

LA TEORÍA ALEMANA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO. UNA CLAVE PARA ENTENDER LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL*

*THE GERMAN THEORY OF ORGANIZATION AND PROCEDURE.
A KEY ELEMENT TO UNDERSTAND THE PROTECTION
OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE SOCIAL STATE*

Miluska ORBEGOSO SILVA**

RESUMEN: En la presente investigación se desarrolla la teoría de la organización y el procedimiento como medio de protección de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-prestacionales que la administración pública entabla con el ciudadano, destinatario de la prestación, en el actual Estado social y democrático de derecho. Se trata de un desarrollo dogmático de la teoría y su posible aplicación en estos supuestos partiendo de la insuficiencia de los principios que clásicamente rigen a la denominada administración de policía connatural al Estado liberal de derecho.

Palabras clave: administración pública, derechos fundamentales, organización, procedimiento, Alemania.

ABSTRACT: *In the present investigation, the theory of organization and procedure is developed as a way of protecting the fundamental rights when the public administration gives social benefits to the citizen, in the current social and democratic rule of law. It is a dogmatic development of the theory and its possible application in these assumptions starting from the insufficiency of the principles that classically govern the so-called police administration connatural to the Liberal Rule of law.*

Keywords: *Public Administration, Fundamental Rights, Organization, Procedure, Germany.*

* Artículo recibido el 28 de agosto de 2017 y aceptado para su publicación el 31 de julio de 2018.

** ORCID ID 0000-0003-3791-1994. Universidad de las Américas Puebla. Ex hacienda Sta. Catarina Mártir S/N. San Andrés Cholula, Puebla. C.P. 72810. Correo electrónico: miluska.orbegoso@udlap.mx.

SUMARIO: I. *A modo de introducción.* II. *La teoría de la organización y el procedimiento.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En el Estado social, la administración pública ha dejado de ser una administración de policía para transformarse en una administración pública prestadora, lo cual ha llevado a que interactúe de manera más activa y cercana con el ciudadano, destinatario de la prestación.

Hoy en día el ciudadano, sobre todo aquél que se encuentra en una situación de dependencia o necesidad —piénsese en adultos mayores, toxicómanos, personas con alteraciones psíquicas, discapacitados, entre otros—, acuden al Estado a solicitar diversos tipos de prestaciones.¹ 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 que tiene 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. Estas cuestiones dan origen a un sinnúmero de interrogantes que buscaremos resolver en la presente investigación.

La cuestión que aquí se plantea es que existe un riesgo de vulneración de los derechos fundamentales, ante ello resulta necesario la aplicación de nuevas formas o técnicas para aproximarse a los problemas que ello genera. En Alemania, el énfasis se ha puesto en la teoría de la organización y el procedimiento como elementos imprescindibles para la tutela de los derechos en general.

Las limitaciones en la aplicación de los principios clásicos del Estado de derecho se han solventado atendiendo a la organización y el procedimiento. En ese sentido, podemos afirmar que

¹ 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 esta. 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.

...de forma aún más clara que en sus ámbitos clásicos, se pone de manifiesto en estos casos la relación ambivalente del derecho social con la libertad. La garantía por parte de los poderes públicos del libre desarrollo del individuo crea nuevas dependencias, nuevos problemas de igualdad y tiñe la esfera de la actuación personal con la lógica de los poderes públicos, sobre todo con la burocratización, la profesionalización o la especialización (Schmidt-Assmann, 2003: 149).

De forma que, la libertad puede quedar disminuida si la administración pública no incorpora un procedimiento, que permita la participación del beneficiario en la toma de decisiones, y una organización, que satisfaga la demanda plural de la sociedad. Lo cual supone un gran reto por superar no sólo del derecho administrativo, sino, sobre todo, al derecho constitucional al verse involucrados derechos fundamentales.

La cuestión que se plantea es cómo conseguir una prestación eficaz, asimismo, que la administración pública prestadora de carácter social siga sometida a los límites que le son propios, en particular, el respeto de los derechos fundamentales de los destinatarios de la prestación. Ello exige mecanismos reales y efectivos que garanticen que ésta en cada paso que dé lo haga conforme a la Constitución.

Al respecto, debemos insistir en que para el caso de las prestaciones sociales de servicios y/o materiales caracterizadas por un elemento marcadamente personal, una vez que el Estado, previa decisión legislativa, las ejecuta, debe hacerlo teniendo en cuenta unas concretas exigencias, las cuales se desprenden no sólo desde la cláusula del Estado social y democrático de derecho, sino también sobre todo desde las concretas circunstancias en que se encuentra el destinatario de la prestación y que han dado origen a la contingencia que se busca superar. Se trata de un sujeto que está en una situación de necesidad concreta y, a su vez, de alguien que, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se ha configurado a sí mismo de un modo determinado, ideológica, social y culturalmente. Si la administración pública no respetara sus concretas circunstancias podría incidir negativamente en sus derechos fundamentales y, asimismo, incumplir las exigencias que se derivan de la mencionada cláusula al intentar “imponer su decisión”.

