

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DESDE LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO¹

The protection of fundamental rights in the field of social benefits from the theory of organization and the procedure

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN²

Universidad de Burgos

I

El Estado social, los derechos de prestación y la relación de estos con los derechos fundamentales son temas que han ocupado y preocupado a la doctrina desde hace tiempo. Mucho se ha escrito acerca de ellos y resulta difícil, hoy en día, publicar un libro que aporte novedades importantes sobre la teoría general de los derechos. Más allá de trabajos puntuales sobre comentarios a modificaciones legislativas de determinados derechos o a decisiones judiciales, de instancias nacionales o supranacionales, que introducen una nueva línea jurisprudencial en la interpretación de los derechos. No es este el caso del libro de Miluska Orbegoso Silva *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*. La autora aborda el análisis de algunos problemas que plantea la proyección del Estado social sobre los derechos fundamentales que no han sido tratados de forma suficiente, hasta ahora, en la doctrina española. Influida por la curiosidad que ha de tener todo investigador, se pregunta cómo ha de articularse constitucionalmente la intervención de una Administración

¹ Orbegoso Silva, Miluska F. (2018). *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 252 págs.

² Este trabajo se realiza en el marco de los Proyectos de Investigación DER2016-75993-P, sobre «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos» (2017-2020), y DER2016-76392-P, sobre «Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global» (2017-2019).

pública que, para facilitar de forma eficaz determinadas prestaciones sociales a colectivos de ciudadanos (generalmente vulnerables), limita algunos de sus derechos y libertades fundamentales. Dicho de otro modo y de manera más concreta, cómo puede resolverse constitucionalmente el conflicto que surge entre algunos de los derechos fundamentales, como la intimidad o la libertad ideológica o religiosa, de personas ancianas o discapacitadas sin recursos que, al ingresar en una residencia pública, pueden verse restringidos por una Administración que trata de facilitar adecuadamente la prestación social. Ante las dificultades de solventar estos problemas de la realidad del Estado social utilizando los criterios y principios clásicos, la investigadora acude a una teoría importada del derecho alemán, la teoría de la organización y el procedimiento, que es una manifestación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Mediante esta técnica tratará de garantizar los derechos fundamentales de los beneficiados por la prestación pública, pero sin poner en riesgo su eficacia. La Administración pública se convierte, así, en una doble garante de derechos: de los derechos prestacionales, de un lado, y de los derechos fundamentales de los destinatarios de la prestación social, por otro.

El libro de Miluska Orbegoso, publicado en la prestigiosa colección Estudios Constitucionales, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tiene su origen en una tesis doctoral que fue defendida en la Universidad de Navarra bajo la dirección del profesor Ángel Gómez Montoro, que es también autor del prólogo de la obra. Como se dice en la nota preliminar, la tesis doctoral, que mereció la máxima calificación del tribunal que la enjuició —integrado por relevantes especialistas nacionales y extranjeros en derechos fundamentales—, ha sido el resultado de seis años de trabajo en los que la autora ha adquirido y acreditado la madurez intelectual necesaria para culminarla con éxito. Máxime cuando estamos en presencia de una joven profesora de la Universidad de Piura, Perú —aunque actualmente es profesora a tiempo completo en la Universidad de las Américas de Puebla (México)—, que ha acometido con esfuerzo y dedicación un trabajo doble: primero, estudiar el sistema jurídico español de derechos y libertades fundamentales, y, segundo, conocer y comprender algunas de las complicadas teorías alemanas en dicha materia para trasladarlas y aplicarlas al ordenamiento nacional. Tareas no exentas de dificultades que, sin embargo, la autora logra superar con éxito, siendo capaz, además, de reproducir y transmitir al lector de forma inteligible los conocimientos adquiridos. Sin duda alguna, ello ha sido posible gracias a la formación obtenida durante la etapa predoctoral, en particular, a la estancia investigadora en el Instituto de Derecho Público Económico de la Universidad de Münster, en Alemania, y a las entrevistas que ha tenido con profesores alemanes y españoles especialistas en el tema del libro. Pero también, y

sobre todo, al auspicio y a la dirección magistral del director de la tesis, el profesor Gómez Montoro, cuya impronta puede apreciarse en numerosas páginas de la obra.

