Pública es doble porque de un lado se constituyen en límite, pero a su vez ayudan a moldear la actuación estatal y en este caso en particular, a la actuación prestadora de carácter social que realiza la Administración Pública. De igual manera, ayudan a definir los cimientos sobre los cuales se sostiene la relación jurídica Estado-ciudadano o mejor dicho Administración Pública Prestadora - beneficiario de la prestación, pues nos ayudan siempre a recordar que el ciudadano tiene una posición anterior y fundamental, constitucionalmente asegurada cuando se relaciona con la Administración Pública en la totalidad de sus actos, esto es, la derivada de su dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos fundamentales, como veremos a continuación.

2.1.1 La dignidad humana

¹²⁵ Cfr. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la C.E.)” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, p. 45.

2.1.1.1 La dignidad como fundamento del ordenamiento jurídico

Si bien los destinatarios de las prestaciones de servicios materiales y/o personales son distintos entre sí, tienen algo fundamental en común, que aunque parezca paradójico es lo que justifica a su vez el que sean diferentes unos de otros y que tengan por tanto distintas necesidades que deban ser atendidas. Y a lo que nos referimos es a aquel valor que el hombre tiene por el sólo hecho de serlo que lo hace único e irrepetible, es decir su dignidad.

Respecto de la dignidad humana ya mucho se ha escrito y estudiado y ha sido definida de distintas maneras. Así, la STC 53/1985, de 11 de abril FJ 3, la define como aquel “valor jurídico fundamental (...) reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”. Y la STC 181/2004, de 2 de noviembre FJ 2, señala que “(...) la dignidad de la persona constituye un cualidad ínsita a la misma, que por tanto corresponde a todo ser humano con independencia de sus concretas características particulares (...)”, cuya consecuencia jurídica más importante es que el hombre, el ciudadano, se convierte en el centro del ordenamiento jurídico y su protección y felicidad, en fin y justificación del Estado.

Conforme a la doctrina constitucional de la segunda posguerra, la dignidad de la persona se constituye como fundamento del orden jurídico-

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

político¹²⁶ y de los derechos fundamentales en general. En ese sentido, acorde con esta teoría, la Constitución española recogió en su art. 10.1 la dignidad de la persona, aunque a diferencia de la alemana, no se le consideró como un derecho fundamental sino como fuente de los derechos fundamentales que le son inherentes¹²⁷.

Asimismo, el reconocimiento de la dignidad humana en las Constituciones¹²⁸ supone el triunfo del hombre ante el Estado autoritario¹²⁹, para transformarse y reafirmar su posición como centro del ordenamiento y hacia quien el Estado debe dirigir toda su actuación. En ese sentido, se reconoce el carácter vicarial del Estado que presupone el “sometimiento” de toda su actuación al bienestar del ser humano. Y así, de una idea material de Estado de Derecho, en el sentido de que la actuación estatal no sólo se vea limitada por la normativa vigente sino que también se busca que ésta se vea inspirada por el concepto de dignidad humana y por la idea de un hombre cuyo desarrollo se encuentra vinculado a la

¹²⁶ Cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Dignidad de la persona”, en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coodir.) *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III., *op. cit.*, p. 23.

¹²⁷ En Alemania la dignidad humana fue reconocida en el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn y ha sido considerada por el Tribunal Constitucional Federal alemán como uno de “los principios básicos de la Constitución”, que “domina” todos los preceptos de la Ley Fundamental. BverfGE 6.32 (36). En otra resolución el máximo Tribunal alemán califica a la dignidad de la persona como el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional [BverfGE 45, 187 y ss. (227)].

¹²⁸ Art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn “la dignidad del hombre es inviolable. Es deber de todos los poderes respetarla y protegerla”. Art. 10.1 de la CE dispone que la dignidad de la persona es fundamento del orden político y la paz social.

¹²⁹ Cfr. BLOCH, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft Frankfurt am Main, 1961, p. 237.

sociedad en la que vive, a una sociedad plural y en constante competencia¹³⁰.

De igual manera, como señala Díez-Picazo la dignidad humana constituye una cláusula de prioridad de la persona sobre el Estado, esto es, que el Estado está para el ciudadano y no al revés¹³¹; se constituye como un *príus*, como fundamento del orden jurídico y político pero que sobre todo se realiza en la vida pública con la afirmación de la justicia y la protección de los derechos y libertades básicas¹³². Por ello, la actividad administrativa debe siempre guiarse por este fin último y en particular la actividad administrativa prestadora de carácter social. “Con esto se asigna al Estado, en su relación con el hombre, no una función de predominio, sino una tarea de servicio”¹³³. Lo cual, lo obliga a realizar toda acción necesaria que evite que el hombre viva una vida indigna y en este sentido, a cumplir lo mandado por el art. 9.2 de la CE.

La dignidad de la persona opera como fundamento del ordenamiento jurídico, como principio general del Derecho, como criterio orientador de la interpretación del Derecho, como instrumento para la integración del ordenamiento y como norma de conducta y límite en el ejercicio de los

¹³⁰ Cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Dignidad de la persona”..., *op. cit.*, p. 23.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit.*, p. 70.

¹³² Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2003, p. 67.

¹³³ MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Euros Editores, Buenos Aires, 2008, p. 43.

derechos¹³⁴; y en ese sentido la Constitución española en su art. 10.1, y asimismo, el Tribunal Constitucional español ha reconocido en varias ocasiones que la dignidad de la persona constituye el fundamento del orden político español¹³⁵. Por tanto, exige para la Administración Pública que siempre fundamente su actuación en este principio base, transformando así al administrado en centro y fin de su actuación. Demandándosele de esta forma, para el caso que estudiamos, que cuando ejecute prestaciones sociales lo haga con total respeto de la dignidad del destinatario de la prestación, quien demanda ser tratado como un ser único e irrepetible, esto es, con unas concretas circunstancias y necesidades que buscan ser salvadas y que se ven concretadas en el elemento marcadamente personal que caracteriza a las prestaciones personales de servicios y/o materiales. De modo que, sólo se podrá verificar el respeto de las exigencias que se desprenden de la dignidad en cada caso en concreto pues resulta muy difícil definir unas exigencias generales cuando nos referimos a este tipo de prestaciones.

2.1.1.2 Exigencias que se generan en concreto para la Administración Pública Prestadora de servicios personales y/o materiales

Cada vez que se estudia la dignidad humana tiende a resaltar aquel aspecto de la misma por el cual los seres humanos somos iguales en

¹³⁴ GÓNZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, ps. 83 y ss. Una crítica a este autor puede verse en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 78.

¹³⁵ Por ejemplo, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre.

cuanto todos tenemos un valor en nosotros mismos que nos transforma en fin supremo de la sociedad y el Estado; sin embargo, también remarca la radical diferencia existente entre cada ser humano al ser cada quien único y por tanto, hace que las circunstancias particulares, únicas e irrepetibles de cada individuo reclamen una especial atención. En este sentido, la garantía de la dignidad humana demanda también la posición subjetiva que tiene el interesado en el procedimiento, su calidad de persona a ser tomada en cuenta¹³⁶. Y por tanto, la radical negativa a que la persona sea tratada como un objeto y que sus intereses queden fuera del procedimiento mediante el cual se llevará a cabo la prestación.

Si bien es una exigencia de la cláusula social que se procuren o realicen prestaciones a fin de alcanzar la igualdad material, es una exigencia del Estado de Derecho y en concreto de la dignidad de la persona que éstas se presten conforme a las concretas necesidades de sus beneficiarios pues es la dignidad la que también exige que se atiendan a aquellas específicas diferencias que hacen a un ser humano tan radicalmente distinto del otro y que es en este caso lo que ha dado origen a la prestación. Ello, demanda que en las prestaciones personales de servicios y/o materiales, la Administración Pública, en la medida de lo posible, atienda a las concretas necesidades del destinatario de la prestación, que es en lo que se manifiesta ese elemento marcadamente personal característico de este tipo de prestaciones y cuya exigencia de satisfacción se desprende también de la dignidad.

¹³⁶ Cfr. HELD, Jürgen, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984, p. 133.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

De igual manera, la garantía de la dignidad humana como una concreta medida a alcanzar supone el contacto entre el ciudadano y el órgano estatal¹³⁷. En ese sentido, si se quiere una Administración Pública que cueste menos, que sea más eficaz y que piense más en el ciudadano, el punto de referencia de toda transformación de la Administración se encuentra en “...que se tenga bien en claro que el dueño, que el propietario de la Administración Pública es el ciudadano”¹³⁸, esto es que la dignidad de la persona debe ser fundamento de toda ordenación administrativa. En ese sentido, se necesita una Administración Pública cercana, que entre en contacto directo con el destinatario de la prestación a fin de que pueda conocer sus concretas circunstancias, que de otra forma quedarían fuera del procedimiento.

En vista de ello, debemos reafirmar a la dignidad humana como directriz de la actuación administrativa prestadora de carácter social pues sólo teniéndola siempre como norte se podrá realizar una prestación conforme las verdaderas exigencias del destinatario de la prestación, incorporándolas en el procedimiento, pues solo así se logrará su satisfacción. Asimismo, teniendo a la persona y su dignidad como fin de la actuación administrativa prestadora de carácter social se logrará a su vez que la Administración Pública se organice conforme a éstas exigencias. Ello, no es más que una consecuencia del reconocimiento de la posición

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 135.

¹³⁸ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Reformas y Modernización de la Administración Pública española” en CALVO CHARRO, María (Coor), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, p. 16.

prioritaria que tiene el ciudadano en el Estado, a quien éste debe dirigir toda su actuación.

2.1.2 El libre desarrollo de la personalidad

2.1.2.1 Significado y alcances

El concepto de libre desarrollo de la personalidad se remonta a la Declaración de Independencia de los Estado Unidos de 1776 donde se afirma que todo ser humano posee el derecho innato a “la búsqueda de la felicidad”. Y “significa que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás”¹³⁹. Asimismo, en la STC 53/1985, de 11 de abril FJ 8, se le define como una “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” con ciertos límites como por ejemplo el respeto a la ley, el bien común, el respeto del orden y la paz pública, entre otros.

De igual manera, cabe precisar que no es una fuente de legitimación del propio arbitrio pero sí un principio constitucional¹⁴⁰. Así, el art. 10.1 CE establece una cláusula general de libertad que es aplicable a cualquier actuación humana. Asimismo, como principio general, al estar inserto en la Constitución vincula a todos los poderes y sirve como canon

¹³⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁰ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *op. cit.*, p. 187.

hermenéutico de interpretación de las demás normas y de la actuación de los poderes.

Al igual que sucede con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad no se garantiza en el ordenamiento jurídico español como un derecho fundamental, sino como un principio o idea normativa, y se diferencia de Alemania que lo reconoce como tal en el art. 2.1. de su Ley Fundamental señalando expresamente que “todos tienen el derecho al libre desarrollo de su personalidad, en la medida en que no se violen los derechos de los demás y no se atente contra el orden constitucional o la ley moral”. En la doctrina y la jurisprudencia alemana el libre desarrollo de la personalidad ha sido entendido como una “libertad general de acción”. Así, en una de sus primeras y más importantes sentencias, la sentencia del caso Elfes¹⁴¹, el Tribunal Constitucional Federal alemán interpretó el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, párrafo 1 GG, como una “libertad de acción humana en el más amplio sentido”, como un derecho general a la libertad de acción¹⁴².

2.1.2.2 Libre desarrollo de la personalidad y actuación administrativa prestadora

El concepto de libre desarrollo de la personalidad remarca el significado que tiene la personalidad como “la fundamental

¹⁴¹ BVerfGE 6, 32 (36). La demanda fue presentada por el señor Wilhelm Elfes a quien las autoridades respectivas en Mönchengladbach le negaron la renovación de su pasaporte la cual fue solicitada en el año de 1953, con base en el §7, párrafo 1, lit. a de la ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952, sin justificación alguna.

¹⁴² Véase también la BVerfGE 59, 275 (278).

indisponibilidad del ser del hombre por parte de los demás y, con ello, a la vez, la fundamental disponibilidad del ser del hombre para sí mismo”¹⁴³, es decir que cada individuo es quien puede decidir libremente su proyecto vital o incluso no tenerlo. En ese sentido, “establece un proyecto de libertad individual de carácter general”¹⁴⁴ y, a diferencia de los derechos que se tienen por el sólo hecho de ser persona, el libre desarrollo de la personalidad es una conquista y cada cual ha de hacerse la suya propia¹⁴⁵.

No obstante lo anterior, debemos ser conscientes que no basta con reconocerlo como un principio sino que es necesario que el Estado disponga de unas condiciones políticas, económicas, culturales y sociales mínimas para su efectividad. En ese sentido, si bien con el reconocimiento del principio al libre desarrollo de la personalidad se busca el despliegue sin trabas del hombre de todas sus capacidades, para el caso de personas que se encuentran en una concreta situación de necesidad o dependencia y que requieren prestaciones de carácter social, su consecución se ve con mucha dificultad.

En el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales en las que hay una alta presencia de un elemento personal, el principio del libre desarrollo de la personalidad juega un papel fundamental, pues la Administración Pública Prestadora encuentra en él un límite pero también

¹⁴³ MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2010, p. 21.

¹⁴⁵ Cfr. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la C.E.)” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, 1995, p. 48.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

un criterio importante de determinación de su conducta. La Administración Pública Prestadora, a través de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, ayuda al individuo a concretar o materializar su proyecto vital a pesar de sus carencias o limitaciones (al drogodependiente a dejar las drogas, al enfermo mental a encontrar lucidez o al anciano ayudándolo a valerse por sí mismo, sólo por dar algún ejemplo) e incluso en algunos casos se convierte en elemento determinante del mismo, pero ello debe hacerse con respeto de las decisiones del beneficiario de la prestación y de su concreta situación, es decir conforme a su proyecto vital. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad se transforma a la par en un rechazo al paternalismo estatal, en una renuncia a aceptar que el Estado -o en este caso la Administración prestadora- sabe mejor lo que el ciudadano necesita, pero también en una demanda de actuación positiva por parte del Estado quien en algunos casos, con su intervención, ayudará al ciudadano a alcanzar el tan anhelado bienestar, el cual no se alcanza de cualquier manera, sino conforme al propio proyecto vital que cada individuo con libertad ha determinado.

Desde una perspectiva social puede decirse que “se está libre (...) cuando se proyectan acciones destinadas al acrecentamiento de las cualidades que constituyen a la persona y no cuando se pretende desarrollar comportamientos que (...) se oponen a la conciencia, razón o juicio (...)”¹⁴⁶. Es decir, que para que el desarrollo de la personalidad se

¹⁴⁶ ESPINAR VICENTE, José María, “Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, p. 65.

realice de forma libre es necesario que la Administración Pública al momento de ejecutar materialmente prestaciones lo haga conforme a las concretas circunstancias o necesidades del beneficiario de la prestación pues sólo de esa manera lo ayudará a concretar su proyecto vital. Por tanto, se torna indispensable la participación del destinatario de la prestación quien con total libertad podrá elegir entre alternativas igualmente viables pero que ayudarán a materializar su proyecto vital en mayor o menor medida de acuerdo a sus propias convicciones.

2.1.3 Los derechos fundamentales

2.1.3.1 Significado

Los derechos fundamentales pueden ser definidos, en líneas generales, como concreciones de las exigencias de las necesidades humanas que se fundamentan en la dignidad humana y que materializan el libre desarrollo de la personalidad. No obstante lo anterior, cabe precisar que en sentido estricto son derechos fundamentales “todos aquellos derechos que la Constitución garantiza a los ciudadanos como expresión o traducción, en el ordenamiento positivo nacional, de los derechos del hombre”¹⁴⁷ y en el ordenamiento jurídico español sólo aquellos a los que se refiere el art. 53

¹⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Derechos fundamentales” en ARAGÓN ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coordir.) *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, p. 107.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

de la Constitución, es decir tanto los de la sección 1ª como 2ª, del capítulo segundo, del Título I de la CE¹⁴⁸.

El Tribunal Constitucional ha señalado¹⁴⁹ que los derechos fundamentales son proyecciones de la dignidad de la persona. Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha manifestado con acierto que la base o fundamento de todos los derechos fundamentales es la dignidad humana y en ese sentido ha señalado que una actuación del legislador que busca realizar la cláusula social y que no cumpla con los requisitos básicos para que el hombre tenga una existencia digna, es justiciable¹⁵⁰. Ello también es confirmado cuando en el art. 1 de la Constitución alemana, luego de reconocer el valor de la dignidad humana, en su apartado 2 señala que “en consecuencia” el pueblo alemán declara derechos inviolables e inalienables del hombre.

En vista de ello, “los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE)...”¹⁵¹. De modo que, la dignidad se constituye como raíz de todo derecho fundamental, aunque respecto de unos se hace más patente que de otros, como ocurre por ejemplo con el derecho a la integridad física, la vida, o el derecho a no sufrir torturas; la libertad en sentido estricto o el derecho a la integridad moral (derecho a no sufrir

¹⁴⁸ Cfr. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴⁹ STC 194/1994 de 28 de junio FJ 4, entre otras.

¹⁵⁰ BVerfGE 82, 60 (80).

¹⁵¹ STC 194/1994 de 28 de junio FJ4.

tratos inhumanos ni degradantes, libertad de conciencia y religiosa), o incluso respecto de los derechos a la intimidad o al honor, los cuales, según ha reconocido el Tribunal Constitucional, también constituyen manifestaciones de la dignidad de la persona¹⁵²

Por otro lado, “en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho (...)”¹⁵³; otorgan al Estado unas notas características especiales que determinan su actuación e intervención, la cual debe realizarse con fundamento y respeto de ellos. En ese sentido, podemos señalar que los derechos fundamentales “troquelan materialmente al Estado de Derecho”¹⁵⁴ y por tanto, limitan la actuación de la Administración en un doble sentido, por un lado, desde el punto de vista formal, prohíben las actuaciones que los restrinjan injustificadamente; y por otro, en su vertiente material, obligan a adecuar la actuación

¹⁵² STC 53/1985, de 11 de abril FJ 8: “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 19) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

¹⁵³ STC 25/1981, de 14 de julio.

¹⁵⁴ BENDA, Ernesto, “El Estado Social de Derecho”..., *op. cit.*, p. 505.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de carácter social

administrativa a las exigencias que emanan de ellos¹⁵⁵. Ello, exige que la actuación administrativa prestadora de carácter social se realice conforme a ellos, es decir en respeto de su vigencia.

En ese sentido, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como la libertad y la igualdad, deben ser reconocidos primero y necesariamente como derechos de defensa porque constituyen la dialéctica propia del Estado y la sociedad¹⁵⁶, es decir, del Estado como potencial vulnerador de derechos ante un ciudadano que busca vivir con libertad, como manifestación clásica de todo Estado de Derecho. De esta manera, los derechos fundamentales al calificarse como derechos de defensa suponen un límite a la actuación de todos los poderes públicos, incluida la Administración Pública¹⁵⁷.

2.1.3.2 Un cambio de percepción

Como bien señala Häberle, aunque los derechos fundamentales, sin lugar a dudas, funcionan como límites al poder, “(...) de alguna manera caen fuera de ese esquema, por ejemplo, los caracteres de intensidad y personalidad que se presentan en las prestaciones de tipo personal (cuidado de personas adultas, entre otras)”¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988, p. 102.

¹⁵⁶ ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” ..., *op. cit.*, p. 732.

¹⁵⁷ Así se dispone por ejemplo en el art. 5 b) de la Ley de Servicios Sociales de Cantabria, Ley 2/2007, de 27 de marzo.

¹⁵⁸ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” ..., *op. cit.*, ps. 119-120.

Ello significa que, cuando nos referimos a las prestaciones personales de servicios y/o materiales, la relación que se genera entre la Administración Pública y los destinatarios de la prestación respecto de sus derechos fundamentales cambia. El ciudadano que acude a recibir una prestación social no busca que la Administración respete sus derechos fundamentales y se abstenga de intervenir, sino que por el contrario, busca que ésta intervenga en ámbitos de su esfera privada a fin de alcanzar su bienestar, a fin de lograr una procura existencial que le ayudará a alcanzar su proyecto vital, a fin de superar la situación de necesidad en la que se encuentra, a fin de alcanzar la igualdad material para así posteriormente apuntar a objetivos aún más altos. Lo que se demanda en estos casos es una actuación positiva por parte de la Administración Pública, un paso más. Lo cual, trae consigo que la Administración Pública prestadora no sólo vea a los derechos fundamentales como límite sino como una suerte de “marco de referencia” de su actuación, pues realizará su actuación prestadora en los términos de éstos. Así, por ejemplo, deberá configurar el procedimiento a seguir con un drogodependiente en los términos que la libertad de éste último exige, en función del credo que profese podría buscar ayuda de un guía espiritual, o recurrir a la ayuda de la familia, o también será determinante para seleccionar la línea ideológica del material profesional que emplee, o los procedimientos terapéuticos que podrá seguir, etc.

Como resulta evidente, la ejecución de este tipo de prestaciones exige respeto en general por parte de la Administración Pública Prestadora de los derechos fundamentales en su conjunto, como una exigencia del Estado de Derecho en el que vivimos. En vista de ello, la función de los

derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho es también orientar la acción del Estado, esto es en su dimensión objetiva, además de la función defensiva que tienen respecto del titular. En ese sentido, subrayan “(...) el establecimiento de directrices y reglas de actuación por parte de los poderes públicos”¹⁵⁹ y en especial de la Administración Pública Prestadora, a fin de evitar su desbocamiento y así garantizar aún más su respeto, pues aunque de alguna forma en el Estado Social se le autoriza a “irradiar” esferas privadas, los derechos fundamentales siempre estarán presentes como límite a su actuación.

2.2 El principio general de libertad

Como acabamos de señalar, los derechos fundamentales en general constituyen directrices de la actuación administrativa prestadora. Sin embargo, consideramos que la libertad general de la que es titular el destinatario de la prestación es el que especialmente puede verse afectada en los supuestos que estamos estudiando. Por tanto, el respeto de su vigencia supone *per se* la exigencia de determinadas conductas que la Administración Pública Prestadora deberá llevar a cabo.

¹⁵⁹ CASTELLÀ ANDREU, Josep María, Los derechos constitucionales...*op. cit.*, p. 147.

2.2.1 De la “libertad frente al Estado” a la “libertad a través del Estado”

(Freiheit von Staat - Freiheit durch den Staat)

2.2.1.1 La libertad a través del Estado

Como señala Denninger, hemos pasado de alcanzar la “libertad frente al Estado” a una “libertad a través del Estado”¹⁶⁰. Hoy, la libertad ya no se concibe sólo como una esfera que escapa a la intervención del Estado y que éste debe respetar sino que hoy la libertad, la libertad real, se consigue en mayor medida a través del Estado, al que ya no se concibe sólo como un potencial enemigo de los derechos fundamentales, aunque este rol no está exento de peligro¹⁶¹. En ese sentido, creemos que en mayor o menor medida, como se deduce de lo expuesto, hoy la libertad se consigue a través del Estado.

En ese orden de ideas, consideramos que muchos de los problemas que se originan en la protección de los derechos fundamentales se deben a “la aún defectuosa comprensión del auténtico alcance y significado de los llamados «derechos de prestación» [y] a la reiterada insistencia por tratar, a toda costa, de adecuarlos a categorías originariamente concebidas para dar respuesta a pretensiones de naturaleza bien distintas de la que aquellos

¹⁶⁰ Cfr. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 295.

¹⁶¹ Cfr. HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung...”, *op. cit.*, p. 430.

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

postulan”¹⁶². Por mucho tiempo, se ha buscado entender la formulación del Estado Social desde una perspectiva que podríamos llamar liberal y que deja de lado aquellos elementos que hacen tan particulares y diferentes a los derechos prestacionales y que exigen un comportamiento distinto por parte del Estado. En consecuencia, consideramos que una respuesta a tal cuestión la podemos encontrar en la profundización del estudio del paso del Estado de Derecho al Estado Social, sobre todo, en las distintas concepciones que se tenían respecto de los derechos y la relación del ciudadano con el poder. Inicialmente se pensaba que la libre actuación de las fuerzas solucionaría los problemas sociales y “se estaba dispuesto a pagar el precio de la permanencia de condiciones sociales gravosas porque parecía más importante la libertad”¹⁶³; sin embargo, la presencia del Estado se hizo necesaria como corresponsable de la existencia de condiciones básicas y necesarias para el desarrollo de la sociedad, en general y del ciudadano, en particular.

No obstante lo anterior, la garantía de la libertad en manos del Estado y en concreto de la Administración Pública Prestadora, es una razón más para cuestionarnos acerca de la limitación y/o control que en algunos casos supone la actuación administrativa prestadora de carácter social, pues sólo mediante la existencia de unos adecuados mecanismos de protección, se logrará la garantía de la libertad.

¹⁶² PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía...”, *op. cit.*, p. 659.

¹⁶³ BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho”..., *op. cit.*, p. 528.

2.2.1.2 El espacio dominado y el espacio efectivo

La garantía de la libertad a través del Estado es un estadio que ha sido conquistado una vez que hemos sido capaces de depositar nuestra confianza en la actuación prestadora estatal. Sin embargo, creemos que ello se ha alcanzado con un alto coste, pues “todo es menos sencillo cuando la garantía de la libertad depende de la producción o el mantenimiento de condiciones que no están a disposición del particular”¹⁶⁴. Y ello sucede en la medida en que en el marco del Estado Social se ha generado una cierta dependencia del ciudadano respecto de la actuación estatal.

Forsthoff refiriéndose a la relación que se establece entre Estado y sociedad realiza un análisis basándose en dos conceptos que consideramos básicos, “espacio dominado y espacio efectivo”. Explica que la dependencia del hombre de la ciudad al Estado se origina con el desarrollo técnico industrial de los siglos XIX y XX que ha hecho que se incremente el espacio vital efectivo, que incluso se encuentra en fase de crecimiento; mientras que, el espacio vital dominado se redujo, desapareciendo en algunos casos por completo¹⁶⁵.

Hoy el hombre no tiene a su disposición los bienes más elementales como el agua sino que depende de un suministro de carácter público, de

¹⁶⁴ HESSE, Herman, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2011, p. 127.

¹⁶⁵ Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, *op. cit.*, p. 46

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

una instalación pública de la Administración¹⁶⁶. Cuando el Estado se enfrenta con las necesidades de una población que ha crecido y que se concentra en las grandes ciudades, no tiene más remedio que intervenir¹⁶⁷. En vista de ello, “el Estado ha experimentado un extraordinario incremento de poder ya bajo el dominio de las ideas liberales y de los regímenes constitucionales y, por cierto, le ha correspondido la decisión sobre las condiciones esenciales de la vida individual en una amplitud y alcance que fueron enteramente extrañas al Estado de policía de carácter absolutista”¹⁶⁸.

Para ello distingue entre el espacio vital dominado por cada individuo el espacio efectivo y señala que “por el primero se significa aquel que está de tal manera colocado bajo el individuo de modo que éste pueda considerarse dueño de dicho espacio, sin que, necesariamente, sea el derecho de propiedad el que coloque y mantenga en dicha posición de dominio de ese espacio vital. Por el segundo, se significa aquel espacio en el que fácticamente se desarrolla la existencia de cada uno”¹⁶⁹; y sigue diciendo que, “en los comienzos del siglo XIX una parte relativamente alta de la población poseía un espacio vital sometido a su dominio. Era el corral y las dependencias, la propia casa, el taller.

Desde entonces, y a causa del aumento de la población, el espacio vital sometido a dominio se ha reducido cada vez más. “(...) Esta

¹⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 49.

¹⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁸ FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶⁹ ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *op. cit.*, p. 47.

reducción del espacio vital dominado tiene su contrapunto en la extraordinaria ampliación de espacio efectivo vital que el progreso de la técnica ha hecho posible”¹⁷⁰. Y ello, tiene gran repercusión para la estructura del Estado pues “la renuncia al ámbito espacial dominado supone a la vez renuncia a garantías sustanciales en la existencia individual. (...) El hombre sin espacio vital que domine, que no pueda sacar el agua del pozo, que no pueda recoger del bosque la leña (...), vive en una situación de notoria necesidad”¹⁷¹. Ello pues, no se vivió en toda su intensidad sino hasta después de la Primera Guerra Mundial y pasó así a la competencia del Estado la adopción de medidas que permitieran a los ciudadanos subsistir (...)”¹⁷².