En ese orden de ideas, podemos ver que la cláusula del Estado social genera distintas situaciones; por un lado, da origen a la política social que

busca promover la protección de los derechos fundamentales a través de recursos y prestaciones que ejecuta el Estado con la finalidad de garantizar una vida digna para el ciudadano; pero, por otro lado, da lugar a una suerte de “zona de peligro” (*Gefahrenzone*) para los derechos fundamentales. No sólo, por la incertidumbre que respecto de ellos genera la actuación administrativa prestadora, sino porque se presume que su garantía, en estos casos, también debe confiarse a las tradicionales formas de protección de los derechos fundamentales cuando ya los avances de la técnica y la gran tarea del Estado social hace cada vez más inhumana su actuación (Haberle, 1972: 56). Es por ello, que Estado y comunidad deben trabajar juntos para así evitar la dependencia inhumana y disminuir las desigualdades sociales.

Por otro lado, sabemos también que las normas relativas a las prestaciones de carácter social son, por lo general, de carácter abierto y están dirigidas a individuos activos, grupos o a órganos del Estado (Haberle, 1972: 48). Ello, si bien permite cierta flexibilidad ante las situaciones cambiantes, sin lugar a duda también genera incertidumbre, en particular, respecto de la actuación administrativa material, la cual puede acarrear afectación de derechos fundamentales. En vista de ello, debido a que en estos casos resulta imposible la regulación material de la actuación administrativa, al menos se deben regular los presupuestos de la misma, como son la organización y el procedimiento.

Así, el que las prestaciones administrativas de carácter social se brinden en el ámbito propio de los derechos fundamentales, se transforma en el dato determinante para una adecuada conformación del marco normativo dentro del cual deben darse estas prestaciones. En estos casos, la existencia de un procedimiento resulta ser una exigencia de los derechos fundamentales y la participación del beneficiario algo connatural y necesario para el éxito de la prestación (Rodríguez de Santiago, 2007: 104-105); y así también, la implementación de una organización de tipo plural.

II. LA TEORÍA DE LA ORGANIZACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO

En la discusión actual sobre los derechos fundamentales, en Alemania, no hay tema que haya despertado tanto interés como la vinculación entre la organización, el procedimiento y los derechos fundamentales

(Alexy, 2007: 416). Sin embargo, debemos precisar que conforme a lo señalado por Alexy, su uso es poco técnico pues abarca un espectro muy amplio (Alexy, 2007: 452).

Por tanto, a fin de tener un estudio introductorio acerca de esta teoría debemos enfocarnos necesariamente en Alemania y a su desarrollo en este país. Su origen lo encontramos a mitad de los años setenta cuando aún se mantenía la controversia respecto del Estado de derecho y el Estado social, referida a la función de los derechos fundamentales ya sea como derechos de defensa o como derechos de participación y de prestación (Schmidt-Assman, 2006: 291); y vinculado en concreto, con la idea de la organización y el procedimiento como mecanismos de protección de esos mismos derechos. Ello, no obstante, se trata de conceptos que ya habían sido incorporados por la jurisprudencia aunque aún no se había realizado una construcción teórica al respecto (Alexy, 2007: 461).

1. *Una aproximación a la teoría*

A. *Antecedentes*

En la formulación originaria de esta teoría tuvo un papel fundamental la reivindicación que hacía Peter Häberle en la reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Público en 1971 y en su posterior escrito (Häberle, 1972: 56) sobre la sustantiva posición fundamental de los derechos fundamentales, especialmente referida a los múltiples y nuevos desafíos que se afrontan en el Estado social, debido a que hoy nos encontramos frente a un Estado que progresivamente se hace responsable de las condiciones que permiten un pleno disfrute de los derechos (Schillaci, 2010: 213). La postura del profesor alemán remarcaba la existencia de un debido proceso en el estado de las prestaciones para expandirse luego en un nuevo *estatus* del ciudadano, un *status activus processualis*. Ello se traducía en la necesidad de que en determinados casos, una adecuada protección de los derechos fundamentales exige la existencia de un procedimiento adecuado que permita al individuo participar en la formulación de aquellas decisiones que incidan en su esfera de intereses.

Asimismo, la sentencia del caso *Mülheim-Kärlich*,² del 20 de diciembre de 1979, ayudó en la consolidación de esta teoría, cuyo efecto más importante fue que a partir de entonces, y hasta nuestros días, los derechos fundamentales se han estudiado también desde la perspectiva organizativo-procedimental, incluso en el derecho privado (Schillaci, 2010: 995). De igual manera, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de Asilo, del 25 de febrero de 1981 y la puesta en vigor de la décima edición del Código Social (*Sozialgesetzbuches SGB X*), del 18 de agosto de 1980, se dio inicio a un desarrollo a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo de la importancia del procedimiento y la organización para los derechos fundamentales (Denninger, 2004: 292 y 293), convirtiéndose en el tema “en boga” de los años ochenta (Stern, 1984: 955).

