

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, quisiera agradecer a la Universidad de Piura, mi alma mater, por la confianza que depositaron en mí al otorgarme una beca integral para realizar mis estudios de doctorado y en particular al Dr. Carlos Hakansson y Dr. Luis Castillo por la formación y también por la confianza y amistad que me han brindado a lo largo de estos años.

También a la Universidad de Navarra por acogerme y darme la formación necesaria que me ha permitido familiarizarme con el ordenamiento jurídico español. En concreto, al Dr. Eugenio Simón y a la Dra. María Eugenia Simón, mis excepcionales compañeros de mesa en Biblioteca, quienes me ayudaron y guiaron desde su experiencia en la realización de mi tesis y también por acogerme tantas veces en su hogar. Al Dr. Eduardo Valpuesta, quien como director del MaGIS me hizo siempre sentir bienvenida en Pamplona y ha sido un apoyo fundamental a lo largo de este camino tanto en lo académico como en lo personal.

Al Prof. Dirk Ehlers por recibirme en el Instituto de Derecho Público Económico de la Universidad de Münster, Alemania, lugar donde pude aprender más sobre el Estado Social y sobre la organización y el procedimiento durante los meses que estuve realizando mi estancia de investigación.

De igual manera, quisiera agradecer muy especialmente a mi Director de Tesis, el Dr. Ángel J. Gómez Montoro. La deuda que tengo con él por la formación que me ha brindado a lo largo de casi 6 años, desde que llegué a Pamplona, es algo que jamás podré pagarle. Pero más que elogiar el gran conocimiento que tiene y que todos conocemos, quisiera también agradecerle por el respeto, confianza y amistad de todos estos años. Espero algún día ser capaz de continuar con su escuela y transmitir todo lo aprendido.

De igual manera, a los miembros del Tribunal de Defensa de Tesis Doctoral. Al Dr. Manuel Aragón Reyes, Dr. Christian Pielow, Dr. José

María Rodríguez de Santiago, Dr. Josep María Castellá Andreu y Dra. Asunción de la Iglesia Chamarro por el tiempo que han dedicado en leer y analizar el presente trabajo; y por todas las sugerencias, críticas y comentarios que realizaron y que he intentado incorporar en el presente libro.

También quisiera agradecer a mis compañeros de Departamento: a los doctores Fernando Simón, Sonsoles Arias y Juan Miguel Matheus por su constante ayuda y apoyo. A la Dra. Asunción de la Iglesia, por esos debates académicos pero sobre todo por esas conversaciones de oficina y café que me hicieron encontrar en ella el consuelo y ese «sentirse en casa» que a veces los doctorandos extranjeros tanto necesitamos. Y en particular al Dr. José Juan Anzures, quien me ayudó a plasmar las primeras líneas de este trabajo de investigación; y quien desde hace algunos años, ya como mi esposo, se ha transformado en ese norte que me guía cuando el camino se vuelve sinuoso y lleno de incertidumbres. Gracias, José Juan, por ser mi familia en Pamplona y en México y porque sin tu constante apoyo a lo largo de estos años juntos este día no habría llegado. Gracias también, a nuestro hijo, a Juan Pablo, por permitirme que el 2016 fuera el mejor año para terminar de redactar la Tesis doctoral.

Finalmente, quisiera agradecer a mis padres. A ellos debo agradecerles por darme la disciplina suficiente que creo se necesita para empezar y terminar con una Tesis Doctoral, sobre todo cuando la distancia y otras obligaciones lo hacían casi imposible. Gracias a ellos por su apoyo constante, por sus ánimos y por darme la fuerza suficiente, por nunca decirme que me extrañaban aunque sé que lo hacían, porque ello hizo que cada día fuera más sencillo e hizo que extrañar el hogar, sobre todo esos primeros años, fuera más llevadero. Y a mis hermanos, por su confianza y por estar para mí para todo aquello que necesitaba de ellos.

Por último, quisiera agradecer al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid por la publicación de la presente obra.

PRÓLOGO

La transformación de las democracias liberales en Estados sociales ha sido, sin duda, uno de los grandes avances del pasado siglo. No es sólo que del Estado se esperen ciertos servicios y prestaciones, en especial para los menos favorecidos, sino que, de alguna manera, su propia legitimidad está cada vez más vinculada a su capacidad de garantizar a los ciudadanos una educación y asistencia sanitaria de calidad, un medio ambiente adecuado o de prestar la atención que requiere las personas con discapacidad o algún otro tipo de dependencia, por citar solo algunos de los ámbitos donde opera la cláusula social.