Como resulta evidente, este fenómeno se presenta con mayor intensidad en las prestaciones sociales de servicio materiales y/o personales pues el ciudadano dependiente ya no tiene dominio ni siquiera de su propio cuerpo o de aquellos ámbitos más íntimos de su persona al depender de la Administración Pública para realizar actividades elementales del ser humano. Siendo éste el campo de actuación de la Administración Prestadora, que no es otro que el ámbito de desarrollo de los derechos fundamentales en general y de la libertad en particular. El cual, representa un escenario confuso, lleno de lagunas e incertidumbres para la Administración Pública pero también para el destinatario de la prestación que no sólo buscará la satisfacción de la prestación sino que

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² *Idem*.

también velará por el respeto de su libertad, como límite y marco de actuación para la Administración Pública.

2.2.2 Libertad y Administración Pública Prestadora de carácter social

2.2.2.1 Dimensiones de la libertad

La libertad general de acción se puede definir como la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera¹⁷³. Esto significa que podemos encontrar en ella dos dimensiones: positiva y negativa. La primera, supone “la situación en que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”¹⁷⁴, a la cual se le llama también autodeterminación o autonomía. La segunda, se refiere a “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”¹⁷⁵, se trata, pues, de una libertad como ausencia de impedimento o de constricción, que consiste en que no se obligue al individuo a actuar de una manera determinada. Y son pues estos dos contenidos los que nos ayudarán a comprender la libertad de actuación de la que goza el destinatario de la prestación a quien le corresponde una

¹⁷³ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 333. Según el Tribunal Constitucional Federal alemán existen tres esferas de libertad: la esfera más interna (ámbito último intangible donde no se afectan derechos de terceros), la esfera privada amplia (abarca lo privado sin que sea parte de la esfera íntima) y la esfera social (todo lo no incluido en la esfera privada amplia).

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁵ *Idem.*

libertad para decidir por sí mismo qué es lo mejor pero también de actuar conforme a ello, lo cual debe ser respetado en igual medida por la Administración Pública Prestadora.

La libertad de la que es titular el destinatario de la prestación cumple un papel primordial como directriz de la actuación administrativa prestadora. No sólo en su dimensión positiva sino también en su dimensión negativa, esto es, como límite infranqueable que debe respetar la Administración Pública Prestadora. Sin embargo, consideramos que la dimensión negativa de la libertad o de los derechos de libertad en general se concreta para el caso que comentamos en dos situaciones. De un lado, como límite infranqueable de todo poder, que es la visión clásica de los derechos fundamentales; pero a su vez, esa dimensión negativa se materializa en un respeto de los derechos de libertad que en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales se concreta en la exigencia hacia la Administración Pública de que su conducta se enmarque en el contenido de la libertad de cada destinatario de la prestación, de cómo se ha autoconfigurado por ejemplo religiosa e ideológicamente. Para así posteriormente ejecutar la prestación concreta conforme a ello en respeto del derecho fundamental de libertad del que es titular el destinatario de la prestación.

2.2.2.2 La libertad como límite de la Administración Pública Prestadora

La actuación administrativa prestadora de carácter social no supone en sí misma la afectación de derechos fundamentales; por el contrario, supone la materialización de la cláusula del Estado Social y por ende la

Capítulo II
Principios constitucionales que rigen la actuación administrativa prestadora de
carácter social

realización y efectividad de los denominados derechos prestacionales. Sin embargo, en la consecución de este fin que no es otro que alcanzar la igualdad material, justamente cuando la Administración ejecuta materialmente prestaciones es cuando puede afectar esferas de autodeterminación de los ciudadanos, o en otras palabras, cuando puede afectar derechos de libertad. Pues, en estos supuestos, nos encontramos frente a una Administración que actúa con un margen de libertad bastante amplio y que entra en contacto directo con los titulares de derechos sin muchas veces una previa habilitación legal. Y ello, debido a que las circunstancias así lo exigen o porque la ley que prevé la actuación administrativa no ha agotado el supuesto de hecho, pues muchas veces ello no es posible de acuerdo a la naturaleza de este tipo de prestaciones, como vimos anteriormente.

Al respecto, conviene siempre recordar que “la libertad en el ordenamiento constitucional tiene por objeto primordial preservar esferas individuales frente a posibles intervenciones estatales”¹⁷⁶. Y asimismo, que la Administración Pública no puede justificar directamente en la cláusula social una afectación o intervención en los derechos fundamentales¹⁷⁷, pues como todo objetivo social, cuando se persiga su realización debe hacerse respetando los límites existentes en todo Estado de Derecho, esto es en respeto de los derechos fundamentales y en particular la libertad.

De igual manera, la Administración Pública Prestadora debe recordar en cada paso que da, ese límite que representan los derechos

¹⁷⁶ COSSÍO, DÍAZ, José Ramón, *op. cit.*, p. 85.

¹⁷⁷ BVerfGE 59, 231 (263).

fundamentales y la obligación que tiene de respetar la libertad del destinatario de la prestación, puesto que la situación en la que se encuentran esas personas, situaciones de verdadera necesidad donde incluso la propia necesidad existencial se transforma en una medida de las posibilidades de vida (*Lebensmöglichkeiten*), la cual a su vez depende de la libertad (*Freiheit*) y de la propia individualidad (*Individualität*)¹⁷⁸. Libertad, que en estas circunstancias, muchas veces el destinatario de la prestación “olvida” tener y no exige su respeto, debido a la especial situación de necesidad en la que se encuentra teniendo sólo como prioridad la superación de la contingencia a cualquier costo.

En vista de ello, debemos realizar una reflexión al respecto y reconocer que hoy la libertad se encuentra amenazada por las intervenciones estatales arbitrarias y sobre todo por una Administración Prestadora que no cuenta con los medios materiales ni jurídicos adecuados para ofrecer la prestación, garantizando al mismo tiempo otros aspectos como son la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales. Por ello, la Administración Prestadora de carácter social hoy en día no debe imponerse al ciudadano sino que debe permitir su colaboración y así respetar la libertad de la que es titular, puesto que la “pequeña” libertad que existe en la necesidad, enfermedad, en la pérdida de trabajo se transforma en requisito previo para la protección de la “grande” libertad reconocida en la Constitución¹⁷⁹

¹⁷⁸ ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 684.

¹⁷⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”..., *op. cit.*, ps. 53-54.

CAPÍTULO III

RELEVANCIA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER LAS CUESTIONES PLANTEADAS

I. UNA NUEVA FORMA DE ABORDAR LA CUESTIÓN

Ante la insuficiencia de los principios clásicos que rigen la actuación administrativa y el riesgo de vulneración de los derechos fundamentales resulta necesaria la aplicación de nuevas formas o técnicas para aproximarse a los problemas que ello genera. En Alemania, el énfasis se ha puesto en la teoría de la organización y el procedimiento como elementos imprescindibles para la tutela de los derechos en general y, muy especialmente, en el caso de las prestaciones de servicios personales y/o materiales, y pensamos que este es el ámbito adecuado para la búsqueda de soluciones. Mediante la aplicación de esta teoría, se alcanzará no sólo la eficacia de la prestación sino también el respeto de derechos fundamentales, especialmente de libertad, como intentaremos demostrar.

Los problemas generales que tradicionalmente se han planteado en España respecto de la Administración Pública tienen que ver con los límites a la potestad reglamentaria, el sometimiento a la ley, el control de los actos discrecionales, entre otros, propios de la que podríamos denominar Administración de Policía, connatural a todo Estado liberal de

Derecho. Sin embargo y como hemos venido analizando, debido al nuevo papel que corresponde a la Administración Pública Prestadora también son nuevos los problemas que se plantean. De modo que, como resulta evidente, las soluciones o salidas a los problemas que se generan en este nuevo escenario no pueden ser las mismas propuestas en su configuración anterior.

Las limitaciones en la aplicación de los principios clásicos del Estado de Derecho para estos supuestos se han solventado atendiendo a la organización y el procedimiento, la cual parece ser la vía más adecuada también en España como ha señalado Rodríguez de Santiago¹. En ese sentido, podemos afirmar que “de forma aún más clara que en sus ámbitos clásicos, se pone de manifiesto en estos casos la relación ambivalente del Derecho Social con la libertad. La garantía por parte de los poderes públicos del libre desarrollo del individuo crea nuevas dependencias, nuevos problemas de igualdad y tiñe la esfera de la actuación personal con la lógica de los poderes públicos, sobre todo con la burocratización, la profesionalización o la especialización”². De forma que, la libertad puede quedar disminuida si la Administración Pública no incorpora un procedimiento, que permita la participación del beneficiario en la toma de decisiones, y una organización, que satisfaga la demanda plural de la sociedad. Lo cual, supone un gran reto por superar no sólo del Derecho

¹ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Capítulo 2. La realización del Estado Social...”, *op. cit.*, p. 129 y ss.

² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 149.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

Administrativo, sino sobre todo, al Derecho Constitucional al verse involucrados derechos fundamentales.

Como venimos reiterando, la cuestión que se plantea es cómo conseguir una prestación eficaz y, asimismo, que la Administración Pública Prestadora de carácter social siga sometida a los límites que le son propios, en particular, el respeto de los derechos fundamentales de los destinatarios de la prestación. Y ello exige mecanismos reales y efectivos que garanticen que ésta en cada paso que dé lo hace conforme a la Constitución.

Al respecto, debemos insistir en que para el caso de las prestaciones de servicios y/o materiales caracterizadas por un elemento marcadamente personal, una vez que el Estado, previa decisión legislativa, las ejecuta debe hacerlo teniendo en cuenta unas concretas exigencias; las cuales, se desprenden no sólo desde la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho, sino también sobre todo desde las concretas circunstancias en que se encuentra el destinatario de la prestación y que han dado origen a la contingencia que se busca superar. Se trata de un sujeto que está en una situación de necesidad concreta y, a su vez, de alguien que en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se ha configurado a sí mismo de un modo determinado, ideológica, social y culturalmente. Si la Administración Pública no respetara sus concretas circunstancias podría incidir negativamente en sus derechos fundamentales y, asimismo, incumplir las exigencias que se derivan de la mencionada cláusula al intentar “imponer su decisión”.

En ese orden de ideas, podemos ver que la cláusula del Estado Social genera distintas situaciones. Por un lado, da origen a la política social que

busca promover la protección de los derechos fundamentales a través de recursos y prestaciones que ejecuta el Estado con la finalidad de garantizar una vida digna para el ciudadano; pero por otro lado, da lugar a una suerte de “zona de peligro” (*Gefahrenzone*) para los derechos fundamentales. No sólo por la incertidumbre que respecto de ellos genera la actuación administrativa prestadora, sino porque se presume que su garantía, en estos casos, también debe confiarse a las tradicionales formas de protección de los derechos fundamentales cuando ya los avances de la técnica y la gran tarea del Estado Social hace cada vez más inhumana su actuación³. Es por ello que Estado y Comunidad deben trabajar juntos para así evitar la dependencia inhumana y disminuir las desigualdades sociales.

Por otro lado, sabemos también que las normas relativas a las prestaciones de carácter social son por lo general de carácter abierto y están dirigidas a individuos activos, grupos o a órganos del Estado⁴. Ello, si bien permite cierta flexibilidad ante las situaciones cambiantes, sin lugar a dudas también genera incertidumbre, en particular, respecto de la actuación administrativa material la cual puede acarrear afectación de derechos fundamentales. En vista de ello, debido a que en estos casos resulta imposible la regulación material de la actuación administrativa, al menos se deben regular los presupuestos de la misma como son la organización y el procedimiento.

³ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 56.

⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

Así, el que las prestaciones administrativas de carácter social se brinden en el ámbito propio de los derechos fundamentales, se transforma en el dato determinante para una adecuada conformación del marco normativo dentro del cual deben darse estas prestaciones. En estos casos, la existencia de un procedimiento resulta ser una exigencia de los derechos fundamentales y la participación del beneficiario algo connatural y necesario para el éxito de la prestación⁵; y así también, la implementación de una organización de tipo plural.

II. LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO

En la discusión actual sobre los derechos fundamentales, en Alemania, no hay tema que haya despertado tanto interés como la vinculación entre la organización, el procedimiento y los derechos fundamentales⁶. Sin embargo, debemos precisar que conforme a lo señalado por Alexy, su uso es poco técnico pues abarca un espectro muy amplio⁷.

Por tanto, a fin de tener un estudio introductorio acerca de esta teoría debemos enfocarnos necesariamente en Alemania y a su desarrollo en este país. Su origen lo encontramos a mitad de los años setenta cuando aún se mantenía la controversia respecto del Estado de Derecho y el

⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración...*, *op. cit.*, ps. 104-105.

⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 416.

⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 452.

Estado Social, referida a la función de los derechos fundamentales ya sea como derechos de defensa o como derechos de participación y de prestación⁸; y vinculado en concreto, con la idea de la organización y el procedimiento como mecanismos de protección de los mismos. Ello, no obstante, se trata de conceptos que ya habían sido incorporados por la jurisprudencia aunque aún no se había realizado una construcción teórica al respecto⁹.

1. UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA

1.1 Antecedentes

En la formulación originaria de esta teoría tuvo un papel fundamental la reivindicación que hacía Peter Häberle en la reunión de la Asociación de profesores de Derecho Público en el año de 1971 y en su posterior escrito¹⁰ sobre la sustantiva posición fundamental de los derechos fundamentales, especialmente referida a los múltiples y nuevos desafíos que se afrontan en el Estado Social, debido a que hoy nos encontramos frente a un Estado que progresivamente se hace responsable

⁸ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantie” en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Tomo II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 995. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 291.

⁹ ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 461.

¹⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 56.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

de las condiciones que permiten un pleno disfrute de los derechos¹¹. La postura del profesor alemán remarcaba la existencia de un debido proceso en el Estado de las prestaciones para expandirse luego en un nuevo *status* del ciudadano, un *status activus processualis*. Ello se traducía en la necesidad de que en determinados casos una adecuada protección de los derechos fundamentales exige la existencia de un procedimiento adecuado que permita al individuo participar en la formulación de aquellas decisiones que incidan en su esfera de intereses.

Asimismo, la sentencia del caso *Mülheim-Kärlich*¹² de 20 de diciembre de 1979 ayudó en la consolidación de esta teoría, cuyo efecto más

¹¹ Cfr. SCHILLACI, Ángelo, “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad” en *ReDCE*, año 7, núm. 13, Instituto Andaluz de Administración Pública, Universidad de Granada, 2010, p. 213.

¹² Caso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el cual se impugnaba una autorización concedida a la mencionada central nuclear, de 24 de junio de 1976, por una residente de Coblenza (a 7 km de la central nuclear), debido a los cambios que había introducido la central relacionados con nuevas edificaciones sin realizar un nuevo procedimiento de autorización. La demandante se amparaba en el art. 7.1 de la Ley de Energía Atómica, conforme al cual cualquier cambio esencial en la instalación o en su funcionamiento requería de un nuevo procedimiento de autorización, señalando la afectación de su derecho a la vida y a la integridad física (2.2 LFB) y su derecho a la protección judicial (19.4 LFB); y solicitaba también, como medida cautelar, la suspensión de la orden de ejecución de estas edificaciones.

Aunque la sentencia desestimó la pretensión de la demandante sentó una importante doctrina jurisprudencial al señalar que “los derechos fundamentales del art. 2.2 LFB influyen también en la aplicación de las disposiciones sobre los procedimientos administrativos y judiciales de autorización de las centrales nucleares, cuya misión reside, precisamente en proteger la vida y la salud frente a peligros de la energía atómica. Ello, no significa que cada error procesal en una medida del Derecho atómico haya de juzgarse como una lesión de derechos fundamentales. Una vulneración semejante surge cuando las autoridades administrativas inobservan aquellas medidas procedimentales que el Estado ha promulgado en cumplimiento de su deber de protección del artículo 2.2 LFB” (*BVerfGE* 53, 30 ps. 65-66). En ese sentido, se entiende que las normas que regulan la participación en los procedimientos de autorización nuclear forman parte de

importante fue que a partir de entonces y hasta nuestros días, los derechos fundamentales se han estudiado también desde la perspectiva organizativo-procedimental, incluso en el Derecho privado¹³. De igual manera, con la aprobación de la Convención sobre los derechos de asilo, de 25 de febrero de 1981 y la puesta en vigor de la décima edición del Código Social (*Sozialgesetzbuches SGB X*), de 18 de agosto de 1980, se dio inicio a un desarrollo a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo de la importancia del procedimiento y la organización para los derechos fundamentales¹⁴, convirtiéndose en el tema “en boga” de los años ochenta¹⁵.

De igual manera, la tesis de Konrad Hesse supuso un complemento importante a esta teoría. Conforme a ella, la organización y el procedimiento a menudo resultan ser un medio, quizá el único existente, para producir un resultado conforme a los derechos fundamentales y para garantizar su eficacia¹⁶. En ese sentido, señala el jurista que la idea de organización y procedimiento responde a las condiciones en que hoy en día se desarrolla la libertad, esto es en el Estado Social a través de la protección, prevención y distribución estatal. Ello, requiere un mayor grado de delimitación, demarcación y cartografía de las zonas de la libertad humana: aquí la organización y el procedimiento con frecuencia han demostrado ser un medio para resolver los problemas a los que nos

este tipo de medidas concretizadoras del mínimo de protección exigido (*BVerfGE* 53, 30 p. 66).

¹³ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, *op. cit.*, p. 995.

¹⁴ Cfr. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *op. cit.*, ps. 292-293.

¹⁵ Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrechts...*, *op. cit.*, p. 955.

¹⁶ Cfr. HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung...”, *op. cit.*, ps. 434 y ss.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

enfrentamos y, en este sentido, para garantizar los derechos fundamentales¹⁷. Aunque, debemos señalar, ha habido voces que propician una cierta cautela en su aplicación¹⁸, si bien no rechazan una interpretación de los derechos fundamentales a la luz del procedimiento.

Finalmente, debemos precisar que organización y procedimiento se encuentran íntimamente vinculados y que a veces no se logran separar, pues hablar de una organización reconduce a un procedimiento interno y viceversa¹⁹. De igual manera, es menester señalar que la aplicación de esta teoría en la protección que se da a los derechos fundamentales se presenta ya en distintos casos en los modernos Estados. Bajo la técnica de “organización y procedimiento” se busca abarcar distintos temas, los cuales van desde la los derechos a la tutela judicial efectiva hasta la formación de órganos colegiados en las Universidades²⁰, donde existen una serie de medidas a nivel organizativo y procedimental con la finalidad de garantizar el mejor ejercicio de los derechos que en cada caso corresponda. En ese sentido, “hoy puede decirse que (...) a todo derecho fundamental material le están adscritos derechos procedimentales”²¹.

Asimismo, han tenido aplicación en los procesos judiciales, en el sufragio en las organizaciones, en el derecho de petición de los

¹⁷ Cfr. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *op. cit.*, p. 434 y Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 86 y ss; 121 y ss.

¹⁸ OSSENBÜHL, Fritz, “Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts” en *DÖV*, 1981, p. 6 y BETHGE, Herbert, “Grundrechtsverwirklichung und Grundrechts-sicherung durch Organisation und Verfahren” en *NJW*, 1982, p. 2.

¹⁹ Cfr. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *op. cit.*, ps. 312-313.

²⁰ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 419.

²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 452.

representantes nacionales y de las autoridades competentes, así como en temas de igualdad entre hombre y mujer, matrimonio, derecho de asilo, educación privada, coaliciones, elección de la formación, secreto de las comunicaciones, entre otros²².

1.2 Clasificaciones

La relación entre derechos fundamentales y la organización y el procedimiento han dado origen en la doctrina alemana a una serie de clasificaciones²³. Así, Alexy²⁴ divide los derechos a organización y procedimiento en cuatro grupos: primero, las competencias de Derecho privado, que se refieren a los derechos frente al Estado para que éste expida normas necesarias para la realización de actos jurídicos en el ámbito privado; segundo, los procedimientos judiciales y administrativos, a los cuales denomina procedimientos en sentido estricto y que se refieren a los derechos a una tutela judicial efectiva; tercero, la organización en sentido estricto, poniendo como ejemplos el Derecho universitario, de radiodifusión y de cogestión, los cuales tienen en común que “regulan la cooperación de numerosas personas, orientadas a determinados fines”; y cuarto, la formación de la voluntad general, que contiene los derechos del

²² Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 956.

²³ Entre otras, DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *op. cit.*, ps. 296-297; OSSENBÜHL, Fritz, “Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht” en MÜLLER, Georg, *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhan, Basilea y Francfort del Meno, 1982, ps. 184-188; ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, ps. 441 y ss.

²⁴ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, ps. 429-443.

ciudadano frente al Estado para que éste cree los procedimientos necesarios para la participación en la formación de la voluntad general.

De igual manera, resulta relevante para el caso que comentamos la clasificación que los divide en: derecho *a* la organización y procedimiento (derechos cuyo objeto específico son organizaciones y procedimientos; relacionados con la protección judicial de los derechos fundamentales, los cuales, tienen un valor en sí mismos), derechos *con* organización y procedimiento (donde la organización y procedimiento suponen garantías cuyo cumplimiento se considera imprescindible para asegurar el bien jurídico, resultando una íntima vinculación más estrecha, como por ejemplo las reservas de jurisdicción); y derechos *mediante* organización y procedimiento (donde la organización y el procedimiento constituyen elementos necesarios para salvaguardar ciertos derechos, los cuales tienen un valor subordinado e instrumental)²⁵, siendo en esta última en la que debe enmarcarse la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales.

1.3 La dimensión formal de la cláusula social

Aunque el origen de la teoría lo podemos encontrar en las referencias antes mencionadas, la actual configuración de la organización y el procedimiento como mecanismos de protección de los derechos

²⁵ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantie...”, *op. cit.*, p. 994.

fundamentales en la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales encuentra su marco fundamental en la cláusula del Estado Social.

En vista de ello, podemos señalar que “el Estado Social es el Estado configurado por la Constitución que, a través de marcos adecuados de organización y procedimiento, pone a disposición del ciudadano y de los grupos en que éste se integra prestaciones que directa o indirectamente favorecen la realización de los derechos fundamentales”²⁶. En ese sentido, sabemos que el Estado social no sólo tiene un contenido material referido a la igualdad, ejecución de prestaciones, ayuda a los más necesitados, etc. sino que también constituye un principio formal²⁷ que demanda una “realización institucional del fin social” que consiste en crear el marco organizativo y procedimental adecuado²⁸, el cual resulta especialmente necesario para un tipo de prestaciones que se resisten a ser reguladas.

La organización y el procedimiento pueden calificarse como una suerte de vía intermedia entre una teoría amplia de los valores, impuesta por el TC alemán y un “dejar hacer” al legislador. La dimensión formal de la cláusula social ofrece el marco jurídico de organización y procedimiento dentro del cual se harán efectivas las prestaciones.²⁹ Ello, consiste en crear un marco organizativo y procedimental que le permita al ciudadano en

²⁶ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Cfr. PITTSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen”, en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, Tomo 5, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977, p. 167.

²⁸ Cfr. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 126.

²⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 417.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

estado de necesidad, la posibilidad de configurar sus propias circunstancias vitales mediante decisiones personales responsables³⁰. Por tanto, desde el principio del Estado Social, en su dimensión formal, se generan estipulaciones sobre la organización y el procedimiento, las cuales, determinarán el camino que con tranquilidad, eficiencia y resultados materiales ayudarán a realizar el bienestar social³¹.

Y por otro lado, como señala Pitschas, ya en su dimensión material, el Estado Social se realizará a través del desarrollo de estas estipulaciones, esto es, de una adecuada estructura organizativa y de un procedimiento³². De modo que, la solución a futuro de una vida digna y en igualdad estará conectada con la organización y articulación de los intereses sociales concretos y con las instituciones, la implementación de un nuevo poder que sea eficaz³³. Así, el Estado dará efectividad a los derechos fundamentales mediante la creación de ciertas estructuras organizativas y procedimentales³⁴.

En consecuencia, aunque es posible que el legislador decida regular la actuación administrativa de distintas formas, ya sea mediante regulaciones de contenido o mediante procedimientos u organización³⁵, como venimos

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 130.

³¹ Cfr. WERNICKE, K.G., “Der Bund und die Länder...”, *op. cit.*, p. 461.

³² PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”, *op. cit.*, p. 167.

³³ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 737.

³⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 43 y ss.

³⁵ Cfr. RITTER, Ernst-Hasso, “Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht” en HOFFMAN-RIEM, Wolfgang y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (Coord.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Schriften zur Reform des Verwaltungsrecht*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997, p. 208.

insistiendo, la primera opción resulta de muy difícil aplicación para el caso que comentamos, pues la misma naturaleza de la actuación se resiste a ser totalmente regulada debido a la presencia de un elemento marcadamente personal. En estos casos, lo adecuado es regular las prestaciones de forma que no incidan sobre el contenido del acto sino sobre sus premisas o presupuestos³⁶, esto es, sobre su estructura organizativa y procedimental. De modo que, será éste el que se encuentre determinado por ley, pues será el mecanismo a través del cual se llevará a cabo la competencia estatal de realizar la cláusula social³⁷. Por ello, la única tarea del Derecho en estos casos, la más adecuada, es la regulación del marco procedimental y organizativo en el que se llevará a cabo³⁸. Y por tanto, corresponderá a la Administración Pública Prestadora, la obligación de ejecutar estos mandatos organizativos y procedimentales regulados por ley a fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, especialmente la libertad del destinatario de la prestación en el marco de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales.

De igual manera, se cumplirá así con la exigencia de flexibilidad en la ejecución de la prestación para que se permita también una participación activa de su destinatario en el seno de un procedimiento, que es como ya vimos una exigencia de sus derechos fundamentales, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. En ese sentido, la importancia de esta teoría

³⁶ Cfr. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 134.

³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 129.

³⁸ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts...*, *op. cit.*, ps. 210-211.

para la Administración Pública Prestadora resulta evidente, pues mediante ella se logrará materialmente garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y estamos convencidos que éste ámbito resulta ser uno de los mejores escenarios de aplicación de la misma, como intentaremos poner de manifiesto en las siguientes páginas.

2. REALIZACION Y ASEGURAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La técnica de la organización y el procedimiento está relacionada con distintos temas o materias pero que siempre se encontrarán bajo la fórmula de “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento”³⁹. En vista de ello, nuestro principal objetivo es remarcar la función especial que tiene la organización y el procedimiento como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, en el seno de las prestaciones personales de servicios y/o materiales. Por tanto, debemos precisar, en primer lugar, que de todas las clasificaciones que existen respecto de la relación entre derechos fundamentales y la organización y el procedimiento, la que nos interesa es la que se refiere a su protección mediante esta técnica (*Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren*) y que es la que incluye el grupo de casos más tratados⁴⁰. Y en segundo lugar, que

³⁹ ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 419.

⁴⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, *op. cit.*, p. 994.

la existencia de esta teoría supone para la Administración Pública Prestadora la presencia de una concreta exigencia que deberá respetar.

Como veíamos anteriormente, los derechos fundamentales en el Estado Social ya no se realizan *frente* al Estado interventor sino *en* el Estado prestador y ello exige que el Estado ponga a disposición del individuo formas de organización y procedimiento para hacer valer esos derechos. En ese orden de ideas, podemos concluir diciendo que en el Estado Social se hace necesaria la creación de estructuras organizativas y procedimentales para la adecuada protección y eficacia de los derechos fundamentales⁴¹.

De igual manera, y conforme a la jurisprudencia alemana⁴², la organización y el procedimiento brindan una posibilidad óptima de protección y realización directa de los derechos fundamentales, facilitando una libertad garantizada por la Constitución mediante la disposición de instalaciones o servicios, teniendo en cuenta los recursos disponibles y la demanda existente. Por tanto, la organización y el procedimiento pueden entenderse como una forma de dotar de eficacia a los derechos

⁴¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 43 y ss.

⁴² BVerfGE 37, 132 (140). Asimismo, en la BVerfGE 35, 79 (116), fallo sobre las Universidades, señala el Tribunal Alemán que al titular del derecho fundamental del art 5 párr. 3 LF le debe ser concedido “un derecho a aquellas medidas, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado”. Y en la BVerfGE 24, 367 (402 s.), fallo sobre la Ley del Parlamento de Hamburgo sobre represas, el Tribunal Alemán admite la realización de una expropiación forzosa sólo si previamente se ha realizado un procedimiento de expropiación administrativa. Sentencias que resultan paradigmáticas en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales a través del procedimiento y la organización.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

fundamentales en el marco de las tareas que cumple el moderno Estado Social prestador⁴³.

