

**REPENSANDO LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA. UN ESTUDIO DESDE UNA
ÓPTICA TEÓRICO CONSTITUCIONAL**

MILUSKA ORBEGOSO SILVA

SUMARIO

I. ESTADO SOCIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1. A modo de introducción. 2. Sobre las funciones del Estado. 3. Un Estado Administrativo Social. 4. La responsabilidad estatal. II. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL. 1. Administración Pública y Constitución. 2. La Administración social prestadora. 3. La Administración de las prestaciones a la medida de la persona. III. MODULACIÓN DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. 1. Principio de legalidad. 2. Reserva de ley. 3. Discrecionalidad administrativa. IV. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 12.07.2024
Fecha aceptación: 15.10.2024

REPENSANDO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO DESDE UNA ÓPTICA TEÓRICO CONSTITUCIONAL

MILUSKA ORBEGOSO SILVA¹
Universidad Panamericana

“Ciertamente, la ruina de un edificio venerable requiere en muchas ocasiones, más que la piqueta demoledora, la labor paciente y experta del que restaura, o cuando menos la elección tinada del que sabe utilizar oportunamente lo viejos materiales para ennoblecer la nueva construcción”².

I. ESTADO SOCIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. *A modo de introducción*

Si pensamos en América latina y las cuestiones referidas a Derecho podremos encontrar sinfín de cuestiones que bien merecen la pena ser estudiadas por la doctrina. Una de ellas, desde nuestro punto de vista, es el de la actuación pública y en concreto, el de la actuación administrativa en el Estado Social. En ese orden de ideas, creemos conveniente estudiar la actuación administrativa desde una perspectiva constitucional. No se trata de una investigación de Derecho Administrativo sino de un análisis de la Administración Pública desde la óptica de la teoría constitucional construida en Europa, principalmente por tratadistas alemanes y españoles, cuyas reflexiones, creemos, pueden servir de referencia para analizar la actuación administrativa en América latina.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesora investigadora de la Universidad Panamericana, Facultad de Derecho. Campus México. Augusto Rodin No. 498, Insurgentes Mixcoac, Benito Juárez, 03920 Ciudad de México. México. Email: morbegoso@up.edu.mx; ORCID 0000-0003-3791-1994.

² LOPEZ RODO, Laureano, *La Administración Pública y las transformaciones socioeconómicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1963, p. 86.

En el contexto latinoamericano, en particular, es lugar común escuchar las constantes quejas y reclamos por parte del denominado administrado sobre la llamada “burocracia estatal” y de su ineficiencia e ineficacia, que no son otra cosa más que un llamado a repensar, desde la doctrina, la actuación administrativa. Y es que somos de la idea que una Administración pública, cuya concepción se encuentre “detenida en el tiempo” es un verdadero riesgo para la plena vigencia de los derechos fundamentales del hombre en tanto su actuación se encuentra atada a los clásicos principios que rigen desde una lectura irrestricta del Estado de Derecho: legalidad, reserva de ley y discrecionalidad administrativa, entre otros.

Sobre la Administración Pública se ha escrito mucho y muchas voces autorizadas lo han hecho con gran detalle y reflexión; sin embargo, creemos que ello se ha llevado a cabo siempre desde una perspectiva liberal y con una visión anquilosada de lo que significa el Estado de Derecho. Y ello es así, puesto que la teoría de la Administración Pública surge principalmente en Francia después de la Revolución Francesa y desde esta perspectiva se tiene un entendimiento de la actuación pública en términos de limitación pues se trata de un poder que en sí mismo nace limitado a fin de evitar abusos. Lo cual, supuso una gran conquista del Derecho y en particular del Derecho Constitucional.

La declaración francesa de Derechos del hombre y del ciudadano en su artículo XVI proclama que sólo existirá una Constitución siempre que se garanticen los derechos fundamentales y la división de poderes. Una primera medida que se alcanzó fue la de lograr la división del poder en funciones y que así existieran funciones separadas, basadas en la ya teoría clásica de Montesquieu. El Ejecutivo, en particular, gozaría de ciertas funciones que se enmarcarían en un principio ampliamente conocido, el principio de legalidad. Éste en su vinculación positiva, mandaría al Ejecutivo (y en general a todo poder) a adecuar su actuación a la ley. Esto significa que no podría actuar sin que existiera una ley previa que lo habilitara para hacerlo.

Como resulta evidente, ello supone hablar de un Poder Ejecutivo y en particular de una Administración Pública, sometida a la ley. Una Administración que se verá limitada por la ley escrita, positiva, emitida por el órgano competente y que, hasta cierto punto, supondrá desde nuestro punto de vista, en la mayoría de los casos una actuación anquilosada, burocrática y hasta cierto punto ineficiente, pero “garante” de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En el más puro sentido de la concepción que se tenía del Estado de Derecho hasta antes del siglo xx.

Ello, sin lugar a duda nos lleva a preguntarnos acerca de la necesidad de un replanteamiento de la actuación administrativa en el marco de ya no sólo un Estado de Derecho, sino de un estado de Derecho que es también Social. Muchos creerán que la legalidad es la más plena garantía de la libertad del hombre; sin embargo, hay veces en que los clásicos principios que rigen la actuación administrativa deberían adecuarse o adaptarse o revisarse si se quiere realmente garantizar la libertad, como intentaremos demostrar.

Somos de la idea que la teoría clásica de la Administración Pública necesita una revisión con perspectiva constitucional. Un estudio desde una perspectiva Social y Democrática de Derecho; y no sólo desde una perspectiva del Estado de Derecho.

2. Sobre las funciones del Estado

La cláusula del Estado Social no establece cuáles son las acciones concretas que deben llevar a cabo los poderes del Estado; sin embargo, hablar de los fines del Estado ayuda a concretar las funciones que deben realizar, aunque no es tarea fácil³. Lo que viene mandado por el Estado Social es que, sin perjuicio del reconocimiento de las circunstancias actuales y considerando las necesidades de una por demás sobrecargada Administración, la acción pública se mantenga lo más próxima al ciudadano⁴. Pues como bien señalaba Jellinek⁵, mientras más predomine el carácter social de la actuación estatal, menos independiente vivirá el poder del Estado de sus súbditos y tanto más actuará al servicio del individuo.

En ese sentido, en primer lugar, debemos aclarar los términos y diferenciar entre funciones públicas y funciones del Estado. Por un lado, funciones públicas son aquellos cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general, mediante la satisfacción de necesidades colectivas. Y por otro, funciones del Estado son aquellas funciones públicas que son desempeñadas por los poderes públicos, así como por los organismos internacionales⁶, es decir, que el Estado no es el único que cumple funciones públicas sino también los particulares.