La monografía tiene una estructura aparentemente sencilla, ya que comprende solamente tres capítulos. Sin embargo, cada uno de ellos se divide en varios apartados y subapartados en los que van desgranándose, con una secuencia lógica, problemas y cuestiones que la autora atiende y responde con la debida personalidad y rigor. El capítulo I parte del protagonismo que actualmente tiene la Administración pública en el Estado social y democrático de derecho, exponiéndose las razones que han contribuido a ello. Se analizan el origen, el alcance y el significado de la cláusula social, así como las exigencias que esta conlleva para una Administración pública prestadora. También se examinan la actuación de la Administración pública prestadora de servicios, su fundamento en la cláusula social y en los derechos sociales, las clases de actuación administrativa prestadora de carácter social y los elementos de la relación jurídico-prestacional. El capítulo II está dedicado a las exigencias que la cláusula del Estado democrático de derecho impone a la Administración pública en el marco de su actuación prestadora de servicios. Contiene dos amplios apartados. En el primero se hace un repaso de los límites clásicos de la actuación administrativa, particularmente del principio de legalidad y de su aplicación insuficiente al ámbito de la Administración prestadora de carácter social. En el segundo se analizan otros principios constitucionales aplicables a la actuación administrativa prestadora, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos fundamentales y el principio general de libertad. El capítulo III, que es, a mi juicio, el que constituye la clave de bóveda del libro, ofrece un estudio detallado y exhaustivo de la teoría alemana sobre la organización y el procedimiento como elementos esenciales de una teoría constitucional de los derechos fundamentales que resulta adecuada para dar respuesta a los problemas planteados en la obra. Comienza con una aproximación a los antecedentes y al significado de la teoría germánica, continúa con un análisis de la organización y el procedimiento como manifestaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y concluye con una aplicación de la teoría y de sus elementos a la esfera de las actuaciones administrativas prestadoras de servicios.

II

Como es sabido, la transformación del Estado liberal de derecho en un Estado social y democrático de derecho se consolida en Europa a partir de la

Segunda Guerra Mundial, tras introducir expresamente la cláusula del Estado social, para definir al Estado alemán, en los arts. 20 y 28 de la ley fundamental de Bonn de 1949. Posteriormente se extenderá a los textos constitucionales de otros países europeos, como el español en 1978. La fórmula del Estado social aporta una nueva concepción sobre las relaciones entre el Estado y la sociedad en la que los poderes públicos intervienen en los ámbitos social y económico para paliar las desigualdades que había generado el liberalismo. De ahí que uno de los fines primordiales del Estado social sea la consecución de una igualdad material entre los ciudadanos. Este es el punto de partida de la profesora Orbegoso en las primeras páginas del capítulo I de su obra, cuando citando a García Pelayo afirma que «allí [en el Estado liberal] se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí [en el Estado social] se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado». Ahora, «la libertad, la dignidad y en general los derechos fundamentales necesitaban de condiciones o mínimos vitales para ser efectivos». De esta manera, el Estado, concretamente una de sus instituciones, la Administración pública, se convertirá en la entidad «protagonista de la realización del hombre en sociedad», en el «brazo ejecutor» de la nueva función que asume el Estado, que puede denominarse como «prestadora o prestacional». Por este motivo, Miluska Orbegoso, siguiendo a Peter Badura, considera que el «Estado actual es necesariamente un Estado Administrativo», un «Estado prestador», ya que «su principal objetivo es realizado por la Administración Pública», que se convierte también en una «Administración prestadora», a la que el ciudadano exige «una actividad positiva y de provisión, una acción de procura».