De igual manera, la tesis de Konrad Hesse supuso un complemento importante a esta teoría. Conforme a ella, la organización y el procedimiento a menudo resultan ser un medio, quizá el único existente, para producir un resultado conforme a los derechos fundamentales y para garantizar su eficacia (Hesse, 1978: 434 y ss). En ese sentido, señala el jurista, la idea de “organización y procedimiento” responde a las condiciones en

² Caso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el cual se impugnaba una autorización concedida a la mencionada central nuclear, del 24 de junio de 1976, por una residente de Coblenza (a 7km. de la central nuclear), debido a los cambios que había introducido la central relacionados con nuevas edificaciones sin realizar un nuevo procedimiento de autorización. La demandante se amparaba en el artículo 7.1 de la Ley de Energía Atómica, conforme al cual cualquier cambio esencial en la instalación o en su funcionamiento requería de un nuevo procedimiento de autorización, señalando la afectación de su derecho a la vida y a la integridad física (2.2 LFB) y su derecho a la protección judicial (19.4 LFB); y solicitaba también, como medida cautelar, la suspensión de la orden de ejecución de estas edificaciones.

Aunque la sentencia desestimó la pretensión de la demandante, sentó una importante doctrina jurisprudencial al señalar que “los derechos fundamentales del artículo 2.2 LFB influyen también en la aplicación de las disposiciones sobre los procedimientos administrativos y judiciales de autorización de las centrales nucleares, cuya misión reside, precisamente en proteger la vida y la salud frente a peligros de la energía atómica. Ello, no significa que cada error procesal en una medida del derecho atómico haya de juzgarse como una lesión de derechos fundamentales. Una vulneración semejante surge cuando las autoridades administrativas inobservan aquellas medidas procedimentales que el Estado ha promulgado en cumplimiento de su deber de protección del artículo 2.2 LFB” (*BVerfGE*, 53, 30: 65 y 66). En ese sentido, se entiende que las normas que regulan la participación en los procedimientos de autorización nuclear forman parte de este tipo de medidas concretizadoras del mínimo de protección exigido (*BVerfGE*, 53, 30: 66).

que hoy en día se desarrolla la libertad, esto es en el Estado social a través de la protección, prevención y distribución estatal. Ello requiere un mayor grado de delimitación, demarcación y cartografía de las zonas de la libertad humana: aquí la organización y el procedimiento con frecuencia han demostrado ser un medio para resolver los problemas a los que nos enfrentamos y, en este sentido, para garantizar los derechos fundamentales (Denninger, 2004: 121 y ss). Aunque, debemos señalar, hay voces que propician una cierta cautela en su aplicación (Ossenbuhl, 1982: 2), si bien no rechazan una interpretación de los derechos fundamentales a la luz del procedimiento.

Finalmente, se debe precisar que “organización” y “procedimiento” se encuentran íntimamente vinculados, y que, a veces, no se logran separar, pues hablar de una organización reconduce a un procedimiento interno y viceversa (Denninger, 2004: 312 y 313). De igual manera, es menester señalar que la aplicación de esta teoría en la protección que se da a los derechos fundamentales se presenta ya en distintos casos en los modernos Estados. Bajo la técnica de “organización y procedimiento” se busca abarcar distintos temas, los cuales van desde los derechos a la tutela judicial efectiva hasta la formación de órganos colegiados en las universidades (Alexy, 2007: 419), donde existen una serie de medidas a nivel organizativo y procedimental con la finalidad de garantizar el mejor ejercicio de los derechos que en cada caso corresponda. En ese sentido, “hoy puede decirse que... a todo derecho fundamental material le están adscritos derechos procedimentales” (Alexy, 2007: 452).

Asimismo, han tenido aplicación en los procesos judiciales, en el sufragio en las organizaciones, en el derecho de petición de los representantes nacionales y de las autoridades competentes, así como en temas de igualdad entre hombre y mujer, matrimonio, derecho de asilo, educación privada, coaliciones, elección de la formación, secreto de las comunicaciones, entre otros (Stern, 1988: 956).

B. Clasificaciones

La relación entre derechos fundamentales-organización-procedimiento ha dado origen, en la doctrina alemana, a una serie de clasificaciones (Denninger, 2004: 441 y ss). Así, Alexy (2007: 429-443) divide los

derechos a organización y procedimiento en cuatro grupos: primero, las competencias de derecho privado, que se refieren a los derechos frente al Estado para que éste expida normas necesarias para la realización de actos jurídicos en el ámbito privado; segundo, los procedimientos judiciales y administrativos, a los cuales denomina procedimientos en sentido estricto y que se refieren a los derechos a una tutela judicial efectiva; tercero, la organización en sentido estricto, poniendo como ejemplos el derecho universitario, de radiodifusión y de cogestión, los cuales tienen en común que “regulan la cooperación de numerosas personas, orientadas a determinados fines”; y cuarto, la formación de la voluntad general, que contiene los derechos del ciudadano frente al Estado para que éste cree los procedimientos necesarios para la participación en la formación de la voluntad general.