Al respecto, 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”⁷, es decir, que dependiendo de los fines y objetivos que cada Estado tenga las funciones que asuman los poderes serán distintas conforme a la Constitución. Pero 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”⁸, de forma que la Constitución confía en que los órganos políticos de cada momento decidirán qué acciones tomar de acuerdo con las condiciones y exigencias de cada momento histórico.

En este orden de ideas, Forsthoff, al desarrollar el tema de la función social del Estado, toma como punto de partida que la existencia individual ha cambiado y ese cambio se puede determinar en base a una distinción. Para ello distingue entre “un

³ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 171.

⁴ BENDA, “El Estado Social de Derecho” en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 548.

⁵ Cfr. JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 758.

⁶ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, ps. 168-169.

⁷ BULL, *Staatsaufgaben*, ps. 99 y ss.; HÄBERLE, AÖR; 1986, P. 595 (601), citado por SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*, p. 169.

⁸ HERZOG, en HStR, vol. 3, 58, num. Marg. 28, citado por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 170.

espacio vital dominado por cada individuo, del espacio efectivo”. “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”⁹; 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 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”¹⁰. 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”. Ello, 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 (...)”¹¹. Lo antes apuntado es importante para entender el ámbito dentro del cual se ejecuta la actividad de los poderes, que no es otro que el ámbito de desarrollo de los derechos fundamentales en general.

Evidentemente, todo ello se traduce, en fin, “en la ampliación del ámbito funcional del Estado y con ello en la transformación estructural (...) de la institución estatal misma”¹², 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”¹³.

3. *Un Estado Administrativo Social*

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

⁹ ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst y DOHERING, Karl, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 47.

¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹¹ *Idem*.

¹² GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 51.

¹³ *Ibidem*, p. 51-52.

sus fines”¹⁴, pues incorpora como fin primordial de su agenda alcanzar la igualdad material¹⁵. 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.

En ese sentido, 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 Derecho¹⁶, ni del Estado Democrático¹⁷. 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. Es decir, que la protección de los derechos fundamentales en el Estado Social sólo puede producirse si ese Estado Prestacional se convierte en un Estado Constitucional Prestacional¹⁸, 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 Estado¹⁹ a través de su brazo ejecutor, la Administración Pública. Sin embargo, al tratarse de un principio y no de una regla²⁰ “la cláusula del Estado Social 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”²¹. En otras palabras, que resulta necesario un previo desarrollo legislativo cuando de prestaciones hablamos, pues recaerá en el legislador la tarea de

¹⁴ 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, p. 29.

¹⁵ Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” en *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, p. 685.

¹⁶ Ver ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” ..., *op. cit.*, ps. 109-117.

¹⁷ *Ibidem*, ps. 101-108.

¹⁸ HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972, p. 55.

¹⁹ 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.

²⁰ 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. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2007, pp. 64 y ss.

²¹ ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1” ..., *op. cit.*, p. 35.

determinar los órganos, funciones y procedimientos que serán posteriormente prestados 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 (*freibeitlichen Sozialstaates*)²².

4. Responsabilidad estatal

Sobre la responsabilidad estatal se ha escrito mucho y desde distintas aristas. Sin embargo, el sentido que aquí nos interesa es el de una perspectiva constitucional y en particular, del Estado Social. Por tanto, podemos señalar que la definición 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 el Estado se hace presente en dicho ámbito²³. Se trata de un “(...) concepto de responsabilidad de la Administración, que es una expresión de la posición fiduciaria que cumple la Administración”²⁴.

En ese orden de ideas, Forsthoff señala que se ha producido una evolución de la responsabilidad existencial²⁵, 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”. Y precisa, que a los titulares del poder político les corresponde establecer “una regulación justa, socialmente adecuada de las oportunidades de apropiación”²⁶. Por ello, es que cada vez más el Estado se le “encarga” una responsabilidad mayor de la cuestión social (que parte desde las necesidades individuales hasta el interés general) y que descansan en distintos tipos o niveles de responsabilidad.

En vista de ello, si analizamos 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 prestaciones, donde 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

²² Cfr. ZACHER, Hans, “Das soziale Staatsziel” ..., *op. cit.*, p. 679.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 72.

²⁴ Cfr. JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 22

²⁵ Cfr. FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, p. 47.

²⁶ *Ibidem*, p. 46-48.

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 esas normas la realizan órganos administrativos²⁷.

Por tanto, vemos en concreto que la actuación de la Administración Pública en el Estado Social puede acarrear distintos niveles de responsabilidad y dependiendo del tipo de actuación a la que se refiera, el nivel de responsabilidad cambiará. Habrá veces que le corresponda de manera integral y otras veces la encargará, por ejemplo, al denominado tercer sector. No obstante, la Administración Pública siempre tendrá un nivel de responsabilidad que le exigirá cumplir con los mandatos de todo Estado Social y democrático de Derecho.

Finalmente, cabe resaltar que la responsabilidad del Estado como garante de prestaciones suscita una cuestión importante relacionada con los particulares que materialmente prestan el servicio. No es de sorprender que cuando hablamos de Administración Pública en realidad estamos pensando en el funcionario o servidor público el que materialmente entra en contacto con el ciudadano beneficiario del servicio (o conocido en la doctrina administrativista como administrado). Por ello, debemos precisar que la responsabilidad del Estado en estos casos es directa respecto del beneficiario, pues es a él a quien le corresponde garantizar la prestación²⁸.

En ese orden de ideas, 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 Garante²⁹, el cual se figura como una mezcla entre el Estado liberal y el Estado social: combina un dejar hacer con una intervención estatal.

De acuerdo con Parejo Alfonso, “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”³⁰.

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, de forma directa o, como es la tendencia actual en muchos casos, dejando a otros que lo hagan, pero sin renunciar —no puede— a sus obligaciones de garantizar esos servicios y prestaciones.

Se parte, por tanto, de la idea de que los privados van a asumir funciones que tradicionalmente le correspondían al Estado. En palabras de Esteve Pardo “se trata

²⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *op. cit.*, ps. 73 y ss.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 77 y ss.

²⁹ Este desarrollo parte del libro de la autora ORBEGOSO SILVA, Miluska, *op. cit.*

³⁰ 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.

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”³¹. Y ello porque se entiende que los privados ahora tienen más poder, tienen más tecnología y conocimiento.

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 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 respectiva³².

El Estado Garante surge por los altos costes que ocasionaba el Estado Social. 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”³³. El Estado no es el que directamente realiza la actuación prestacional, pero al mismo tiempo no puede desentenderse de ella. Su papel consiste entonces 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”³⁴.