Una vez expuesto el nuevo papel que tiene la Administración pública en el Estado social, la autora analiza el significado y las consecuencias de la cláusula social para una Administración pública prestadora de servicios a los ciudadanos. En relación con el significado de la cláusula social, la Administración pública será la encargada no solo de ejecutar las prestaciones sociales, sino, sobre todo, de alcanzar el fin último del Estado social, esto es, la igualdad material. Ahora bien, como no puede ser de otro modo, para la consecución de ese objetivo, la Administración ha de actuar sometida al principio de legalidad y con respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Conviene por ello aclarar, como hace certeramente Orbegoso, que la cláusula del Estado social está vinculada a las exigencias de las cláusulas del Estado de derecho y del Estado democrático; son elementos inescindibles de nuestra forma de Estado constitucional. Por otro lado, la cláusula social significa también apoderar al Estado para que intervenga en el orden social ayudando a los más necesitados por medio de la procura existencial, que será facilitada por la Administración pública.

En suma, según la autora, las dos consecuencias fundamentales que para la Administración pública prestadora se desprenden de la cláusula social son la búsqueda de la igualdad material y la intervención legislativa en materia de derechos prestacionales. Sin olvidar el respeto a los derechos fundamentales, como exigencia de la cláusula del Estado de derecho a la que está unida también la cláusula del Estado social. En relación con la primera, tras recordar la diferencia que existe entre igualdad formal e igualdad material, la profesora Orbegoso recurre a la interpretación constitucional del mandato del art. 9.2 CE, en virtud del cual los destinatarios de esta norma, los poderes públicos, particularmente el Ejecutivo, y, con él, la Administración pública, tienen 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» (STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3). En definitiva, tienen la obligación de materializar la igualdad «generando para sí obligaciones complejas de organización, procedimiento y prestación». Sin perjuicio de que para la consecución de la igualdad material existan determinadas limitaciones como la «dependencia económica-financiera del Estado Social (*Ressourcenabhängigkeit des Sozialstaates*) y [...] la capacidad prestacional del Estado Social (*Leistungsfähigkeit des Sozialstaates*)», además del respeto a la libertad individual. Respecto de la segunda consecuencia de la cláusula social, la intervención legislativa en materia de derechos prestacionales, la Administración pública no puede decidir *motu proprio* qué derechos constitucionales de carácter prestacional garantizará, ya que esta es una tarea del legislador. Es a este al que corresponde dotar de contenido al concepto abierto, dinámico y evolutivo de la cláusula social y de las prestaciones que comprenda, ya que puede actuar con mayor agilidad que el constituyente. Aun estando de acuerdo con esta afirmación general, discrepo, sin embargo, de lo expresado más adelante por la autora de la obra cuando reconoce que, ante el cambio de las circunstancias sociales y económicas, «en una Constitución que debe tener vocación de permanencia no se pueden contemplar como derechos subjetivos, derechos prestacionales que llegado un determinado momento deban desaparecer». Entiendo, por el contrario, que cabría también la posibilidad de que el constituyente, en un momento determinado y por razones suficientes, podría blindar el reconocimiento de una prestación concreta a los ciudadanos, siendo necesaria la reforma constitucional para su privación. De igual modo, aun predominando actualmente la teoría de la reversibilidad de derechos sociales, y estando de acuerdo con ella, considero también que el legislador debe motivar de forma suficiente, acudiendo al principio de proporcionalidad, la restricción legal de una prestación reconocida anteriormente a los ciudadanos.

La segunda parte del capítulo primero de la monografía se centra en la actuación prestadora de la Administración pública, que comprende dos tareas concretas: una, relacionada con la ejecución material de los derechos sociales de contenido prestacional según lo dispuesto por el legislador, y otra, complementaria a la anterior, que se refiere a la previsión de una organización y un procedimiento para que la Administración pública pueda ejecutar las prestaciones sociales. Creo que son interesantes las páginas que la profesora Orbe-goso dedica a esta última tarea, denominada también como «función positiva de diseño social» (*positive Sozialgestaltungsfunktion*), ya que crea una nueva rama del derecho, el llamado derecho prestacional (*Leistungsrecht*), que configura «no solo una nueva forma de actuación de la Administración», sino también «una nueva relación entre ciudadano y Estado, así como entre ejecutivo y legislativo». En este sentido se describen algunas de las actuaciones que corresponde realizar a la Administración pública y que conforman el contenido de esa función de diseño social, como las de distribuir, planear, controlar, subvencionar, compensar intereses... Todo ello con el objetivo último de alcanzar la «procura existencial», concepto dinámico que «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».