Como es bien conocido, una de las proyecciones más relevantes de esa cláusula se da en el ámbito de los derechos subjetivos y, más en concreto, de los derechos fundamentales. Se pretende que los fines que deben orientar la acción del poder no se tutelen sólo desde el Derecho objetivo sino que puedan ser exigidos por sus potenciales beneficiarios como un verdadero derecho subjetivo y, además, como un derecho fundamental. Los intentos de configurar como verdaderos derechos con eficacia directa lo que nuestra Constitución trata en la mayor parte de los casos como principios son bien conocidos y en estos meses, ante la proximidad del cuarenta aniversario de la Constitución, no dejan de levantarse voces que piden la *iusfundamentalización* de buena parte de esos principios (derecho a la vivienda, a la protección de la salud, etc.).

No son menos conocidas las importantes dificultades que la articulación de ese cambio de naturaleza lleva consigo. Dificultades no sólo de carácter práctico —la limitación de los recursos disponibles— sino también teórico, pues muchos de los bienes tutelados son difícilmente traducibles a facultades subjetivas individuales. En todo caso, no es este el tema en el que ahora me quiero detener. La proyección del Estado Social en el ámbito de los derechos fundamentales plantea otra problemática que apenas ha sido abordada por nuestra doctrina y que es el objeto del libro que tengo el placer de prologar.

No son pocas las prestaciones sociales que llevan consigo una relación personal entre Administración —sus representantes— y los destinatarios, algo que se aprecia claramente en el caso de la educación o la sanidad. Pero hay unas prestaciones en las que ese carácter personal es todavía más acentuado por la condición especialmente vulnerable de quien se beneficia de ella y el tipo de atención que requieren. Piénsese en el caso de los ancianos o en los discapacitados acogidos en una residencia pública o en quienes necesitan un tratamiento para superar la drogadicción. En esas situaciones, la persona está especialmente necesitada y por fortuna puede acudir a la Administración competente para que atienda sus preferencias, especialmente cuando por la ausencia de recursos no le es posible acudir a un centro privado. Al mismo tiempo, esa prestación de carácter —si se me permite la expresión— personalísimo, plantea nuevos problemas desde la perspectiva de los derechos fundamentales, en particular de la intimidad y los derechos de libertad. Una situación que puede ser especialmente delicada precisamente por la vulnerabilidad de quien se pone en manos de la Administración prestadora.

Se plantea entonces la difícil cuestión de cómo articular de forma constitucionalmente adecuada la intervención de la Administración prestadora y esos otros derechos de quien recibe la prestación. Por una parte, el tipo de actuación administrativa en esos casos puede estar escasamente reglada, también por el margen de acción que requiere quien debe dar respuesta a esas necesidades. Además, la Administración debe regirse por criterios de eficiencia y eficacia en la gestión de los recursos que pueden dificultar la atención a las necesidades específicas del destinatario. Podría señalarse, además, que quien acude a la prestación lo hace voluntariamente —en ejercicio de un derecho— y por tanto asume también libremente las reglas por las que se rige quien gestiona la prestación. Pero en realidad sabemos que esto no es así; precisamente por la vulnerabilidad de esas personas el internamiento en un centro de cuidados especiales muchas veces es la única alternativa. Y en esa relación pueden verse comprometidas su intimidad, su libertad ideológica o su libertad religiosa, por citar los casos más claros. Algo, por otra parte, cada vez más habitual por el carácter plural de nuestras sociedades: piénsese, por citar sólo un ejemplo, en una residencia en la que puede haber judíos que quieren comida *kosher*, musulmanes que tienen sus propias limitaciones alimentarias o personas veganas.

Una forma de resolver este tipo de problemas es desde luego que el Estado subvencione o concierte con centros privados que puedan

atender de forma más específica esas necesidades y que permitan al administrado elegir aquel que mejor se ajuste a sus necesidades y a su visión del mundo, correspondiendo entonces al Estado un papel de garante. Pero ello no siempre es posible y, en todo caso, son muchas las ocasiones en las que es la propia Administración la que debe prestar el correspondiente servicio. Es en esos casos cuando se plantea la posible tensión entre la prestación del servicio y los derechos legítimos de quien lo recibe, sin que la invocación a la neutralidad del Estado —que desde luego debe respetarse— resuelva por sí sola los problemas.