En consecuencia, el entendimiento del Estado como Estado Garante supone una pérdida de sus posiciones de titularidad y a la vez una recomposición de la relación Estado-ciudadano³⁵. En suma, la condición del Estado como Estado Garante se presenta como alternativa a la actividad prestacional directa³⁶ y se trata de una nueva actividad administrativa, no de una nueva administración³⁷.

II. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO SOCIAL

1. *La Administración Pública desde una óptica constitucional:*

Si quisiéramos realizar un estudio de la evolución del Estado y de sus distintas funciones estaríamos de acuerdo con que las concepciones clásicas han sido ampliamente superadas por la realidad, pero también estaremos de acuerdo en decir que,

³¹ 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

³² PAREJO ALFONSO, Luciano José, “Estado y procesos de cambio...”, *op. cit.*, p. 92.

³³ ESTEVE PARDO, José, “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho Público” ..., *op. cit.*, p. 92

³⁴ *Idem.*

³⁵ ESTEVE PARDO, José, *Estado Garante. Idea y Realidad*, INAP, 2015, p.59

³⁶ *Ibidem*, p. 63

³⁷ *Ibidem*, p. 65

en esencia, el Estado Social significa un estado Social y Democrático de Derecho. Esta evolución, creemos, no ha alcanzado al estudio de la Administración Pública, brazo ejecutor del Estado. Y, en vista de ello, 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”³⁸.

Asimismo, 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”³⁹. Es por ello que, cuando se analiza el actuar administrativo, sólo se encuentran referencias, en la mayoría de los casos, a la intervención del Estado en la economía, mas no sobre el papel que ésta cumple —que va mucho más allá de la ordenación económica— en el marco del Estado Social.

En este sentido, consideramos, conforme a lo señalado por Schmidt-Assmann que la más alta misión que el Derecho Constitucional tiene en este sentido es la de sentar los postulados sobre la relación básica entre el ciudadano y la Administración⁴⁰. Y ello es así porque hoy los derechos fundamentales no se realizan sobre todo *frente* al Estado interventor, sino que se realizan en buena parte, *en* el Estado prestador. De este modo, la Administración Pública en el Estado Social, se constituye también como garante de los derechos fundamentales, siendo éste un papel que muchas veces es olvidado al momento de analizar su actuación⁴¹.

En este orden de ideas, la Administración pasará a ocuparse de problemas muy distintos a los que se ocupaba 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 servicios⁴². Dwight Waldo se refería a esta Administración como la “nueva Administración Pública” marcada por una alta preocupación por la justicia social, con una sensibilidad al sufrimiento humano y a las necesidades sociales⁴³.

³⁸ FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial...*, *op. cit.*, p. 43

³⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 95.

⁴⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 4. Como señala Schmidt-Assmann, la Administración 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.

⁴² Cfr. DWIGHT, Waldo, *La Administración Pública del cambio social*, Escuela Nacional de Administración Pública, España, 1974, p. 96.

⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 16. Hace una diferencia entre “Administración Pública” refiriéndose al mundo de la enseñanza y la investigación, y “administración pública” refiriéndose a las instituciones y actividades públicas.

Dado este contexto, y como ya ha sido puesto en evidencia, es inevitable que se produzca el crecimiento de la actividad administrativa, lo cual, ha llevado a que se produzca “un traslado del centro de gravedad de las decisiones desde el clásico poder —el parlamento— al ejecutivo y, en definitiva, a la Administración⁴⁴, la que muchas veces tiene que actuar sin tener una habilitación legal o teniéndola, ésta carece de suficiente detalle como para enmarcar su actividad en sus términos tradicionales.

Finalmente, es menester 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 actual Estado Social.

2. *La Administración Social Prestadora*⁴⁶

Se ha dicho y creemos que con acierto que a la Administración Pública siempre se le ha concebido como una “persona jurídica que sirve con objetividad a los intereses generales (...) y se encuentra, en consecuencia, conminada a ser un sujeto *sin subjetividad*; y los individuos que en ella prestan servicios, imputándole su actividad, se encuentran vinculados por una relación burocrática objetivizante, desde su selección conforme a los principios de mérito y capacidad (...)”⁴⁷. Ello, incluso para el ciudadano de a pie, supondría una descripción atinada de a lo que se enfrenta cuando entra en contacto directo con la Administración Pública y en particular, con los funcionarios que en ella desempeña su servicio público. Una Administración lejana, “seca”, casi sin espíritu que se limita a materializar a “pies juntilla” lo que la ley le manda. Como un ente sin personalidad, mecánico, que se limita a verificar los requisitos o elementos que manda un determinado trámite administrativo.

Sin embargo, esta misma Administración Pública es la que también actúa con marcos de actuación que podrían pensarse como más laxos pero que son necesarios para lograr sus objetivos de eficacia y eficiencia como suelen mandar las leyes que regulan la actuación administrativa. No sólo la actividad administrativa denominada como prestacional resulta ser el mejor ejemplo de *personalización* de ésta, sino que incluso sirven como ejemplo distintos actos que se enmarcan en lo que desde la doctrina administrativista se conoce como discrecionalidad administrativa.

Somos de la idea de que de la relación que se entabla entre Administración Pública y ciudadano; y más en concreto, de las exigencias que de ella se desprenden,

⁴⁴ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social...*, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁶ Para ampliar el tema ver ORBEGOSO SILVA, Miluska, *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018.

⁴⁷ VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2022), *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*, Tirant lo Blanch, IDP: Institut de Dret Públic, Valencia, p. 144.

es que surgen distintos tipos de Administración. Ello, nos lleva a realizar un ejercicio de clasificación y diferenciar 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 Prestadora, que se enmarca en el Estado Social y cuya función estatal consiste en proporcionar servicios, en sentido amplio, al individuo⁴⁸. La primera se enmarca en los rasgos característicos de la actuación administrativa, sometida de manera estricta al principio de legalidad y reserva de ley; mientras que la segunda es la que se desempeña en el Estado Social.

Si nos detenemos un poco en la función prestadora de la Administración, propia de un Estado Social, debemos señalar que ésta puede llevarse a cabo de dos formas: a través de ayudas económicas o mediante la prestación efectiva de servicios. La opción por una u otra tiene en cuenta distintos elementos, de un lado, la prestación dineraria es 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 prestación de servicios, supone una organización de recursos institucionales, formación de personal, estudios sobre las necesidades reales, una adaptabilidad constante de los servicios, resultados a largo plazo, pero a veces es más eficaz, aunque no sean tan reclamados por los ciudadanos⁴⁹. En consecuencia, la elección de uno u otro modelo, o la combinación de ambos, dependerá de la concreta necesidad que se quiera satisfacer.