De igual manera, resulta relevante para el caso que comentamos la clasificación que los divide en: derecho a la organización y procedimiento (derechos cuyo objeto específico son organizaciones y procedimientos, relacionados con la protección judicial de los derechos fundamentales, los cuales, tienen un valor en sí mismos), derechos *con* organización y procedimiento (los cuales suponen garantías cuyo cumplimiento se considera imprescindible para asegurar el bien jurídico, resultando una íntima vinculación más estrecha; por ejemplo, las reservas de jurisdicción), y derechos *mediante* organización y procedimiento (donde éstos constituyen elementos necesarios para salvaguardar ciertos derechos, los cuales tienen un valor subordinado e instrumental) (Schmidt-Assman, 2006: 994), siendo en esta última en la que debe enmarcarse la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales.

2. *Realización y aseguramiento de los derechos fundamentales*

La técnica de la organización y el procedimiento está relacionada con distintos temas o materias pero que siempre se encontrarán bajo la fórmula de “realización y aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento” (Alexy, 2007: 419). Al respecto, debemos precisar, en primer lugar, que de todas las clasificaciones que existen en torno a la relación entre derechos fundamentales y la organización y el procedimiento, la que nos interesa es la que se refiere a su protección *me-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 199-219.

diante esta técnica (*Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren*), que es la que incluye el grupo de casos más tratados (Alexy, 2007: 994); y, en segundo lugar, que la existencia de esta teoría supone para la administración pública prestadora la presencia de una concreta exigencia que deberá respetar.

Como veíamos anteriormente, los derechos fundamentales en el Estado social ya no se realizan *frente* al Estado interventor sino *en* el Estado prestador, lo cual exige que el Estado ponga a disposición del individuo formas de organización y procedimiento para hacer valer esos derechos. En ese orden de ideas, podemos concluir diciendo que en el Estado social se hace necesaria la creación de estructuras organizativas y procedimentales para la adecuada protección y eficacia de los derechos fundamentales (Häberle, 1972: 43 y ss.).

De igual manera, y conforme a la jurisprudencia alemana,³ la organización y el procedimiento brindan una posibilidad óptima de protección y realización directa de los derechos fundamentales, facilitando una libertad garantizada por la Constitución mediante la disposición de instalaciones o servicios, teniendo en cuenta los recursos disponibles y la demanda existente. En ese sentido, tanto la organización como el procedimiento pueden entenderse como una forma de dotar de eficacia a los derechos fundamentales en el marco de las tareas que cumple el moderno Estado social prestador (Rodríguez, 2007: 134).

Asimismo, entre los centros de interés de esta “nueva administración” debemos destacar el énfasis en los valores humanos, en la organización y en las técnicas que contribuyan a mejorar las relaciones humanas y a hacer efectiva la participación (Dwight, 1974: 790). La forma en que el Estado —en concreto la administración pública— se enfrenta aquí a los derechos fundamentales —es decir, no como una administración de policía que sólo ve en ellos un límite a su actuación sino como una administración prestadora que busca también realizar la cláusula social—, demanda la creación

³ *BVerfGE* 37, 132 (140). Asimismo, en la *BVerfGE* 35, 79 (116), fallo sobre las universidades, señala el Tribunal Alemán que al titular del derecho fundamental del artículo 5, párr. 3, LF le debe ser concedido “un derecho a aquellas medidas, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección de su ámbito de libertad iusfundamentalmente garantizado”. Y en la *BVerfGE* 24, 367 (402 s.), fallo sobre la Ley del Parlamento de Hamburgo sobre represas, el Tribunal Alemán admite la realización de una expropiación forzosa sólo si previamente se ha realizado un procedimiento de expropiación administrativa. Sentencias que resultan paradigmáticas en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales a través del *procedimiento y la organización*.

de un marco organizativo y procedimental de las prestaciones que siga permitiendo al ciudadano ser el dueño de sus propias decisiones vitales (Rodríguez, 2007: 130). Asimismo, Häberle señalaba que los derechos fundamentales, sobre todo los de libertad, cada vez dependen más del procedimiento y organización que realice el Estado de las prestaciones o Estado social (Häberle, 1972: 52).

La organización y el procedimiento como medios de protección de los derechos fundamentales en las prestaciones personales de servicios y/o materiales, exigen en la administración pública “una reforma que le permita adaptarse a un cambio de sus funciones y roles tradicionales, dando una mayor relevancia a la gestión de prestación frente a la tradicional gestión de autoridad...” (Rodríguez-Arana, 2002: 43). Además de ser responsable en el sentido de que se respete al destinatario de la prestación como persona, pero no desde la lejanía, sino a través de su participación en el procedimiento y mediante una organización de las prestaciones de tipo plural, pues de ello dependerá la conquista de su proyecto vital. Siendo en estos casos un elemento definitivo su consentimiento o decisión informada, no sólo para alcanzar la adecuada satisfacción de sus necesidades, sino también como mecanismo de legitimación de la actuación estatal. Así, es que podemos entender aquello que Zagrebelsky señalaba de que en el Estado de policía existía una sociedad de menores; mientras que, en el Estado liberal, una sociedad de adultos (1995: 29), los cuales definen el curso de su vida mediante decisiones personales responsables.