Analizar estas cuestiones es el objeto del libro de Miluska Orbegoso, que tiene su origen en la tesis doctoral defendida en la Universidad de Navarra en diciembre de 2016 y que obtuvo la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*, culminando así el trabajo de seis largos años desde que llegara a Pamplona procedente de la querida Universidad de Piura. Se trata de una cuestión que apenas ha sido tratada en España, con la notable excepción de los trabajos del profesor José María Rodríguez de Santiago quien, a su vez, se ha hecho eco del tratamiento de estos problemas, mucho más detenido y profundo, en la doctrina alemana. El presente libro es tributario no sólo de las ideas recogidas en los escritos del Prof. Rodríguez de Santiago sino de sus consejos y orientaciones, y por ello quiero dejar constancia de nuestro agradecimiento. Como lo es también del apoyo del Prof. Dirk Ehlers, profesor emérito de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Münster, en cuyo *Instituto de Derecho Público Económico* acogió a Miluska Orbegoso (como antes había hecho con otros doctorandos procedentes también del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra).

Este prólogo no pretende ser un breve —y pobre— resumen del libro sino que quisiera más bien incitar a la persona interesada a una lectura detenida. En síntesis, la problemática que se plantea —y que se ha planteado antes en Alemania— es la de cómo —o también cabría decir dónde— encontrar soluciones satisfactorias para esta nueva problemática. De un lado, la Administración prestadora incide claramente en los derechos del ciudadano que acude a ella para recibir determinados cuidados. De otro, los tradicionales límites de la actuación administrativa cuando afecta a derechos resultan insuficientes. Como se explica detenidamente en el Capítulo II del libro, los principios de legalidad, reserva de ley y discrecionalidad administrativa no aportan en estos casos soluciones suficientemente satisfactorias para resolver el proble-

ma. Y no lo aportan precisamente porque la eficacia de la prestación depende en buena medida de actuaciones, formales y no formales, que solo podrían ser reguladas con el detalle que requieren tales principios a costa de su eficacia. Se da por eso este efecto paradójico: la igualdad real que persigue —y exige— el Estado Social habilita y requiere a la Administración para que intervenga de forma flexible y eficaz, pero con esa intervención incide al prestar este tipo de servicios en ámbitos de la dignidad y del libre desarrollo de la persona, sin que esa incidencia pueda ser controlada desde los tradicionales principios por los que se rige la actuación administrativa.

La Administración —nos recuerda la autora del libro— ha pasado de ser el poder más temido al más necesitado, pero no por ello ha dejado de ser en su actuación un poder público que incide potencialmente en los derechos de los administrados. Como ha señalado Denninger, hemos pasado de buscar una «libertad frente al Estado» a una «libertad a través del Estado», pero con la consecuencia —no buscada, pero inevitable— de que el mayor protagonismo del poder estatal lleva consigo una nueva forma de afectación de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos de defensa.

La solución de este problema la ha buscado la doctrina alemana en la teoría de la organización y el procedimiento, como parte esencial de la garantía de los derechos fundamentales. A esta cuestión dedica Miluska Orbegoso el Capítulo III que constituye, en mi opinión, el núcleo del libro y la aportación más relevante para el lector español. Se trata por otra parte de la construcción alemana en materia de derechos a la que creo se ha prestado menor atención en España y que sin embargo, tiene un papel relevante en la teoría —y en la práctica— de los derechos fundamentales.

Sin renunciar al sometimiento de la Administración prestadora a los clásicos principios de legalidad y reserva de ley o a las técnicas habituales de control de la discrecionalidad administrativa, y junto a los valores constitucionales —básicamente dignidad de la persona y derechos fundamentales— que deben orientar toda la actuación administrativa, es necesario un modo de organizar las prestaciones que garanticen *ex ante* los derechos de su destinatario. Y ello se consigue mediante la organización y el procedimiento. En el origen de esta nueva construcción está, como se nos recuerda en el libro, la conferencia que pronunció Häberle en la reunión de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público de 1971 sobre «Los derechos fundamentales en el Estado

prestacional» (*Grundrechte im Leistungsstaat*). Una problemática de la que se haría eco la sentencia del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Müllheim-Kärlich*, de 20 de diciembre de 1979, y en que la tendrían una influencia importante las construcciones de Konrad Hesse, para quien la organización y el procedimiento responden a la forma en que hoy se desarrolla la libertad a través del Estado Social.