Asimismo, a su vez, la Administración Social Prestadora puede ser de dos tipos: aseguradora de los recursos económicos de los ciudadanos, encargada de cubrir diversas contingencias relacionadas con prestaciones económicas a las que se tiene derecho en caso se presente algún evento vital (accidente, incapacidad, jubilación, desempleo, entre otras); y la Administración que lleva a cabo prestaciones sociales de servicios personales o materiales.

Al respecto, debemos resaltar la forma en que este tipo de actuaciones viene regulado por el derecho positivo —la ley en sentido estricto— pues ello nos dará una idea de cómo la Administración Pública debe actuar en cada caso. Respecto de las prestaciones dinerarias, éstas “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. Las prestaciones de servicios personales o materiales se resisten a este tipo de programación o regulación normativa”⁵⁰. Este tipo de prestaciones cuentan con un conjunto de normas que establecen cabalmente el contenido y forma de la prestación.

⁴⁸ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁹ Cfr. ALONSO SECO, José María y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, ps. 363-364.

⁵⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *op. cit.*, p. 97.

En el caso de las prestaciones de servicios personales o materiales, el contenido concreto y detallado de la prestación no lo fija la norma, sino que el legislador realiza una primera concreción para luego entregar a la Administración —y en concreto al funcionario público especializado (médico, enfermera, maestro, cuidador, entre otros)— el detalle de la prestación, quien actúa dentro del marco organizativo y procedimental que señala la norma y guiándose por los principios que deben inspirar la actividad también previstos en la norma y en los reglamentos. La razón de su resistencia a ser reguladas por medio de programas normativos materiales y el escaso papel que cumple el acto administrativo, lo encontramos en el carácter marcadamente personal de estas relaciones. En ellas existe un elemento individual, que lo observamos en que las personas que reciben estas prestaciones no son iguales; y, por otro lado, que en la mayor parte de estas prestaciones se afectan esferas de autodeterminación del individuo situados en el círculo de sus derechos fundamentales (dignidad, libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, intimidad personal). Por otro lado, en la Administración aseguradora de los ingresos económicos de los ciudadanos, la prestación viene regulada por medio de programas normativos materiales detallados y es por medio del acto administrativo, que se declara el derecho a percibir la prestación y su modelo organizativo es jerárquico y burocrático. Mientras que, en el tipo de Administración prestadora de servicios personales o materiales, su elemento característico es el marcado carácter personal de estas relaciones a lo cual Rodríguez de Santiago denomina “un fenómeno de interacción directa entre personas físicas”⁵¹. La dirección de las prestaciones se da a través de la organización y el procedimiento, sobre lo cual se abundará más adelante. Donde a la Administración sólo se le ha dado una competencia o potestad en forma de “encargo genérico”⁵² y es el personal especializado el que entra en contacto con el beneficiario de la prestación. Por ello, muchas de las decisiones urgentes o inmediatas que se tomen recaerán en sus manos.

En ese orden de ideas, el profesor Rubio Llorente señalaba que en estos casos se hace necesaria una actuación administrativa de aplicación⁵³, la cuál se enmarca en un procedimiento específico, que resulta ser una exigencia de los derechos fundamentales; y, asimismo, en una participación activa del beneficiario pues se trata de algo connatural y necesario para el éxito de la prestación⁵⁴. El procedimiento administrativo⁵⁵ ha sido ampliamente estudiado y detallado por la doctrina administrativista

⁵¹ *Ibidem*, p. 109.

⁵² Cfr. *Ibidem*, p. 110.

⁵³ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, p. 138.

⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *op. cit.*, ps. 104-105.

⁵⁵ Puede ser definido comúnmente 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 y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego”. BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, p. 84.

pues todos los asuntos públicos que corren a cargo de la Administración discurren a través de un procedimiento determinado⁵⁶. Y algo que encontramos en común, en las distintas definiciones que podemos analizar, es que nunca se menciona al “administrado”. Palabra que nos resuena un poco pues parece desdeñar al ciudadano.

La forma natural de actuación de la Administración es el acto administrativo, pero en el caso de la Administración de las prestaciones, su contenido y las precisas medidas que deben ser tomadas no se contienen en un acto administrativo. El acto administrativo sólo fija los límites externos, el marco⁵⁷. Es por ello que, a este tipo de actuación de la Administración se le incluye dentro del concepto de actividad material de la Administración⁵⁸. Tema que ha sido poco estudiado y que creemos resalta el marco de actuación real en el que discurre el comportamiento diario de todo servidor público.

3. *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; sin embargo, es a ella a quien nos referimos cuando hablamos de la Administración Pública en el Estado Social. Como bien señala Schmidt-Assmann⁵⁹ 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”⁶⁰. 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 desconoce al destinatario de su actuación. Y en ello, consideramos, es donde se encuentra la clave del tema pues no 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

⁵⁶ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo” en *Gobierno y Administración en la Constitución*, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, p. 104.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 99.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 110.

⁵⁹ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general...*, *op. cit.*, ps. 19-20.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas, *Teoría Política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1993, p. 41.

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 general⁶¹.

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*⁶² 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*)⁶³. De modo que hoy en día Estado y ciudadano se encuentran en una inevitable comunidad de las prestaciones (*Leistungsgemeinschaft*)⁶⁴.

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, éste 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 comentamos⁶⁵. 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 circunstancias⁶⁶.

⁶¹ 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.

⁶² BVerfGE 1, 159 y ss.

⁶³ Cfr. BACHOF, Otto, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁴ Cfr. HÄBERLE, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat”..., *op. cit.*, p. 90.

⁶⁵ Cfr. PITSCHAS, Rainer, “Formelles Sozialstaatsprinzip, materielle Grundrechtsverwirklichung und Organisation sozialer Dienstleistungen”, en *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, Tomo 5, J. Schweitzer Verlag, Berlín, 1977, p. 152.

⁶⁶ 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, p. 241.

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”⁶⁷, 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.

III. MODULACIÓN DE ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA⁶⁸

Clásicamente se ha señalado que la actuación de la Administración Pública, como exigencia del Estado de Derecho, debe someterse al principio de legalidad en sentido positivo, es decir, que la Administración sólo puede hacer aquello que la ley mande, o que sólo puede actuar siempre que exista una previa habilitación legal⁶⁹. Es decir, que la ley se configura como límite y mandato de la Administración⁷⁰, límite a la actuación de los poderes para así evitar la vulneración de los derechos fundamentales del hombre; y como mandato, pues supone su cumplimiento cabal. De forma que la Administración “está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación”⁷¹.