Asimismo, entre los centros de interés de esta “nueva Administración” debemos destacar el énfasis en los valores humanos, en la organización y en las técnicas que contribuyan a mejorar las relaciones humanas y a hacer efectiva la participación⁴⁴. La forma en que el Estado y en concreto la Administración Pública se enfrentan aquí a los derechos fundamentales -es decir, no como una Administración de Policía que sólo ve en ellos un límite a su actuación sino como una Administración Prestadora que busca también realizar la cláusula social-, demanda la creación de un marco organizativo y procedimental de las prestaciones que siga permitiendo al ciudadano ser el dueño de sus propias decisiones vitales⁴⁵. Asimismo, Häberle señalaba que los derechos fundamentales, sobre todo los de libertad, cada vez dependen más del procedimiento y organización que realice el Estado de las prestaciones o Estado Social⁴⁶.

La organización y el procedimiento como medios de protección de los derechos fundamentales en las prestaciones personales de servicios y/o materiales exigen en la Administración Pública “una reforma que le permita adaptarse a un cambio de sus funciones y roles tradicionales, dando una mayor relevancia a la gestión de prestación frente a la

⁴³ Cfr. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁴ Cfr. DWIGHT, Waldo, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁵ Cfr. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 130.

⁴⁶ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 52.

tradicional gestión de autoridad (...)”⁴⁷. Y responsable en el sentido de que se respete al destinatario de la prestación como persona, pero no desde la lejanía sino a través de su participación en el procedimiento y mediante una organización de las prestaciones de tipo plural, pues de ello dependerá la conquista de su proyecto vital. Siendo en estos casos un elemento definitivo su consentimiento o decisión informada, no sólo para alcanzar la adecuada satisfacción de sus necesidades, sino también como mecanismo de legitimación de la actuación estatal. Así, es que podemos entender aquello que Zagrebelsky señalaba de que en el Estado de policía existía una sociedad de menores; mientras que, en el Estado liberal, una sociedad de adultos⁴⁸, los cuales definen el curso de su vida mediante decisiones personales responsables.

En ese orden de ideas, podemos ver qué tan relevante es la tarea que debe cumplir la Administración Pública Prestadora, la cual deberá también asegurar los medios organizativos y procedimentales necesarios para que se gestione con eficacia los intereses que la sociedad le confía “pues tan nocivo para ésta –para la sociedad, para los ciudadanos– es el autoritarismo administrativo, el abuso del poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración”⁴⁹. Pues mediante estos conceptos se podrá lograr no sólo

⁴⁷ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Reformas y Modernización de la Administración Pública española” en CALVO CHARRO, María (Coord.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, p. 43

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 102.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

un control más eficaz de la actuación administrativa prestadora sino también su eficacia y eficiencia.

La STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3, señala que “la interpenetración entre Estado y sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes”. Por tanto, Estado y Sociedad no pueden definirse como dos sistemas, sino más bien “como subsistemas completamente interdependientes, vinculados y condicionados por un número creciente de interrelaciones, de flujos y reflujos (...)”⁵⁰. De modo que, debido a las constantes y heterogéneas demandas y estímulos por parte de la sociedad, estamos asistiendo a una transformación de la estructura y función del Estado; y como consecuencia de las constantes acciones e intervenciones del Estado, asistimos también a una transformación estructural de la sociedad. Por tanto, resulta evidente que todo ello crea una situación de tensión entre los agentes que participan en ella: del Estado, que da las líneas directrices de la responsabilidad global del mismo; y de otro, la libertad y responsabilidad del individuo⁵¹, cuestiones que creemos pueden ser salvadas en el caso de la actuación administrativa de carácter social que comentamos a través de la organización y el procedimiento.

⁵⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones...*, *op. cit.*, p. 113.

⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 18.

2.1 La garantía de los derechos fundamentales

Por las razones expuestas, somos de la idea que los derechos fundamentales pueden ser garantizados de forma previa e inmediata a través de la organización y el procedimiento, más que confiándolos a las formas tradicionales de protección.

Debido a que la principal función de todo Estado de Derecho es garantizarlos y protegerlos mediante la limitación del poder, podemos afirmar que la defensa de los derechos fundamentales que en el Estado de Derecho se encargaba al juez una vez que éstos han sido vulnerados, hoy la asume en cierta medida también la Administración Pública, pero de una forma previa y a fin de evitar cualquier vulneración, mediante la garantía de los mismos por medio de formas adecuadas y eficaces de organización y procedimiento.

La búsqueda de otros mecanismos de protección se presenta cuando escasean las condiciones requeridas para la libertad; y en ese sentido, aunque en el actual Estado Social los derechos ya no sólo se conciben como derechos de defensa, ello no debe llevarnos a renunciar a aquello que fue conquistado durante la etapa liberal, esto es, que los derechos fundamentales representan un límite infranqueable a la actuación del poder y en concreto de la Administración Pública. De modo que, “la exigencia de organización y procedimiento supone un perfeccionamiento –no una negación- de la tradición liberal, de las que arrancan los derechos

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

fundamentales”⁵². La organización y procedimiento permiten una presencia cooperativa de la dimensión negativa y de la dimensión positiva de la libertad⁵³, lo cual permite a su vez la defensa de la misma pero también su despliegue sin trabas.

Muchos derechos fundamentales requieren para su realización de una organización y un procedimiento que los rija y se convierten así en elementos necesarios para su efectividad, en particular de su eficacia material⁵⁴. Por tanto, “las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales”⁵⁵ y, en específico, con la dignidad.

Mediante la incorporación de una adecuada organización y procedimiento en la ejecución de las prestaciones personales de servicios y/o materiales se crea una suerte de protección *ex-ante* de los derechos fundamentales, una garantía de no vulneración, en el marco de la actuación administrativa prestadora y en la propia conformación de la prestación, las cuales deben estar a disposición del ciudadano y a través del cual encauzará su actuación⁵⁶. De este modo, la Administración Pública en el Estado Social se constituye también como garante de los derechos fundamentales, no sólo mediante las prestaciones sino también en la prestación, siendo

⁵² Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema...*, *op. cit.*, p. 129.

⁵³ Cfr. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁴ Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 956.

⁵⁵ ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 419.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 42.

éste un papel que muchas veces es olvidado al momento de analizar su actuación⁵⁷.

2.1.1 Protección *ex-post* y protección *ex-ante* de los derechos fundamentales

La protección de los derechos fundamentales se puede presentar de dos maneras. De forma preventiva, antes de cualquier vulneración, es decir, como una suerte de “garantía de no vulneración” o protección *ex-ante*; o de forma reactiva, es decir una vez que éstos han sido vulnerados, a la cual llamaremos protección *ex-post*.

Ambas formas de protección resultan desde nuestro punto de vista adecuadas y de algún modo necesarias, pues sería bastante ilógico configurar sólo garantías *ex-post* de protección, sin que antes se establezca un marco que permita la eficacia de los derechos fundamentales sin esperar a una efectiva vulneración.

Asimismo, la existencia de ambas formas de protección es una manifestación de la idea de organización y procedimiento como forma de protección de los mismos. La protección *ex-post* se enmarca dentro de lo que se clasifica como “derecho a la organización y procedimiento” y la protección *ex-ante*, como “derecho mediante la organización y

⁵⁷ Como señala Schmidt-Assmann, la Administración Pública se rige por tres principios: respeto de los derechos fundamentales; sometimiento al Derecho y a la ley; y vinculación a la garantía de la tutela judicial efectiva. Y son principios que vinculan no sólo al núcleo de la acción administrativa de las entidades u organizaciones jurídico públicas, sino que se extiende también a amplios sectores de la acción y la organización privada de la Administración. Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General...*, *op. cit.*, p. 4.

procedimiento”, conforme a la clasificación antes mencionada y que surge de la relación entre organización y procedimiento con los derechos fundamentales⁵⁸.

2.1.1.1 Protección *ex-post*

A grandes rasgos la protección *ex-post* de los derechos fundamentales se refiere a los mecanismos procesales de defensa que se activan una vez que éstos han sido vulnerados. Garantías jurisdiccionales cuya prestación se deja en manos de los órganos judiciales y que en el caso de los derechos fundamentales están reguladas en el art. 53 de la Constitución española.

Tradicionalmente la tutela de las libertades y derechos de los ciudadanos mediante este tipo de mecanismos de protección se encomienda a los Tribunales y se caracterizan por tener una naturaleza reactiva y no preventiva, que recae en jueces ordinarios pero también en un órgano creado especialmente para su protección en última instancia, el Tribunal Constitucional. Es decir, nos referimos a los recursos judiciales ordinarios que prevén las leyes, los procedimientos preferentes y sumarios del art. 53.2 CE, el recurso de amparo, el *habeas corpus* o el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

Aunque su regulación y existencia es necesaria a fin de garantizar la efectiva vigencia de los derechos fundamentales, este tipo de mecanismos de protección, de alguna forma, implica asumir de antemano la afectación

⁵⁸ Ver entre otras DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe zur...”, *op. cit.*, ps. 296-297; OSSENBÜHL, Fritz, “Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht”..., *op. cit.*, ps. 184-188; ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, ps. 441 y ss.

de derechos fundamentales. Incluso, la “tolerancia” de una posible vulneración de derechos fundamentales por parte de la Administración Pública Prestadora que será sólo resuelta posteriormente. Aunado a ello, podríamos señalar que la configuración de las leyes que regulan las prestaciones da cierta “carta blanca” a quien la aplica, la Administración Pública, lo cual sólo permitiría en principio una protección a futuro de los derechos fundamentales (*vorverlegte Rechtsschutz*)⁵⁹, esto es, una vez que éstos han sido vulnerados. En vista de lo cual, hace falta que existan mecanismos que, para el caso que comentamos, garanticen la vigencia y respeto de los derechos fundamentales, especialmente los de libertad.

2.1.1.2 Protección *ex-ante*

La protección de los derechos antes de que sean vulnerados, o más bien la garantía de los mismos, es algo natural y propio de todo Estado de Derecho. El nacimiento de la propia Constitución se justifica en ello y asimismo, los mecanismos de división de poderes y reconocimiento de los derechos fundamentales buscan nada más y nada menos que limitar el poder “en seco”, es decir, son mecanismos *ex-ante* de protección de las libertades fundamentales del ciudadano. El uso de mecanismos *ex-post* se hacen necesarios en la medida que, aun teniendo un sistema que busca evitar la afectación de derechos, estas deformaciones se produzcan. La activación de la protección judicial no resulta pues algo querido, sino que se trata de una suerte de remedio ante la afectación de derechos

⁵⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 53.

fundamentales. Por ello, aunque resulte necesaria se requiere también que existan mecanismos que *per se* permitan la protección de los mismos.

La protección *ex-ante* de los derechos fundamentales es por definición una protección preventiva a la que más bien podríamos denominar “garantía de protección” de que puedan verse afectados en el desarrollo de la prestación social y que se hace efectiva, desde nuestro punto de vista, mediante la incorporación de una correcta organización y procedimiento en la configuración y desarrollo de la prestación de servicios personales y/o materiales.

Esta garantía de protección tiene gran aplicación para las prestaciones personales. Ello, se consigue en primer lugar, mediante la participación de su destinatario en el procedimiento⁶⁰ y en concreto cuando se verifica la comunicación de una decisión responsable e informada. Esta decisión que es tomada por el afectado de la prestación y transmitida a la Administración Pública encargada de la misma, será la que determine la forma en que deberá ejecutarse materialmente, lo que permitirá la adecuada protección de la libertad del destinatario evitando la imposición de decisiones por parte de la Administración Prestadora.

En ese sentido, si lo que temíamos era una Administración Pública descontrolada que en su cometido de realizar la cláusula social pudiera afectar derechos fundamentales, la participación en el procedimiento representa “una nueva forma expresiva de la clásica función defensiva

⁶⁰ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 87.

adsrita a los derechos fundamentales”⁶¹, esto es, que reconociendo la importancia de la participación y su papel central podemos identificar con ella, el momento defensivo de los derechos fundamentales a través del procedimiento⁶².

En segundo lugar, también podemos conseguir una protección *ex-ante* de los derechos fundamentales mediante una adecuada organización que satisfaga la demanda plural de la sociedad y en ese sentido, señala Pitschas que resulta necesario que las estructuras organizativas a través de las cuales se ejecuta la prestación deben permitir en sí mismas la posibilidad de que su destinatario pueda determinar sus propias condiciones de vida -esto es el despliegue sin trabas de su personalidad- en el marco de la prestación estatal⁶³. En vista de ello, el destinatario de la prestación debe tener la posibilidad de, por un lado, participar en la configuración de la prestación; y por otro, cuando ello sea requerido, de elegir el centro y el tipo de prestación, los cuales son elementos determinantes en que se concreta el ejercicio de su libertad, como veremos más adelante.

En este orden de ideas, si bien el Legislador es el primer llamado a realizar esta exigencia, a regular la existencia de una organización y un procedimiento adecuado, también cumple un papel fundamental la Administración Pública Prestadora en la materialización de las normas que regulan el procedimiento y la organización de las prestaciones, para así

⁶¹ SCHILLACI, Ángelo, “Derechos fundamentales y procedimiento...”, *op. cit.*, p. 223.

⁶² Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 292-295.

⁶³ PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstatsprinzip...”, *op. cit.*, p. 170.

poder brindar una protección *ex-ante* de los derechos fundamentales. Siendo que de esta forma, se produce una suerte de “simbiosis entre la Administración y el ciudadano”⁶⁴ encontrándose aquí el *status activus processualis*.

En definitiva pues, “(...) más que las posibilidades individuales de reacción frente a agravios concretos, lo crucial en un Estado democrático de Derecho es que el ambiente general sea respetuoso de los valores constitucionalmente proclamados”⁶⁵. Y ello se consigue, para el caso de la actuación administrativa prestadora de carácter social y en concreto de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, con la implementación de una adecuada organización y procedimiento.

2.2 Dimensión objetiva de los derechos fundamentales

2.2.1 Dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales

En primer lugar, debemos precisar que no es nuestra intención detenernos en el estudio de esta categoría que es ampliamente conocida⁶⁶, pero sí partir de sus postulados básicos para luego entender por qué la organización y el procedimiento se constituyen como sus manifestaciones.

⁶⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁵ *Ibidem*, p.64.

⁶⁶ Para un estudio a profundidad en la bibliografía española Cfr. SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio Ambiente y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 99-206.

Los derechos fundamentales se caracterizan tradicionalmente como derechos de defensa, esto es, que se reconocen como áreas inmunes a la actuación estatal, como pretensiones de no injerencia⁶⁷. Sin embargo, desde los trabajos de Smend en la época de Weimar sobre el significado de la Constitución y de los derechos fundamentales como un “sistema de valores”⁶⁸ podemos encontrar un contenido objetivo en los derechos fundamentales. Conforme a esta teoría, la norma de derecho fundamental es tanto una norma de derecho público subjetivo como una de contenido objetivo que impone al Estado la realización de un valor fundamental⁶⁹.

Los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva y, “como consecuencia de este doble carácter de los derechos fundamentales, pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; y en su vertiente jurídico-objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y

⁶⁷ Cfr. ISENSEE, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, *HSiR*, V, 2000, p. 155 y KRIELE, Martin, “Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum”, *HSiR*, V, 2000, ps.127-128.

⁶⁸ Cfr. SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich und Leipzig, 1928, p. 163. Sobre el desarrollo histórico de esta teoría ver STERN, Klaus, *Das Staatsrecht...*, *op. cit.*, ps. 890-907. Esta teoría fue asumida tempranamente en el conocido caso Luth *BVerGE*, 7, 178.

⁶⁹ Cfr. DOLDERER, Michael, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000, ps. 117 y ss.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos”⁷⁰.

Asimismo, en la STC 25/1981 de 14 de julio FJ 5, el Alto Tribunal señalaba que “(...) los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)...». Esto es, que los derechos fundamentales, además de esta dimensión subjetiva, disponen de otra dimensión objetiva, ya que

⁷⁰ El ATC 382/1996, de 18 de diciembre, es muy significativo al señalar que: “los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico.” Aunque este pronunciamiento se encuentra contenido en un Auto se puede deducir de otras Sentencias que el carácter objetivo de los derechos fundamentales es la justificación de la obligación positiva por parte del Estado, por ejemplo en la STC 129/1989, de 17 de julio FJ 3 que señala “[l]a significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia” y la STC 53/1985, de 11 de abril FJ 4 que señala “[p]or consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano”.

constituyen “elementos asimismo esenciales del orden jurídico-político general”⁷¹.

En suma, los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito de significación, uno subjetivo, que reconoce y garantiza al individuo un *status* jurídico o la libertad, y por tanto se exige un ámbito de libertad en el cual se pueda realizar las prerrogativas que el derecho signifique; y otro objetivo, que considera que los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad política, es decir, que requieren un ámbito de actuación positiva del poder público, por la que el Estado se obliga a políticas serias de promoción de los derechos fundamentales⁷².

2.2.2 La organización y el procedimiento como manifestaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Desde la perspectiva objetiva, que es la que nos interesa, “su realización consiste en la adopción de medidas políticas orientadas a la justicia o, como suele decirse al bien común”⁷³. En ese sentido, debido a que la Constitución y los derechos fundamentales que ésta proclama vinculan a la Administración Pública, éstos, los derechos fundamentales,

⁷¹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos, Madrid*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 71, nueva época, enero-marzo de 1991, p. 88.

⁷² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales" en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 7, 2003, pp. 184-188.

⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 85.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

como principios del ordenamiento jurídico deben también inspirar la actuación administrativa.

Este entendimiento de los derechos fundamentales obedece a la noción del Estado como Social y Democrático de Derecho, y junto a ella el entendimiento de la Constitución como normativa y en la que, precisamente, los derechos fundamentales ya no son sólo límites al poder estatal sino también principios y valores objetivos de todo el ordenamiento jurídico. Esta nueva dimensión constituye en palabras de Böckenförde ya no un complemento sino una cualidad de los derechos⁷⁴ y para Alexy se trata del “... instrumento más importante para permitir que estos derechos adquieran un nuevo contenido”⁷⁵.

Como los derechos fundamentales son ahora valores del ordenamiento y ya no sólo límites al poder, se convierten entonces en mandatos que el Estado debe cumplir⁷⁶. Esto implica que el poder público está doblemente vinculado a los derechos: por un lado, en su sentido

⁷⁴ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la ley fundamental”, en BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 1993, p. 109.

⁷⁵ ALEXY, Robert, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1995, p. 262.

⁷⁶ BÖCKENFÖRDE señala que “[l]os derechos fundamentales como normas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos”. Más adelante, afirma este mismo autor que: “El deber de protección del Estado es general. No sólo prohíbe -evidentemente- intervenciones estatales directas en la vida que se está gestando, sino que obliga también al Estado a situarse ante esta vida en términos de protección y promoción, es decir, a protegerla frente a ataques antijurídicos por parte de otros”. “Sobre la situación de la dogmática..., *op. cit.*, ps. 114 y 115.

tradicional abstencionista de no lesionar la esfera jurídica por ellos protegida; y por el otro, en su dimensión objetiva, respecto de la cual deberá procurar que el disfrute de los derechos sea real y efectivo en todos los sectores del ordenamiento jurídico en el que desplieguen sus efectos⁷⁷. Pero también vinculan a los poderes en otro sentido, pues que los poderes se encuentren positivamente vinculados a los derechos se traduce en la mencionada fórmula alemana de "organización y procedimiento"⁷⁸, esto es "que la efectividad de los derechos fundamentales no exige sólo respetar la declaración constitucional de derechos, sino que muy a menudo es preciso, además, que existan estructuras públicas, tanto administrativas como jurisdiccionales, a través de las cuales se ejerzan los derechos (...)"⁷⁹. Por tanto, se torna necesaria, como manifestación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, la implementación de un procedimiento y una organización adecuados que garanticen el respeto efectivo de los derechos y en especial de la libertad.

⁷⁷ En este sentido la STC 18/1984 F.J. 3, señala que "La configuración del Estado como Social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía derecho público-privado y agudiza (tanto) la dificultad de calificar determinados entes, cuando no existe calificación legal, como (la) de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica." Más adelante, en su FJ 6º., esta misma sentencia señala que: "la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) «se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social». La petición del principio es evidente: habría un deber de los poderes públicos de «dar efectividad» a los derechos fundamentales «en cuanto a su vigencia en la vida social» que deriva del artículo 9.1 de la Constitución".

⁷⁸ Cfr. TRUTE, Hans-Heinrich, *Die Forschung...*, *op. cit.*, ps. 412 y ss.

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María, *op. cit.*, ps. 129-130.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

Por tanto, en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como “directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa” (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal⁸⁰. Donde, consideramos, la Constitución se transforma en la norma marco para la organización y procedimiento de las prestaciones, que permiten la participación del Estado y del ciudadano⁸¹ para cumplir así con las exigencias que se desprenden desde la Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Siendo para el caso que comentamos una exigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales la adecuada implementación de una organización y procedimiento en el marco de la actuación administrativa prestadora de carácter social.

3. SOBRE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO

3.1 La organización

3.1.1 Definición

El Estado y en concreto los entes públicos necesitan estructuras organizativas para actuar, a fin de cumplir con las funciones que se les

⁸⁰ SCHNEIDER, Hans-Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático" en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 7, enero-marzo de 1979, nota 4, p. 23.

⁸¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *op. cit.*, p. 56.

encargan desde la Constitución o desde las leyes⁸² y la Administración Pública Prestadora no es una excepción a esta regla.

El concepto de organización no es uniforme en el Derecho aunque principalmente se refiere a las instituciones o a la organización interna de las mismas; sin embargo, el concepto que nos interesa es el que tiene que ver con los derechos fundamentales. La organización a la que nos referimos tiene unos caracteres especiales que se traducen no sólo en la forma en que la Administración prestadora deberá estructurarse o configurarse para cumplir con lo mandado por las leyes, sino que servirán, sobre todo, para el caso que comentamos, como mecanismo de protección de los derechos, especialmente de libertad, del destinatario de la prestación.

La conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública en un sentido conforme a los derechos fundamentales implica directamente la apertura de aquellos a la participación de los titulares de los derechos, y eventualmente a la organización exponencial de sus intereses⁸³. En vista de ello, el concepto de organización que empleemos debe ser amplio e incluso debe permitir consideraciones del Derecho procedimental⁸⁴, así como del Derecho presupuestario y de la función pública⁸⁵. Al respecto, conviene precisar

⁸² Cfr. RITTER, Ernst-Hasso, "Organisationwandel durch...", *op. cit.*, p. 207 y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Verwaltungsorganisationsrecht...", *op. cit.*, p. 11.

⁸³ Cfr. E. DENNINGER, «Staatliche Hilfe zur...», *op. cit.*, p. 297.

⁸⁴ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 138.

⁸⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Verwaltungsorganisationsrecht...", *op. cit.*, p. 20.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

que cada vez que hablemos de organización nos tendremos que remitir al procedimiento y viceversa. Si el procedimiento se puede definir de forma general como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado”⁸⁶, la organización aparece como un elemento previo a éste⁸⁷.

Asimismo, a fin de entender la organización a la que nos referimos, debemos diferenciar los derechos de los individuos a una organización, de los derechos de los individuos frente a la organización⁸⁸. Los primeros, que son los que nos interesan, se refieren al derecho de la persona frente al legislador para que expida normas de organización conformes a los derechos fundamentales, esto es, en respeto de la dignidad y del pluralismo.

Por tanto, el concepto de organización que empleamos “se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios”⁸⁹. Esto es, a una Administración Pública Prestadora organizada donde existe una actuación institucionalizada y un mayor número de actores que interactúan regularmente con muy diferentes objetivos⁹⁰. Y donde lo plural se torna en el elemento determinante para definirla.

⁸⁶ ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 419.

⁸⁷ Cfr. STERN, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, p. 960.

⁸⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 435.

⁸⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, *op. cit.*, p. 1005.

Siempre que se piensa en la Administración Pública se vislumbra una mega estructura, organizada tanto jerárquica como territorialmente, que actúa vinculada al Derecho y sometida a determinadas formas, pues en definitiva, “la intervención administrativa es intervención organizativa”⁹¹. Y en ese sentido, se ha dicho y creemos con acierto, que “la medida real del bienestar social no se encuentra en las leyes, que son meras proposiciones normativas, sino más bien en la organización administrativa”⁹². Y ello es así pues en la medida que la Administración Pública encargada de ejecutar materialmente las prestaciones se organice adecuadamente, de forma que existan canales de comunicación y/o interacción entre Administración y ciudadano, la eficacia de la cláusula social será aún mayor para así evitar a toda costa que “los derechos de prestación no se transformen en deberes y no conlleven obligaciones que a causa, por ejemplo, de una insuficiente información o por falta de comprensión de un texto complejo, exijan demasiado de los que tienen derecho a la participación, transformándolo así en una farsa”⁹³.

Por ello, el Derecho de la organización permite que la actividad de prestación de la Administración Pública se inserte en estructuras⁹⁴ que deberán dar respuesta a aquella asimetría existente entre la neutralidad estatal y la pluralidad social, que es un reflejo de la asimetría entre la competencia estatal y la libertad del ciudadano. Mientras los ciudadanos

⁹¹ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General...*, *op. cit.* p. 258.

⁹² NIETO, Alejandro, “La organización de las Administraciones Públicas para el servicio del bienestar” en MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis y GONZÁLEZ SEARA, Luis (Dir.), *op. cit.*, p. 556.

⁹³ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 182-183.

⁹⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General...*, *op. cit.*, p. 251.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

actúan con una libertad jurídicamente ordenada, los órganos estatales actúan con una competencia jurídicamente otorgada⁹⁵. Esto es, como ya hemos subrayado, que mientras el destinatario de la prestación goza de una libertad por naturaleza, la Administración Pública Prestadora no. Y aunque su actuación en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales es “libre” o mejor dicho más flexible, aún se encuentra condicionada por las exigencias que se derivan de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Así, la Administración Pública Prestadora se transforma en pieza fundamental de la estructura y de la acción del Estado para la renovación y producción constituida de la integración social⁹⁶. Al respecto, podemos ver que la Administración Pública tiene un sentido político, pues a través de su actuación transmite una serie de valores y principios, y busca materializar fines públicos. Ello significa que no sólo es brazo ejecutor del Gobierno sino que busca transformar y moldear a la sociedad⁹⁷. “La Administración es el instrumento en manos del Gobierno para plasmar en obras los ideales y programas políticos”⁹⁸. En ese sentido, se necesita de una Administración infraestructural que busque la previsión y la

⁹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, ps. 164-165.

⁹⁶ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 539.

⁹⁷ Cfr. ARENILLA SÁEZ, Manuel, “Marco Teórico...”, *op. cit.*, ps. 18-20.

⁹⁸ LOPEZ RODO, Laureano, *La Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 96.

planificación⁹⁹, pero sobre todo que se encuentre adecuadamente organizada a fin de satisfacer las necesidades de procura de esa sociedad plural a quien dirige su actuación.

3.1.2 Presencia de principios de la organización administrativa

La Constitución española recoge en su art. 103.1 los principios de la organización administrativa como son eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, los cuales son plenamente aplicables para nuestro caso. Éstos permitirán la conformación de una organización administrativa adecuada que atienda de la mejor manera las demandas de una sociedad plural.

Al respecto, podemos encontrar en las leyes de servicios sociales la incorporación de principios fundamentales como descentralización, proximidad y eficacia¹⁰⁰, y asimismo, el principio de colaboración entre servicios sanitarios y sociales, públicos y privados, la coordinación y colaboración entre Administraciones Públicas y la creación del Consejo Territorial de la dependencia. Todo lo cual, exige una “acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de éste”¹⁰¹. Donde la eficacia requiere adecuar los medios a los fines y una

⁹⁹ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Leciones...*, *op. cit.*, p. 45.

¹⁰⁰ Art. 40 Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; art. 34 de Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de la Rioja; art. 33 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña; art. 18 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.

¹⁰¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos” en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *op. cit.*, p. 1950.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

constante atención a las circunstancias en que se realiza la actuación administrativa y la labor de sus agentes¹⁰². En suma, refiere su contenido a la Administración Pública subjetivamente considerada y tiene como objeto propio la exigencia de realización efectiva del interés general¹⁰³.