En ese orden de ideas, podemos ver qué tan relevante es la tarea que debe cumplir la administración pública prestadora, la cual deberá también asegurar los medios organizativos y procedimentales necesarios para que se gestione con eficacia los intereses que la sociedad le confía “pues tan nocivo para ésta —para la sociedad, para los ciudadanos— es el autoritarismo administrativo, el abuso del poder o la falta de garantías individuales como la impotencia, la parálisis y la ineficacia de la Administración” (Sánchez, 1994: 102). Pues mediante estos conceptos se podrá lograr no sólo un control más eficaz de la actuación administrativa prestadora, sino también su eficacia y eficiencia.

3. *Sobre la organización y el procedimiento*

A. *La organización*

El Estado, y en concreto lo entes públicos, necesita estructuras organizativas para actuar, a fin de cumplir con las funciones que se les encargan desde la Constitución o desde las leyes (Schmidt-Assmann, 1998: 11) y la administración pública prestadora no es una excepción a esta regla.

El concepto de organización no es uniforme en el derecho, aunque principalmente se refiere a las instituciones o a la organización interna de las mismas; sin embargo, el concepto que nos interesa es el que tiene que ver con los derechos fundamentales. La organización a la que nos referimos tiene unos caracteres especiales que se traducen no sólo en la forma en que la administración deberá estructurarse o configurarse para cumplir con lo mandado por las leyes, sino que servirán, sobre todo, para el caso que comentamos, como mecanismo de protección de los derechos, especialmente el de libertad, del destinatario de la prestación.

La conformación de la organización administrativa y de los procedimientos de decisión pública en un sentido conforme a los derechos fundamentales implica directamente la apertura de aquellos a la participación de los titulares de los derechos, y eventualmente a la organización exponencial de sus intereses (Denninger, 2004: 217). En vista de ello, el concepto de organización que empleemos debe ser amplio e incluso debe permitir consideraciones del derecho procedimental (Rodríguez, 2007: 138), así como del derecho presupuestario y de la función pública (Schmidt-Assmann 1998, 20). Al respecto, conviene precisar que cada vez que hablemos de organización nos tendremos que remitir al procedimiento, y viceversa. Si el procedimiento se puede definir de forma general como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado” (Alexy, 2007: 419), la organización aparece como un elemento previo a éste (Stern, 1984: 960).

Asimismo, a fin de entender la organización a la que nos referimos, debemos diferenciar los derechos de los individuos a una organización, de los derechos de los individuos frente a la organización (Alexy, 2007: 435). Los primeros, que son los que nos interesan, se refieren al derecho de la persona frente al legislador para que expida normas de organización con-

forme a los derechos fundamentales, esto es, en respeto a la dignidad y al pluralismo.

Por tanto, el concepto de organización que empleamos “se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios” (Rodríguez, 2007: 162). Esto es, a una administración pública prestadora organizada donde existe una actuación institucionalizada y un mayor número de actores que interactúan regularmente con muy diferentes objetivos (Schmidt-Assmann, 1998: 1005). Donde lo plural se torna el elemento determinante para definirla.

Siempre que se piensa en la administración pública se vislumbra una mega estructura, organizada tanto jerárquica como territorialmente, que actúa vinculada al derecho y sometida a determinadas formas, pues en definitiva, “la intervención administrativa es intervención organizativa” (Schmidt-Assmann, 1998: 258). Y en ese sentido, se ha dicho y creemos con acierto, que “la medida real del bienestar social no se encuentra en las leyes, que son meras proposiciones normativas, sino más bien en la organización administrativa” (Nieto, 2000: 556). Y ello es así, pues en la medida en que la administración pública, encargada de ejecutar materialmente las prestaciones, se organice adecuadamente, de forma que existan canales de comunicación y/o interacción entre administración y ciudadano, la eficacia de la cláusula social será aún mayor para evitar a toda costa que “los derechos de prestación no se transformen en deberes y no conlleven obligaciones que a causa, por ejemplo, de una insuficiente información o por falta de comprensión de un texto complejo, exijan demasiado de los que tienen derecho a la participación, transformándolo así en una farsa” (Häberle, 1972: 182 y 183).