Posteriormente, con la incorporación de la cláusula democrática, nos encontramos en el entendimiento de que ese sometimiento de los poderes públicos y en concreto de la Administración Pública, al principio de legalidad, tiene un anclaje aún más profundo pues significa la vinculación de los poderes a la ley, pero a una ley que ha sido creada por el órgano legislativo, representante del pueblo. Esto es, a la voluntad popular recogida formalmente en una ley.

En ese orden de ideas, podemos entender que el principio de legalidad cumple dos funciones respecto del poder⁷², de un lado, cumple una función de legitimidad,

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

⁶⁸ Sobre este punto se profundiza en ORBEGOSO SILVA, Miluska, *Derechos fundamentales...*, *op. cit.*

⁶⁹ Debe tenerse en cuenta que cuando hablamos de sometimiento de la Administración Pública a la ley, ello implica también, sometimiento de la Administración a la Constitución.

⁷⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría...*, *op. cit.*, p. 194.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 363.

⁷² Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, *op. cit.*, p. 131.

pues su actuación queda aprobada en 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, en resumen, podríamos decir que la ley se constituye como “garante de una conformación social ahormada por los principios propios de un Estado de Derecho y, por otro, medio o instrumento de legitimación democrática”⁷³.

Todo lo antes mencionado, constituye, de “forma pacífica”, la concepción actual que se tiene sobre el principio de legalidad y sobre el sometimiento de la Administración Pública a éste; sin embargo, son muchas las cuestiones que surgen de este planteamiento. En vista de ello, intentaremos desarrollar un “replanteamiento” de los clásicos principios que rigen su actuar en el marco del Estado Social, naturalmente, sin olvidar que se trata de un Estado también Democrático y de Derecho.

1. Principio de legalidad⁷⁴

El Principio de legalidad, es una manifestación del Estado de Derecho que exige la limitación jurídica del poder. Supone la vinculación de todos los poderes al ordenamiento jurídico y exige que la actuación de los poderes, en concreto de la Administración, no sea libre, de modo que “combate la atribución a la Administración de un poder para actuar sin vinculación a normas”⁷⁵.

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 indeterminado⁷⁶. Se pensaba en un Estado garante de mínimos, que establecía las reglas elementales para la convivencia social, en términos económicos y sociales, que permitía tener a una Administración Pública como una especie de “vigilante nocturno”⁷⁷, una Administración de policía.

Evidentemente, nuestra realidad ya no es la antes descrita y la relación que se establece ahora entre la Administración y la ley ha cambiado. La Administración Pública está efectivamente sometida a la ley, pues no puede actuar ahí donde la ley no se lo permita, ahora ello, no implica negar que en determinadas circunstancias se exija la intervención de la Administración en caso de necesidad y urgencia al margen

⁷³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 194.

⁷⁴ Sobre este principio se realiza un análisis más profundo en ORBEGOSO SILVA, Miluska, “El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho” en *IUS ET VERITAS*, (60), ps. 198-209.

⁷⁵ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 157.

⁷⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 62.

⁷⁷ GARRORENA MORALES, Ángel, *op. cit.*, p. 24.

de las formalidades burocráticas⁷⁸. Asimismo, hoy en día, en su actuar diario, la Administración requiere de cierta flexibilidad pues es evidente que la ley no puede regularlo todo y en todo momento, a la velocidad del actuar humano; y por ello, existen espacios de actuación que la ley no ha regulado o que simplemente no puede regular. No debemos olvidar, en primer lugar, que la Administración no puede esperar en cada caso habilitación de la ley en dos sentidos; de un lado, pues muchas veces la distancia lógica entre las leyes y el caso es muy grande; y de otro, porque normalmente las leyes captan muy tarde las situaciones de necesidad y catástrofe; y precisamente en una sociedad democrática se espera impacientemente una solución por parte de la Administración⁷⁹. Y, en segundo lugar, que la actuación administrativa no es, jamás, mera ejecución o aplicación mecánica de reglas generales a casos particulares, “precisamente porque no es exclusivamente actividad autoritaria, sino que lleva en sí actividad social”⁸⁰.

En ese sentido, creemos que, acorde con el principio de legalidad, primacía de la ley significa que la voluntad estatal expresada en forma de ley tiene preferencia respecto de cualquier otra forma. Ello, naturalmente, impide la arbitrariedad en decisiones administrativas y supone una garantía para el ciudadano. No obstante, la ley puede ser entendida también como sólo 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”⁸¹. Es decir, que la ley, producto del debate parlamentario o de la delegación legislativa en el Ejecutivo, se constituye como respuesta a una situación concreta 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 sendos inconvenientes que no en pocos casos llevan a cuestionarnos sobre cómo debe actuar la Administración, es decir, sobre cómo y hasta dónde vincula la ley a la Administración.

Ante este escenario, podemos encontrar dos posturas: en primer lugar, existen quienes desean mayor intervención legislativa para regular la actividad administrativa; y, por otro lado, quienes demandan cierta discrecionalidad de la Administración⁸². En ese sentido, hay quien defiende que la ley es fundamento de toda la actuación de la Administración y, por tanto, la Administración sólo podrá actuar en cuanto exista una ley habilitante, como el profesor García de Enterría para quien “no hay en el Derecho español ningún «espacio franco o libre de ley» en que la Admi-

⁷⁸ Cfr. 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. 502.

⁷⁹ Cfr. SCHAEDELER, Reinard, “Demokratische Tendenzen in der Pflege der Verwaltungswissenschaft” en *Demokratie und Verwaltung; 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín, 1972, ps. 169 y ss.

⁸⁰ JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 753.

⁸¹ BENDA, Ernst, *op. cit.*, p. 501.

⁸² Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 195.

nistración pueda actuar con un poder ajurídico y libre”⁸³. Y, por otro lado, tenemos al profesor Santamaría Pastor, quien defiende que en el caso de la llamada actuación administrativa prestacional (que hoy en día supone el gran grueso del actuar administrativo) “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”⁸⁴. Pero como bien señalaba Rubio Llorente, no basta, pues, en estos casos la existencia de sólo una Ley de Presupuesto, 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 bastando tampoco con una simple habilitación genérica al Reglamento⁸⁵.

Por tanto, coincidimos con la necesidad de la existencia de una norma habilitante de la actuación administrativa pero que sólo describa los elementos esenciales de su actuar y que, a su vez, permita discrecionalidad para atender los casos concretos en atención a los lineamientos básicos descritos en la norma. Ello, sin lugar a duda tiene muchas exigencias previas, entre las cuales, creemos conveniente resaltar el proceso de selección de los servidores públicos y el nivel de conocimientos que se les debe exigir a fin de garantizar una actuación acorde a Derecho, en el sentido amplio de la palabra, a fin de crear una verdadera carrera de servicio público.