Todos estos principios demandan una forma especial de organización y creemos que se hace necesaria una reforma, en el sentido de que, especialmente, en el ámbito prestacional de carácter social, debe dejar de existir un dominio de la estructura organizativa burocrática¹⁰⁴ para lo cual debemos recurrir a los principios constitucionales de organización ya mencionados¹⁰⁵. En el caso prestacional la tipicidad, sistematización y burocracia pueden resultar una amenaza para la tarea de la Administración Pública que tiene como medida de su actuación las circunstancias personales de vida del ciudadano beneficiario de la prestación¹⁰⁶. Por ello, ciudadano y Administración deben trabajar juntos para que así la intervención se transforme en interacción.

De igual forma, el hecho de que el principio de eficacia se enmarque en una Constitución que define al Estado como Social y Democrático de Derecho tiene como corolario “la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la

¹⁰² Cfr. SANCHEZ MORÓN, Miguel, “Artículo 103”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *op. cit.*, p. 1685.

¹⁰³ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁴ PITTSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”, *op. cit.*, ps. 152-153.

¹⁰⁵ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Reformas y Modernización...”, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 170.

resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad”¹⁰⁷. En vista de lo cual, podemos afirmar que la eficacia se logra mediante una correcta configuración de la prestación, y ésta a su vez mediante un adecuado sistema de organización y procedimiento que no sólo satisfará a su beneficiario sino que permitirá también el ahorro y el uso adecuado de los bienes disponibles. Lo cual, equivaldría a lo que tradicionalmente se ha llamado “buena Administración”¹⁰⁸.

3.2 El procedimiento

3.2.1 Alcances generales

Todos los asuntos públicos que corren a cargo de la Administración discurren a través de un procedimiento determinado¹⁰⁹. Así, en el Derecho Administrativo el procedimiento se define como “el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la Resolución que le pone término

¹⁰⁷ STC 178/1989, de 2 de noviembre FJ 3.

¹⁰⁸ MEILÁN GIL, José Luis, “La Administración Pública: naturaleza jurídica” en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 503.

¹⁰⁹ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo” en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 104.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego”¹¹⁰.

De esa definición, que es la común en la doctrina, se pueden extraer muchas características del procedimiento administrativo que interesan respecto del tema objeto de nuestro estudio puesto que se caracteriza por alcanzar un fin, por ser garantía para el ciudadano, por revestirse de legalidad, por velar por el interés público. Notas o elementos que recogen exigencias derivadas de la cláusula del Estado Social y de Derecho pero que; sin embargo, no atienden el elemento clave, la participación del ciudadano. Se trata de una definición desde el Derecho Administrativo que sólo contempla la participación de la Administración Pública, que sólo tiene por finalidad garantizar los derechos de los ciudadanos afectados sin que éstos tengan una actuación activa en el mismo, o en todo caso, esta no es un elemento importante que ayude a definir el procedimiento administrativo; cuando, como bien señala Luhmann, el procedimiento no es idéntico al proceso de toma de decisión sino que se trata de un sistema social, de una actuación fáctica o material, de un sistema de interacción¹¹¹.

En este sentido, Alexy¹¹² diferencia los derechos cuyo procedimiento debe interpretarse de conformidad con la Constitución¹¹³, de aquellos

¹¹⁰ BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 84.

¹¹¹ Cfr. LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied, 1978, p. 3 y ss.

¹¹² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 420.

¹¹³ Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el derecho a la ejecución forzosa en BVerfBE 46, 325 (33 y ss.); 49, 220 (225 y ss.); 49, 252 (256 y ss.); 51, 150 (156).

derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales. Los primeros van dirigidos al juzgador, mientras los segundos, que son los que ahora nos interesan, al legislador y en última instancia a la Administración Pública Prestadora y son en los que nos centraremos.

La noción de procedimiento que aquí empleamos no se refiere al concepto clásico de procedimiento administrativo sino a una construcción teórica de otro tipo que permite la concreción y desarrollo de las prestaciones personales de servicios y/o materiales¹¹⁴. En ese sentido, el procedimiento puede ser definido como una serie de operaciones estructuradas de extracción de información y de procesamiento de la producción de decisiones, las cuales, se componen de una variedad de acciones e interacciones que tienen su propia dinámica de desarrollo, no predecible en todos los puntos¹¹⁵, teniendo por finalidad una suerte de confrontación de los intereses en juego antes de que entren en conflicto¹¹⁶. O como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado”¹¹⁷, donde lo importante es alcanzar ese resultado mediante el respeto de reglas y principios, en base a lo cual se podrá calificar la actuación de positiva o negativa¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts...*, *op. cit.*, ps. 288-289; TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”, *op. cit.*, p. 113.

¹¹⁵ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, *op. cit.*, p. 1005.

¹¹⁶ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 419.

¹¹⁸ *Idem.*

El concepto de procedimiento al que nos referimos está vinculado con la relación jurídico prestacional que se establece entre Administración Pública Prestadora y destinatario de la prestación. Se trata pues de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de la Administración Pública y el ciudadano necesitado; y referido al marco procedimental en base al cual esta relación se va a desarrollar, dirigido “a la concreción del contenido del derecho prestacional del destinatario en una forma que se corresponda con el resultado que se pretende: éxito de la prestación, superación (...) de la situación de necesidad que constituye su causa y su finalidad”¹¹⁹.

3.2.2 Elementos del procedimiento

De modo general, lo que establecen las normas procedimentales referidas a las prestaciones personales de servicios y/o materiales son la sucesión de actos, la posición y condiciones jurídicas del sujeto prestador, los derechos y garantías del destinatario de la prestación, etc.¹²⁰. Sin embargo, de la idea de procedimiento se desprenden dos elementos o conceptos fundamentales, la reserva procedimental y el *status activus processualis*, que identifican aspectos determinantes de la idea de procedimiento que comentamos.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 140.

¹²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 140.

3.2.2.1 Reserva procedimental

Como concluimos anteriormente, la reserva de ley en materia de derechos fundamentales encuentra un campo de aplicación complejo cuando nos referimos a la actuación administrativa prestadora de carácter social, pues en esta puede darse un riesgo de afectación de determinados derechos fundamentales o una restricción a los mismos, en especial de la libertad. A fin de obtener una solución, debido a la tensión que puede existir entre el establecimiento de un orden jurídico social y la responsabilidad para con la libertad de cada persona, vemos que el legislador tiene cierta libertad para determinarla¹²¹; sin embargo, sabemos que la garantía de la reserva de ley en estos casos no se aplica, puesto que la actuación administrativa prestadora de carácter social no constituye *per se* un límite o restricción a los derechos fundamentales. En vista de ello, podemos señalar que en estos supuestos “la reserva de ley se transforma en reserva del procedimiento”¹²².

De modo que, para el caso de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales se hace necesario que el legislador determine o confíe en manos de la Administración, a través del reglamento¹²³, la implementación de un procedimiento como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales del destinatario de la prestación.

¹²¹ BVerfGE 113, 167; 44, 70 (89 f); 89, 365 (376); 103, 172 (185.)

¹²² HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 87.

¹²³ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La Administración...”, *op. cit.*, p. 383. Lo cual, puede aplicarse en este caso al confiar al reglamento la implementación de un procedimiento adecuado cuando la ley no lo disponga taxativamente.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

El procedimiento, en estos casos, tiene una connotación especial en lo que respecta a los derechos fundamentales pues “conforme al postulado del Estado de Derecho, las intervenciones del Estado en la esfera que los derechos fundamentales garantizan al individuo, deben, en la medida de lo posible, ser previsibles y anticipadamente calculables”¹²⁴. La “reserva procedimental” apunta a que el Estado sólo puede desarrollar su actividad prestacional en ámbitos en los que se pueden afectar derechos fundamentales cuando exista un mínimo de procedimiento adecuado para que sus propios titulares los hagan valer a través de su participación. Se trata de una superación de la centralidad del *status negativus* para pasar a un responsable desarrollo de la dimensión procedimental de las libertades fundamentales¹²⁵.

3.2.2.2 Status activus processualis

El segundo elemento de la idea de procedimiento que comentamos es el *status activus processualis*, el cual se encuentra presente como elemento fundamental desde los orígenes de esta teoría. Si la reserva procedimental se refiere a la existencia misma del procedimiento como mecanismo de garantía de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación jurídica prestacional; el *status activus processualis* se refiere a la participación efectiva del destinatario de la prestación en el procedimiento a través del cual discurre su configuración y desarrollo.

¹²⁴ BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho”..., *op. cit.*, p. 506.

¹²⁵ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 51.

En ese orden de ideas, siempre que nos referimos a los *status* del ciudadano recordamos necesariamente la ya famosa teoría de Jellinek al respecto sobre la relación Estado-ciudadano en el plano del Derecho Público, quien señala que el ser humano tiene cuatro estados o posiciones frente al Estado. Un *status subiectionis*, que constituye aquel ámbito pasivo donde el hombre tiene obligaciones; *status libertatis*, que es el ámbito negativo o de las libertades; *status civitatis*, que es el *status positivus* a través del cual el individuo puede solicitar al Estado pretensiones positivas; y el *status* de la ciudadanía activa, por el cual se le da al individuo capacidades que naturalmente no posee que sirven para la formación de la voluntad estatal, como el caso del sufragio¹²⁶.

La teoría de los *status* ha sido ampliamente estudiada, pero lo que de ella nos interesa es la revisión que Peter Häberle plantea al respecto, señalando que en el Estado Social se genera una nueva relación y así un nuevo *status*, el *status activus processualis*. Este *status* se ha convertido, en palabras de Schmidt-Assmann, en el elemento más importante de la teoría de los derechos fundamentales¹²⁷, el cual, según el jurista, debería adscribirse al *status* positivo¹²⁸ pues como señala Alexy¹²⁹ el objeto de estos derechos, la organización y el procedimiento, están esencialmente constituidos por competencias del Estado, en particular del legislador

¹²⁶ Cfr. JELLINEK, Georg, *System der Subjektiven...*, *op. cit.*, p. 87. Y, asimismo, Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, ps. 219-232.

¹²⁷ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General...*, *op. cit.*, p. 363.

¹²⁸ Cfr. HÄBERLE, Peter, "Grundrechte im Leistungsstaat", *op. cit.*, p. 73.

¹²⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 425.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

debido a que los derechos a la organización y el procedimiento son derechos a competencias.

Al respecto, podemos señalar que hoy la problemática social descansa en que las necesidades sociales del individuo no tienen un adecuado *status activus processualis* porque su satisfacción depende de la benevolencia de la Administración Pública¹³⁰. Asimismo, en este escenario, en el que la Administración Pública Prestadora se constituye como un posible vulnerador de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, “el *status* negativo ya no es suficiente para los nuevos peligros que se generan para con los derechos fundamentales”¹³¹ debido a la generalidad de la ley que la regula. En vista de ello, el *status activus processualis* lo que “reclama” es un derecho al procedimiento y una participación en el mismo del destinatario de la prestación. Por ello, se trata de un estado de participación en y alrededor del Estado Social¹³².

El *status activus processualis* enfatiza la necesidad de que en determinados ámbitos una correcta protección de los derechos fundamentales garantice un procedimiento adecuado que permita al individuo participar en la formación de aquellas decisiones que inciden en su esfera de intereses. Es decir, “se manifiesta en la influencia directa del titular, a través de la participación, sobre la determinación del contenido

¹³⁰ Cfr. BACHOF, Otto, “Begriff und Wessen...”, *op. cit.*, p. 57.

¹³¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 73.

¹³² Cfr. *Ibidem*, ps. 81.

del derecho en sede del procedimiento público de decisión”¹³³, la cual puede abarcar también cualquier medida de tipo organizativo¹³⁴.

En ese sentido, el *status activus processualis* destaca la vertiente jurídico-procedimental de los derechos e implica la participación en el procedimiento de los titulares de los derechos¹³⁵. Con lo cual se busca que el destinatario de la prestación participe en la configuración y ejecución de la misma, lográndose así una mayor eficacia en la protección del contenido material de sus derechos fundamentales que la que ofrece una protección *a posteriori*¹³⁶. Lo cual resulta una exigencia de los derechos fundamentales pues en este escenario la forma más adecuada de garantizar su protección es permitiendo que el destinatario de la prestación participe en la configuración y ejecución de la misma manifestando sus concretas necesidades y preferencias. Se trata pues de un *status* en el que los grupos o el individuo se autorepresentan creándose así un nuevo campo de actuación para el ciudadano¹³⁷.

¹³³ SCHILLACI, Ángelo, “Derechos fundamentales y procedimiento...”, *op. cit.*, p. 235.

¹³⁴ ALEXY, Robert, *Teoría...*, *op. cit.*, ps. 430-431.

¹³⁵ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 81-86 y Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, ps. 133-134.

¹³⁶ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 88.

¹³⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 130.

III. LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO EN LAS PRESTACIONES PERSONALES DE SERVICIOS Y/O MATERIALES

Una vez estudiados los conceptos de organización y procedimiento resulta ahora necesario explicar de qué manera éstas garantizan la efectiva vigencia de los derechos fundamentales en la prestación. Y creemos que la forma en que lo hacen es asegurando la participación y el respeto del pluralismo pues la organización y el procedimiento permiten que la Administración Pública se organice pluralmente y que el destinatario de la prestación participe en la misma tomando decisiones informadas con base a su autodeterminación, logrando así el respeto de sus libertades, como intentaremos exponer a continuación.

En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho la finalidad del procedimiento es la tutela de los derechos fundamentales a través de la participación, la cual sólo se puede entender vinculada al aporte de un pluralismo de intereses de todo tipo. Por tanto, una participación plural se torna en pieza importante de la garantía de la libertad¹³⁸ pues debemos considerar que “la libertad tiene pies de barro cuando sólo se sostiene sobre las Instituciones, sobre la buena voluntad de los gobernantes (...) o sobre la seguridad apolítica. La libertad necesita a ese pueblo inescindible de la Sociedad, en definitiva, necesita de la

¹³⁸ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 83.

democracia”¹³⁹ y de la participación que es su exigencia previa y fundamental.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRESTACIÓN PERSONAL

Como venimos reiterando, una idea clave desde la cual debemos partir para abordar este tema es que el Estado Social debe realizarse de conformidad con los derechos fundamentales y ello significa que, aunque el ciudadano necesite muchas veces de la intervención del Estado mediante prestaciones para realizarse en sociedad dignamente, mientras éste –el ciudadano- más libre se encuentre, tendrá una mayor posibilidad de autodeterminarse y actuar conforme a sus valores y preferencias. Por tanto, podemos afirmar que no pueden existir prestaciones públicas sin que existan prestaciones personales¹⁴⁰. Y ello significa que una adecuada configuración de la prestación exige la identificación de su destinatario, de sus necesidades y especialmente de su participación en el procedimiento de su configuración y ejecución. El derecho que tiene el destinatario de la prestación a la configuración de la misma deriva de su consideración como sujeto que participa en su concreción, planificación y ejecución de la

¹³⁹ HESSE, Herman, *Escritos...*, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 113.

prestación¹⁴¹, esta es la tendencia en las más recientes resoluciones sobre la materia.

Así, el respeto de los derechos fundamentales se proclama como un principio del sistema de servicios sociales en las leyes de las distintas Comunidades Autónomas. Por ejemplo, conviene mencionar que la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, subraya la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales y libertades de los usuarios. En ese sentido, señala en su art. 8 que “1. Debe ponerse un cuidado especial en garantizar los derechos y libertades fundamentales y en facilitar su ejercicio en la relación que se establece con las personas para la prestación de los servicios sociales. 2. Los profesionales y entidades que gestionan servicios sociales deben orientar su actividad de modo que se garantice especialmente la dignidad de las personas, su bienestar y el respeto a su autonomía e intimidad. 3. La Administración pública debe velar por la efectividad de los derechos de los destinatarios de los servicios sociales”.

Para entender el alcance de lo que estamos diciendo, es necesario tener en cuenta que en el caso particular de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, la dinámica de los derechos fundamentales cambia. Éstos siguen siendo límites a la actuación estatal pero en un contexto en que el ciudadano mismo es el que busca la ayuda de la Administración. Así, y sólo por citar un ejemplo, cuando el drogodependiente acude a un centro de ayuda no lo hace con la finalidad

¹⁴¹ Cfr. WAHL, Andreas, *Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht*, Duncker und Humblot, Berlín, 2001, p. 81.

de que el Estado respete su derecho a la intimidad, sino que es él mismo el que la expone (la situación específica que ha originado su dependencia a determinada sustancia) y busca que la Administración Prestadora le ayude a superar esta situación. Es decir, que lo que busca es la prestación, pero resulta una exigencia de los derechos fundamentales, de su dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, que el destinatario de la prestación –el drogodependiente- acuda a un centro especializado en tratar su dependencia (adecuada organización) y que el tratamiento que se desarrolle a fin de superar su situación de dependencia se haga con su colaboración, esto es, con su consentimiento, con su participación (adecuado procedimiento) y sin incidencia injustificadas en su intimidad¹⁴², libertad y otros derechos fundamentales.

La propia complejidad de las prestaciones personales de servicios y/o materiales exige respuestas singularizadas. El elemento marcadamente personal de este tipo de prestaciones exige que se atienda y escuche en forma particular al destinatario concreto de la prestación¹⁴³, pues para

¹⁴² En el desarrollo de este capítulo citaremos leyes de servicios sociales sobre todo de las Comunidades Autónomas que son las competentes en la materia. Así, por ejemplo, éste se recoge como un derecho del usuario en el art. 6 ñ) de la Ley de Servicios Sociales de Cantabria, Ley 2/2007, de 27 de marzo; art. 39 n) de la Ley de Servicios Sociales de Asturias, Ley 1/2003, de 24 de febrero.

¹⁴³ En las Leyes de Servicios sociales se configura como un derecho a una atención personalizada: art. 32 c) de la Ley de servicios sociales de Murcia, Ley 3/2003, de 10 de abril; art. 5 h) de la Ley de servicios sociales de Cantabria, Ley 2/2007, de 27 de marzo; art. 39 m) de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias; art. 9 d) de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Baleares; art. 11 g) de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León; art. 4 d) de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid, donde se precisa que se tiene derecho a “una atención individualizada que respete su identidad y dignidad, y les procure en todo momento un trato apropiado”.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

poder configurarlas se necesita saber a quién irán dirigidas y las concretas circunstancias que han dado origen a la contingencia que se busca salvar.

En ese sentido, podemos encontrar en las Leyes de Servicios Sociales como principio general del sistema de servicios sociales la autonomía personal¹⁴⁴. Así, por ejemplo, conforme al art. 5 j) de la Ley 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, se reconoce como principio la promoción de la autonomía personal y se señala que “el sistema de servicios sociales favorecerá que las personas consigan la capacidad necesaria para tomar decisiones personales acerca de cómo vivir y elegir sobre sus propias preferencias, así como para participar y desenvolverse en los distintos ámbitos sociales, políticos, económicos, laborales, culturales y educativos”.

Por tanto, la satisfacción de las necesidades personales del destinatario de la prestación exige la implementación de mecanismos que ayuden a que la Administración Prestadora de carácter social y más en concreto al profesional encargado de ejecutar materialmente la prestación a que se mantenga lo más cercano posible y ello, se puede alcanzar a través de la organización y el procedimiento¹⁴⁵. Con lo cual, se logrará una adecuada tutela de los derechos fundamentales, el éxito de la prestación y asimismo, se permitirá la eficiencia y eficacia de la actuación

¹⁴⁴ Por ejemplo, el art. 5 g) de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.

¹⁴⁵ Cfr. MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich und STARCK, Christian, *op. cit.*, (35, art., 3).

administrativa¹⁴⁶, pues en “un Derecho Administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva”¹⁴⁷.

Finalmente, ayuda a entender este planteamiento recordar que en el caso de los derechos sociales no se trata de bienes ya dados como en el caso de la libertad, sino que se necesita de una acción positiva por parte del Estado generalmente expresada en la prestación de un servicio o bien y que implicarán la adscripción a un conjunto de normas de organización y procedimiento¹⁴⁸. Los derechos prestacionales reclaman de manera especial una adecuada organización y procedimiento que supone cooperación, comunicación, y participación¹⁴⁹ entre la Administración Prestadora y el destinatario de la prestación, que permitirá a su vez la vigencia de los derechos, especialmente de libertad.

2. PLURALISMO Y PARTICIPACIÓN

A través de la organización y del procedimiento se garantiza, como hemos visto, el pluralismo y la participación, esenciales para asegurar el

¹⁴⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Der Rechtsstaat” en *Handbuch des Staatsrecht*, Band II, p. 583.

¹⁴⁷ BVerfGE, 61, 82 (116) y KUNIG, Philip, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen Zu Seiner Bedeutung Für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck GmbH & Co. K, 1986, ps. 438-439.

¹⁴⁸ PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos...”, *op. cit.*, p. 662.

¹⁴⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”..., *op. cit.*, p. 48.

respeto de los derechos fundamentales. Conviene por ello detenernos en ambos principios.

2.1 Pluralismo social e individualidad

2.1.1 Una concepción pluralista de la sociedad

Hoy en día no hay hecho más evidente que lo plural de nuestra sociedad, existe un pluralismo en lo moral, religioso, económico, social, etc. y ello exige una atención especial. Las formulaciones clásicas del Estado Democrático responden a una concepción de ciudadano que ya no existe, un ciudadano que era casi o tan igual al otro en lo que a sus necesidades respecta y que buscaba una participación en las decisiones que tomaba el Poder Público para que así todo acto del Estado contara con su consentimiento. Una sociedad plural, una sociedad conformada por miembros distintos entre sí implica una peculiar concepción pluralista de la misma, pues “supone la comprensión de la sociedad (...) como trama plural en la que interaccionan los distintos grupos sociales, reconociendo así en su autonomía y en la legitimidad de su propia diversidad”¹⁵⁰.

El ciudadano de hoy no es un elemento más de aquel colectivo al que llamamos sociedad y cuyo bien se satisface con atender sólo el bien común; sino que por el contrario, reclama una atención especial y diferenciada, especialmente en lo que a sus necesidades respecta pues la

¹⁵⁰ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 97.

natural libertad de la que es titular ha permitido que cada individuo se configure a sí mismo de determinada manera, en lo político, religioso, cultural, deportivo, etc. y ello es lo que configura la cotidiana realidad social. El Estado, a través de la Administración Pública, en su cometido de realizar la ardua tarea de materializar la cláusula social, desempeña una función que, de un lado, debe desarrollar con respeto a los derechos de cada persona y conforme al orden jurídico vigente, pero por otro, conforme a las actuales circunstancias que definen y caracterizan la convivencia social, esto es con respeto del pluralismo propio de nuestra sociedad, que es simple consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad del que cada persona es titular.

La idea de una sociedad plural conformada por miembros iguales en naturaleza pero diferentes en situación y necesidades resulta algo evidente en el mundo de hoy. Se trata de algo pre-jurídico¹⁵¹ y es una característica connatural a nuestra sociedad, la cual demanda su reconocimiento y protección a través del Derecho. Las manifestaciones de este fenómeno se presentan por ejemplo en las distintas regulaciones que desde el Derecho se hacen debido a las constantes exigencias de una sociedad que se reconoce a sí misma como plural. Es más, “la proclamación del Estado

¹⁵¹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Pluralismo político” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coordir.), *Temas básico de Derecho Constitucional*, Tomo I, *op. cit.*, p. 156.

como “democrático” supone un expreso reconocimiento del pluralismo (...)”¹⁵².

En ese orden de ideas, el pluralismo político se ha recogido como principio en la Constitución, en su art. 1, el cual consideramos es una consecuencia del pluralismo social, constituyéndose como valor superior y un valor positivo¹⁵³ que propugna el Estado español y que no es más que un reflejo del pluralismo social, desde nuestro punto de vista. Y que por tanto, debe ser respetado también por la Administración Pública Prestadora como poder que es, conforme al art. 9.1 de la Constitución española.

2.1.2 El “ser propio” (*Alssein*) del hombre en sociedad

La sociedad actual es plural y por tanto “la demanda ciudadana no es tan homogénea como en los siglos XIX y XX, [la cual] espera de la Administración una respuesta especializada e igualmente polifacética”¹⁵⁴.

Con el Estado de policía no se planteaba, ni mucho menos se tomaba en cuenta el pluralismo, pues las reglas que se aplicaban para la pacífica convivencia social eran válidas para todos; sin embargo, con el Estado Social una vez que la Administración Pública se convierte en la

¹⁵² ARENILLA SÁEZ, Manuel y REDONDO LEBRERO, Juan Carlos, “Ética, Transparencia y Participación” en ARENILLA SÁEZ, Manuel (Dir.), *Crisis y reforma...*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵³ Cfr. CASTELLÀ ANDREU, Josep María, Los derechos constitucionales de Participación..., *op. cit.*, p. 113.

¹⁵⁴ ELENA CÓRDOBA, Amador, “Fortalecimiento de la posición del ciudadano...”, *op. cit.*, p. 134.

encargada material de la procura existencial, las diferencias que existen en la sociedad se transforman en el elemento determinante de la actuación administrativa prestadora de carácter social. Lo cual, sin lugar a dudas constituye una tarea ardua para la Administración Pública Prestadora pero aún más complicada para el individuo, que tiene por delante una comunidad muy variada pero a la par sus necesidades individuales¹⁵⁵. Resultando muy complicado alcanzar la satisfacción de las mismas en una suerte de lucha constante por intentar captar la atención de la Administración Prestadora.

Por tanto, si el Estado existe para el hombre y para la sociedad en su conjunto y esta sociedad se reconoce empíricamente como plural, la realización de la cláusula social debe comprender también este aspecto, pues la dignidad, la protección de sus derechos y el libre desarrollo de la libertad lo exigen. Entonces “el Estado tendría que asegurar no sólo las condiciones elementales y fundamentales que posibilitan la humanidad *-el ser del hombre en general-*, sino, además, aquellas que hacen factible la sociabilidad *-el ser como-* y la singularidad *-el ser propio-*; pues el hombre en su conjunto o su completa personalidad cuya dignidad hay que reverenciar y proteger, es siempre la individualidad desde la cual se constituyen y definen todos esos aspectos y dimensiones de la persona”¹⁵⁶.

Muchas de las diferencias de pensamiento, religión, opinión, que existen entre los hombres, son fruto de la propia sociabilidad natural humana o de la propia autoconfiguración libre de cada persona. Y en ese

¹⁵⁵ PITTSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”, *op. cit.*, p. 145.

¹⁵⁶ MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, ps. 51-42.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

orden de ideas, la Constitución ha reconocido como uno de sus valores esenciales el libre desarrollo de la personalidad que supone la protección de la autodeterminación y del propio proyecto vital, el cual es único e irrepetible. Ello, desde nuestro punto de vista obliga al Estado a tener presente esas desigualdades, fruto de la autoconfiguración del hombre, para así poder alcanzar la igualdad material pero respetando su propia individualidad.

Como conclusión, podemos sostener que la sociedad actual es sin lugar a dudas una sociedad plural y esa misma pluralidad es la que subraya las diferencias que existen entre un grupo social u otro, e incluso entre un ciudadano y otro. Por tanto, si bien el hombre es igual a todos los hombres en su “cualidad de ser humano en general”¹⁵⁷, no lo es en cuanto a su personalidad y la libre configuración de la misma. En su “ser como” en “su propio ser” (*Alssein*)¹⁵⁸ el hombre es diferente, es singular.

Por consiguiente, al ser iguales en dignidad la satisfacción de aquello en lo que se es diferente debe lograrse en igual medida pero no necesariamente de igual manera. Como sabemos, la dignidad se constituye en el fundamento último de la primordial posición que tiene el hombre para el Derecho y de la cual también se pueden desprender exigencias de un trato diferenciado cuya satisfacción, por ejemplo, en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, es prioritaria para que sus destinatarios pueden vivir una vida digna, que no conseguirían si se les tratara “como iguales”, en el sentido que comentamos.

¹⁵⁷ En palabras MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 48.

2.1.3 La defensa de la individualidad en una sociedad plural

En el llamado Estado de policía, el Estado buscaba el bienestar común basado en intereses públicos y el individuo era considerado como un objeto para esos fines¹⁵⁹. Sin embargo, en el Estado Prestador esta concepción debe cambiar, puesto que ya no se pueden seguir dividiendo en dos bloques y separar los intereses particulares y el interés general¹⁶⁰; y tampoco, se puede pensar que el interés general es igual a la suma de los intereses particulares. Debemos tener presente que de la mano del concepto de Estado Social encontramos el de justicia social, la cual descansa en una comunidad siempre pluralista, al fin y al cabo, ineludiblemente subjetiva¹⁶¹, esto es, con miembros distintos unos de otros, los cuales reclaman una especial atención de aquello que los hace singulares y por tanto, únicos e irrepetibles, su individualidad.