Por ello, el derecho de la organización permite que la actividad de prestación de la administración pública se inserte en estructuras (Schmidt-Assmann, 1998: 251) que deberán dar respuesta a aquella asimetría existente entre la neutralidad estatal y la pluralidad social, que es un reflejo de la asimetría entre la competencia estatal y la libertad del ciudadano. Mientras los ciudadanos actúan con una libertad jurídicamente ordenada, los órganos estatales actúan con una competencia jurídicamente otorgada (Rodríguez, 2007: 164 y 165). Esto es, como ya hemos subrayado, que mientras el destinatario de la prestación goza de una libertad por naturaleza, la administración pública prestadora no. Aunque su actuación en el caso de las prestaciones personales de servicios y/o materiales es “libre”,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 154, enero-abril de 2019, pp. 199-219.

o mejor dicho más flexible, aún se encuentra condicionada por las exigencias que se derivan de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Así, la administración pública prestadora se transforma en pieza fundamental de la estructura y de la acción del Estado para la renovación y producción constituida de la integración social (Parejo, 1998: 539). Al respecto, podemos ver que la administración pública tiene un sentido político, pues a través de su actuación transmite una serie de valores y principios, y busca materializar fines públicos. Ello significa que no sólo es brazo ejecutor del gobierno, sino que busca transformar y moldear a la sociedad (Arenilla, 2011: 18-20). “La administración es el instrumento en manos del Gobierno para plasmar en obras los ideales y programas políticos” (López, 1963: 96). En ese sentido, se necesita de una administración infraestructural que busque la previsión y la planificación (Parejo, 1998: 45), pero sobre todo, que se encuentre adecuadamente organizada a fin de satisfacer las necesidades de esa sociedad plural a quien dirige su actuación.

B. *El procedimiento*

a. Alcances generales

Todos los asuntos públicos que corren a cargo de la Administración discurren a través de un procedimiento determinado (Fernández, 1988: 104). Así, en el derecho administrativo, el procedimiento se define como “el conjunto concatenado de actos o actuaciones administrativas de trámite destinadas a asegurar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la resolución que le pone término y a garantizar los derechos de los ciudadanos afectados y las exigencias de los intereses públicos en juego” (Bocanegra, 2006: 84).

De esa definición, que es la común en la doctrina, se pueden extraer muchas características del procedimiento administrativo que interesan respecto del tema objeto de nuestro estudio, puesto que se caracteriza por alcanzar un fin, por ser garantía para el ciudadano, por revestirse de legalidad, por velar por el interés público. Notas o elementos que recogen exigencias derivadas de la cláusula del Estado social y de derecho pero que, sin embargo, no atienden el elemento clave, la participación del ciudadano. Se trata de una definición desde el derecho administrativo que

sólo contempla la participación de la administración pública, que sólo tiene por finalidad garantizar los derechos de los ciudadanos afectados sin que éstos tengan una actuación activa en el mismo, o en todo caso, esta no es un elemento importante que ayude a definir el procedimiento administrativo; cuando, como bien señala Luhmann, el procedimiento no es idéntico al proceso de toma de decisión, sino que se trata de un sistema social, de una actuación fáctica o material de un sistema de interacción (Luhmann, 1978: 3 y ss.).

En este sentido, Alexy (2007: 420) diferencia los derechos cuyo procedimiento debe interpretarse de conformidad con la Constitución,⁴ de aquellos derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales. Los primeros van dirigidos al juzgador, mientras los segundos, que son los que ahora nos interesan, al legislador, y en última instancia a la administración pública prestadora, y son en los que nos centraremos.

La noción de procedimiento que aquí empleamos no se refiere al concepto clásico de procedimiento administrativo sino a una construcción teórica de otro tipo que permite la concreción y desarrollo de las prestaciones personales de servicios y/o materiales (Schmidt-Assmann, 1998: 288 y 289). De modo que el procedimiento puede ser definido como una serie de operaciones estructuradas de extracción de información y de procesamiento de la producción de decisiones, las cuales, se componen de una variedad de acciones e interacciones que tienen su propia dinámica de desarrollo, no predecible en todos los puntos (Schmidt-Assmann, 1998: 1005), teniendo por finalidad una suerte de confrontación de los intereses en juego antes de que entren en conflicto (Häberle, 1972: 87). O como un “sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado” (Alexy, 2007: 419), donde lo importante es alcanzar ese resultado mediante el respeto de reglas y principios, con base en lo que se podrá calificar la actuación de positiva o negativa (Alexy, 2007: 419).

El concepto de procedimiento al que nos referimos está vinculado con la relación jurídico prestacional que se establece entre administración pública prestadora y destinatario de la prestación. Se trata pues de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de la administración pública y el ciudadano necesitado;

⁴ Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el derecho a la ejecución forzosa en *BVerfBE* 46, 325 (33 y ss.); 49, 220 (225 y ss.); 49, 252 (256 y ss.); 51, 150 (156).

y referido al marco procedimental con base en el que esta relación se va a desarrollar, dirigido “a la concreción del contenido del derecho prestacional del destinatario en una forma que se corresponda con el resultado que se pretende: éxito de la prestación, superación... de la situación de necesidad que constituye su causa y su finalidad” (Rodríguez, 2007: 140).