2. Reserva de ley

Se ha dicho y creemos con acierto, que “todas las grandes transformaciones que inciden sobre la Administración (...) han tenido su reflejo, por consiguiente, en la doctrina de la reserva de ley”⁸⁶. En un primer momento, se pensaba en la reserva de ley, como una garantía de los derechos contra la intervención del poder, pero hoy, en el marco del Estado Social, tal reserva puede ser muy rígida.

En ese orden de ideas, otro principio clásico que rige la actuación administrativa es el de la reserva de ley. Este principio —que supone como el principio de legalidad una garantía para el ciudadano— significa, en palabras llanas, que cuando exista un precepto constitucional que exija que la ley regule determinada materia; la materia reservada queda sustraída por mandato constitucional de toda norma distinta de la ley. Y es al legislador a quien le corresponde regularla, impidiéndose que éste remita la materia, por ejemplo, a la Administración.

Esto significa que “(...) la reserva de ley concierne a materias esenciales; es decir las decisiones de importancia para garantía y realización de los derechos

⁸³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 369.

⁸⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 201.

⁸⁵ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 125-128.

⁸⁶ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 198.

fundamentales”⁸⁷. Por consiguiente, la reserva de ley se constituye como “un mandato que la Constitución impone al legislador democrático limitando su poder para atribuir a la Administración la tarea de regular por sí misma materias determinadas”. Ello, se constituye como una garantía para el ciudadano a fin de que la Administración no regule, vía reglamentaria, por ejemplo, el ejercicio de los derechos fundamentales o la imposición de nuevos tributos.

Como resulta evidente, esta reserva de ley busca que el ámbito de los derechos quede excluido de la acción del Ejecutivo y de sus productos normativos; aunque no impide toda colaboración normativa del reglamento, pese a que queda sometida a rigurosos condicionamientos⁸⁸. De modo 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”⁸⁹.

En se orden de ideas, nos preguntamos si acaso el principio de reserva de ley debe también adaptarse a las condiciones que exige el Estado Social y creemos que la respuesta a tal interrogante es afirmativa. Somos de la idea de que al Estado le corresponde, “asumir la cláusula del Estado Social, principalmente, como máxima interpretativa y directriz orientadora de su discrecionalidad en la aplicación de las leyes”⁹⁰. Pero siempre teniendo en cuenta que, “cuanto más importantes sean la consecuencia de una acción administrativa para el ciudadano, tanto más rigurosas deberán ser las condiciones de precisión exigibles a la ley”⁹¹. Esto es, que en todo caso la norma deberá señalar de manera precisa la forma en que la administración puede y debe actuar.

A fin de robustecer esta postura, nos gustaría remitirnos al razonamiento desarrollado por Schmidt-Assmann, para quien, la discusión sobre si la actividad prestacional de la Administración está o no sometida a reserva de ley, no puede tener una respuesta unívoca. Señala el profesor 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.

Si, por el contrario, no existen 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

⁸⁷ BENDA, Ernst, *op. cit.*, p. 502.

⁸⁸ 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-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 1988. p. 1163.

⁸⁹ BENDA, Ernst, *op. cit.*, p. 502.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 174.

⁹¹ *Ibidem*, p. 502.

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

concreción infralegal del contenido de la ley”⁹³. De esta forma, señala que “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 “trasforman” la indeterminación de esta última. La indeterminación de la ley es más tolerable cuando dichos procesos ofrecen garantías suficientes de que el proceso de 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. Lo cual, se consigue mediante una correcta organización y procedimiento⁹⁵.

En suma, la reserva de ley deberá siempre ser respetada por la Administración y cuando la norma especifique a detalle su actuación deberá ajustarse a ella. Sin embargo, cuando la regulación misma sea laxa, la Administración no puede escusarse en ella y generar inactividad. Sino que, por el contrario, deberá desarrollar una organización y un procedimiento, que suponga la participación del ciudadano y que sea suficientemente garante de sus derechos fundamentales.

3. *Discrecionalidad administrativa*

A lo largo de estas líneas hemos inferido la necesidad de un campo de actuación “libre” de la administración pública y a lo que nos referíamos con ello, es justamente al tema que nos toca abordar: la discrecionalidad administrativa. Sobre ella, realizaremos unas breves reflexiones que interesan de cara a nuestro tema de estudio; pero que, como en los anteriores principios, no agotan, de ninguna manera, el estudio que ha realizado sobre ella con específica profundidad, la doctrina administrativista.

La discrecionalidad administrativa, lejos de lo que muchos piensan, no se trata de una “hoja en blanco” para la Administración, sino que por el contrario se trata de un principio que rige el actuar administrativo que se prevé directamente en la norma que —conforme al principio de legalidad— y que da cierto margen de racionalidad para que los sujetos que ejecutan el acto, basados en los elementos que la misma norma dispone, opten por una decisión. La cual, siempre sufrirá una especie de ponderación pues se encuentra constreñida por el principio de interdicción de la arbitrariedad, o, dicho de otra forma, la prohibición de tomar decisiones arbitrarias.

Para iniciar con este tema nos gustaría mencionar que se trata de un principio que no deja de provocar cierta perplejidad, pues la sola afirmación de la existencia de poderes discrecionales de la Administración en las actividades que inciden sobre los

⁹³ *Ibidem.*, p. 209.

⁹⁴ *Ibidem.*, p. 210.

⁹⁵ Para profundizar sobre este tema ver ORBEGOSO SILVA, Miluska, *Derechos fundamentales... op. cit.*, 2018.

ciudadanos “parecen atraer conceptos incompatibles y antitéticos”⁹⁶. Si analizamos la propia naturaleza y estructura de los derechos humanos y libertades fundamentales, se puede inferir que de ella no resulta una concesión de espacios a la libertad de apreciación de los poderes públicos administrativos. Pues se trata de un ámbito, que está dominado, de modo agotador, por la Constitución y las leyes, y de donde surgen, hacia la Administración, potestades perfectamente regladas. Lo cual, pone en evidencia lo delicado del tema.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, y a modo de introducción, se puede decir que el modo normal 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 ese sentido, 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: “la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada (...) por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares (...)”⁹⁸. Se trata de “un ámbito de acción y de decisión, la elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles. (...) 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”⁹⁹.

La 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), la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad¹⁰⁰. 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 este determinado en general por la norma jurídica”¹⁰¹. En ese sentido, si hay una ley que otorga potestades discrecionales, al

⁹⁶ 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* (2004), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 67.

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

⁹⁸ *Ibidem*, p. 382.

⁹⁹ FORSTHOFF, Ernst., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 122.

¹⁰⁰ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 221.