En vista de ello, debemos recordar que la palabra “bien común” (*Gemeinwohl*) se relaciona naturalmente con el Estado pues es la justificación de la existencia del mismo¹⁶². Toda actuación estatal es siempre una actuación en *pro* de un interés general o del bien común. Pero a su vez, toda actuación estatal desemboca en el cuidado de un sinnúmero de intereses particulares, por tanto el cuidado estatal se realizará siempre

¹⁵⁹ Cfr. ENDERS, Christoph, “Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 64, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 2004, ps. 19-20.

¹⁶⁰ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano...*, op. cit., ps. 98-99.

¹⁶¹ HENKE, Wilhem, *Recht und Staat*, Mohr, Tübingen, 1988, p. 181.

¹⁶² Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Rechtsstaat in Wandel*, Verlag C.H. Beck, München, 1976, p. 39.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

en el mantenimiento y promoción del individuo¹⁶³. Se trata pues, de un Estado comprometido, de un lado, con la promoción del bienestar de la sociedad pero también de un Estado garantista del individuo¹⁶⁴; y ello es lo que reclama una atención especial de esa subjetividad, de la propia individualidad, que se manifiesta de forma muy especial en el elemento marcadamente personal de las prestaciones personales de servicios y/o materiales.

El interés general, al cual la Administración Pública debe servir, le exige que actúe en beneficio del ciudadano, pero en concreto; que cuando realice su actuación prestadora de carácter social, tome en cuenta el pluralismo de la sociedad, las diferencias y peculiaridades de los ciudadanos, destinatario de la prestación, a los cuales se va a dirigir. Y por tanto, no olvidar que el bien del individuo es parte del bien común¹⁶⁵.

La idea clave desde la que siempre ha partido toda actuación estatal es el interés general pero hoy en día es muy difícil determinarlo. Se necesita una mentalidad abierta, plural, que recuerde que los dueños del aparato público son los ciudadanos, lo que excluye “(...) las opciones únicas, del pensamiento único y, en definitiva, de aquellos sistemas que se erigen en portavoces, ellos solos, de soluciones únicas”¹⁶⁶. Se necesita de un

¹⁶³ JELLINEK, Georg, *System der Subjektiven...*, op. cit., ps. 114-115.

¹⁶⁴ Cfr. PÉREZ ROYO, Javier, “Estado Social de Derecho” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO, César (Coordir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, op. cit., p. 191.

¹⁶⁵ Cfr. WERNICKE, K.G., “Der Bund un die Länder, art. 20 Abs. 1...”, op. cit., p. 461.

¹⁶⁶ RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, *Nuevas claves del Estado de Bienestar. Hacia la sociedad del bienestar*, Editorial Comares, Granada, 1999, ps. 6-7.

pensamiento abierto, flexible, plural y humanizante que tenga como centro a la persona¹⁶⁷. Por ello, las leyes que regulan prestaciones personales necesitan ser abiertas, pues sus destinatarios son sujetos plurales y por lo tanto, se requiere cierta flexibilidad y apertura para aplicarlas a cada caso. Asimismo, debido a que los individuos son distintos, éstos generan a su vez un diferente efecto respecto de la efectividad de los derechos fundamentales¹⁶⁸.

Finalmente, es menester siempre recordar que los objetivos públicos no siempre coinciden necesariamente con los de los beneficiarios de la prestación. Que si bien, el interés general y el pluralismo son promovidos desde la Constitución, ello se hace desde una perspectiva que podríamos llamar formal siendo necesario que también sean promovidos materialmente y creemos que ello se consigue mediante una correcta organización¹⁶⁹ la cual otorgará la suficiente apertura y flexibilidad para aplicar conceptos como pluralismo e individualidad a cada caso concreto.

2.1.4 ¿La neutralidad como solución?

Muchos de los problemas que se plantean hoy en día respecto del pluralismo social y la forma en que el Estado debe reaccionar ante ello se abordan desde la óptica de la neutralidad estatal. Debemos; sin embargo, empezar por descartar la idea de neutralidad como una solución adecuada

¹⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 7.

¹⁶⁸ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, ps. 52.

¹⁶⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, ps. 91-92.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

pues ya el paso del Estado Liberal al Estado Social nos recuerda la necesidad de cambio que sufrió el Estado, que cuando tuvo que transformarse para afrontar la “marea social” tuvo que “arrojar por la borda su neutralidad (...) sin renunciar al primado del Derecho”¹⁷⁰.

En ese orden de ideas, cabe recordar que “la decisión constitucional a favor del Estado Social de Derecho subraya la responsabilidad, tarea y competencia del Estado para la configuración social”¹⁷¹ y que el adjetivo social implica un rechazo al Estado “neutral” en las cuestiones sociales¹⁷².

Asimismo, consideramos que el empleo de la organización y procedimiento, como garantes de la participación y el pluralismo, pueden dar una nueva luz a temas que se han abordado siempre desde la óptica de la neutralidad estatal, la cual, aunque resulte aún muy complicada de definir, exige una suerte de imparcialidad por parte del Estado, es decir, demanda que éste se mantenga lo más alejado posible de impartir o difundir una ideología concreta. Ello, aunque pueda ser una solución deseable, resulta un tanto inviable, pues, por un lado, la realidad nos demuestra que el Estado al momento de configurar la prestación opta necesariamente por un modelo determinado que en no pocos casos tiene un contenido ideológico concreto. Y por otro, en que la exigencia de neutralidad supone que el Estado se mantenga lo más alejado del beneficiario de la prestación, de modo que, se le impide tomar en consideración las concretas necesidades del mismo. Lo que, por el

¹⁷⁰ LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha...*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷¹ BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho...”, *op. cit.*, p. 539.

¹⁷² Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 18.

contrario, resulta una exigencia de los derechos fundamentales cuando de las prestaciones personales de servicios y/o materiales hablamos. Por ello, es aún más necesaria la participación del beneficiario en la configuración de la prestación debido a la presencia de un elemento marcadamente personal¹⁷³.

No obstante, no buscamos sostener que el Estado deba necesariamente optar por un contenido ideológico en las prestaciones, todo lo contrario. La propia idea de pluralismo reclama que la oferta prestacional sea lo suficientemente variada. La idea de neutralidad que rechazamos es aquella que demanda una participación “insensible” o “ajena” por parte de la Administración Pública Prestadora en las cuestiones sociales. La difusión de ideologías desde el poder político es algo no deseado y mucho menos en este tipo de prestaciones que reclaman una atención especial al elemento marcadamente personal que las

¹⁷³ A la participación como vía de solución de conflictos en el ámbito prestacional se refiere por ejemplo la sentencia del TSJ Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), sentencia núm. 3250/2009 de 14 diciembre. RJCA 2010\152, que resuelve el recurso presentado por la Asociación Cultural Escuela Laica de Valladolid, contra el Acuerdo del Consejo Escolar del Colegio Público Macías Picavea de Valladolid, de no proceder a la retirada de los símbolos religiosos, referido a si la presencia de símbolos religiosos colocados con anterioridad y desde tiempo casi inmemorial vulnera los arts. 14 y 16 de la Constitución española. En este caso, el Tribunal de Valladolid resuelve el recurso en cuestión, tomando en consideración como uno de sus argumentos la participación; señalando que, en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la competencia para decidir la retirada o permanencia de símbolos religiosos corresponde a los Consejos Escolares, ante lo cual, señala que finalmente “no es tanto una decisión de los poderes públicos, que lo es, sino esencial y principalmente de la propia sociedad”. Lo que, desde nuestro punto de vista, pone en evidencia la importancia de la participación de los destinatarios de la prestación o en este caso los titulares de la patria potestad de los destinatarios de la prestación, lo que garantiza de alguna forma la no vulneración del derecho a la libertad de enseñanza de los padres de familia.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

caracteriza. En todo caso, la neutralidad anhelada es aquella que suponga apertura y flexibilidad en la configuración de la actuación prestadora y que permita la vigencia del pluralismo en la organización.

Por el contrario, aunque ninguna concepción política, moral o religiosa se puede imponer, su sola existencia debe tomarse en cuenta a fin de que la legislación introduzca las bases que permitan la convivencia pacífica y el desarrollo personal de quienes participan de tales convicciones. Y en el caso de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales, debido a la escasa presencia de la ley, le corresponde a la Administración Pública implementar los mecanismos adecuados a fin de conocer esas específicas circunstancias que hacen a un destinatario de la prestación tan distinto del otro y que le llevan a exigir una prestación a la medida.

En ese sentido, es necesario mencionar que no basta con que la Administración busque la satisfacción de la cláusula social, sino que la propia dignidad del hombre y en particular su libertad, exige que la Administración sea sensible a las concretas necesidades de cada beneficiario -teniendo también en cuenta las posibilidades económicas y las peculiaridades del supuesto de hecho en concreto-, pues sólo de este modo se cumplirá con lo mandado por el Estado Social y Democrático de Derecho.

2.2 La participación como elemento clave

Cuando hablamos de participación inmediatamente pensamos en la cláusula democrática y en la forma en que el pueblo toma parte en las decisiones públicas. La democracia implica que el afectado por las decisiones del poder –pueblo- deba participar en él. En nuestro caso, se trata de cómo el destinatario de la prestación pueda participar en la decisión de ver cómo ésta se presta. El tipo de participación al que nos referimos tiene un fundamento y características específicas, pues se trata de una participación que se realiza en un procedimiento mediante el cual se busca la protección de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad y por tanto de darle la posibilidad al destinatario de la prestación para que intervenga activa y directamente.

En vista de ello, conviene referirse, aunque sea brevemente, a la democracia en general pues de su entendimiento extraeremos el contexto dentro del cual deberá enmarcarse la participación del destinatario de la prestación en el procedimiento y de una forma específica de participación en la cual se concreta: la democracia participativa.

2.2.1 La cláusula democrática

Como se sabe, la democracia hace referencia al origen popular del poder y “(...) significa la juridificación del poder constituyente, de la soberanía, o lo que es igual, la atribución jurídica al pueblo de la capacidad

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

de disponer de la Constitución misma, sin límite material alguno”¹⁷⁴, es decir, consiste en sostener que el poder reside en el pueblo.

La Constitución española en su artículo 1.1 establece el principio democrático, el cual, como señala Garrorena¹⁷⁵ se manifiesta en tres hitos o estadios: en el momento de la fundamentación del poder, es decir, en el reconocimiento de la fundamentación o legitimación de todo el ordenamiento jurídico, incluida la Constitución, en la voluntad del pueblo, lo cual, supone la residencia de la soberanía en el pueblo como señala el art. 1.2 de la Constitución. Y son muestra de ello, el art. 66.1, que establece que “las Cortes Generales representan al pueblo”, el art. 117.1, que dispone que “la justicia emana del pueblo”, y el art. 99, que exige la confianza del congreso (y en última instancia de pueblo) hacia el gobernante para poder gobernar¹⁷⁶.

En segundo lugar, en la participación en el poder, lo cual, se consigue a través de la participación directa de la ciudadanos en las tareas del Estado o en la elección de sus representantes; y como muestra de ello tenemos el art. 23.1 que establece el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos políticos, directamente o por medio de representantes elegidos libremente¹⁷⁷. Y finalmente, en el funcionamiento de los poderes públicos, permitiendo la organización y funcionamiento de determinados órganos, como en el caso del Parlamento; y también, implica una peculiar concepción pluralista de la sociedad, pues “supone la comprensión de la

¹⁷⁴ ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1” ..., *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibidem*, ps.110 y ss.

¹⁷⁶ Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 104.

sociedad (...) como trama plural en la que interaccionan los distintos grupos sociales, reconociendo así en su autonomía y en la legitimidad de su propia diversidad”¹⁷⁸. Siendo ejemplos de ello, el art. 6, que constitucionaliza a los partidos políticos, el art. 7, de los sindicatos de trabajadores; y el art. 36, de los colegios profesionales e incluso de la estructura del Estado y el reconocimiento de espacios autónomos, como el universitario¹⁷⁹.

Al respecto, es importante resaltar que el elemento democrático del Estado “determina la forma de Estado (origen último del poder) que la Constitución establece”¹⁸⁰. Como señala Aragón, que el Estado sea de Derecho es sólo una consecuencia de que es Constitucional; el adjetivo social, nada tiene que ver con la forma de Estado sino con los fines del mismo; y “en consecuencia lógica la fórmula de este apartado 1 debería leerse así: España se constituye en un Estado Democrático (que, como Estado constitucional, ha de ser) de Derecho, y (como Estado al que se le encomienda, entre otros fines, la procura de la igualdad, ha de ser) Social”¹⁸¹.

En ese mismo orden de ideas, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional español ha reconocido las características básicas de la democracia constitucional, señalando que la democracia constitucional española “garantiza, de manera muy amplia, la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo decidiendo

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 97.

¹⁷⁹ Cfr. *Ibidem*, ps. 100-101.

¹⁸⁰ ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1” ..., *op. cit.*, p. 26.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 27.

estos, periódicamente, a través de las elecciones de representantes en las Cortes Generales (arts. 68 y 69), en los parlamentos autonómicos (art. 152.1 y preceptos de los Estatutos de Autonomía) y en los ayuntamientos (art. 140 CE), acerca del destino político de la comunidad nacional en todas sus esferas, general, autonómica y local. Más aún, la Constitución incluso asegura que sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución (art. 168 CE). (...) Se trata de una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar, como es lógico y constitucionalmente exigido, no como minusvaloración o sustitución de esa democracia representativa”¹⁸².

2.2.2 Democracia Participativa

Uno de los elementos claves para satisfacer las exigencias provenientes de una sociedad plural es la participación. Sin embargo, es menester señalar, en primer lugar, que no nos referimos al ejercicio del derecho fundamental de participación, pues conforme a la STC 119/1995, de 17 de julio FJ 3, “para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del artículo 23 CE es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente

¹⁸² STC 103/2008 de 11 de setiembre, FJ 2.

ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo”. Excluyendo así las formas de participación administrativa que se encuadran en la democracia participativa¹⁸³.

Hoy, por tanto, otro tipo de participación no estrictamente política como señala el Tribunal en la misma sentencia “Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa” (fj 6).

La democracia puede ejercerse de distintas formas según se impliquen los ciudadanos en la gestión de asuntos públicos. En ese sentido, podemos diferenciar a la democracia directa de la democracia participativa en función a quien tiene la última palabra en la cuestión a decidir. En la primera, es el ciudadano que sin intervención adopta la decisión; en la segunda, el ciudadano participa en su calidad de afectado

¹⁸³ Cfr. CASTELLÀ ANDREU, Josep María, “Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la sociedad” en TUDELA ARANDA, José (Dir.), *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, nº 5, junio, Fundación Manuel Giménez Abad, 2013, p. 206.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

por la decisión concreta, individual o grupalmente pero donde la decisión final corresponde a la autoridad competente¹⁸⁴.

La democracia participativa designa las instituciones jurídicas que comportan la intervención de determinados órganos o de los ciudadanos en procedimientos que, a pesar de esto, concluyen con una decisión tomada por los poderes públicos¹⁸⁵. Asimismo, consta de tres elementos: los sujetos, que pueden ser los ciudadanos de forma particular o colectiva; en segundo lugar, el ámbito donde se aplica, que se refiere al órgano constitucional que se identifica con los poderes clásicos del Estado o aquellos que tengan relevancia pública, sean públicos o privados; y finalmente, por el objeto, que no es otro que la participación en los procesos de adopción de decisiones¹⁸⁶.

Ejemplos de ella la encontramos en el art. 105.b CE, que dispone el acceso a archivos y registros administrativos, el art. 105.a CE, sobre la audiencia a los ciudadanos afectados en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas, los art. 27.7, 27.5 CE que permiten la participación de diversos colectivos en determinados sectores educativos. Por último, el art. 131.2 CE que dispone la participación de sindicatos y organizaciones económicas, empresariales y profesionales para asesorar al Gobierno en la elaboración de los proyectos de planificación.

¹⁸⁴ Cfr. CASTELLÀ ANDREU, Josep María, “Democracia participativa...”, *op. cit.*, p. 205.

¹⁸⁵ Cfr. PIZZORUSSO, Alesandro, *Curso de derecho comparado*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 112.

¹⁸⁶ Cfr. CASTELLÀ ANDREU, Josep María, Los derechos constitucionales de Participación..., *op. cit.*, ps. 77-79.

Ciñéndonos al tema de nuestro trabajo podemos concluir que la participación del destinatario de la prestación en su configuración y ejecución encuentra cabida en el concepto de democracia participativa, pues éste busca formar parte del procedimiento de toma de decisión de la Administración Prestadora a fin de que sus necesidades sean atendidas, lo cual puede ejercerse de forma individual o colectiva dependiendo del tipo de prestación o del momento específico de ejecución de la misma, pues no es lo mismo participar en terapias grupales en las que la participación de cada sujeto ayuda en el tratamiento de los otros, a ser atendido colectivamente sin que se tomen en cuenta las específicas circunstancias de cada destinatario de la prestación, sólo por citar un ejemplo.

Finalmente, podemos señalar que las formas de democracia participativa se pueden aplicar sobre todo en el marco de la actuación prestadora social de la Administración Pública y mediante ella no sólo se permitirá la participación de los destinatarios de la prestación en la formación de la decisión sino que también se transformará en un medio de control de la misma y, así, de legitimidad de la decisión tomada.

3. UNA PRESTACIÓN ORGANIZADA Y PLURAL: EL DERECHO A ELEGIR DEL DESTINATARIO DE LA PRESTACIÓN.

Debemos señalar, en primer lugar, que el elemento personal del que ya tanto hemos hablado, se transforma en parámetro de actuación de la Administración Pública Prestadora pero sobre todo de la estructura interna

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

de organización de la misma¹⁸⁷. Este elemento personal es el que definirá tanto la estructura de la Administración Prestadora como la configuración misma de la prestación.

Ello, sin lugar a dudas constituye una exigencia que se desprende desde los derechos fundamentales y en especial de la libertad pues “en la realidad social la libertad debe siempre estar organizada”¹⁸⁸. En ese sentido, se puede decir que los derechos fundamentales contienen también directrices concernientes a la organización de la actuación prestadora. Lo cual, permite que el destinatario de la prestación elija entre una oferta mínima suficientemente plural pero también se transforma en una obligación para que el Estado organice un sistema en el cual pueda disfrutarse de ese derecho¹⁸⁹.

En vista de ello, los derechos fundamentales se constituyen en parámetro constitucional de la organización administrativa “en la medida que (...) protegen jurídicamente determinados intereses, condicionan la estructura de las organizaciones, a fin de garantizar el acierto técnico de su actuación o para hacer efectiva su vinculación a la satisfacción del interés general, al asegurar mediante procedimientos internos el pluralismo, la neutralidad y la transparencia”¹⁹⁰. Por tanto, podemos señalar que, sin esa oferta plural, no existe un verdadero derecho a elegir de los destinatarios

¹⁸⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Capítulo 2. La realización del Estado Social...”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁸ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁹ Cfr. *Ibidem*, 53.

¹⁹⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General...*, *op. cit.*, p. 263.

de las prestaciones¹⁹¹ y esa libertad de elegir se constituye en la dimensión subjetiva de la función administrativa de organizar el pluralismo; y el pluralismo organizativo en la dimensión objetiva del derecho a elegir¹⁹². Esto es, que la obligación estatal de organizar el pluralismo se concreta en el derecho a elegir que tendrán los destinatarios de la prestación y que este derecho a elegir, demanda que se implemente una adecuada organización administrativa a fin de que se pueda atender a las concretas circunstancias de cada destinatario de la prestación.

De esta forma, una adecuada organización de la prestación, tanto en su vertiente institucional como en su ejecución, se transforman en el elemento clave para la garantía de la libertad de su destinatario. El derecho a elegir constituye una manifestación de la libertad de la que es titular, la cual se podrá manifestar tanto en la elección del tipo de prestación, la que sea la más adecuada para salvar la contingencia, como en la elección del Centro en el cual se llevará a cabo.

Las leyes autonómicas sobre servicios sociales han sido sensibles a esta necesidad. Así, por ejemplo, en la Exposición de Motivos, III, de la ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de la Rioja. En ese sentido, se señala que se “(...) está impulsando el desarrollo de modelos de atención transversales, más eficaces, orientados a dar respuestas integradoras. Se pasa de un enfoque sectorial basado en criterios como el sexo, la edad o la discapacidad, a otro en el que las características de la

¹⁹¹ Cfr. TRUTE, Hans-Heinrich, “Wechselseitige Verzahnungen...”, *op. cit.*, p. 211.

¹⁹² Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 167.

situación se convierten en el eje del modelo. Esto permite una atención más personalizada y ajustada a las necesidades particulares, que convive con los modelos anteriores más sectorizados. A su vez, esta integración está poniendo de manifiesto la necesidad de una mayor ordenación y precisión técnico-conceptual en la definición de los elementos del sistema que se pretende efectuar a través de la presente ley”. Con lo cual, se cubre una exigencia fundamental en este tipo de prestaciones pues se trata no sólo de cubrir una necesidad sino que es una exigencia que encuentra su fundamento en la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y en la libertad, como vimos anteriormente.

3.1 Pluralidad de la oferta prestacional

Cuando nos referimos al pluralismo podemos entender dos cosas, de un lado “la conveniencia o necesidad de que las autoridades, estatales o de otro tipo, permitan y favorezcan la expresión y difusión de una diversidad de opiniones, creencias o concepciones del mundo”, que responde a la idea del pluralismo ideológico; y por otro lado, también se puede entender “la conveniencia o necesidad de que los poderes públicos no se concentren todos en una misma organización (...) sino que queden distribuidos entre una organización principal y otras, diversamente coordinadas con la primera (...)”¹⁹³. Idea que se corresponde con el pluralismo institucional, que es al que nos referimos y que es el que

¹⁹³ PIZZORUSSO, Alesandro, *Leciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 116.

permite el acercamiento entre Administración Prestadora y ciudadano beneficiario de la prestación, lo cual permite a su vez la eficacia de la actuación administrativa prestadora de carácter social.

El pluralismo institucional se refiere a la pluralidad de Centros o Instituciones que permitan un mayor acercamiento de la Administración Pública Prestadora al ciudadano pues supone el reparto de las mismas a lo largo del territorio de un país de acuerdo a las necesidades existentes en cada zona. El sistema social necesita una organización funcional para las prestaciones personales de servicios y/o materiales en la forma de una eficiente garantía institucional y un suministro, mantenimiento y promoción de los servicios sociales¹⁹⁴. Requiere transparencia de la estructura administrativa y cercanía con el ciudadano; y, asimismo, la presencia de personal especializado¹⁹⁵ a fin de atender las distintas contingencias que se presenten.

De igual manera, requiere de una organización de las prestaciones que atienda a las distintas necesidades. De esta forma, se podrá percibir que los intereses de la sociedad son distintos, hay grupos minoritarios, quizá los más afligidos y a quien el Estado busca ayudar pero también grupos intermedios y grupos de poder a los cuales se asocian grupos políticos. Por tanto, con la finalidad de salvar esta situación, se demanda una correcta organización administrativa que permita atender a todos los grupos presentes en la sociedad y que a su vez se evite la preferencia o

¹⁹⁴ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”, *op. cit.*, p. 143.

¹⁹⁵ Cfr. TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”..., *op. cit.*, p. 217.

favoritismo por algunos. En vista de ello, Zacher señala que la eficacia de una materia está relacionada con la eficacia de la Institución¹⁹⁶, la cual, a su vez, se encuentra íntimamente relacionada con la de la organización.

Finalmente, creemos conveniente precisar que uno de los grandes problemas que se relacionan con la organización plural de las prestaciones personales de servicios y/o materiales es el mismo que se aplica a los derechos prestacionales en general, esto es, la falta de recursos económicos. Sin embargo, somos de la idea que mediante la eficiente aplicación de los principios generales que estudiamos se puede analizar cada sector y realizar un análisis casuístico a fin de lograr no sólo el éxito y eficacia de la prestación sino también la no vulneración de los derechos de libertad del destinatario de la prestación, sin que el tema económico se convierta en la inevitable justificación para su incumplimiento.

En ese orden de ideas, creemos que mediante la implementación de una adecuada oferta plural se pueden alcanzar estos objetivos sin que ello suponga la generación de un gasto que el Estado no pueda solventar, como intentaremos demostrar a continuación.

3.1.1 Pluralidad de Centros

En el ordenamiento jurídico español, la acción social¹⁹⁷ es una competencia de la Comunidades Autónomas conforme al art. 148.1.20 de

¹⁹⁶ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 725.

¹⁹⁷ La acción social o asistencia social está revestida de dos características, en primer lugar, se trata de una actuación externa a la seguridad social y, en segundo lugar,

la Constitución. Las cuales, han incorporado en sus Estatutos distintas normas al respecto¹⁹⁸ siendo los Municipios, en concreto, quienes asumen su ejecución. Esto, sin embargo, no impide la actuación del Gobierno Central para preservar la igualdad y el interés general de alcance supra autonómico conforme al art. 9.2 y el art. 149 de la Constitución¹⁹⁹. De lo cual se desprende que constituye una obligación de cada Comunidad Autónoma contar con una red de centros que atienda a esa pluralidad.

En los Estatutos de Autonomía encontramos referencias al “bienestar social” o al “desarrollo comunitario e integración” o referencias específicas relacionadas con la “política infantil, juvenil y de la tercera edad”, “promoción e integración de discapacitados e inmigrantes”, “actuaciones de reinserción social”, “exclusión social”, y también referidas

en el momento actual se financia sin la previa colaboración económica de sus beneficiarios. Asimismo, conforme a la STC 76/1986 de 9 de junio FJ 6 “la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C.E. y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas, y que en concreto el País Vasco ha asumido en virtud del art. 10.12 de su Estatuto. Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”.

¹⁹⁸ Cfr. VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *op. cit.*, p.193.

¹⁹⁹ Cfr. VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *op. cit.*, p. 195.

a los “demás grupos sociales necesitados de especial atención”, incluida la creación de “centros de protección, reinserción y rehabilitación”²⁰⁰.

En desarrollo de las disposiciones estatales, las Leyes de Servicios Sociales prevén la existencia de distintas clases de centros, por ejemplo, en el art. 12 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía se regulan diversos tipos de centros que responden a diferentes necesidades: 1. Centros de Servicios Sociales, configurados como la estructura física y funcional desde la que se promuevan las prestaciones necesarias para la comunidad que atienden. 2. Centros de Día, dirigidos al desarrollo de actividades sociales y a la integración comunitaria del ciudadano. 3 Centros de Acogida, para la asistencia directa y temporal a personas sin hogar o que se encuentran con problemas graves de convivencia. 4. Residencias, destinadas como equipamiento sustitutivo del hogar, a aquellas personas que lo precisen, temporal o permanentemente, por las circunstancias que en ellas concurran. 5. Centros Ocupacionales, que, proporcionando una actividad útil, fomenten la integración social de aquellas personas con dificultades específicas. 6. Centros destinados a la rehabilitación social. 7. Aquellos otros equipamientos que se consideren necesarios para la atención de las necesidades sociales de la población.

Asimismo, en el art. 4 de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales de Canarias se dispone que: el equipamiento de los servicios sociales especializados estará constituido por: a) Centros de acogida:

²⁰⁰ Cfr. MERCADER UGUINA, Jesús, “Artículo 148.1.20.^a” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *op. cit.*, p. 2250.

prestan atención directa y temporal a personas sin hogar, con problemáticas graves de convivencia o que necesitan una estancia, en centros especializados para su observación. b) Residencias permanentes, como equipamiento sustitutivo del hogar. c) Centros de día, dirigidos al normal desarrollo del ocio y la realización de actividades socio culturales. d) Centros ocupacionales, de adaptación laboral y terapia ocupacional. e) Comunidades terapéuticas, cuyo objeto fundamental es el tratamiento y la rehabilitación social de diferentes colectivos, mediante la consecución de una dinámica de vida en común, donde dominan las actividades físicas, culturales y laborterapia. f) Cualquier otro centro o servicio que sea necesario para las prestaciones de los Servicios Sociales Especializados.