b. Elementos del procedimiento

De modo general, lo que establecen las normas procedimentales referidas a las prestaciones personales de servicios y/o materiales son la sucesión de actos, la posición y condiciones jurídicas del sujeto prestador, los derechos y garantías del destinatario de la prestación, etcétera (Rodríguez, 2007: 140). Sin embargo, de la idea de procedimiento se desprenden dos elementos o conceptos fundamentales, la reserva procedimental y el estatus *activus processualis*, que identifican aspectos determinantes de la idea de procedimiento que comentamos.

i. Reserva procedimental

La reserva de ley en materia de derechos fundamentales encuentra un campo de aplicación complejo cuando nos referimos a la actuación administrativa prestadora de carácter social, pues en esta puede darse un riesgo de afectación de determinados derechos fundamentales o una restricción a los mismos, en especial de la libertad. A fin de obtener una solución, debido a la tensión que puede existir entre el establecimiento de un orden jurídico social y la responsabilidad para con la libertad de cada persona, vemos que el legislador tiene cierta libertad para determinarla;⁵ sin embargo, sabemos que la garantía de la reserva de ley en estos casos no se aplica, puesto que la actuación administrativa prestadora de carácter social no constituye *per se* un límite o restricción a los derechos fundamentales. En vista de ello, podemos señalar que en estos supuestos “la reserva de ley se transforma en reserva del procedimiento” (Häberle, 1972: 87).

De modo que, para el caso de la actuación administrativa prestadora de servicios personales y/o materiales se hace necesario que el legislador determine o confíe en manos de la administración, a través del regla-

⁵ BVerfGE 113, 167; 44, 70 (89 f); 89, 365 (376); 103, 172 (185.)

mento (Santamaría, 2004: 383),⁶ la implementación de un procedimiento como garantía de la vigencia de los derechos fundamentales del destinatario de la prestación.

El procedimiento, en estos casos, tiene una connotación especial en lo que respecta a los derechos fundamentales pues “conforme al postulado del Estado de derecho, las intervenciones del Estado en la esfera que los derechos fundamentales garantizan al individuo, deben, en la medida de lo posible, ser previsibles y anticipadamente calculables” (Benda, 2001: 506). La “reserva procedimental” apunta a que el Estado sólo puede desarrollar su actividad prestacional en ámbitos en los que se pueden afectar derechos fundamentales cuando exista un mínimo de procedimiento adecuado para que sus propios titulares los hagan valer a través de su participación. Se trata de una superación de la centralidad del *statu negativus* para pasar a un responsable desarrollo de la dimensión procedimental de las libertades fundamentales (Häberle, 1972: 51).

ii. *Statu activus processualis*

El segundo elemento de la idea de procedimiento que comentamos es el *statu activus processualis*, el cual se encuentra presente como elemento fundamental desde los orígenes de esta teoría. Si la reserva procedimental se refiere a la existencia misma del procedimiento como mecanismo de garantía de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación jurídica prestacional; el *statu activus processualis* se refiere a la participación efectiva del destinatario de la prestación en el procedimiento a través del cual discurre su configuración y desarrollo.

En ese orden de ideas, siempre que nos referimos a los estatus del ciudadano recordamos necesariamente la ya famosa teoría de Jellinek al respecto sobre la relación Estado-ciudadano en el plano del derecho público, quien señala que el ser humano tiene cuatro estados o posiciones frente al Estado. Un *statu subiectionis*, que constituye aquel ámbito pasivo donde el hombre tiene obligaciones; *statu libertatis*, que es el ámbito negativo o de las libertades; *statu civitatis*, que es el *statu positivus* a través del cual el individuo puede solicitar al Estado pretensiones positivas; y el *statu* de la ciudadanía

⁶ Lo cual puede aplicarse en este caso, al confiar al reglamento la implementación de un procedimiento adecuado cuando la ley no lo disponga taxativamente.

activa, por el cual se le da al individuo capacidades que naturalmente no posee, que sirven para la formación de la voluntad estatal, como el caso del sufragio (Alexy, 2007: 87; Jellinek, 1963: 219-232).

La teoría de los estatus ha sido ampliamente estudiada, pero lo que de ella nos interesa es la revisión que Peter Häberle plantea al respecto, señalando que en el Estado social se genera una nueva relación y así un nuevo estatus, el *statu activus processualis*. Éste se ha convertido, en palabras de Schmidt-Assmann, en el elemento más importante de la teoría de los derechos fundamentales (Schmidt-Assman, 2006: 263), el cual, según el jurista, debería adscribirse al estatus positivo (Häberle, 1972: 73) pues como señala Alexy (2007: 425) el objeto de estos derechos, la organización y el procedimiento, están esencialmente constituidos por competencias del Estado, en particular del legislador debido a que los derechos a la organización y el procedimiento son derechos a competencias.