Sentadas las bases del papel que tiene la Administración pública en la concreción de la cláusula social, al asumir la función positiva de diseño social y de ejecutar materialmente la procura existencial, en la última parte del capítulo primero, bajo el epígrafe genérico «Hacia un Derecho administrativo de carácter social», se analizan detalladamente, a los efectos del libro comentado, el significado de la Administración pública prestadora de carácter social, las clases de actuación administrativa prestadora y los elementos que integran la relación jurídico prestacional.

Por lo que se refiere a la Administración pública, se distingue entre una Administración pública prestadora general y una Administración pública prestadora de carácter social, siendo esta última la que interesa en el trabajo de investigación, ya que es la que ejecuta materialmente las prestaciones públicas para asegurar la igualdad material de los ciudadanos más necesitados. Coincido con la autora y con el profesor Rodríguez de Santiago en que la relación prestacional de carácter social, como relación jurídica que media entre la Administración pública prestadora y los beneficiarios de las prestaciones sociales, no puede calificarse como relación especial de sujeción, entre otros motivos, porque los beneficiarios de las prestaciones no están insertados en la organización administrativa con el objeto de que se protejan sus derechos.

En relación con la actuación administrativa prestadora de carácter social, esta puede llevarse a cabo de dos formas: por medio de ayudas económicas o dinerarias y mediante la prestación efectiva de servicios personales y/o materiales, que conlleva, entre otros aspectos, una organización de recursos institucionales y que tradicionalmente se incluye dentro de lo que se ha definido generalmente como acción social. Este último tipo de prestaciones es el que interesa especialmente para la obra examinada, ya que en ellas el elemento personal y la relación de dependencia son más intensos.

Finalmente, sin extenderme sobre ello, la autora describe de forma sistemática y con cierto detalle los elementos integrantes de la relación jurídico prestacional: a) la prestación de servicios, que se caracteriza por ser una prestación no contributiva, por una escasa densidad normativa y presencia mínima del acto administrativo, por un elemento marcadamente personal, en que los destinatarios de estas prestaciones se encuentran en situaciones diferentes (de necesidad, discriminación) y afectados por contingencias diversas (drogodependencias, incapacidades) y por una ordenación a través de la organización y el procedimiento, como mecanismos que contribuirán a garantizar el respeto de los derechos fundamentales y las concretas necesidades de los destinatarios de la prestación, y b) los sujetos de la prestación, que son, de un lado, la Administración pública que procuraría facilitar la prestación «a la medida de la persona», «a las necesidades del beneficiario», no exento de dificultades, y, de otro, el destinatario y beneficiario de la prestación que se encuentra en una situación de necesidad (íntima o personal) derivada de alguna «limitación física o mental», de «una enfermedad», de «una grave invalidez o discapacidad», «de una dependencia», o de una «discriminación de tipo social». En estos casos el ciudadano no solo se erige en sujeto pasivo de la prestación sino que se convierte en «cliente», a quien ha de darse prioridad en la tutela de determinados derechos fundamentales.

III

Como se ha dicho, el capítulo II del libro se ocupa de las exigencias que la cláusula del Estado de derecho impone a la Administración pública en el marco de su actuación prestadora de servicios. Se parte de una situación concreta, la inadecuación del ordenamiento jurídico administrativo actual y el vacío normativo existente para afrontar y resolver los problemas que puedan surgir cuando la Administración pública, en el desarrollo de una actuación prestadora de servicios sociales (personales y/o materiales), lesione los derechos fundamentales de los administrados, que son, a su vez, beneficiarios de la

prestación social. En opinión de Miluska Orbegoso, es necesaria una construcción dogmática al respecto, ya que tampoco la doctrina administrativista se ha ocupado detenidamente de los problemas e interrogantes que genera esa actuación administrativa prestadora de servicios sobre los derechos fundamentales de los beneficiarios.