Por otro lado, como bien señala Häberle, es necesario tener en cuenta que el pluralismo en la oferta no es un hecho que se dé de forma natural como el pluralismo social sino que necesita ser creado por el Estado, de forma que la organización y la garantía del pluralismo se vuelven tarea estatal y objeto de la prestación estatal²⁰¹, que a su vez requiere de la colaboración de particulares a fin de garantizar una oferta plural. Por tanto, el pluralismo en la organización tendrá que manifestarse en “un conjunto de establecimientos estatales ideológicamente neutrales junto con otros privados ideológicamente plurales”²⁰².

Al respecto, la idea de pluralismo social resulta ser el elemento clave para el caso de la organización pues se traducirá en una exigencia de pluralismo de la oferta prestacional. Y en vista de ello, cuando de

²⁰¹ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 105.

²⁰² *Ibidem*, p. 164.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

organización hablamos, no sólo nos referimos a la existencia de entes públicos que administran prestaciones sino también a entes privados dedicados a tareas de atención social. Los cuales, no tienen por qué seguir el modelo estructurado por el Estado pues pueden gozar de un ideario y fines propios, lo cual permitirá que el destinatario de la prestación cuente con un abanico más amplio de opciones y así pueda ejercer su derecho a elegir.

Por tanto, debido a que las normas organizativas no tienen como misión ordenar desde fuera las conductas sino que buscan actuar e influir desde dentro con el fin de garantizar el pluralismo y así también la vigencia de los derechos fundamentales, existen distintas formas de organización para llevar a cabo la gestión social: la gestión directa, en las que las prestaciones se llevan a cabo por personal público; la concesión, mediante la cual las prestaciones son realizadas a través de un contrato administrativo por una empresa privada; o por medio de la colaboración, en las cuales, las organizaciones públicas conciertan entre sí o con empresas privadas para la realización de servicios asistenciales, introduciendo cuantas peculiaridades sean necesarias a fin de alcanzar el mayor provecho²⁰³.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el campo educativo, en los conciertos educativos que se amparan en el art. 27 de la Constitución que manda a fomentar la libertad de enseñanza y el pluralismo educativo. Sin embargo, no existe un precepto similar para otras prestaciones sociales

²⁰³ Cfr. NIETO, Alejandro, “La organización de las Administraciones Públicas...”, *op. cit.*, p. 560.

y el legislador cuenta con un margen amplio de libertad para definir la organización del sistema público de prestaciones sociales de servicios personales y/o materiales²⁰⁴.

En vista de ello, resulta de vital importancia la ayuda del denominado “Tercer Sector” que conforme al art. 2.8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, es el “conjunto de organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales”. Asimismo, en las Leyes de Servicios Sociales se reconoce la importante tarea que cumple el denominado Tercer Sector y otros agentes privados como garantes del pluralismo en la oferta prestacional.

La participación del Tercer Sector tiene el beneficio pues de colaborar en la generación de oferta plural, aunque no debemos olvidar que es una tarea que desarrollan bajo el control e inspección del Estado. Por ello, en estos casos, resulta necesario destacar un concepto, el de responsabilidad estatal.

²⁰⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, ps. 166-167.

3.1.2 La responsabilidad estatal

El concepto de responsabilidad estatal destaca la medida de la intensidad con la que un determinado ámbito de tareas se sitúa bajo el poder directivo del Estado y el tipo de intervención con la que éste se hace presente en dicho ámbito²⁰⁵. En ese sentido, ya Forsthoff señalaba que se ha producido una evolución de la responsabilidad existencial²⁰⁶, la cual “ha pasado (...) desde la responsabilidad y aseguramiento de la existencia de carácter individual, a través de la de carácter colectivo, a la de carácter político”, precisando que a los titulares del poder político les corresponde establecer “una regulación justa, socialmente adecuada de las oportunidades de apropiación”²⁰⁷. Y esta definición ha tenido su continuidad en el concepto de responsabilidad de la Administración, que es una expresión de la posición fiduciaria que cumple esta última²⁰⁸.

Asimismo, respecto a la responsabilidad estatal podemos encontrar cuatro escalones o niveles: primero, la responsabilidad sólo normativa, en la cual se exige que el Estado brinde únicamente el marco normativo de actuación; segundo, la responsabilidad estatal de participación, donde el Estado además de dar un marco normativo, participa con una oferta prestacional administrativa paralela a la privada; tercero, de garantía de

²⁰⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 72.

²⁰⁶ Definiendo a esta como “la responsabilidad por la satisfacción de esas menesterosidades de apropiación”, FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁷ *Ibidem*, ps. 47-48.

²⁰⁸ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Verwaltungsorganisationsrecht...”, *op. cit.*, p. 22.

prestaciones, en la que en la mayoría de los casos el Estado encomienda a terceros el desarrollo de la prestación social, lo cual, no implica que deje de tener responsabilidad sobre la garantía de las prestaciones; y finalmente, la responsabilidad estatal plena o de completo cumplimiento, que se presenta en el caso de tareas atribuidas exclusivamente al Estado, donde la regulación se realiza por normas de Derecho Público y la ejecución de las mismas es realizada por órganos administrativos²⁰⁹.

En general, en el caso español, las actuaciones públicas asistenciales competencia de las Comunidades Autónomas se enmarcan en la responsabilidad pública de la materia, que consiste en el deber de los poderes públicos de promover la prestación de servicios sociales mediante la aportación de los medios financieros, técnicos y humanos apropiados²¹⁰. Si partimos de la clasificación antes esbozada que distingue entre Administración aseguradora de los recursos económicos de los ciudadanos y Administración prestadora de servicios personales o materiales, y si prestamos atención, en particular, a la forma en que jurídicamente son estructuradas, podemos decir que “la responsabilidad del Estado en las primeras es de simple financiación mientras que en las segundas va más allá”²¹¹. Es decir que las primeras podrían encuadrarse dentro de la responsabilidad estatal plena; mientras que, las segundas, en la responsabilidad estatal de garantía de prestaciones, lo cual, tiene

²⁰⁹ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, ps. 73 y ss.

²¹⁰ GAVARA DE CARA, Juan Carlos *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 103.

²¹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 96.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

consecuencias importantes a la hora de determinar el grado de responsabilidad que recae sobre el Estado, pues deberá garantizar la configuración y ejecución de la prestación conforme a las exigencias que surgen desde el Estado Social y Democrático de Derecho, esto es, garantizando el éxito de la prestación pero a su vez el respeto de las libertades del destinatario de la misma.

La responsabilidad del Estado en estos casos es directa respecto del beneficiario, pues es a él a quien le debe garantizar la prestación²¹². Por tanto, debemos precisar que en ningún caso se trata de un desprendimiento total por parte del Estado en favor de los sujetos prestadores privados, sino que por el contrario la Administración Pública Prestadora mantiene una responsabilidad de garantía de la prestación, en particular, de cumplimiento de las exigencias que se desprenden de las prestaciones personales de servicios y/o materiales que venimos estudiando. Esto significa, que en general aún recae sobre la Administración Pública la responsabilidad de garantizar que estén disponibles los servicios prestacionales necesarios para los beneficiarios, no sólo en cantidad sino también en calidad²¹³. Asimismo, una responsabilidad de organización²¹⁴, por la cual le corresponde, junto con los sujetos privados, organizar un sistema que permita la satisfacción del

²¹² Cfr. *Ibidem*, ps. 77 y ss.

²¹³ Cfr. TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”, *op. cit.*, p. 221.

²¹⁴ Cfr. PITTSCHAS, Rainer, “Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung” en SCHMIDT ASSMANN, Eberhard y HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997, p. 200.

pluralismo social mediante la adecuada conjunción tanto de ofertas públicas como privadas. Y de igual manera, una responsabilidad de control²¹⁵ sobre las prestaciones “a través de las cuales cumple el Estado (...) con su función de hacerse presente, con competencias de intervención o policía (...)”²¹⁶, que suponen la existencia de una facultad de control y fiscalización de la Administración Pública respecto de los sujetos prestadores privados, que se materializa en la autorización y registro, establecimiento de mínimos de calidad, realización de inspecciones, etc²¹⁷.

Finalmente, si analizamos un poco más a detalle la colaboración del Tercer Sector podemos encontrar en él dos grupos según la intensidad de responsabilidad que asumen los poderes públicos atendiendo a la obligación que éstos aún mantienen de garantizar estas prestaciones. Un primer grupo es aquel en el que la Administración se limita a brindar los recursos financieros sin asumir la delicada posición del que dispensa por sí mismo la prestación pero donde, sin embargo, por el deber que le asiste de realizar la prestación debe garantizar la disponibilidad de los servicios en cantidad suficiente y con la calidad necesaria. Otro grupo es aquel en que

²¹⁵ Cfr. entre otros RITTER, Ernst-Hasso, “Organisationswandel durch...”, *op. cit.*, p. 232; TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”..., *op. cit.*, p. 232.

²¹⁶ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 170.

²¹⁷ Las cuales, podemos ver detalladas por ejemplo en el Título VII de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; Título V de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, Servicios Sociales del País Vasco; Título VII de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Baleares; Título VIII de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León; Título V de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Madrid.

la prestación misma no entra en la esfera de responsabilidad de una Administración sino que es desempeñada por la sociedad, bien de forma compartida o de forma preferente, y donde la Administración Pública asume la principal responsabilidad de suministrar información, ilustrar a los necesitados sobre la oferta existente y facilitar el contacto con instituciones de autoayuda u otro tipo²¹⁸. Dependiendo del tipo que se trata, el Estado y en concreto la Administración Pública tendrá una mayor o menor incidencia en la ejecución material de la concreta prestación.

3.2 Pluralidad de las prestaciones

Una segunda forma en que la exigencia de pluralismo en la organización debe concretarse es la pluralidad de prestaciones. Y con ello, nos referimos a la existencia de distintas prestaciones adecuadas para cada contingencia y asimismo, que éstas, a su vez, incorporen un abanico de tratamientos u opciones, igualmente satisfactorios pero en donde cada uno de ellos, en menor o mayor medida, se adecúen a las concretas circunstancias y preferencias del destinatario de la prestación, esto es, a su autodeterminación. Por tanto, podemos señalar que la exigencia de pluralidad en las prestaciones se satisface de dos maneras: pluralidad de prestaciones según necesidad, lo cual se satisface mediante la oferta plural de centros vista en el apartado anterior; y segundo, mediante la pluralidad de formas de recibir la prestación atendiendo a las opciones y preferencia de cada destinatario, a lo cual nos referimos ahora.

²¹⁸ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps. 149-150.

En las leyes de Servicios Sociales se reconoce el derecho de los destinatarios de la prestación a disponer de un plan de atención individual personal y/o familiar acorde con la valoración de su situación²¹⁹. Por tanto, se dispone que los servicios sociales ofrecerán a las personas que lo precisen una atención integral y ajustada a las necesidades particulares de cada persona y de su entorno familiar, territorial y comunitario, garantizando la continuidad de la atención y respetando siempre la dignidad de las personas y sus derechos.

Esta idea es la que inspira la más reciente legislación sobre la materia. Así, por ejemplo, la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, da un primer paso en este sentido al señalar en su art. 14, que “la estructura administrativa y técnica de los servicios sociales generales se determinará dentro de cada ámbito de prestación que se determine”. Esto es, que la configuración de las prestaciones se hará conforme a la estructura propia de cada contingencia, lo cual se traduce en que, por ejemplo, la estructura administrativa y técnica de las prestaciones dirigidas a la drogodependencia no será en ningún caso igual a las dirigidas a la atención de ancianos, por tratarse de prestaciones de distinta naturaleza.

²¹⁹ Art. 6 d) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; 7 g) de la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de la Rioja conforme a la cual “el Sistema Público Riojano de Servicios Sociales deberá ofrecer una atención personalizada, ajustada a las necesidades particulares de la persona, de la familia o de ambas, y basada en la evaluación integral de su situación, y deberá garantizar la continuidad de la atención”; el art. 6.2 d) de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha; art. 5 l) de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña; o el art. 5 i) de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; 7 f) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

Además, señala en igual sentido en su art. 5 i) que “el sistema de servicios sociales se regirá por el principio de atención personalizada y continuada, conforme al cual los servicios sociales ofrecerán a las personas que lo precisen una atención integral y ajustada a las necesidades particulares de cada persona y de su entorno familiar, territorial y comunitario, garantizando la continuidad de la atención y respetando siempre la dignidad de las personas y sus derechos”. Asimismo, se recoge en el art. 7 d) el “derecho a recibir una atención personalizada de acuerdo con sus necesidades específicas”. De igual manera, regula que en los Centros de servicios sociales, conforme al art. 14.5, “los Ayuntamientos han de habilitar, en cada caso, el espacio adecuado para la atención personalizada del Servicio Social de Base en su respectivo municipio”.

En igual sentido, la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha en su art. 6.2 d) recoge el principio de atención personalizada, conforme al cual “el Sistema Público de Servicios Sociales prestará una atención adaptada a la situación personal, familiar y comunitaria de la persona, garantizando la continuidad de la atención y respetando la dignidad de la persona y sus derechos”. E incluso, cabe resaltar que, conforme al art. 86 c) de la Ley 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra “constituye una infracción administrativa grave el incumplir la obligación de elaborar un plan de atención individual y/o familiar de los destinatarios, o elaborarlo o aplicarlo incumpliendo las prescripciones legales establecidas al efecto, en particular en lo relativo a la valoración del caso, a la participación de los destinatarios en el proceso de intervención individual, y en la designación de un profesional de referencia”.

Unida al concepto de organización encontramos la idea de “pluralidad” en las prestaciones²²⁰ (aunque también dependerá evidentemente de dotación económica y de una correcta legislación). La organización y eficacia de la actuación administrativa tiene por finalidad ejecutar materialmente prestaciones que se adecuen a las concretas necesidades de sus destinatarios. Ello, supone afirmar que lo que se busca con la organización es ejecutar materialmente prestaciones con un contenido plural. Es decir, que la Administración Pública Prestadora no sólo se diversifique y así llegue a más ciudadanos, sino que también organice prestaciones que en la medida de lo posible permitan atender a la diversidad de destinatarios a los que se dirige, a fin de que éstos puedan elegir la que mejor responde a sus concretas circunstancias y dentro de ellas, el tratamiento a seguir.

Así, respecto a la exigencia de pluralismo en la prestación, podemos encontrar que el sistema de servicios sociales de las distintas Comunidades Autónomas cuenta en primer lugar con niveles, uno base²²¹ y otro especializado, dependiendo de la situación de necesidad en la que se encuentren los destinatarios. Los cuales cuentan con profesionales multidisciplinares, satisfaciendo así la exigencia de pluralidad de contingencias que se puedan presentar. En ese sentido, el sistema se complementa con los Centros de Servicios Sociales Especializados, cuyas

²²⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 134.

²²¹ Son denominados como “la unidad básica del sistema público de servicios sociales y serán la puerta de acceso a éste y el nivel más próximo a los destinatarios y a los ámbitos familiar y social. Su titularidad corresponderá a las entidades locales”, conforme al art. 29.1 Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra.

prestaciones implican intervenciones de carácter sectorial, atendiendo a la tipología de las necesidades, que requieran una especialización técnica o la disposición de recursos determinados²²² o como aquellos que se dirigen hacia determinados sectores de la población que, por sus condiciones o circunstancias, necesitan de una atención específica, y se estructurarán territorialmente de acuerdo con las necesidades y características de cada uno de ellos²²³.

3.3 Criterios de organización

La vertiente organizativa se encuentra íntimamente relacionada con “la directiva de creación y garantía del *pluralismo* en las prestaciones”²²⁴. La organización de estas prestaciones ha de permitir la participación activa de su destinatario en la configuración de la misma y ha de estructurarse conforme al principio de cercanía a su destinatario, lo cual permitirá la fluidez y confianza, y con ello su éxito; y asimismo, conforme al principio de pluralidad en las ofertas prestacionales, conforme al cual el ciudadano podrá elegir libremente aquella que se ajuste mejor a sus preferencias²²⁵. Ello, resulta pues compatible con la exigencia de proximidad que debe tener el órgano encargado de las prestaciones en cumplimiento del

²²² Art. 34.1 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; art. 16 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón.

²²³ Art. 11 del Capítulo III de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

²²⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 134.

²²⁵ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialtatsprinzip...”, *op. cit.*, ps. 172-181.

principio de eficacia que recoge el art. 103 de la Constitución y permite una individualización más justa²²⁶.

De igual manera, debemos resaltar que la propia idea de una prestación plural permite a su destinatario elegir entre distintas opciones igualmente válidas, la que se adecue en mayor medida a sus concretas circunstancias. De modo que, sin esa pluralidad, se pierde el derecho a elegir²²⁷ pues si no tenemos opciones de poco sirve que se incorpore una activa participación cuando finalmente se hará lo dispuesto unilateralmente por la Administración.

El carácter especial que tiene el prestador de servicios, la Administración Pública Prestadora de carácter social, es la función de servicio que cumple. No sólo de llevar a cabo la tarea prestacional sino que como señala Tettinger²²⁸, debe pasar por tres etapas; el primero, referido a la obligación de brindar información sobre el servicio ofrecido a través de campañas o líneas de atención al ciudadano, la cual resulta ser el presupuesto indispensable para que el usuario pueda ejercer su derecho a elegir sobre el tipo de centro y el tipo de prestación que desea recibir; el segundo, una atención social por parte de la Administración, lo cual supone un asesoramiento profesional real dependiendo de la rama pertinente, por ejemplo del médico al paciente; siendo la idea fundamental

²²⁶ Cfr. NIETO, Alejandro, “La organización de las Administraciones Públicas...”, *op. cit.*, p. 564.

²²⁷ TRUTE, Hans-Heinrich, “Wechselseitige Verzahnungen...”, *op. cit.*, p. 211.

²²⁸ Cfr. TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”..., *op. cit.*, p. 211.

en una comunidad plural la puesta a disposición de opciones alternativas. Y, en tercer lugar, la prestación efectiva de la ayuda solicitada.

Finalmente, respecto a la organización interna de la prestación, Denninger propone cinco reglas que resultan vitales para la definición del marco procedimental en el cual se insertará ésta: el límite del número de participantes, un aseguramiento de la posición subjetiva de cada participante, la posibilidad canales de comunicación completos y sin distorsiones, tener en cuenta el factor tiempo en la toma de decisiones y una intención constante de tomar una decisión pertinente y de justicia social²²⁹. Reglas que a simple vista parecen de fácil ejecución pero que suponen la colaboración entre Administración Pública Prestadora y destinatario de la prestación, y que desde nuestro punto de vista coadyuvarán al desarrollo de un adecuado procedimiento que garantice correctamente y *ex-ante* el respeto y vigencia de los derechos del destinatario de la prestación y en especial de su libertad.

Ello, además de permitir que se brinde un servicio de calidad facilita un control sobre el funcionamiento y organización de la Administración, que ayuda a su vez a la eliminación de aquello que no funcione. Lo cual, no implica añadir un gasto más en la configuración de la prestación sino que mediante la propia participación de su destinatario y la flexibilidad de la Administración se puede lograr sin costes una prestación eficaz y económica.

²²⁹ Cfr. DENNINGER, Erhard, "*Staatliche Hilfe...*, *op. cit.*, ps. 312-313.

4. EL PROCEDIMIENTO COMO VEHÍCULO DE LA PARTICIPACIÓN

La importancia que tiene el procedimiento en las prestaciones personales de servicios y/o materiales es que facilita la participación y mediante esta, se tienen más en cuenta los derechos de los afectados. Por ello es importante establecer procedimientos que la permitan.

4.1 Un procedimiento “a la medida de la persona”

Como ya se ha señalado, los derechos sociales y en concreto los de contenido prestacional se configuran como derechos de igualdad - entendida en el sentido de igualdad material- es decir, como derechos que buscan la igualdad de oportunidades y, por ello, a gozar de un régimen jurídico diferenciado en atención, precisamente, a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada²³⁰; y es esta justamente lo que justifica que se atienda a las específicas circunstancias que han dado origen a la contingencia y que por tanto se demande un procedimiento a la medida de estas circunstancias.

En la legislación autonómica sobre la materia podemos encontrar un desarrollo interesante de esta participación en el procedimiento como medio para atender las concretas circunstancias del interesado, en el art. 19 de la Ley de Servicios sociales del País Vasco, el cual dispone que:

²³⁰ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 17.

“1. Cuando en el ejercicio de sus funciones las personas profesionales constaten la necesidad de proceder a una intervención que requiera un seguimiento, iniciarán un procedimiento de actuación que implicará la realización de un diagnóstico y, si dicho diagnóstico así lo aconsejara, la elaboración de un plan de atención personalizada, el acompañamiento de la puesta en marcha de las medidas, incluidas las prestaciones y servicios, contempladas en dicho plan, así como la realización de un seguimiento y evaluación. El referido plan de atención personalizada definirá el conjunto de servicios y prestaciones cuya intervención se prevé, pudiendo los servicios asignados elaborar, si lo estimaran necesario y conveniente, una programación individual para garantizar la mejor adecuación a las necesidades individuales. 2. A lo largo de todo el proceso de intervención deberán realizarse evaluaciones periódicas susceptibles de modificar los objetivos y las actuaciones, propias o ajenas, sociales o de cualquier otra naturaleza, integradas en el plan de atención personalizada. 3. El procedimiento deberá aplicarse previo consentimiento de la persona o familia usuaria o, en su caso, de la persona o entidad que represente legalmente a la persona usuaria y, tanto como sea posible, con la participación de las personas o familias usuarias (...)”.

Vemos que la participación, la creación de un plan de atención personalizado y la información son elementos claves para el desarrollo de la prestación, que resultan ser una exigencia mínima que impone la ley a fin de alcanzar la eficacia de la prestación. Por tanto, constituyen elementos que deberán ser seguidos por la Administración Pública Prestadora encargada de ejecutarla.

Al establecer el procedimiento habrá que garantizar que el sujeto no sea tratado como un objeto; es necesario en todo momento recordar la posición subjetiva de la persona en el ordenamiento jurídico. Y, aunque esto es más fácil de conseguir en la configuración propia de un Estado liberal de Derecho, en el que la actuación estatal encuentra claros límites en los derechos fundamentales; en el caso del Estado Social de Derecho y en particular de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, identificar la frontera o límite de esa actuación es aún más difícil. Por ello, se debe recordar que cuando la persona se introduce en la organización estatal y participa de un procedimiento, sigue siendo aquel sujeto que es destinatario de toda actuación pública, fundamento y fin del Estado, y titular de derechos fundamentales, que debe ser respetado para así evitar a toda costa que sea perjudicado²³¹.

El procedimiento se caracteriza por ser una sucesión encadenada de actos que, sin embargo, presentan distinto significado respecto de los derechos fundamentales²³². Ahora bien, determinar qué actos son indispensables para la protección de esos derechos sólo es posible tras un análisis detenido de cada trámite procedimental²³³.

En el procedimiento se darán garantías como la libertad de elección, información, necesidad de consentimiento, entre otras, que ayudarán a proteger y hacer efectivos los derechos que de otra manera podrían verse conculcados. No obstante, podemos afirmar que de los derechos

²³¹ Cfr. DENNINGER, Erhard, "Staatliche Hilfe...", *op. cit.*, p. 308.

²³² Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría General...*, *op. cit.*, p. 77.

²³³ Cfr. DENNINGER, Erhard, "Staatliche Hilfe...", *op. cit.*, ps. 296-297.

fundamentales no se derivan concretos modelos procedimentales²³⁴. Las leyes que regulan los procedimientos contienen decisiones ponderativas²³⁵ que recaerán sobre sus actores: la Administración prestadora y el destinatario de la prestación. Los cuales, deberán determinar en cada caso de forma conjunta el desarrollo del mismo.

4.2 La participación en el procedimiento

4.2.1 Significado

El procedimiento en el sentido que estamos analizando puede ser definido como una sucesión de actos tendentes a un fin que permite la existencia de una confianza en la comunicación entre el Estado y el ciudadano²³⁶. Al respecto, debemos recordar que el mismo procedimiento administrativo fue creado como una garantía para los ciudadanos, para que la Administración Pública y sus exorbitantes potestades no afectaran sus derechos; es decir que se creó como límite y freno al poder; y por otro lado, que las normas que regulan prestaciones son normas abiertas pues se necesita de esa flexibilidad para su aplicación a cada caso en concreto. Por ello, como bien señala Häberle, “mientras más elástica es una norma, más entra en juego el procedimiento, pues así más consistente se vuelve la optimización de los derechos (...)”²³⁷. De modo que, a través del

²³⁴ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría General...*, *op. cit.*, p. 77.

²³⁵ DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe...”, *op. cit.*, p. 314.

²³⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Der Reschstaat”..., *op. cit.*, p. 583.

²³⁷ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 53.

procedimiento, de alguna manera, se produce la concretización o realización de los derechos fundamentales²³⁸.

Debido a que en estos casos lo único que la norma impone son directivas o principios generales, como calidad o eficacia, en los cuales la Administración Pública Prestadora de carácter social debe inspirar su actuación y es la propia norma la que entrega a la Administración la concreción de la misma, es importante que ésta defina el marco procedimental, la forma en que se llevará a cabo la prestación, la posición jurídica de la entidad prestadora y los derechos y garantías del ciudadano²³⁹; pues, en estos casos están también en juego ámbitos de autodeterminación básicos del ser humano, como son su libertad, intimidad e incluso su integridad física. Ello, sin embargo, no supone una renuncia del legislador sino que se trata “(...) de una remisión por la norma a una vía procedimental de encuentro interpersonal que viene impuesta por una forma característica de actuar que tienen los derechos fundamentales en el Estado Social prestador”²⁴⁰. Y que son una exigencia de este tipo de relaciones donde existe un elemento marcadamente personal.

Finalmente, podemos concluir diciendo que “(...) junto a la legalidad y a la eficacia, que han sido tradicionalmente los valores que desde hace ya un siglo han venido informando nuestras leyes de procedimiento administrativo, hay que situar ahora, a idéntico nivel, el valor participación,

²³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 87.

²³⁹ Cfr. *Idem*.

²⁴⁰ *Idem*.

que, lejos de desmerecer o disminuir aquéllos, está llamado a potenciarlos”²⁴¹. La cual, es una difícil tarea de llevar a cabo, pero que se puede materializar con mayor eficacia mientras existen los procedimientos adecuados a través de los cuales se realice la participación de los ciudadanos afectados²⁴².

4.2.2 Conquistas de la participación en el procedimiento

4.2.2.1 Transmisión de preferencias y necesidades

La participación se torna en un elemento importante en los procedimientos administrativos en general en los que el administrado pueda verse afectado por la decisión de la autoridad. Los destinatarios de las prestaciones personales de servicios y/o materiales a través de su participación transmiten sus preferencias y necesidades, las cuales deberán ser traducidas en una “prestación adecuada”. De modo que, uno de los logros más importantes del paso del Estado liberal al Estado social, que se traduce en la relación administración pública-ciudadano, es “la conversión de los habitantes de este país, desde su consideración como “administrados”, en “ciudadanos” titulares de derechos y dotados de una posición activa en sus relaciones con la Administración”²⁴³. Se parte de la

²⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Los principios constitucionales...”, *op. cit.*, p. 106.

²⁴² *Ibidem*, p. 133.

²⁴³ ELENA CÓRDOBA, Amador, “De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-administración” en ALVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones*

superación de la calidad del ciudadano en el sentido de pertenencia al Estado (*Zugehörigkeit*), a un sentido de condición de miembro (*Mitgliedschaft*)²⁴⁴.

“La idea de participación va intrínsecamente ligada a la forma del Estado Social y Democrático de Derecho”²⁴⁵. Puesto que permite la participación del ciudadano en la toma de decisiones estatales de carácter prestacional que pueden afectar su libertad en ámbitos de su vida que tienen que ver con sus derechos fundamentales, sobre todo cuando nos referimos a las prestaciones de carácter social. Antes bastaba una ley del Parlamento para garantizar la protección de los derechos fundamentales; sin embargo, hoy las cosas han cambiado y de alguna manera la participación permite una mejor protección de los mismos²⁴⁶. Aunque, con ella, de manera inmediata, “no se trate de proteger una esfera individual, sino de colaborar *con* otros sujetos, con la propia Administración (...)”²⁴⁷, con lo cual se consigue de manera mediata la protección de la libertad. De modo que, la actuación administrativa se realiza hoy en día “(...) sobre la base de la sustitución progresiva del principio de autoridad por el de composición negociada de intereses”²⁴⁸.

Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 5559.

²⁴⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 51.

²⁴⁵ CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los derechos constitucionales...*, *op. cit.*, p. 40.

²⁴⁶ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 130.

²⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano...*, *op. cit.*, p. 97.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 79.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

Cuando el destinatario de la prestación participa libremente en su configuración mediante la transmisión de las concretas circunstancias que dieron origen a la misma y de las específicas necesidades que éste tiene y que busca satisfacer, es más fácil garantizar el respeto de sus derechos fundamentales y especialmente de sus libertades de pensamiento, ideológicas, expresión, etc. pues la concreta prestación social, se deberá configurar y ejecutar conforme a estas exigencias, sin que medie ningún tipo de imposición administrativa.

Por tanto, la Administración Pública encuentra en ellas un límite y a la vez directriz en su actuación, entendiéndose así “la iniciativa del ciudadano como una iniciativa de derecho fundamental” (*Grundrechtsinitiative*)²⁴⁹ pues la participación del destinatario de la prestación se transforma en el elemento nuclear que permitirá la protección de la libertad, como límite a la actuación estatal. La participación permite que el sujeto intervenga en el procedimiento brindando información que resulta necesaria, en estos casos, para lograr el éxito de la prestación y asimismo, manifestando su consentimiento o conformidad en la ejecución de la misma. Lográndose de esta forma una protección de sus “intereses de derecho fundamental” (*Grundrechtinteresse*), es decir de aquellos intereses que sólo pueden ser protegidos de forma óptima en un procedimiento²⁵⁰. Por consiguiente, la Administración Pública Prestadora debe atender a las necesidades y concretas circunstancias del destinatario de la prestación para que cuando ésta tome

²⁴⁹ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”, *op. cit.*, p. 90.

²⁵⁰ Cfr *Ibidem*, p. 122.

una decisión, no sea impuesta unilateralmente y así respete la vigencia de su libertad.

Al respecto, resulta interesante mencionar las consideraciones que se contienen en el Preámbulo de la Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, al señalar que “hasta hace muy poco tiempo la respuesta que se ha venido dando en el campo de los Servicios Sociales ha carecido de una adecuada coherencia y planificación, estando inspiradas estas respuestas en una concepción paternalista y de beneficencia que no contemplan al ciudadano como sujeto de derechos, sino como objeto para actuar”, es decir, sin tomar en cuenta su calidad de persona y por tanto de sus derechos fundamentales.

De esta forma, temas como la participación y el respeto a las preferencias del afectado son importantes y generan una serie de interrogantes respecto de la actuación de la Administración Pública Prestadora²⁵¹. Por ello, el concepto de participación se torna clave para el caso que comentamos y por tanto debemos recordar que “se participa tomando parte en la adopción de una decisión”²⁵². Esa participación, se concreta en la colaboración del destinatario en la configuración y desarrollo de la prestación y se convierte así en pieza clave de la decisión administrativa.

²⁵¹ Cfr. TETTINGER, Peter, “Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates”..., *op. cit.*, ps. 222-223.

²⁵² CASTELLÀ ANDREU, Josep María, Los derechos constitucionales de Participación..., *op. cit.*, p. 38.

Finalmente, sólo queda señalar que el art. 9.2 de la Constitución dispone la participación como principio general informador de la vida política, económica, cultural y social, y constituye un mandato dirigido a la totalidad de poderes que por si fuera poco se encuentra vinculado en el mismo artículo de la Constitución al concepto de igualdad material. Ello, debe llevar a los diferentes poderes públicos a ampliar el ámbito de los derechos participativos, reducir límites y sobre todo a favorecer la previsión y desarrollo de figuras participativas²⁵³. Todas las que encontrarán su refuerzo en este principio constitucional.

4.2.2.2 Participación directa: individual o colectiva

Ya hemos recordado que la participación de la que hablamos es distinta de los tradicionales derechos de participación democrática de los ciudadanos (art. 23 CE), pues en este caso nos referimos al concepto de democracia participativa, la cual supone una participación individual que busca proteger intereses individuales y personalísimos; que también puede ser ejercida de forma colectiva aunque en base a intereses individuales, por ejemplo en el caso de los miembros de una residencia de ancianos que deciden sobre el tipo de material de lectura que desean recibir en ejercicio de su libertad ideológica o de pensamiento.

Es posible encontrar en las leyes autonómicas de servicios sociales el principio de participación ciudadana y en algunos casos incluso se regula la participación directa del usuario para el caso de las prestaciones materiales

²⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 110.

de servicios sociales²⁵⁴, su planificación y evaluación, como es el caso del País Vasco²⁵⁵. De modo que, el principio de participación del ciudadano se aplica en la forma de seguimiento y evaluación de la gestión de los servicios²⁵⁶.

Asimismo, se prevén supuestos de participación colectiva, respecto a temas que puedan interesar sobre todos a los usuarios de centros o residencias temporales o permanentes. Por ejemplo, en el art. 73 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, se señala que “en los centros públicos donde se presten servicios sociales y en los privados que reciban financiación pública, deberán establecerse procesos de participación democrática de las personas usuarias o de sus familiares o representantes legales, de la forma que se establezca reglamentariamente”. De igual manera, la Ley 2/2007, de 27 de marzo de Servicios Sociales de Cantabria en su art. 6 c) recoge el derecho a participar en las decisiones que haya de tomar el centro y que les afecten individualmente o colectivamente y a asociarse para favorecer su

²⁵⁴ Asimismo, se recoge el derecho a participar, véanse por ejemplo: art. 5 j) de la Ley, Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Cantabria; art. 9 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Baleares. Como un principio en el art. 4 i) de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales Galicia; en el art. 10 h) de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales Madrid; art. 5 e) de la Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales Murcia

²⁵⁵ Art. 5 i) y Título VI, de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; art. 7 j Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco.

²⁵⁶ Art. 5 e) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; art. 5 e) de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña; art. 7 k) de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, conforme al cual “tienen derecho a participar en la toma de decisiones del centro que les afecten individual o colectivamente, así como a asociarse para favorecer tal participación”; art. 6.1 i) Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.

participación. Y en el art. 75 referido a la participación de las personas usuarias, se dispone que “1. Las personas usuarias del Sistema de Servicios Sociales tienen derecho a participar de forma activa en todas las decisiones que les afecten de forma directa o indirecta, individual o colectiva. Dicha participación podrá efectuarse como persona física, bien individualmente o a través de la persona que ostente la representación legal, o bien colectivamente, a través de sus asociaciones o representantes. 2. Todas las entidades y Centros de servicios sociales dependientes del Sistema Público de Servicios Sociales deberán contar con procedimientos de participación democrática de las personas usuarias, o de sus representantes legales, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente”²⁵⁷.

Un desarrollo interesante de lo que significa la participación en el procedimiento se contiene en la Ley de servicios sociales del País Vasco. conforme al art. 8 c) de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, relativo al modelo de atención y de intervención, se dispone que “se diseñará el tipo de intervención adecuada a cada caso, sobre la base de una evaluación de necesidades y en el marco de un plan de atención personalizada, que, al objeto de garantizar la coherencia y la continuidad de los itinerarios de atención, deberá elaborarse con la participación de la persona usuaria y deberá incluir mecanismos de evaluación y revisión periódica que permitan verificar la adecuación del plan a la evolución de las necesidades de la persona”. Lo cual supone desde nuestro punto de

²⁵⁷ Encontramos una disposición similar en el art. 106 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León; y en el art. 39 g) de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias.

vista la garantía de la participación del destinatario en la configuración y ejecución de la prestación, que se convierte así en un elemento clave.

De igual manera, en la misma Ley se reconoce, conforme al art. 9.1 i), “el derecho a que se realice, en plazos razonables de tiempo, una evaluación o diagnóstico de sus necesidades, a disponer de dicha evaluación por escrito, en un lenguaje claro y comprensible, y a disponer, en plazos razonables de tiempo, de un plan de atención personalizada, y a participar en su elaboración cuando, para responder a las necesidades detectadas, se estime necesaria una intervención”. Y no sólo un simple derecho a participar, individual o colectivamente, en las decisiones que les afecten y en el funcionamiento de los servicios, y a acceder a los cauces de información, sugerencia y queja que permitan el ejercicio efectivo y la defensa de sus derechos, como se estipula en otras leyes de servicios sociales.

4.2.2.3 Definición del contenido concreto del derecho fundamental

Sabemos que las prestaciones que se procuran al ciudadano en el Estado Social permiten que el hombre, a través de sus propios medios, alcance una subsistencia conforme a la dignidad y dando primacía a la idea de autoayuda como realización social²⁵⁸. Cuando no puede alcanzarlas por sus propios medios, requiere de la ayuda de la Administración Pública, lo cual debe realizarse en ámbitos de libertad. Por tanto, si lo que se busca es que el hombre pueda realizar su proyecto vital en sociedad, ello sólo puede

²⁵⁸ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 648.

conseguirse con su más plena libertad. Una libertad que debe estar presente en la configuración y ejecución de la prestación, y que sólo se materializará a través de la participación en la prestación.

Por otra parte, hoy los ciudadanos no se ven satisfechos con la sola garantía de la prestación sino que buscan participar en la configuración de la misma, sobre todo si ésta les afecta²⁵⁹. De igual manera, se ha dicho y creemos con acierto que “en el moderno Estado el hombre no se afirma por medio de una libertad individual que le está garantizada, sino por medio de la participación”²⁶⁰. Se entiende por ello, que el hombre hoy en día no sólo necesita que se le reconozca y garantice la libertad sino que también necesita participar en la toma de decisiones que le afectan, como forma de materializarla. Sobre todo, cuando es la vigencia de su propia libertad la que está en juego, como puede suceder en el momento de recibir prestaciones por parte del Estado cuando éste pretende hacerlo imponiendo su decisión.

De esta forma, son dos los efectos que se producen con la participación, no sólo la colaboración en la conformación de decisiones públicas, sino sobre todo, la delimitación del contenido concreto al derecho fundamental²⁶¹, especialmente las libertades de pensamiento, expresión, opinión, religión, entre otras. Se pueden identificar, por

²⁵⁹ Cfr. ARENILLA SÁEZ, Manuel y REDONDO LEBRERO, Juan Carlos, “Ética, Transparencia y Participación” en ARENILLA SÁEZ, Manuel (Dir.), *Crisis y reforma de la Administración Pública*, op. cit., p. 367.

²⁶⁰ FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, op. cit., p. 71.

²⁶¹ Cfr. SCHILLACI, Ángel, “Derechos fundamentales y procedimiento...”, op. cit., p. 236.

ejemplo, en las Leyes de Servicios Sociales disposiciones en este sentido: art. 6 de la Ley de Servicios Sociales de Cantabria, Ley 2/2007, de 27 de marzo, donde se recoge los derechos específicos de las personas usuarias de centros y servicios de atención diurna/nocturna y estancia residencial, en el apartado b) al libre ejercicio de sus derechos políticos con respeto a la libertad de las otras personas y en el apartado d) el derecho a la práctica religiosa ejercida con respeto a la libertad de creencias de las otras personas. Asimismo, en el art. 39 b) de la Ley de Servicios Sociales de Asturias, Ley 1/2003, de 24 de febrero, se recoge el derecho a b) A la libertad ideológica, religiosa y de culto y c) a no ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias; de igual manera, se prevé expresamente en el art. 9 k) de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Baleares, sobre los derechos de las personas usuarias de servicios residenciales que tienen “derecho a la práctica religiosa que no altere el funcionamiento normal de centro, siempre que se ejerza desde el respeto a la libertad de las otras personas”.

No obstante lo anterior, sigue siendo importante recordar la advertencia de Forsthoff de que “(...) a nivel constitucional, el tratamiento técnico del problema de la participación del ciudadano en la Administración Pública es claramente insuficiente, cuando no falta por completo”²⁶². Perdiéndose de vista que existe un amplio campo de actuación tan complejo y vasto como lo es el de las prestaciones personales de servicios y/o materiales, que tienen por destinatarios a menores desamparados, toxicómanos, ancianos inválidos, dependientes

²⁶² FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, op. cit., p. 91.

Capítulo III
Relevancia de la organización y el procedimiento para resolver las cuestiones
planteadas

psíquicos, que necesitan entrar en contacto directo con la Administración Pública Prestadora de carácter social, para alcanzar no sólo el éxito de la prestación sino también para garantizar el ejercicio de su libertad. En estos casos pues, no se puede confiar en el “buen actuar” de la Administración Pública Prestadora o que la decisión judicial determine el inicio del goce de la prestación o el contenido de la misma, la cual en uno o dos años quizá ya sea infértil²⁶³. Se trata de prever la garantía de los derechos fundamentales de estas personas que por su especial situación son aún más vulnerables.

La libertad y participación se constituyen en “nociones cardinales que configuran hoy las relaciones del individuo en el Estado (...). La participación como derecho y pretensión supone un Estado que ayuda, reparte, distribuye y adjudica, que no abandona al individuo en su situación social sino que acude en su ayuda (...)”²⁶⁴. En vista de ello, el procedimiento sirve para dar una estructura a las múltiples relaciones que se establecen entre la Administración Prestadora y el ciudadano destinatario de la prestación²⁶⁵, que incluso pueden llevar a una mayor protección de los derechos e intereses particulares. Lo cual, requiere que la participación sea organizada y procedimentalmente estructurada²⁶⁶.

²⁶³ Cfr. GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996, p. 67.

²⁶⁴ ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁵ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General...*, *op. cit.*, p. 358.

²⁶⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “Grundrechte als Organisations...”, *op. cit.*, p. 998.

4.2.2.4 Legitimación democrática

Por último, podemos afirmar que la participación en el procedimiento permite un cierto respaldo democrático de la actuación administrativa prestadora, ya que en estos casos no es posible conseguirlo sólo mediante la aplicación del principio de legalidad.

El principio de legalidad, conforme a la cláusula del Estado de Derecho, además de suponer el control de la actuación de los poderes tiene también un fundamento democrático, esto es, que la actuación de los poderes venga democráticamente legitimada, que sea conforme a la voluntad del pueblo manifestada a través de sus representantes y concretada en leyes. Lo que la democracia busca en general es la legitimación del poder pues permite que éste se ejerza a través del pueblo (*Herrschaft durch das Volk*) y para el pueblo (*Herrschaft für das Volk*)²⁶⁷. De modo que, la actuación administrativa prestadora de carácter social, como actuación estatal que es, requiere también una legitimación democrática, la cual debemos buscar en otra fuente debido a que es una actuación poco dirigible por ley.

Y, puesto que en estos casos la ley no cumple el mismo papel que en el caso de la actuación administrativa clásica, la participación del ciudadano en la configuración de la prestación de servicios personales y/o materiales cumple también una función legitimadora. La participación del destinatario de la prestación lleva consigo una cierta “aprobación” de la toma de

²⁶⁷ Cfr. Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatziel”..., *op. cit.*, p. 723.

decisiones administrativas. De esta forma, el déficit de legitimidad democrática de la actuación administrativa prestadora que se deriva de las excepciones al principio de legalidad se suple mediante la participación del destinatario de la prestación en la configuración de la misma.

Debemos recordar que el objetivo del Estado social es la garantía de una existencia digna de cada hombre²⁶⁸. Y asimismo, debido a que mediante la actuación del legislador se otorgan títulos de intervención, especialmente a la Administración Pública que actúa sin una ley que regule directamente su actuación, podemos encontrar en la participación del destinatario de la prestación una función de legitimación de la actuación estatal. Así, podemos concluir diciendo que la legitimación de la acción estatal en estos casos viene determinada por la combinación del fin perseguido, la igualdad material; presidida por la dignidad; y por los medios aplicados, como son la participación y garantía de la libertad.

IV. LAS “NUEVAS HERRAMIENTAS” DE UNA “NUEVA ADMINISTRACIÓN”

Como bien señala Rodríguez de Santiago, la decisión del Estado de encargarse de prestaciones que bien podrían pensarse como muy personales y que caen bajo la propia responsabilidad del afectado o de la familia, como sucede en los caso de drogodependencia, mujeres maltratadas, ancianos o de dependencia, no es una evidencia del desarrollo

²⁶⁸ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel”..., *op. cit.*, p. 710.

histórico de la Teoría del Estado ni de sus fines, sino que deriva del carácter social que la Constitución da al Estado²⁶⁹. Y al haberse tomado esta decisión, se le impone al este que actúe en ámbitos de autodeterminación individual estrechamente vinculados con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad²⁷⁰. Lo cual, se concreta en la materialización de los denominados derechos de prestación y, por tanto, se trata de una tarea del legislador pero que se impulsa desde la Constitución.

Luego de analizar por separado los conceptos de organización y procedimiento podemos concluir que en el Estado Social y Democrático de Derecho la Administración Pública Prestadora necesita nuevas herramientas al haber asumido una nueva función de tan difícil ejecución. Se trata pues de una “nueva Administración” a la que la configuración clásica del Derecho Administrativo le resulta un tanto “extraña” y creemos que ello es así porque tradicionalmente esta rama del Derecho se ha centrado en la Administración Pública, perdiendo de vista la posición fundamental del ciudadano. En los casos que hemos estudiado, la presencia de un elemento marcadamente personal hace difícil la limitación de la Administración a través de los instrumentos clásicos siendo entonces necesario buscar otras fórmulas constitucionales.

Asimismo, las prestaciones personales de servicios y/o materiales suscitan un entramado de relaciones y problemas de difícil solución que se

²⁶⁹ RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 130.

²⁷⁰ PITTSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstattsprinzip...”, *op. cit.*, ps. 169-170-

presentan entre Administración y ciudadano, que no admiten una regulación detallada del supuesto de hecho y menos una única solución.

En vista de ello, creemos que la forma adecuada de abordar los nuevos retos que se presentan para la Administración Pública Prestadora es la implementación y desarrollo de un procedimiento y una organización adecuadas a las exigencias de los derechos fundamentales. Esto es, debe existir una conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública conforme a los derechos fundamentales²⁷¹. De este modo se facilita, de un lado, su protección *ex-ante* a través de la participación del destinatario de la prestación; y por otro, el derecho a elegir entre diversas opciones igualmente válidas en una prestación correctamente organizada y plural a fin de satisfacer las concretas necesidades que han dado origen a la contingencia que busca salvar.

Es interesante destacar que, como se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo, en las Leyes Autonómicas de Servicios Sociales se van dando un pasos en ese sentido, de modo que las exigencias que se desprenden desde la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho para la Administración Pública Prestadora pueden ser adecuadamente canalizadas a través de regulaciones suficientemente flexibles que permitan a ésta actuar de conformidad con el elemento marcadamente personal que caracteriza este tipo de prestaciones, se trata de una tarea ardua pero cuyo éxito permite una vida digna de los destinatarios de este tipo de

²⁷¹ Cfr. DENNINGER, Erhard, “Staatliche Hilfe zur...”, *op. cit.*, p. 297.

prestaciones, que no son otros que los estratos más menesterosos de la sociedad.

No obstante lo anterior, estamos aún ante regulaciones incompletas e incipientes puesto que en la legislación de algunas Comunidades Autónomas sólo cabe encontrar referencias a la participación colectiva, de los Consejos de Ciudadano o para la financiación de la prestación. Existe una mayoritaria ausencia de regulación sobre los derechos que corresponden a los usuarios en el procedimiento. Y aunque, como ya hemos señalado, este tipo de prestaciones requieren cierta flexibilidad y libertad de los participantes (la Administración Prestadora y el destinatario de la prestación) resulta necesario que los lineamientos generales se encuentren regulados en leyes que vinculen a la Administración Pública a seguirlos y que garanticen los derechos de participación e información de los destinatarios de la prestación para así hacer efectivos sus derechos y, en última instancia, se respete la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

1. La fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho supone una nueva configuración del Estado en donde éste asume una nueva función, denominada social, que implica su obligación de brindar un “mínimo vital” al ciudadano que le permita alcanzar su desarrollo en sociedad en igualdad de condiciones que sus semejantes. Es decir, que lo que busca el Estado Social no es otra cosa que la igualdad material, la cual, obtendrá entre otros medios disminuyendo las brechas económicas mediante el otorgamiento de prestaciones.

No obstante lo anterior, el fin perseguido por el Estado, fin social, no puede ser alcanzado de cualquier manera. No se trata sólo de que su materialización se produzca con respeto hacia los valores materialmente consagrados, sino además, con la legitimación que deriva de los principios estructurales del Estado Democrático, traducido en el pluralismo político y en la participación; y del Estado de Derecho, traducido en la garantía de la libertad; ambos de idéntico rango que el Estado Social. Por tanto, la legitimación de la acción estatal se encuentra influida por la combinación del fin perseguido, que es la igualdad material, presidida por la dignidad de la persona; y de los medios aplicados, participación y garantía de la libertad.

2. En este nuevo escenario, encontramos un viejo pero renovado agente, la Administración Pública, a quien ahora se exige sobre todo intervención pues de su actividad depende la efectividad de muchos de los

postulados constitucionales que tienen que ver con la vida del hombre: educación, salud, esparcimiento, cultura, etc. La Administración Pública ha dejado de ser una Administración de Policía y ha asumido un rol que podríamos calificar como protagónico, pues se ha transformado en la encargada de hacer materialmente efectiva la cláusula social mediante prestaciones de distinta clase, entrando en algunas ocasiones en ámbitos vitales de los administrados, pudiendo afectar a sus derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Por tanto, muchas de las decisiones que se toman respecto de los derechos fundamentales, han dejado en la práctica de ser ámbitos propios de actuación del legislador para convertirse en ámbitos naturales de actuación de la Administración Pública. Lo cual supone situarla como garante de la efectividad de los derechos pero también lleva a cuestionarse si es este un papel que le corresponde.

Esta Administración Prestadora puede ser de dos tipos una Administración Prestadora General o una Administración Prestadora de carácter social, y donde este elemento social se torna determinante. Para este tipo de Administración lo importante es salvar las necesidades existentes en la parte más menesterosa de la población a fin de que pueda alcanzar una igualdad material respecto de los demás en el goce de sus derechos, mediante prestaciones. Esta Administración Prestadora de carácter social puede ser a su vez una Administración aseguradora de los recursos económicos del ciudadano o una Administración prestadora de servicios personales o materiales. Las segundas, que son las que nos interesan, se caracterizan porque en ellas existe un elemento marcadamente personal que impide que el Derecho las regule cabalmente

y por consiguiente, se está ante una Administración Pública cuya actuación será poco dirigible por ley. Asimismo, la presencia del acto administrativo es escasa y solo se regula el marco en el cual se realizará la actuación, calificándose por ello como actuación administrativa material.

Por estas razones, la mera aplicación del Derecho Administrativo, el Derecho especial de la Administración, a este tipo de actuaciones resulta cuestionable pues su configuración estaba orientada a una Administración de Policía que en puridad ya no existe. Se trata de un Derecho pensado por y para la Administración y que pierde de vista la especial relación que ésta entabla con los particulares así como los inminentes riesgos de afectación de derechos fundamentales que esta interacción conlleva en el marco de la actuación administrativa prestadora de carácter social.

3. En el escenario en el cual se desarrollan las prestaciones de servicios personales y/o materiales pueden verse afectados otros derechos del destinatario de la prestación que, en no pocas ocasiones, expone su intimidad y no pocas manifestaciones de su libertad a las personas que, en nombre de la Administración, van a garantizar una determinada prestación.. Por ello, es fundamental que la actuación administrativa siga respetando los límites propios del Estado de Derecho por lo que resulta necesario encontrar en la Constitución, que es la norma primera del ordenamiento jurídico, las guías básicas en las cuales se basará esa actuación.

En ese orden de ideas, creemos que en la cláusula recogida en el art. 1.1 de la Constitución se encuentra la clave para resolver este problema. Pues si bien es la cláusula social la que habilita a la Administración a realizar una actuación prestacional, las cláusulas de Derecho y

Democrática son las que darán la forma y estructura con base en las cuales esta actuación se deberá desarrollar.

Debido a la importante tarea que recae hoy en la Administración Prestadora y a las especiales características de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales, la cual es una actuación poco dirigible por ley y donde existe un elemento marcadamente personales, debemos desde la Constitución y desde la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho encontrar unas directrices conforme a las cuales esta actuación deberá ser desarrollada.

4. Desde la cláusula del Estado de Derecho encontramos como exigencias para la actuación prestadora social el respeto de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad. Estos principios o valores fundamentales del ordenamiento jurídico español demandan que el destinatario de la prestación sea tratado como persona que es, que no se olvide que cuando entra en contacto con la Administración Prestadora sigue siendo aquel sujeto que es fin del Estado, que es titular de unos derechos fundamentales y que tiene un proyecto vital que debe ser en todo momento respetado. Asimismo, lo que estos elementos remarcan es la individualidad del sujeto destinatario de la prestación, quien se reconoce tan singular como cualquier otro, con unas necesidades y circunstancias concretas que en la medida de lo posible deben ser también respetadas.

Ante estas nuevas exigencias los tradicionales principios que rigen la actuación administrativa resultan insuficientes. Así, respecto del principio de legalidad, se puede concluir que debido a que en este tipo de actuación administrativa el acto administrativo tiene escasa presencia pues

se trata de una actuación a la cual la doctrina administrativista le denomina actuación material de la Administración, la ley tiene un escaso papel y ello es algo connatural a este tipo de actuación porque se espera que la Administración Pública pueda realizar actuaciones espontáneas en colaboración con el destinatario de la prestación, que no se vean limitadas por una ley. En vista de ello, se puede concluir que para el caso que comentamos la no aplicación estricta del principio de legalidad resulta pues algo querido.

De igual manera, resulta insuficiente la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, que exige que toda limitación de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley; y es que, aunque la Administración Prestadora puede afectar derechos, especialmente la libertad del destinatario de la prestación, al no tratarse de una actuación que pueda calificarse *per se* como limitadora o de restricción, la exigencia de aplicación de la reserva de ley resulta sumamente complicada.

Por el contrario, y aunque resulta en sí problemático que en el campo de los derechos pueda existir un margen de libertad amplio de la Administración, el ámbito de las prestaciones personales resulta ser el un escenario en el que asume un importante papel la discrecionalidad administrativa la cual no es una actuación arbitraria que suponga una libertad total de elección de la Administración Pública sino que encuentra sus propios límites en la ley (que recogerá al menos los objetivos y fines perseguidos por el acto), y en la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad.

5. Al ser insuficientes los principios tradicionales que rigen la actuación administrativa es necesario buscar otros. Al respecto, la doctrina

alemana ha puesto el énfasis en otras exigencias derivadas desde la cláusula del Estado Democrático: el pluralismo, de un lado, y la participación, de otro. Respecto del pluralismo, se demanda que la Administración Pública cuando configure la prestación tome en cuenta esa realidad palpable, la pluralidad de sujetos a quien dirigirá su actuación pues ello se transforma en un elemento determinante cuando de garantizar la libertad se trata. Y respecto de la participación, y en particular a la democracia participativa que supone la participación de los ciudadanos de forma individual o colectiva a fin de proteger sus intereses en un procedimiento determinado, lo que se consigue, de un lado, es la garantía de la libertad del destinatario de la prestación pues será él quien decidirá la forma en que la prestación será prestada; y por otro lado, también se garantiza la legitimación de una actuación administrativa que en mayor medida no encontrará su legitimidad en una ley democrática, sino en la conformidad del destinatario de la prestación.

6. Somos de la idea que esas exigencias se pueden canalizar a través de dos conceptos fundamentales: la organización y el procedimiento.

En primer lugar, porque los mecanismos clásicos de límite al poder de la Administración Pública, legalidad, reserva de ley y discrecionalidad, no tienen en este campo aplicación estricta. En segundo lugar, porque consideramos que mediante la organización y el procedimiento se logra una garantía *ex ante* de los derechos fundamentales en la relación prestacional, a través de la participación del destinatario de la prestación en la configuración y ejecución de la misma; y mediante la organización interna de la prestación y del sistema de prestaciones mediante la cual se logra la satisfacción de la demanda de una sociedad plural. En tercer lugar,

porque la existencia de un procedimiento y organización adecuados resulta una exigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que como principios que son también inspiran el entero ordenamiento jurídico y demandan por tanto que los poderes implementen las estructuras necesarias a fin de que su vigencia sea real y efectiva. Y finalmente, porque mediante la organización y el procedimiento se puede lograr la materialización del elemento marcadamente personal que caracteriza a estas prestaciones, pues se permitirá la adecuada configuración de la prestación a la medida de la persona.