Organización y procedimiento son manifestaciones de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que sirven para dar cauce a la participación de los destinatarios de la prestación y a la expresión del pluralismo que caracteriza nuestras modernas y complejas sociedades. La cuestión es analizada por Miluska Orbegoso en unas páginas que considero especialmente interesantes. Los criterios organizativos permiten establecer cauces para dar respuesta al pluralismo; en ocasiones, mediante la organización de una pluralidad de centros; en otras, cuando esto no sea posible, mediante una pluralidad de prestaciones que atienda en la medida de lo posible a las preferencias y opciones de su destinatario. Por su parte, el procedimiento sirve como vehículo para la participación de los destinatarios de la prestación en el momento de su configuración. Al posibilitar esa participación, la actuación administrativa no sólo goza de una mayor legitimidad democrática sino que, sobre todo, y a los efectos que estamos viendo, permite atender a las necesidades y preferencias del ciudadano.

Desde luego, no siempre será posible atender esas preferencias, bien por razones organizativas bien por meros motivos económicos. Pero tampoco pueden desconocerse en un Estado Social que quiere además ser democrático y de Derecho. En este sentido, cabe destacar que la participación del destinatario de la prestación y la atención al pluralismo son principios en los que están insistiendo las más recientes leyes —fundamentalmente autonómicas— de servicios sociales. En todas ellas se habla de una atención personalizada que debe guiarse en primer lugar por aquellas preferencias, que no derivan de simples deseos o caprichos sino que están asimismo tuteladas por concretos derechos fundamentales. Conseguirlo no será fácil, pero el presente trabajo aporta un marco general —y muchos elementos específicos— para encontrar soluciones que compaginen la eficacia de la prestación con los derechos de sus destinatarios.

Concluyo, pero permítaseme una última reflexión. Estamos en tiempos de expansión —cuando no de simple inflación— de derechos, algo que debería ser bienvenido si no fuera porque muchas veces esas pro-

puestas expansivas se hacen desde posiciones excesivamente voluntaristas, con escaso apoyo en una dogmática suficientemente consistente e ignorando que, en no pocas ocasiones, la excesiva ampliación de un derecho termina limitando derechos de terceros o incidiendo negativamente en bienes constitucionales que deben ser igualmente protegidos. Frente a esos planteamientos, el libro de Miluska Orbegoso es un ejemplo de rigor a la hora de abordar los problemas; sin renunciar a una mayor presencia de los derechos en la relación prestacional pero sin posiciones maximalistas y, en todo caso, con propuestas sostenidas con un encomiable rigor jurídico. Sin duda ello ha sido posible, en parte, por haber estudiado a fondo las construcciones alemanas, algo siempre complicado y más aún en su caso pues su origen peruano le obligó primero a conocer el sistema jurídico español para después profundizar en las no siempre fácilmente inteligibles construcciones germánicas.

No pretendo decir que la resolución de las importantes cuestiones que suscitan los derechos fundamentales pase necesariamente por la incorporación de las aportaciones del Derecho Público alemán. En todo caso, muchas de ellas están ya perfectamente asumidas por la doctrina y jurisprudencia españolas (la noción de garantía institucional, la dimensión objetiva de los derechos, su entendimiento como mandatos de protección, etc.). Y más allá de esos temas concretos creo que siempre es inspirador el rigor con que generalmente son abordados los problemas; un rigor que ayuda a evitar excesos y simplificaciones y hace más difícil caer en maximalismos voluntaristas.

El libro de Miluska Orbegoso es un intento honesto y serio de andar en esa dirección. No resuelve todos los problemas que suscita la garantía de los derechos de quien se pone en manos de la Administración prestadora, pero los identifica y establece un marco de referencia desde el que buscar en cada caso las soluciones más adecuadas.

ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

INTRODUCCIÓN

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

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

Son pocos los trabajos de Derecho Constitucional que en España hacen mención a esta realidad pero gracias al estudio y reflexiones que ha dedicado a este tema la doctrina alemana² de finales del siglo XX y

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

² Al respecto *vid* BADURA, Peter, *Der Sozialstaat*, DÖV, Vol. 42, 1966; DENNINGER, Erhard, «Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung» en HStR, Tomo V, C. F. Müller Verlag, Heidelberg,

comienzos del XXI es posible encontrar elementos de juicio suficientes para analizar la cuestión que nos planteamos. Y asimismo, con la ayuda de los estudios realizados por algunos administrativistas españoles y en particular, por el profesor Rodríguez de Santiago³ respecto de la estrecha relación que existe entre la protección de los derechos fundamentales y la organización y el procedimiento en las prestaciones sociales personales.

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

2004; FORSTHOFF, Ernst, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, W. Kohlhammer, Stuttgart und Berlin, 1938; HÄBERLE, Peter, «Grundrechte im Leistungsstaat» en AAVV, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, tomo 30, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1972; KRAUSE, Peter, «Rechtsprobleme einer Konkretisierung von 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; PITSCHAS, Rainer, «Organisationsrecht als Steuerungsressource in der Sozial Verwaltung» en SCHMIDT ASSMANN, Eberhard y HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Tomo 4, Baden-Baden, 1997, p. 200; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungrechtlichen Systembildung*, Heidelberg, 1998; ZACHER, Hans, «Das soziale Staatsziel» en ISENSEE, Josef y KIRCHOF, Paul, *Handbuch des Staatsrechts*, Band II, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2004, entre otros.

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

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

un ser que por su propio esfuerzo alcanzaría su lugar en la sociedad con la garantía de que el Estado no intervendría en su esfera individual.

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

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

Estas consideraciones, por otra parte bien conocidas, tienen el propósito de demostrar, en primer lugar, que ya la Historia ha evidenciado que las transformaciones del Estado se producen sobre todo cuando así lo exige la sociedad; y, en segundo lugar, que como consecuencia del paso de un Estado Liberal a un Estado Social se han incrementado las

⁵ *Ibidem*, ps. 24-25.

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

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

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

La Administración Pública en materia de derechos prestacionales ya no puede ser vista como aquella Administración de Policía que se limitaba a no interferir en la esfera de autodeterminación del ciudadano, absteniéndose de actuar, sometida a un estricto principio de legalidad y a quien el ciudadano veía como un potencial vulnerador de sus derechos. Hoy en día, esa Administración ha pasado a transformarse también en garante de la vigencia de los derechos fundamentales⁷. Afirmación ésta que merece ser explicada.

En la Administración Pública recae un encargo de difícil cumplimiento que se desprende del mandato que se deriva de la cláusula social de generar una igualdad material entre los ciudadanos⁸. Esta Administración Pública Prestadora es quien, previa decisión legislativa, tiene como función proveer prestaciones de todo tipo, económicas y de servicios. Se trata, en suma, de una Administración que ha cambiado, que se

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

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

personaliza y que mantiene un entramado de relaciones jurídicas con el ciudadano, destinatario de la prestación, y es necesario garantizar que la misma se adecue a las necesidades de éste y en respeto de sus derechos fundamentales. Algunas de estas prestaciones se dan en la esfera más íntima del individuo: es el caso, por ejemplo, de las prestaciones dirigidas a situaciones de drogodependencia, mujeres maltratadas, ancianos o personas con problemas psíquicos, entre otras, denominadas como prestaciones de servicios sociales y que en la doctrina han recibido el nombre de prestaciones sociales de servicios personales y/o materiales. Estas prestaciones vienen, por un lado, a solventar graves carencias de los ciudadanos, precisamente de aquellos que muchas veces están en situación de mayor necesidad, y persiguen proporcionar una atención adecuada a la dignidad que les reconoce al art. 10.1 CE. A la vez, en esa situación se afectan valores vitales de la persona y ámbitos muy relevantes de su intimidad.

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

Por las razones que expondremos en las páginas que siguen, consideramos que si en su momento la configuración del Estado cambió para atender a las necesidades del ciudadano, hoy en día resulta necesaria una nueva transformación del brazo ejecutor del Estado, de la Administración Pública. Y es que, aunque la propia «fachada» cambió para adecuarse a las situaciones presentes, es necesario generar un cambio en los agentes, en su forma de actuar y en la organización y procedimiento mediante los cuales éstos actúan.

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

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

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

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

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

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

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

que esta realidad plantea se han buscado desde la organización y procedimiento como formas de atender a la participación y el pluralismo y que permitan una tutela preventiva de los derechos.