La autora recurre para ello a algunos de los principios que proporciona la cláusula del Estado de derecho, ya que no siempre se puede confiar en un «comportamiento diligente», en un «buen actuar» por parte de la Administración pública en la protección de los derechos fundamentales del destinatario de la prestación social. Así, acude, en primer lugar, al principio de legalidad como garantía de los derechos fundamentales de los administrados, esto es, a la vinculación y sujeción plena de la Administración pública a la ley. En su análisis repasa algunas cuestiones ya conocidas: lo que se entiende por legalidad o juridicidad, cuál es su significado y el alcance de la vinculación positiva de la Administración pública a la ley. Orbegoso considera que existen dificultades para aplicar el principio de legalidad a la actuación administrativa prestadora de servicios, dada «la naturaleza de la prestación» y su carácter eminentemente personal, «que reclama una atención individualizada por parte de la Administración pública». En el caso de este tipo de actuaciones administrativas prestadoras de servicios, «la ley sólo define el marco en el cual se realizará la actuación y es el funcionario público que entra en contacto directo con el destinatario de la prestación quien toma [...] decisiones y medidas sobre la marcha, sin una ley previa con suficiente densidad normativa que lo habilite para ello». En este escenario de actuaciones de una «Administración pública sin ley» (*gesetzesfrei Verwaltung*), existe un riesgo claro de lesión de los derechos fundamentales de los administrados. Por ello, la autora pasa seguidamente a valorar el alcance de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, ya que, como es sabido, esta es una materia que no puede ser regulada por la Administración. Se plantea así la cuestión siguiente: «[...] ¿debería comprenderse dentro de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales la actuación administrativa prestadora como un supuesto de afectación de los mismos?». Responde de forma negativa al entender que «la actuación administrativa prestadora de carácter social» no puede estar sujeta a tal reserva «como un supuesto de restricción de derechos fundamentales», pues «redundaría en una afectación más seria de los derechos del destinatario de la prestación», ocasionando «una cierta “rigidez” en el desarrollo de ésta que impediría la atención a elementos personales propios de este tipo de actuación». 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». Obviamente, aporta como una de las soluciones

posibles a dicho problema la utilización de los reglamentos ejecutivos o de desarrollo de la ley.

Ante las dificultades del principio de legalidad para dar respuesta a los problemas de afectación y posible lesión de los derechos fundamentales de los beneficiarios por las actuaciones administrativas prestadoras de servicios de carácter social, Miluska Orbegoso dirige su mirada a otros principios constitucionales que constituyen un límite para cualquier tipo de actuación de una Administración pública, sea o no prestadora de servicios sociales. Advierte, además, de que, aunque se trate de problemas ya conocidos, «no han sido abordados adecuadamente pues se ha partido de postulados [...] clásicos que pierden de vista la posición que el “administrado” tiene en estos supuestos». Los principios constitucionales que examina son la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos fundamentales y el principio general de libertad. Son principios que ayudan a definir los cimientos sobre los que se asienta la relación jurídica Estado-ciudadano, y, en lo que aquí concierne, la relación entre Administración pública prestadora-beneficiario de la prestación.