7. Con el concepto de procedimiento no nos referimos al clásico de procedimiento administrativo, el cual se remite únicamente a la actuación de la Administración sino que se trata de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de la Administración y el ciudadano necesitado; y referido asimismo al marco procedimental en base al cual esta relación se va a desarrollar. Esto es, un procedimiento “a la medida de la persona” pues representa la importancia que tiene para la protección de los derechos del destinatario de la prestación el atender a las concretas circunstancias que han dado origen a la prestación y que sólo se conseguirá mediante su participación directa en la configuración y ejecución de la misma.

Así, este procedimiento tiene dos elementos, la reserva procedimental que exige que cuando haya un mínimo de riesgo de afectación de derechos fundamentales resulte fundamental la existencia de un procedimiento, y el *status activus processualis* que demanda la participación del destinatario de la prestación en él, a fin de garantizar la vigencia de sus derechos fundamentales. A través del procedimiento lo que se consigue es

la incorporación del destinatario de la prestación en su puesta en marcha, permitiendo, de esta forma, que sea él quien mediante su consentimiento participe en la materialización de la prestación garantizando la vigencia de la libertad de la que es titular.

8. La organización, por su parte, se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios. Hace referencia a la organización interna de la prestación pero también al sistema general de prestaciones. Tiene que ver con la idea de pluralismo social y la forma a través de la cual se concreta la exigencia de pluralismo en la prestación: primero, en que la oferta prestacional sea plural, esto es que existan centros tanto públicos como privados que provean prestaciones, siendo fundamental la ayuda del denominado Tercer Sector aunque sobre el Estado seguirá recayendo la responsabilidad de control e inspección. Y segundo, en que la prestación internamente también sea plural, lo cual significa que existan distintas prestaciones adecuadas para cada contingencia y asimismo, a que éstas, a su vez, incorporen un abanico de tratamientos u opciones, igualmente satisfactorios pero en donde cada uno de los cuales, en menor o mayor medida, se adecuarán a las concretas circunstancias y preferencias del destinatario de la prestación, esto es, a su autodeterminación. De este modo, se permitirá satisfacer el elemento marcadamente personal que caracteriza a este tipo de prestaciones el cual exige una suerte de actuación administrativa prestadora a la medida de la persona, y respetuosa con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

CONCLUSIONS

1. The formula of the Social and Democratic Rule of Law requires a new State configuration in which this one assumes a new function called social, implying its obligation of providing with a “vital minimum” to the citizens so they are able to reach their full development in society, in equal conditions to their peers. In other words, what the Social State looks for is nothing but the material equality, which will be obtained by reducing the economical gaps through social benefits.

Nonetheless, the goal of the State, a social goal, cannot be reached in every way. It is not only about materializing it in regards to respecting the materially consecrated values, but also with the legitimacy coming from the structural principles of the democratic State, translated in the guarantee of liberty, both with identical hierarchy as the Social State. Therefore, the legitimacy of the state action is influenced by the combination of the ultimate goal, which is the material equality, leaded by the dignity of the person; and the means, participation and guarantee of freedom.

2. In this new scenario, we find an old but renewed agent, the Public Administration, to which now it is demanded its intervention, because the effectivity of many of the constitutional postulates having to do with men’s life, like education, health, recreation, culture, etc., depends on its activity. The Public Administration is no longer a Police Administration and it has assumed a role we could describe as “protagonist”, because it has transformed itself into the one in charge of making materially effective the social clause through social benefits of

several types, sometimes entering the vital spheres of the governed ones, with the possibility of affecting its fundamental rights established in the Constitution.

Therefore, many made decisions regarding fundamental rights have stopped in practice of belonging to the sphere of application of the legislator to become a natural sphere of application of the Public Administration. Which means placing it as a guarantor of the effectivity of the fundamental rights, but this arises the question of whether that is its role in fact.

This Servicing Administration is of two different types, a General Servicing Administration or a Social Servicing Administration, in which the social element is determining. For this one, the key element is to cover the basic needs of the poorest sector of the population, so it is able to achieve material equality in regards to fully enjoying of its rights, as compared to the other sectors, through public services. This Servicing Administration of social character can also be an insurance Administration of the financial resources of the citizens, or an Administration that offers personal or material services. The second one, in which we are mostly focused, is characterized by the personal element, which prevents the Law from regulating it in depth, therefore, we find a Public Administration whose acting is lightly oversight by the law. In addition, the presence of the administrative act is scarce and only the framework in which this occurs is regulated, this is why it is described as material acting administration.

Conclusions

These are the reasons why the mere application of Administrative Law, the special Law of the Administration, to these acting is questionable because its original configuration was oriented to a Police Administration that does not exist purely anymore. It is about a Law created by the Administration for itself, which does not consider the special relationship it has with the individuals, as well as the imminent risks of affecting fundamental rights this interaction carries in the framework of the administrative acting of social character.

3. In the setting in which personal and material services develop other rights of their beneficiaries could be affected, frequently exposing their intimacy and freedom to persons that, under the name of the Administration, are going to guarantee certain public service. Therefore, it is fundamental that the administrative acting keeps respecting the Rule of Law limitations, and for that it is necessary to find in the Constitution, which is the first and principal regulation, the basic guidelines in which this acting will be based on.

In this spirit, we believe the clause 1.1 of the Constitution is key to solving this problem. Even though it is true that the social clause allows the Administration to conduct a servicing acting, the Law and Democracy clauses are the ones that will give a form and structure that will be the base for this acting.

Due to the important task the Servicing Administration has, and the special features of the material and personal servicing acting administration, which is slightly ruled by the law, and which has a strong personal element, we must find in the Constitution and in the Social and

Democratic Social State clause, guidelines that will be the base of this acting.

4. In the Rule of Law clause itself we find the respect of dignity, the free development of the personality and fundamental rights, especially freedom, as demands to the social service administration. These principles or fundamental values of the Spanish legal system demand that the receiver of the public service is treated as a person, when this one enters into contact with the Servicing Administration it should not be forgotten that this person is the ultimate goal of the State, enjoys of fundamental rights and has a vital project that must be respected at all times.

By the same token what these elements emphasize is the individuality of the receiver of the social benefit, who is as unique as anybody else, with specific and concrete needs that should be respected as much as possible.

Faced with these new demands, the traditional principles that rule the acting of the administration are not enough. Indeed, in regards to the legality principle, it could be concluded that because in this type of administrative acting, the administrative act is barely present, because it is an acting the administration doctrine refers to as material acting of the Administration, the law has a minor role and that is innate to this type of acting because it is expected that the Public Administration is able to conduct spontaneous acts in collaboration with the beneficiary of the social service, not limited by a regulation. Considering that, we conclude that in the case we are discussing about the non-application of the legality principle results in something actually wanted.

Likewise, the regulation of the fundamental rights law is not enough, because it requires that any limitation to the fundamental rights should be emphasized by the law; notably, even though the Servicing Administration might affect some rights, especially the freedom of the receiver of the benefit, since this is not the kind of acting described as limiting or restrictive as such, the demand of the application of the reservation of the law turns out to be highly complex.

On the contrary, and considering that is already conflicting the fact that in the field of rights an ample margin of freedom for the Administration might exist, the sphere of the personal services turns out to be the scene in which the administrative discretion plays an important role, which is not an arbitrary acting that presumes a total freedom of election of the Public Administration, instead, it finds its own limitations in the law (which will pick at least all the objectives and goals pursued by the acting) and the Constitution, in particular the fundamental rights and the principles of proportionality and equality.

5. Since the traditional principles that regulate the administrative acting are not enough it is necessary to find others. In this regard, the German doctrine has emphasized other demands originated from the Democratic State clause: the pluralism, on one side, and the participation, on the other one. Regarding the pluralism, it is demanded that, when the Public Administration configures the benefit, it takes into account that material reality, the plurality of subjects to whom it will direct its acting because it transforms itself into a determining element when it comes to guaranteeing freedoms.

And regarding participation, in particular the participative democracy that implies the participation of the citizens individually or collectively in order to protect their interests in a determined procedure, what is obtained is, on the one side, the freedom 'guarantee of the receiver of the benefit, because this is the one who will decide the way in which the benefit will take place; on the other side, it also guarantees the legitimation of the administrative acting that will not find its legitimacy in a democratic law for the most part, but in the conformity of the receiver of the benefit.

6. We believe these demands may be channeled through two fundamental concepts: organization and procedure.

First, because the classic mechanisms of limitation to the power of the Public Administration, legality, reservation of the law and discretionary nature, do not have a strict application in this field. Second, because we consider that through organization and procedure a guarantee *ex ante* of the fundamental rights in the benefits relationship is achieved, through the participation of the receiver of the benefit in the configuration and execution of the same; and through the internal organization of the benefit and the system of benefits through which the satisfaction of the demand of a plural society is achieved.

Third, because the existence of an adequate procedure and organization results in a demand of the objective dimension of the fundamental rights that, as principles, also inspire the whole legal order and demand the powers to implement the necessary structures so its validity is real and effective. And finally, because through the organization and procedure, the materialization of the personal element that

characterizes these benefits could be achieved, because it will be possible to have and to adequate the configuration of the benefit tailored to the person.

7. When discussing about the topic of procedure we are not referring to the classic administrative procedure, which only refers to the acting of the Administration; instead, this is an ordered legal process of interaction between two parties, the Administration staff and the citizen in need; and it also refers to the procedural framework that will be the base for this relationship. This means a procedure “tailored to the person”, because it shows the importance of protecting the rights of the receiver of the benefit in attending the concrete circumstances that gave rise to the benefit, which will only be achieved through its direct participation in the configuration and execution of such benefit.

Consequently, this procedure has two elements, the procedural reservation demanding that, when there is a minimum risk of affectation of fundamental rights, the existence of procedure be critical, and the *status activus processualis* that demands the participation of the receiver of the benefit on it, in order to guarantee the validity of its fundamental rights.

Through the procedure, the incorporation of the receiver of the benefit into putting it into motion is achieved, which allows him to be a party of the materialization of the benefit, guaranteeing the validity of the freedom of which he is the main actor.

8. Meanwhile, the organization means the complete institutional structure in charge of offering and conducting the benefits in favor of its receivers.

Conclusions

It refers to the internal organization but also to the general system of benefits. It has to do with the idea of social pluralism and the way to materialize the demand of pluralism in the service: first, the offer of the benefit should be plural, meaning the existence of private and public centers providing services, in which the collaboration of the so called Third Sector is fundamental, even though the State is still the main responsible of inspection and control.

Secondly, the benefit or service should also be plural internally, meaning there are several services adequate for each contingency which incorporate a wide array of treatments or options equally satisfying, but being fit for the concrete circumstances and preferences of the receiver of the benefit, which means being self-determining.

In such a way, the personal element that characterizes these type of services will be satisfied, which demands some sort of administrative acting services tailored to the person, and respectful of the clause of the Social and Democratic Rule of Law.

BIBLIOGRAFÍA

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea*, N.º. 33, Asamblea de Madrid, 2015, p. 87.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea*, N.º. 33, Asamblea de Madrid, 2015, p. 80.

AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972.

ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

ACOSTA SÁNCHEZ, José, “Gobierno y sociedad en la Constitución. El problema de las relaciones entre el programa de la Constitución y el del Gobierno” en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

AGUADO I CUDOLÁ, VICENC, “La beneficencia: de la policía administrativa al servicio público. El caso de la Mancomunidad de Cataluña” en TORNOS MAS, Joaquín (Coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales” en EZQUERRA HUERVA, Antonio

Bibliografía

(Coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Tomo II. Derecho de Obligaciones, Edisofer, Madrid, 2004.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986.

- *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen* en Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt / M, Suhrkamp, 1995.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.

ALMAGRO NOSETE, José, “Poder judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución” en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Madrid, 1978.

ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Elsa Marina, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Editorial Comares, Granada, 2007.

Bibliografía

ARA PINILLA, Ignacio, *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Libertades económicas y Estado Social*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- “Artículo 1” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- *Estudios de Derecho Constitucional*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.) y AGUADO RENEDO (Coodir.), César, *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

ARENILLA SÁEZ, Manuel y REDONDO LEBRERO, Juan Carlos, “Ética, Transparencia y Participación” en ARENILLA SÁEZ, Manuel (Dir.), *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, La Coruña, 2011.

ARENILLA SÁEZ, Manuel, “Marco Teórico actual de la Administración Pública” en ARENILLA SÁEZ, Manuel (Dir.), *Crisis y reforma de la Administración Pública*, Netbiblo, La Coruña, 2011.

BACHOF, Otto, “Begriff und Wessen des Sozialen Rechtsstaat” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 12, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1954.

BADURA, Peter, *Der Sozialstaat*, DÖV, Vol. 42, 1966.

Bibliografía

BALADO, Manuel y GARCÍA REGUEIRO, José Antonio (Dirs.), *La declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

- *ReDCE*, año 7, núm. 13, Instituto Andaluz de Administración Pública, Universidad de Granada, 2010, p. 213.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, Civitas, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Barcelona, 1996.

- “Presentación: Constitución y control de la actividad administrativa” en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (Dir.), *Constitución y control de la actividad administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- *Constitución y control de la actividad administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

BAÑO LEÓN, José María, “Los ámbitos del reglamento independiente” en MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Dir.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

- “La potestad reglamentaria” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO

Bibliografía

- FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BENDA, Ernst, “El Estado Social de Derecho” en BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad y HEYDE, Wolfgang, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BETHGE, Herbert, “Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren” en *NJW*, 1982.
- BLOCH, Ernst, *Naturrecht und menschliche Würde*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft Frankfurt am Main, 1961.
- BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BELADIEZ ROJO, Margarita, “La vinculación de la Administración al derecho” en *Revista de Administración Pública*, N° 153, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 1993.

Bibliografía

BULL, Hans Peter, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz: Um einen Anhang erweiterte Studienausgabe*, Athenaäum Verlag, 1973.

CALVO CHARRO, María (Coord.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

CANTÓN, Octavio, *Igualdad y derechos. Apuntes y reflexiones*, Editorial Porrúa, México, 2006.

CARMONA CUENCA, Encarnación, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR José Luis, “Derechos fundamentales socioeconómicos y prestaciones esenciales”, en REBOLLO, Luis Martín (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.) *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

CASTELLÀ ANDREU, Josep María, *Los derechos constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2001.

- “Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la sociedad” en TUDELA ARANDA, José (Dir.), *Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”*, nº 5, junio, Fundación Manuel Giménez Abad, 2013.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales" en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 7, 2003.

CONSTANT DE REBECQUE, Henri Benjamin, *Sobre el espíritu de conquista; Sobre la libertad en los antiguos y en los modernos*, Madrid, Tecnos, 2003.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2011.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Derechos fundamentales" en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

DE ESTEBAN, Jorge y López Guerra, Luis, *El Régimen constitucional español*, Tomo I, Labor, Barcelona, 1980.

DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999.

DENNINGER, Erhard, "Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung" en HStR, Tomo V, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

DÍEZ MORENO, Fernando, *El Estado Social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

DÍEZ PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

DOLDERER, Michael, *Objektive Grundrechtsgehalte*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000.

DOLZER, Rudolf, Vogel, Klaus und Grasshof, Karin, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, 2010.

DWIGHT, Waldo, *La Administración Pública del cambio social*, Escuela Nacional de Administración Pública, España, 1974.

ELENA CÓRDOBA, Amador, “De administrado a ciudadano. Veinte años de incidencia de la Constitución en el procedimiento administrativo y en las relaciones ciudadano-administración” en ALVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

- “Fortalecimiento de la posición del ciudadano” en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

ENDERS, Christoph, “Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 64, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 2004.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, Vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado-Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1978.

ESPINAR VICENTE, José María, “Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Madrid, 1995.

ESTEVE PARDO, José, “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público” en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Coord.), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Junta General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, 2014.

- *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, 2015.

EZQUERRA HUERVA, Antonio (Coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Artículo 9.2. La igualdad real” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (coord.), *Lecturas sobre la Constitución Española*, UNED, Madrid, 1978.

- “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo” en *Gobierno y Administración en la*

Bibliografía

Constitución, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart und Berlin, 1938.

- *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Tomo I, C.H. Beck'sche verlagsbuchhandlung, Munchen, 1954.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967.
- *Rechtsstaat in Wandel*, Verlag C.H. Beck, München, 1976.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, CEDECS, Barcelona, 1996.

- *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw – Hill, Madrid, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica” en *Revista de Administración Pública*, N° 100-102.

GARCÍA MACHO, Ricardo, “De los derechos sociales a los Principios Rectores”, en BALADO, Manuel y GARCÍA REGUEIRO, José Antonio (Dir.), *La declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona, 1998.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Ediciones Iberoamericanas, Madrid, 1959.

Bibliografía

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1995.

GARCÍA-TREVIJANO, José Antonio, *Los actos administrativos*, Civitas, Madrid, 1986.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, 3era Edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte General, Tecnos, Madrid, 1994.

GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980.

- *El lugar de la Ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010.

GETE-ALONSO, María del Carme, “El objeto de la relación obligatoria” en AA.VV., *Manual de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GITTER, Wolfgang, THIEME, Werner y ZACHER, Hans (coords.), *Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1981.

GÓMEZ MONTORO, Ángel, “Constitución y derechos fundamentales: impacto y perspectivas” en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 36, 2003, ps. 39-50.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Administración Pública y Libertad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1971.

GRUPP, Klaus und HUFELD, Ulrich (Dirs.), *Recht, Kultur, Finanzen. Festschrift für Reinhard Mussnung zum 70. Geburtstag am 26. Oktober 2005*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005.

HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972.

- “Leistungsrecht im sozialen Rechtsstaat” en *Recht und Staat. Festschrift für Gunther Küchenhoff*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972.
- “Effizienz und Verfassung, AÖR, Bd. 98, 1973.
- *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
- *El Estado Constitucional*, Universidad Autónoma de México, México, p. 193.

HELD, Jürgen, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1984.

HENKE, Wilhem, *Recht und Staat*, Mohr, Tübingen, 1988.

HESSE, Konrad, “Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland” en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Wien, 1978.

- *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2011.

HERZOG, Roman, “Ziele, Vorberhalte und Grenzen der Staatstätigkeit” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *HStR*, vol. 3, § 58.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang und SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (coords.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Band I, Baden-Baden, 1993.

- *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressourcen Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997.

ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

ISENSEE, Josef, “Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht”, *HStR*, V, 2000.

JARASS, Hans und PIEROTH, Bodo, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2011.

JELLINEK, Georg, *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1963.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Pluralismo político” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

- “Artículo 10” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

KRAUSE, Peter, “Empfiehl es sich, soziale Pflege und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?” en *Verhandlungen des zweinundfünfzigsten deutsch Juristages*, Dictamen E, Tomo 1, Munich, 1978.

- “Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dients- und Sachleistungen” en GITTER, Wolfgang, THIEME, Werner y ZACHER, Hans (coords.), *Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Georg Wannagat*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1981.

KRIELE, Martin, “Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum”, *HSiR*, V, 2000, ps.127-128.

KUNIG, Philip, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen Zu Seiner Bedeutung Für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck Gmbh & Co. K, 1986.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Organismo Autónomo del Gobierno Vasco, Civitas, Madrid, 1994.

Bibliografía

LEGUINA VILLA, Jesús, “Control judicial de la Administración Pública” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.) *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983.

LOPERENA ROTA, Demetrio, “La irreversibilidad de los derechos sociales” en Revista Aranzadi doctrinal, nº 9, 2012.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuesto constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba, Civitas, España, 1994.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “Un Estado Social” en DE ESTEBAN, Jorge y López Guerra, Luis, *El Régimen constitucional español*, Tomo I, Labor, Barcelona, 1980.

LOPEZ RODO, Laureano, *La Administración Pública y las transformaciones socioeconómicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1963.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied, 1978.

Bibliografía

- *Teoría Política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1993.
- MAGER, Ute, “Freiheit von Forschung und Lehre” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band VII, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.
- MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Euros Editores, Buenos Aires, 2008.
- MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich und STARCK, Christian, *Grundgesetz Kommentar*, Band 2, 5 auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005.
- MARTIN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Trivium, Madrid, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (Dir.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2010.
- MAURER, Hartmunt, “Kontinuitätshewährt und Vertrauensschutz” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band I, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrechts*, Tomo I, 3era Edición, Heidelberg, 1923.

Bibliografía

- *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Parte general, Editorial de Palma, Buenos Aires, 1950.

MEDINA GUERRERO, Manuel, “Artículo 53.1. La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos; en especial, frente al legislador” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

MERCADER UGUINA, Jesús, “Artículo 148.1.20.ª” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

- “La acción social a los discapacitados y a las personas en situación de dependencia” en EZQUERRA HUERVA, Antonio (Coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

MEILÁN GIL, José Luis, “La Administración Pública: naturaleza jurídica” en ALVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Tomo II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

MOREU CARBONELL, Elisa, “Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencia” en EZQUERRA HUERVA, Antonio (Coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis y GONZÁLEZ SEARA, Luis (Dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000.

NIETO, Alejandro, “La organización de las Administraciones Públicas para el servicio del bienestar” en MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis y GONZÁLEZ SEARA, Luis (Dirs.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000.

OSSENBÜHL, Fritz, “Grundrechtsschutz im und durch Verfahrensrecht” en MÜLLER, Georg, *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel. Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhan, Basilea y Francfort del Meno, 1982.

- “Kernenergie im Spiegel des Verfassungsrechts” en *DÖV*, 1981, p. 6 y BETHGE, “Grundrechtsverwlichung und Grundrechts-sicherung durch Organisation und Verffahren” en *NJW*, 1982.

PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983.

- “El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del

- procedimiento en ALVAREZ CONDE, Enrique (coord.), *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.
- “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo” en PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1994.
 - “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos” en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
 - “Interés Público como criterio de control de la actividad administrativa” en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (Dir.), *Constitución y control de la actividad administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
 - *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - PAREJO ALFONSO, Luciano, “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea*, N.º. 33, Asamblea de Madrid, 2015.

Bibliografía

- “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Asamblea*, N.º. 33, Asamblea de Madrid, 2015.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos y Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, España, 2003.

PÉREZ ROYO, Javier, “Estado Social de Derecho” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2011.

PITSCHAS, Rainer, “Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung” en SCHMIDT ASSMANN, Eberhard y HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997, p. 200.

- “Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen”, en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*”, Tomo 5, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977.

PIZZORUSSO, Alesandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

- *Curso de derecho comparado*, Ariel, Barcelona, 1987.

Bibliografía

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad material” en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 22, septiembre-diciembre, 1995.

PORRAS RAMIREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional” en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coord.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

PUIG I FERRIOL, Lluís, “Los sujetos de la relación obligatoria” en AA.VV., *Manual de Derecho Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

REBOLLO, Luis Martín (Dir.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

REBOLLO PUIG, Manuel, “La policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad” en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Derechos de prestación” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

RITTER, Ernst-Hasso, “Organisationwandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht” en HOFFMAN-RIEM, Wolfgang y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (Coord.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressourcen Schriften zur Reform des Verwaltungsrecht*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la C.E.)” en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 1995.

RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, *Nuevas claves del Estado de Bienestar. Hacia la sociedad del bienestar*, Editorial Comares, Granada, 1999.

- “Reformas y Modernización de la Administración Pública española” en CALVO CHARRO, María (Coor), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y DÍEZ SASTRE, Silvia (Coord.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y ORTEGA BERNARDO, Julia (Coords.), *Estado social y Municipios. Servicios públicos y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Catarata, Madrid, 2010.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Derechos fundamentales en la residencia de mayores” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y DÍEZ SASTRE, Silvia (Coord.), *La Administración de la Ley de Dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- “Capítulo 2. La realización del Estado Social a través de los Municipios: servicios públicos y asistencia social” en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y

Bibliografía

ORTEGA BERNARDO, Julia (Coords.), *Estado social y Municipios. Servicios públicos y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Catarata, Madrid, 2010.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012.

- “Principio Legalidad” en GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo (Dir.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993.
- “El principio de legalidad” en REDC, 39, 1993.

SAÍNZ MORENO, Fernando, “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual” en SAÍNZ MORENO, Fernando (Dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

- *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994
- “Artículo 103”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

Bibliografía

- “La Administración como poder regulador” en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.
- “Principio de legalidad” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso Y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

SCHAEDER, Reinard, “Demokratische Tendenzen in der Pflege der Verwaltungswissenschaft” en *Demokratie und Verwaltung: 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín.

SCHEUNER, Ulrich, “Die Funktion des Gesetzes” in *Festschrift für Hans Huber*, Bern, 1981.

SCHILLACI, Angelo, “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad” en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Dir.), *ReDCE*, año 7, núm. 13, Instituto Andaluz de Administración Pública, Universidad de Granada, 2010, p. 213.

SCHLENKER, Rolf-Ulrich, *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*, Duncker und Humblot, 1986.

SCHMIDT, Carl, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München, 1996.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze” en HOFFMAN-

RIEM, Wolfgang, SCHMIDT-ASSMANN und Eberhard (coords.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen. Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts*, Band I, Baden-Baden, 1993.

- “Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource – Einleitende Problemskizze” en HOFFMAN-RIEM, Wolfgang y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (Coord.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Schriften zur Reform des Verwaltungsrecht*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997.
- *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998.
- *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Instituto Nacional de Administración pública, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- “Der Reschstaat” en *Handbuch des Staatsrecht*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.
- “Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für das Verwaltungsrecht” en GRUPP, Klaus und HUFELD, Ulrich (Dirs.), *Recht, Kultur, Finanzen. Festschrift für Reinhard Mussnung zum 70. Geburtstag am 26. Oktober 2005*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005.
- “Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantie” en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jürgen, *Handbuch der Grundrechte*, Tomo II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

SCHNEIDER, Hans-Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 7, enero-marzo de 1979.

SCHILLACI, Angelo, *Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad*, ReDCE. Año 7. Núm. 13. Enero-junio/2010, ps. 209-240.

SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio Ambiente y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

SMEND, Rudolf, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Munich und Leipzig, 1928.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales" en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 71, nueva época, enero-marzo de 1991.

- “Los límites de los derechos y el sistema normativo” en *DPyC*, 17, 2003.
- “Dignidad de la persona” en ARAGÓN REYES, Manuel (Dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Tomo III, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2011.

SOMMERMANN, Karl-Peter, “Bund und Länder” en MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich und STARCK, Christian, *Grundgesetz Kommentar*, Band 2, 5 auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005.

SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje al Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

SOTELO, Ignacio, *El Estado Social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010.

STERN, Klaus, *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München, 1984.

- *Das Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München, 1988.

SUHR, Dieter, "Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit" en *Der Staat*, Band 9, Berlin, 1970.

TETTINGER, Peter, "Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates" en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 64, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, edición de Orbis, 1985.

TORNOS MAS, Joaquín (Coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

TRUJILLO PÉREZ, Isabel, "La discutida juridicidad de los derechos sociales" en *Persona y Derecho*, N° 45, Universidad de Navarra, 2001.

TRUTE, Hans-Heinrich, "Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht" en HOFFMAN-RIEM, Wolfgang y SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (Coord.), *Öffentliches Recht und Privatrecht*

als wechselseitige Auffangordnungen, Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Tomo 3, Baden-Baden, 1996.

- *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen, 1994.

TUDELA ARANDA, José (Dir.), *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, nº 5, junio, Fundación Manuel Giménez Abad, 2013.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Derechos Sociales, crisis económica y principio de igualdad" en *Informe Comunidades Autónomas. Instituto de Derecho Público*, Barcelona 2012, ps. 85 y ss.

- *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*, Tirant lo Blanch: IDP: Institut de Dret Públic, Valencia, 2002.

VILLAR PALLASÍ, José Luis, "Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio público" en *Revista de Administración Pública*, 14, 1954.

- *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Madrid, 1968.

VILLACORTA MANCEBO, Luis, *Principio de igualdad y Estado Social (apuntes para una relación sistemática)*, Universidad de Cantabria - Parlamento de Cantabria, Santander, 2006.

VON STEIN, Lorenz, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Tomo 3, Cotta, Stuttgart, 1888.

WAHL, Andreas, *Kooperationsstrukturen im Vertragsrecht*, Duncker und Humblot, Berlín, 2001.

Bibliografía

WERNER, Fritz, “Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht” en *Deutsches Verwaltungsblatt*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin, 1959.

WERNICKE, K.G., “Der Bund und die Länder, art. 20 Abs. 1” en DOLZER, Rudolf, VOGEL, Klaus und GRASSHOF, Karin, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, 2010.

ZACHER, Hans, ”Verrechtlichung im Bereich des Sozialrechts” en KLÜBER, Friedrich, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, ps. 11 y ss.

- “Das soziale Staatsziel” en ISENSEE, Josef und KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.