En este contexto la Administración Pública Prestadora pasa a ser garante no sólo de los llamados derechos prestacionales sino de los derechos fundamentales en el seno de la prestación. Así, la Administración, en el momento de brindar las prestaciones debe configurarlas mediante una relación jurídico-administrativa con sus beneficiarios. Una relación que se caracteriza por tener un elemento marcadamente personal¹³ pues nos referimos a prestaciones de carácter social (rehabilitación, ayuda a la juventud, problemas psíquicos, etc.) en las que las necesidades concretas de su beneficiario son su elemento fundamental. Por ello, en estos casos la ley no puede regular a cabalidad el supuesto de hecho pues depende en mayor medida de los conocimientos y técnicas del personal profesional encargado y de la participación del beneficiario.

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

Por otra parte, hoy por hoy, la Administración necesita dar solución eficaz a muchas de las demandas que se le plantean por los ciudadanos y ello le obliga en ocasiones a improvisar reglamentos o a ofrecer guías u orientaciones, directivas internas, etc., a fin de solucionar problemas. Por todo ello, resulta necesario que desde el Derecho Constitucional se sienten las bases de la relación jurídico prestacional, especialmente de carácter social, que se genera entre Administración y ciudadano. Y a fin de ello, además de emplear los conceptos de dignidad, libre desarrollo de la personalidad y de derechos fundamentales, que son siempre guía fundamental de la actuación de todos los poderes públicos, deben buscarse nuevas vías que, por las razones apuntadas, deben buscarse en los conceptos de organización y procedimiento, los cuales, se transforman

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

en una exigencia desde los derechos fundamentales ya que permiten una protección *ex ante* de los mismo pues mediante la organización se garantiza una oferta plural de servicios y mediante el procedimiento, una participación adecuada del beneficiario de la prestación.

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

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESTADORA
DEL ESTADO SOCIAL

I. El protagonismo de la Administración Pública en
el Estado Social

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

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

Como es sabido, la fórmula del Estado Social de Derecho es una conquista colectiva de la ciencia jurídica y la práctica constitucional alemana³. Sus predecesores son F. J. Stahl y R. v. Mohl, en cuanto fueron los precursores científicos de la idea del Estado de Derecho

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

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

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

del siglo XIX⁴; sin embargo, la idea del Estado Social de Derecho fue acuñada y popularizada por Herman Heller en 1929⁵ y fue institucionalizada en 1949 en la Ley Fundamental de Bonn al definir al Estado alemán, en su art. 20, como «un Estado federal, democrático y social» y en su art. 28 como «un Estado Democrático y Social de Derecho». En España, el principio social aparece por primera vez constitucionalizado en el texto de 1978 y alude a una nueva relación entre los poderes y la sociedad.

No obstante ello, su origen es más antiguo que la aparición del término. Éste, se debe situar en Europa a finales del siglo XIX⁶ vinculado a una serie de revueltas sociales⁷ protagonizadas por el movimiento obrero⁸. Quienes demandaban una modificación de las condiciones de vida de los grupos menos favorecidos, debido a que aquello que había sido ganado por los burgueses —que el Estado no interviniese en la vida de los ciudadanos y que fuera el mercado y el esfuerzo personal lo que determinase la distribución de la riqueza, o como diría Elías Díaz

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

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

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

⁷ Aunque en suma puede decirse que surge de la conjunción entre el pensamiento revolucionario francés con la filosofía alemana. Véase por todos SOTELO, Ignacio, *El Estado Social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Editorial Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, p. 13.

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

«el individualismo y el abstencionismo estatal⁹— convirtió al Estado en un «Estado-vigilante nocturno»¹⁰.

La sociedad se había transformado en una sociedad basada en la autodeterminación, y en la que las diferencias sociales crearon cierta injusticia social. Ello llevó a los ciudadanos a exigir una intervención estatal, de modo que «(...) los Estados industrializados de la época van tomando conciencia de las necesidades de intervenir de forma activa en la vida económica y social»¹¹. La pobreza que se vivía no era algo nuevo; pero sí, en cambio, la indignación que provocaba el empeño del liberalismo por dejar sólo al mercado la distribución de la riqueza¹². En ese sentido, una vez alcanzado el sufragio universal e instalado el proletariado en el poder legislativo, las clases menos favorecidas comenzaron a demandar mayores prestaciones sociales¹³.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Cfr. ZACHER, Hans, «Das soziale Staatsziel»..., *op. cit.*, p. 662.