- a) Por lo que se refiere a la dignidad humana, este principio obliga, como no puede ser de otro modo, a que cuando la Administración pública «ejecute prestaciones sociales lo haga con total respeto de la dignidad del destinatario de la prestación». Exige que las prestaciones, que tienen por objeto alcanzar la igualdad material, se presten conforme a las concretas necesidades de sus beneficiarios y que estos «sean tratados como seres únicos e irrepetibles». Necesidades que se incorporarán en el procedimiento y se tendrán en cuenta en la organización de la Administración.
- b) El libre desarrollo de la personalidad juega un papel relevante en el caso de las prestaciones de servicios, «pues la Administración pública prestadora encuentra en él un límite pero también un criterio importante de determinación de su conducta». Mediante él puede rechazarse «el paternalismo estatal», puede renunciarse a aceptar que sea la Administración prestadora la que conozca mejor lo que el ciudadano necesita, pero también con él puede demandarse una actuación positiva de la Administración para que ayude «al ciudadano a alcanzar el anhelado bienestar [...] conforme al propio proyecto vital que cada individuo con libertad ha determinado».
- c) Los derechos fundamentales, en lo que aquí interesa, «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 administrativa a las exigencias que emanan de ellos». Esto implica necesariamente que «la actuación administrativa prestadora de carácter social se realice conforme a ellos», es decir respetando «su vigencia». Sin embargo, Orbegoso considera que en las prestaciones de servicios puede producirse «un cambio de percepción» en la relación que media entre «la Administración Pública y los destinatarios de la prestación respecto de sus derechos fundamentales». El ciudadano que recibe 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 [...], la igualdad material». En estas situaciones, «la Administración Pública prestadora no sólo ve 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». Cita como ejemplo, al respecto, el supuesto en que la Administración prestadora ha de «configurar el procedimiento a seguir con un drogodependiente en los términos que la libertad de este último exige», de tal modo que «en función del credo que profese podría buscar la ayuda de un guía espiritual, o recurrir a la ayuda de la familia».

- d) Para la autora del libro, es la libertad general del destinatario de la prestación social la que puede verse afectada especialmente en los supuestos analizados. De ahí que para preservar su integridad se exija a la Administración pública prestadora determinadas conductas. En la ejecución material de las prestaciones de servicios, la Administración dispone de un margen de actuación muy amplio, al no existir, en muchas ocasiones, una previa habilitación legal, pudiendo afectar a la esfera de autodeterminación y a la libertad (*Freiheit*) de los destinatarios de la prestación. Sucede, a veces, que estos, ante «la especial situación de necesidad en la que se encuentran (*Lebensmöglichkeiten*)», no exigen «su respeto», ya que tienen solo como prioridad superar «la contingencia a cualquier coste». Nos encontramos, así, ante una reducción considerable de la libertad de los destinatarios de la prestación, por las contingencias que sufren (enfermedad, incapacidad...), que exigiría un mayor esfuerzo y colaboración de la Administración para respetar en sus actuaciones prestadoras el ámbito de libertad que les queda a los beneficiarios.

IV

Al comienzo del capítulo III, Miluska Orbegoso manifiesta que «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 técnicas para aproximarse a los problemas que genera». Y para aportar soluciones recurre nuevamente al derecho alemán, a la denominada «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», en las que «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 prestación». Afirma tajantemente que tratará de demostrar cómo «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». Creo que este capítulo constituye la parte nuclear de la obra al contener, además, las aportaciones más novedosas e interesantes. No en vano, el subtítulo del libro se refiere expresamente a esta teoría importada del derecho germánico. Para su análisis y aplicación al derecho español, la autora bebe de fuentes como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina alemana, aunque también acude al administrativista español especialista en el tema analizado, el profesor José María Rodríguez Santiago, cuyos trabajos son citados frecuentemente.

La profesora Orbegoso realiza, en primer lugar, una aproximación general a los antecedentes y al significado de la teoría de la organización y el procedimiento. En relación con los antecedentes, que paso muy por encima, habría que destacar las aportaciones de Peter Häberle, las de la sentencia de la Corte Constitucional alemana en el caso *Mülheim-Kärlich*, de 20 de diciembre de 1979, y las de Konrad Hesse. De acuerdo con este último autor, la organización y el procedimiento «se encuentran íntimamente vinculados» y son un medio adecuado «para garantizar los derechos fundamentales», tal y como ha sucedido con algunos derechos como los de tutela judicial efectiva, sufragio, igualdad o educación. Hasta el punto de que, según reconoce Robert Alexy, «hoy puede decirse que [...] a todo derecho fundamental material le están adscritos derechos procedimentales».