¹⁰¹ FORSTHOFF, Ernst., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 123.

menos cuatro elementos de la norma deben ser reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia atribuida a un órgano en particular y el fin¹⁰².

De igual forma, tiene que existir un marco general dado por la norma donde la Administración decida qué opción elegir. “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”¹⁰⁵. Ello, no libera a la Administración a 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 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”¹⁰⁴. Por ello, creemos que, la discrecionalidad administrativa existe en consonancia con el principio de legalidad y de reserva de ley.

IV. CONCLUSIONES

El paso del Estado liberal del Derecho al Estado Social ha significado un cambio en la teoría de las funciones del Estado. El Ejecutivo, en particular, ha pasado de ser el poder más temido a ser el poder más necesitado. Ha fluctuado entre proveer de manera monopólica ciertos servicios hasta convertirse en un Estado garante de los mismos con ayuda de terceros. El ciudadano, en este orden de ideas se ha acercado al poder, no sólo ya para conformarlo —mediante el voto— sino para exigir de él toda clase de actuaciones. Desde el propio nacimiento del Estado social en el siglo xx, éste ha asumido una serie de responsabilidades que van desde la garantía de la libertad hasta convertirse en el verdadero garante de la procura existencial.

En ese sentido, la Administración Pública, brazo ejecutor de ese Estado ha cambiado. La Administración Pública, comúnmente definida como organización del poder público con potestad administrativa, se ha convertido incluso en la garante de las libertades más elementales del ciudadano. Piénsese en los servicios que presta en materia de salud, educación, medio ambiente, vivienda, alimentos, luz, agua, gas, licencias de comercios, permisos de toda índole, transporte, telecomunicación, entre muchos más y cuya garantía permite al hombre alcanzar la más plena felicidad. Parecieran rubros o sectores que no impactan directamente sobre los derechos fundamentales del hombre, pero es todo lo contrario, si lo analizamos detalladamente pues cada uno de ellos influye, de una u otra manera, en los ámbitos más íntimos del hombre, en aquellos bienes que necesita para su más pleno desarrollo como ser humano.

¹⁰² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 383.

¹⁰⁵ FORSTHOFF, Ernst., *Tratado...*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 139.

Es por ello que, somos de la idea de que, a una Administración, a quien en última instancia se le ha encargado la garantía del mínimo vital, se conduzca como una especie de “robot”, ocasionaría justamente aquello por lo que tanto se luchó en el siglo XVIII, la vulneración de los derechos naturales del hombre. Una Administración Pública sin libertad es como una especie de Administración Pública conculcadora de Derechos. Es por ello por lo que, su sometimiento irrestricto a la legalidad y a la reserva de ley pues alcanzar fines muy ajenos a los que se buscan con su exigencia.

El gran temor que surge hacia el Estado después de las grandes revoluciones del siglo XVIII, americana y francesa, crearon un temor justificado ante el poder que se tradujo en el Estado de Derecho y su principal manifestación, el principio de legalidad. Se creía que ajustando el actuar público a una ley escrita y rígida se permitiría la garantía de las libertades y así lo fue por mucho tiempo. Sin embargo, entrado el siglo XIX y sobre todo el XX, al reconocer una función social del Estado, es que se surgen una grande necesidad de flexibilidad de la Administración para que ésta pueda verdaderamente garantizar los derechos fundamentales del hombre, ya no sólo la libertad, sino sus derechos sociales especialmente. No obstante, el actuar administrativo no se revisó al compás de estas necesidades.

Como sabemos el Derecho siempre sigue a la realidad y es ésta la que demanda, desde nuestro punto de vista, la presencia de una discrecionalidad administrativa en los términos que acabamos de comentar, a fin de que de sus “intereses de Derecho fundamental” (*Grundrechtinteresse*)¹⁰⁵ sean atendidas con ajuste a la realidad. En ese orden de ideas, la justificación de la existencia de potestades discrecionales la encontramos en el gobierno humano¹⁰⁶. “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”¹⁰⁷.

Por tanto, y conociendo con claridad los requerimientos y garantías que existen para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, creemos que ampliar su campo de actuación permitirá que la Administración ajuste su actuar a las exigencias del Estado Social: esto es, un Estado que sigue siendo de Derecho pero que incorpora en su actuar obligaciones de tipo social fundamentadas en la democracia. Un Estado que demanda, por sus propias características, un acercamiento entre Administración y ciudadano, que va a la par con la realidad vigente y que permite un respeto de las libertades del hombre.

Asimismo, nos podríamos preguntar lo siguiente: si cuando la Administración Pública brinda prestaciones y en ejercicio de la potestad discrecional, con su elección, puede poner en juego la vigencia de determinados derechos fundamentales, ¿debería aún preverse en esos casos el ejercicio de la potestad discrecional de la

¹⁰⁵ Cfr. HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, p. 122.

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 383.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 384.

Administración? Y ello, es una situación que se presenta continuamente al momento que la Administración hace efectiva la cláusula social y se convierte en el ejecutor de las prestaciones previstas por el legislador, a fin de hacer vigentes los denominados derechos sociales. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha optado por el conocido criterio jurisprudencial de la intensidad de afectación de Derechos fundamentales¹⁰⁸, lo cual, supone afirmar que mientras más fundamental sea el bien jurídico comprometido y mayor su afectación, menos será el margen de discrecionalidad administrativa. Con ello, podríamos dar una garantía, que recae en manos del legislador, de ponderar en qué situaciones concretas se permite el ejercicio de la discrecionalidad y en cuáles no.

Finalmente, creemos que todas estas reflexiones pueden servir como un llamado de atención al orden jurídico latinoamericano y en particular al legislador. Demandándosele una revisión de las normas que regulan a la Administración Pública. Y al Ejecutivo, al repensar el nivel de responsabilidad que recae en él como garante de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, WOLFGANG, FORSTHOFF, ERNST y DOHERING, KARL, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007
- ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA y GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.
- ARAGÓN REYES, MANUEL, *Estudios de Derecho Constitucional*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009
- ARAGÓN REYES, MANUEL, “Artículo 1” en CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- BACHOF, OTTO, “Begriff und Wessen des Sozialen Rechtsstaat” en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 12, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1954.
- BACIGALUPO, MARIANO, *La Discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- 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,

¹⁰⁸ Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 152.