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

llegando a convertirse en un Estado incluso con iniciativa empresarial en la economía, con la ya famosa «economía social de mercado»¹⁷.

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

Así, se vio que la libertad, la dignidad y en general los derechos fundamentales necesitaban de condiciones o mínimos vitales para ser efectivos; es decir, que estos principios sin el elemento social serían ineficaces²¹. De esta manera es que el Estado y en concreto la Administración Pública se transforma en el agente protagonista de la realización del hombre en sociedad, en el ejecutor material del Estado Social de Derecho.

2. UN «ESTADO ADMINISTRATIVO». SIGNIFICADO Y CONSECUENCIAS

La inserción de una cláusula social en las Constituciones del siglo XX ha supuesto un cambio en la estructura y en la forma en que el

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

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

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 27.

²⁰ *Idem*.

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

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

2.1 *La relación Estado-Ciudadano*

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

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

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

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

²⁴ *Ibidem*, ps. 21-22.

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

exigía el art. 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano²⁶ y que se configuraban como derechos negativos frente a la acción del Estado²⁷.

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

2.2 *El Estado Administrativo: un Estado Prestador*

2.2.1 De la Administración de Policía a la Administración Prestadora

El antecedente inmediato de la actual Administración Pública Prestadora es la Administración Pública de Policía, la cual se forjó durante la formulación del ya clásico Estado de Derecho. Éste se basaba en el principio de legalidad, de reserva de ley y veía a los derechos fundamentales sólo como un límite a su actuación, creándose así una Administración Pública que se caracterizaba por ser una Administración de Policía, la cual se encargaba sólo de garantizar una esfera de libertad y propiedad para el ciudadano. Sin embargo, con el paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, la Administración Pública cambió y asumió nuevas funciones llegando a ser una Admi-

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

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

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

²⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

nistración interventora para convertirse, hoy por hoy, en una Administración de las prestaciones, de la que el ciudadano ya no sólo demanda inactividad por ser el clásico conculcador de derechos, sino que por el contrario, le exige sobre todo una actividad positiva y de provisión³⁰, una acción de procura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.2 La nueva función prestadora

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

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

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

³⁸ *Ibidem*, ps. 51-52.

ción de intervención y tutela de la economía, así como una función de remodelación social.

De esta forma, el Estado Social (*Sozialstaat*) se transforma en el Estado Social de las prestaciones (*Sozialleistungsstaat*)³⁹. A tal fin, el Estado ejecuta una serie de actuaciones a través de la Administración Pública que le llevan a satisfacer distintas necesidades que los hombres no pueden lograr por sí mismos, estableciendo las condiciones para remover los obstáculos interpuestos a la plena realización de los derechos. Con ello, se busca que los ciudadanos, además de contar con libertades formales, gocen de una libertad real, que además de disfrutar de los mismos derechos, tengan las mismas oportunidades de ejercerlos, lo que exige, a su vez, acortar las diferencias sociales⁴⁰. Sólo de esta manera se posibilitaría pues el libre desarrollo de la personalidad, «esto es, el despliegue sin trabas, de las diversas potencialidades humanas, como la deseable integración social de individuos y colectivos, facilitando al tiempo su participación (art. 9.2)»⁴¹.

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

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

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

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

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

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

⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 96.

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

Finalmente, es necesario señalar que, aun teniendo en cuenta esta situación, no se debe olvidar que «en todo tiempo, lo que debe hacer y hace la Administración es aquello que ha de ser cumplido por el Estado: el interés general»⁴⁵. Lo cual, constituye una exigencia desde la Constitución y desde la propia configuración del Estado Social y Democrático de Derecho. De igual manera, debemos recalcar el papel fundamental que cumple la Administración Pública como brazo ejecutor del Gobierno en materia de políticas sociales pues «una Administración sin política carecería de rumbo. Pero la política sin Administración tiene otro nombre: utopía»⁴⁶. Y asimismo, debemos recordar siempre que la Administración Pública es instrumento, no es soberana ni decide por sí sola, sino que busca realizar los fines que desde la Constitución se han trazado teniendo como fin al ser humano, pero que tampoco es mero brazo ejecutor sino que debe llevar a cabo su labor con eficiencia y en algunos casos incluso con discrecionalidad.