Por lo que se refiere al significado de la teoría, la autora resalta y reitera la función especial que tienen la organización y el procedimiento en la «realización y aseguramiento de los derechos fundamentales», especialmente «de la libertad, en el seno de las prestaciones de servicios». Considera que, además de una protección *ex post* de los derechos fundamentales a través de los tribunales

cuando se ha producido su vulneración, es importante también contar con una protección *ex ante*, es decir, antes de que sean conculcados. Esta protección preventiva se lograría con «la incorporación de una correcta organización y procedimiento en la configuración y desarrollo de la prestación de servicios». La implementación de esa organización y procedimiento en el marco de una actuación administrativa prestadora de carácter social para tutelar preventivamente los derechos fundamentales de los beneficiarios pasaría, además, a formar parte de la dimensión objetiva que estos tienen, vinculando a los poderes públicos, particularmente, en lo que aquí concierne, al legislador y a la Administración pública prestadora. Seguidamente, Miluska Orbegoso expone algunas consideraciones generales sobre el significado que en la doctrina alemana tienen los conceptos de la «organización» y del «procedimiento» aplicados a la Administración pública prestadora.

El concepto de organización que utiliza, siguiendo a los profesores Schmidt-Assman y Rodríguez Santiago, alude «a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios», esto es, a «una Administración pública prestadora organizada». En definitiva, una «Administración infraestructural que busque la previsión y la planificación», pero que esté «adecuadamente organizada a fin de satisfacer las necesidades de procura de esa sociedad plural a quien dirige su actuación». Una Administración pública prestadora a cuya organización habrían de aplicarse, por ejemplo, los principios del art. 103.1 CE sobre eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

Sobre el concepto de procedimiento, se adopta el general y común utilizado por la doctrina administrativista, cuyos caracteres principales son la consecución de un fin, el ser una garantía para el ciudadano, el revestirse de legalidad y el velar por el interés público. Ahora bien, compartimos con la autora que, para el tema objeto de estudio en la obra comentada, es preciso añadir otro elemento clave, el de la participación ciudadana, ya que estamos en presencia de un procedimiento que tiene por objeto concretar y desarrollar prestaciones de servicios, en las que, además de valorarse y ponderarse determinados intereses en juego, ha de garantizarse un *status activus processualis*. Esto es, «una participación efectiva del destinatario de la prestación en el procedimiento a través del cual discurre su configuración y desarrollo [...], manifestando sus concretas necesidades y preferencias».

En segundo lugar, una vez expuestas las consideraciones generales sobre el significado de la teoría y analizados los conceptos de organización y procedimiento, la profesora Miluska Orbegoso procede a demostrar cómo estas categorías pueden garantizar efectivamente la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales de los beneficiarios de las prestaciones de servicios. Se

detiene especialmente en el análisis de dos de los principios que han de regir la organización y procedimiento: el pluralismo y la participación. Actualmente la sociedad es plural y está constituida «por miembros iguales en naturaleza, pero diferentes en situación y necesidades»; diferencias que son «el elemento determinante de la actuación administrativa prestadora de carácter social», cuya valoración es «una tarea ardua para la Administración pública prestadora». Por otro lado, en un Estado social, con una sociedad plural, el «adjetivo social» implica que el Estado en las cuestiones sociales no sea neutral. En otras palabras, que la Administración pública prestadora no será imparcial a la hora de «configurar la prestación» social, ya que optará «necesariamente por un modelo determinado» que en muchos casos tendrá «un contenido ideológico concreto». Sin embargo, la autora aboga por una neutralidad «que suponga apertura y flexibilidad en la configuración de la actuación prestadora y que permita la vigencia del pluralismo en la organización».

El principio de la participación, como expresión de «la democracia participativa», exige que el destinatario «intervenga activa y directamente» en el procedimiento de configuración y ejecución de la prestación, para que «sus necesidades sean atendidas». Esta participación se convertirá, además, «en un medio de control de la misma [la prestación] y, así, de legitimidad de la decisión» adoptada.