- 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.
- BOCANEGRA SIERRA, RAÚL, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.
- DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1999.
- DWIGHT, WALDO, La Administración Pública del cambio social, Escuela Nacional de Administración Pública, España, 1974.
- ESTEVE PARDO, JOSÉ, “Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad” en PRESNO LINERA, Miguel Ángel (Coord.), Fundamentos, núm. 8, La metamorfosis del Estado y del Derecho, Junta General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, 2014,
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo” en Gobierno y Administración en la Constitución, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.
- FORSTHOFF, ERNST, Sociedad Industrial y Administración Pública, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1967.
- FORSTHOFF, ERNST, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2011.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.
- GARRORENA MORALES, ÁNGEL, *El Estado español como Estado Social y SOCIAL de Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980.
- HÄBERLE, PETER, “Grundrechte im Leistungsstaat” en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972.
- JELLINEK. GEORG, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963.
- KRAUSE, PETER, LÓPEZ RODO, LAUREANO, *La Administración Pública y las transformaciones socioeconómicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1963.
- LUHMANN, NIKLAS, *Teoría Política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1993.
- 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 (Dirs.), *Comentarios a la constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- 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.
- ORBEGOSO SILVA, MILUSKA, *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y el procedimiento*, Madrid, CEPC, 2018.
- ORBEGOSO SILVA, MILUSKA, “El Principio de Legalidad: Una aproximación desde el Estado Social de Derecho” en *IUS ET VERITAS*, (60), ps. 198-209.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado Social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- PITSCHAS, RAINER, “Formelles Sozialstaatsprinzip...”,
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- SCHAEFER, REINARD, “Demokratische Tendenzen in der Pflege der Verwaltungswissenschaft” en *Demokratie und Verwaltung; 25 Jahre Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Ed. Duncker & Humboldt, Berlín, 1972.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, 2003.
- VAQUER CABALLERÍA, MARCOS, *La acción social: un estudio sobre la actualidad del Estado Social de Derecho*, Tirant lo Blanch, IDP: Institut de Dret Públic, Valencia, 2002.
- ZACHER, HANS, “Das soziale Staatsziel” en *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004.

Title

Rethinking Public Administration. A study from a constitutional theoretical perspective

Summary

I. THE SOCIAL STATE AND PUBLIC ADMINISTRATION. 1. Introduction. 2. About the functions of the State. 3. A Social Administrative State. 4. Responsibility of the State. II. THE ROLE OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE SOCIAL STATE. 1. Public Administration and the Constitution. 2. Social administration as a provider. 3. The administration of benefits tailored to the individual. III. MODULATION

OF SOME OF THE PRINCIPLES GOVERNING ADMINISTRATIVE ACTION. 1. Principle of legality. 2. Reservation of rights. 3. Administrative discretion. IV. CONCLUSIONS.

Resumen

Somos de la idea que el estudio de la Administración Pública se ha realizado siempre desde una perspectiva exclusiva del Estado de Derecho y de sus clásicos principios, incluso hasta nuestros días, olvidando la función social que también recae en ella. Este contexto ha llevado a que la revisión del actuar administrativo se lea con un “código” que ya no existe en puridad pues es un secreto a voces que la actuación administrativa ha cambiado. El Estado y su brazo ejecutor, la Administración Pública, han pasado de ser una especie de “vigilantes nocturnos” (en palabras de Garrorena) para transformarse en el más pleno garante “*ex ante*” de la procura existencial. En ese orden de ideas, somos de la idea que el Estado sigue siendo un Estado de Derecho, pero también un Estado Social, lo cual exige un cambio en su perspectiva de estudio. En América latina las exigencias que se le hacen al Estado parten desde un entendimiento burocrático de su actuar que redundaba en una ineficiencia e ineficacia estatal y en una especie de decepción por parte del ciudadano que lo lleva incluso a optar por la informalidad y rechazar la ayuda pública. En ese sentido, creemos que el ejemplo europeo y las reflexiones que en los últimos dos siglos han llevado a cabo, en especial, la doctrina española y alemana, pueden ser de utilidad para demandar un replanteamiento de la actuación administrativa en Latinoamérica, acorde con un Estado Social de Derecho. Por tanto, la presente investigación parte de un estudio doctrinal del denominado Estado Social y de las exigencias que surgen para la Administración Pública; para luego plantear un ajuste de los principios clásicos que rigen la actuación administrativa: el principio de legalidad, de reserva de ley y de discrecionalidad administrativa. Se parte de un contexto actual, el Estado Social de Derecho y se exige una revisión del actuar administrativo, el cual, creemos se ha quedado estancado en las teorías clásicas. Asimismo, de un entendimiento de la actual Administración Pública como una Administración Prestadora que, sostenemos es la actual garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos en el Estado Social Derecho. En ese sentido, postulamos la idea que ajustando el actuar de la Administración a las propias exigencias del principio de discrecionalidad administrativa, se permitirá alcanzar materialmente una adecuada atención y protección del ciudadano a través de una prestación personalizada. Lo cual, exige un acercamiento entre Administración y ciudadano, siempre en respeto y garantía de sus derechos fundamentales.

Abstract

We believe that the study of Public Administration has always been carried out from an exclusive perspective of the rule of law and its classical

principles, forgetting the social function that it also has. This context has led to the review of administrative action being read with a “code” that no longer exists, since it is an open secret that administrative action has changed. The State and its executive arm, the Public Administration, have gone from being a kind of “night watchman” (in Garrorena’s words) to being the fullest “ex ante” guarantor of existential provision. In this order of ideas, we are of the opinion that the state continues to be a state of law, but also a social state, which requires a change in the perspective of its study. In Latin America, the demands made on the State are based on a bureaucratic understanding of its actions, which results in the inefficiency and ineffectiveness of the State and in a kind of disappointment on the part of the citizen, which even leads him to opt for informality and to reject public aid. In this sense, we believe that the European example and the reflections carried out in the last two centuries, especially in the Spanish and German doctrine, can be useful to demand a rethinking of the administrative action in Latin America, in accordance with a social state of law. Therefore, this research is based on a doctrinal study of the so-called Social State and the requirements that arise for public administration and then proposes an adjustment of the classical principles that govern administrative action: the principle of legality, the principle of reservation of rights, and administrative discretion. We start from a current context, the social state of law, and a revision of administrative action is required, which, in our opinion, has remained stagnant in classical theories. Likewise, we start from an understanding of the current public administration as provider administration, which, we argue, is the current guarantor of the fundamental rights of citizens in the social state under the rule of law. In this sense, we postulate the idea that by adjusting the actions of the administration to the requirements of the principle of administrative discretion, it will be possible to materially achieve adequate attention and protection of the citizen through a personalized service. This requires rapprochement between the administration and the citizens, always respecting and guaranteeing their fundamental rights.

Palabras clave

Administración pública; principio de legalidad; reserva de ley; discrecionalidad administrativa; Latinoamérica.

Key words

Public Administration; Welfare State; principle of legality; reserve of law; administrative discretion; Latin America.