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

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

Como bien señala Forsthof «*sozial ist ein indefinibles definiens*»⁴⁷, esto es, una definición indefinible. En vista de ello, no buscaremos dar un contenido de la cláusula social en general, el cual ha sido ya abordado por muchos, sino que sólo buscaremos resaltar aquellos caracteres

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

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

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

que son importantes respecto de la actuación administrativa prestadora de carácter social, que es la que en definitiva nos interesa.

3.1 *Significado del adjetivo «social» para la Administración Pública Prestadora*

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

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

Por otro lado, la cláusula social significa también apoderamiento y encargo hacia el Estado para que ordene lo social, lo cual supone a su vez producción y defensa de la justicia social así como ayuda a los más necesitados por medio de la procura existencial brindada por el

⁴⁸ ARAGÓN REYES, Manuel, «Artículo 1»..., *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ Cfr. ZACHER, Hans, «Das soziale Staatsziel»..., *op. cit.*, p. 685.

⁵⁰ Ver *Ibidem*, ps. 109-117.

⁵¹ *Ibidem*, ps. 101-108.

⁵² HÄBERLE, Peter, «Grundrechte im Leistungsstaat», *op. cit.*, p. 55.

Estado⁵³ a través de su brazo ejecutor, la Administración Pública. Sin embargo, al tratarse de un principio y no de una regla⁵⁴ «la cláusula del Estado social por sí misma no es título atributivo de competencias estatales. Además, el principio del Estado social no impone por sí mismo el establecimiento de órganos determinados, ni exige modalidades específicas de composición y funcionamiento de determinados órganos públicos, aunque ambas posibilidades (...) pueden (...) ser obra del legislador»⁵⁵. En decir, que resulta necesario un previo desarrollo legislativo cuando de prestaciones hablamos, pues recaerá en el legislador la tarea de determinar los órganos, funciones y sobre todo los derechos prestacionales que serán posteriormente hechos efectivos por la Administración Pública.

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

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

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

⁵⁴ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 34. Las reglas y los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Los principios son mandatos de optimización (ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible y se pueden cumplir gradualmente) y las reglas, son normas que son cumplidas o no. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, ps. 64 y ss.

⁵⁵ ARAGÓN REYES, Manuel, «Artículo 1» ..., *op. cit.*, p. 35.

⁵⁶ Cfr. ZACHER, Hans, «Das soziale Staatsziel»..., *op. cit.*, p. 679.

3.1.1 El fin del Estado Social: la igualdad material

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

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

⁵⁷ BVerGE 1, 97 (105).

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

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

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

⁶¹ *Ibidem*, p. 685.

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

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2012, p. 624. Al respecto,

Por tanto, la cláusula social, a diferencia de la cláusula Democrática y de Derecho —que alberga aunque no exclusivamente un contenido estructural— se trata de un principio puramente material del que sólo cabe derivar el cumplimiento de fines y se constituye, asimismo, como un principio inspirador de la actuación del Estado que exige que ésta se dirija a la reducción de la desigualdad social⁶⁵ o dicho de otra manera, a que se alcance la igualdad material. En ese sentido, si se quiere que la cláusula del Estado social no sea una fórmula vacía de contenido es necesario que la Administración Pública Prestadora, en la materialización de la cláusula social, se encargue también de que la igualdad se verifique en la realidad.

3.1.1.1 Igualdad formal e igualdad material

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

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

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

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

de esa desigualdad de trato»⁶⁶. De modo que, el reconocimiento del principio de igualdad formal implica la necesidad de que la ley sea la misma para todos, excluyendo cualquier tipo de discriminación. Mientras que, la igualdad material se configura como «la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica»⁶⁷, lo cual, no supone un igualitarismo radical, que de un lado puede resultar un tanto utópico, y de otro, ignorar que las necesidades de los distintos seres humanos son también diferentes⁶⁸.

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

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

⁶⁶ STC 8/1986, de 21 de enero, FJ 4.

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

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

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

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

3.1.1.2 Significado del artículo 9.2 de la Constitución española

El artículo 9.2 de la Constitución señala que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Y ello, tiene como consecuencia inmediata «la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de las desigualdades sociales, como uno de los «valores superiores» llamados a inspirar el ordenamiento jurídico»⁷⁰.

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

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

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