A continuación, una vez que tenemos una prestación social organizada y plural, en cuya configuración participan sus destinatarios, atendiendo a sus concretas circunstancias, la autora centra su atención, como «una manifestación de su libertad», en el derecho de los destinatarios a elegir tanto «el tipo de prestación» (la que sea la más adecuada para salvar la contingencia) como «el centro» en el que «se llevará a cabo». Ello exige, como expresión del «pluralismo institucional», que haya una «pluralidad de la oferta prestacional», que implica, a su vez, una «pluralidad de centros» y una «pluralidad de prestaciones». La «pluralidad de centros» precisa que estos sean creados por el Estado, que ha de disponer para ello de recursos económicos suficientes, sin perjuicio de que se acuda también a la colaboración con establecimientos «privados ideológicamente plurales» a través de fórmulas de concesión o concierto. La «pluralidad de prestaciones» presupone la oferta de «distintas prestaciones adecuadas para cada contingencia», que comprendan, a su vez, «un abanico de tratamientos u opciones satisfactorios» para el destinatario. Aquí la autora muestra algunos ejemplos de leyes reguladoras del sistema de servicios sociales de algunas comunidades autónomas en las que se distinguen dos niveles: uno base y otro especializado, según las necesidades de los destinatarios.

Por último, Miluska Orbegoso se refiere a la importancia de establecer procedimientos que faciliten la participación de los beneficiarios en la

configuración de las prestaciones de servicios. Mediante ella, los destinatarios de las prestaciones transmiten sus preferencias y necesidades para lograr una «prestación adecuada». La participación de estos en el procedimiento de configuración de la prestación se convierte, así, en un «elemento nuclear», en una «iniciativa de derecho fundamental» (*Grundrechtsinitiative*), ya que permitirá la protección de su libertad, de sus «intereses de derecho fundamental» (*Grundrechtinteresse*), como límite a la actuación de la Administración prestadora. La participación puede ser individual, cuando trata de «proteger intereses individuales y personalísimos», o colectiva, siempre que persiga también la tutela de intereses individuales, citando como ejemplo de esta última modalidad el caso de aquellas personas que se encuentran en una residencia de ancianos y que deciden «el tipo de material de lectura que desean recibir en el ejercicio de su libertad ideológica o de pensamiento». La autora concluye que la participación de los interesados en la configuración del contenido de la prestación redundará también en garantía de su libertad (especialmente de sus libertades de pensamiento, expresión, opinión, religión...) cuando la Administración pública ejecute la prestación de servicios. A este respecto, se mencionan en el libro algunos preceptos de leyes autonómicas de servicios sociales, aunque todavía son regulaciones incipientes e incompletas.

V

El último capítulo del libro recoge de forma sistemática algunas de las conclusiones que han ido anticipándose en los capítulos precedentes. De modo muy sintético y simplificado, creo que la conclusión principal de la obra consiste en la posibilidad de acudir a la teoría de la organización y del procedimiento, incorporada a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, para garantizar algunos de los derechos de los destinatarios de una prestación social de carácter personal que pueden ser vulnerados por la Administración pública cuando proceda a su ejecución. Ante la insuficiencia de los principios tradicionales que rigen la actuación de la Administración, la previsión de una estructura organizativa diseñada por la Administración con una oferta plural de prestaciones y de un procedimiento que permita la participación efectiva de los beneficiarios en la configuración y en el desarrollo de las prestaciones sociales de carácter personal, posibilitará una tutela preventiva de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por la actuación administrativa prestadora.

En otras palabras, con el Estado social, según ya hemos tenido ocasión de comprobar, la Administración pública ha ido asumiendo nuevas funciones,

algunas de ellas de carácter prestacional, que implican una relación muy personal con los beneficiarios de la prestación de servicios. En la ejecución de esta prestación existe un riesgo patente de que la Administración pública vulnere algunos de los derechos fundamentales de sus destinatarios. Para preservarlos es necesario proporcionar a la Administración nuevas técnicas que, hoy por hoy, no suministra la disciplina del derecho administrativo. Este es el objetivo principal que se plantea la profesora Miluska Orbegoso en su libro y que consigue llevar a buen puerto con la introducción en el ordenamiento español de la teoría alemana de la organización y del procedimiento. A partir de ahora, esta teoría se convierte en una herramienta imprescindible en la teoría general de los derechos y libertades para interpretar y garantizar los derechos de los destinatarios de las prestaciones sociales de carácter personal. Por este motivo y para no alargar más este comentario, invito al lector a que lea detenidamente la monografía de Miluska Orbegoso.