Al respecto, podemos señalar que hoy la problemática social descansa en que las necesidades sociales del individuo no tienen un adecuado *status activus processualis* porque su satisfacción depende de la benevolencia de la administración pública (Bachof, 1954: 57). Asimismo, en este escenario, en el que la administración pública prestadora se constituye como un posible vulnerador de los derechos fundamentales, especialmente de la libertad, “el *status* negativo ya no es suficiente para los nuevos peligros que se generan para con los derechos fundamentales” (Haberle, 1972: 73) debido a la generalidad de la ley que la regula. En vista de ello, el *status activus processualis* lo que “reclama” es un derecho al procedimiento y una participación en el mismo del destinatario de la prestación. Por ello, se trata de un estado de participación en y alrededor del Estado social (Häberle, 1972: 81).

El *status activus processualis* enfatiza la necesidad de que en determinados ámbitos una correcta protección de los derechos fundamentales garantice un procedimiento adecuado que permita al individuo participar en la formación de aquellas decisiones que inciden en su esfera de intereses. Es decir, “se manifiesta en la influencia directa del titular, a través de la participación, sobre la determinación del contenido del derecho en sede del procedimiento público de decisión” (Schillaci, 2010: 235), la cual puede abarcar también cualquier medida de tipo organizativo (Alexy, 2007: 430 y 431).

En ese sentido, el *status activus processualis* destaca la vertiente jurídico-procedimental de los derechos e implica la participación en el procedimiento de los titulares de los derechos (Haberle, 1972: 81-86). Con lo cual se busca que el destinatario de la prestación participe en la configuración y ejecución de la misma, lográndose así una mayor eficacia en la protección del contenido material de sus derechos fundamentales que la que ofrece una protección *a posteriori* (Haberle, 1972: 88). Lo cual resulta una exigencia de los derechos fundamentales pues en este escenario la forma más adecuada de garantizar su protección es permitiendo que el destinatario de la prestación participe en la configuración y ejecución de la misma, manifestando sus concretas necesidades y preferencias. Se trata pues de un *statu* en el que los grupos o el individuo se autorrepresentan creándose así un nuevo campo de actuación para el ciudadano (Häberle, 1972: 130).

III. CONCLUSIONES

Somos de la idea, que las nuevas exigencias respecto de los derechos fundamentales que se presentan en la relación entre administración pública prestadora y ciudadano se pueden canalizar a través de dos conceptos fundamentales: la organización y el procedimiento. En ese orden de ideas y conforme a los planteamientos descritos anteriormente podemos arribar a las siguientes conclusiones.

- 1) Mediante la organización y el procedimiento se logra, primero, una garantía *ex ante* de los derechos fundamentales en la relación prestacional, a través de la participación del destinatario de la prestación en la configuración y ejecución de esta; y mediante la organización interna de la prestación y del sistema de prestaciones mediante la cual, se logra la satisfacción de la demanda de una sociedad plural. En segundo lugar, porque la existencia de un procedimiento y organización adecuados resulta una exigencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que, como principios que son, también inspiran el entero ordenamiento jurídico y demandan, por tanto, que los poderes implementen las estructuras necesarias a fin de que su vigencia sea real y efectiva. Y, finalmente, porque mediante la organización y el procedimiento se puede

lograr la materialización del elemento marcadamente personal que caracteriza a estas prestaciones, pues se permitirá la adecuada configuración de la prestación a la medida de la persona.

- 2) Con el concepto de procedimiento no nos referimos al clásico de procedimiento administrativo, el cual se remite únicamente a la actuación de la administración, sino que se trata de un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre dos partes, el personal al servicio de la administración y el ciudadano necesitado; y referido asimismo al marco procedimental con base en el cual esta relación se va a desarrollar. Esto es, un procedimiento “a la medida de la persona”, pues representa la importancia que tiene para la protección de los derechos del destinatario de la prestación el atender a las concretas circunstancias que han dado origen a la prestación y que sólo se conseguirá mediante su participación directa en la configuración y ejecución de la misma.
- 3) La organización, por su parte, se refiere a la completa estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones a favor de sus destinatarios. Ésta hace referencia a la organización interna de la prestación, pero también al sistema general de prestaciones. Tiene que ver con la idea de pluralismo social y la forma a través de la cual se concreta esta exigencia en la prestación, y lleva dos aspectos: el primero, en que la oferta prestacional sea plural, esto es que existan centros tanto públicos como privados que provean prestaciones, siendo fundamental la ayuda del denominado “tercer sector”, aunque sobre el Estado seguirá recayendo la responsabilidad de control e inspección. Y segundo, en que la prestación internamente también sea plural, lo cual significa que existan distintas prestaciones adecuadas para cada contingencia y, asimismo, a que éstas, a su vez, incorporen un abanico de tratamientos u opciones, igualmente satisfactorios, pero en donde cada uno de ellos, en menor o mayor medida, se adecuarán a las concretas circunstancias y preferencias del destinatario de la prestación, esto es, a su autodeterminación. De este modo, se permitirá satisfacer el elemento marcadamente personal que caracteriza a este tipo de prestaciones que exige una suerte de actuación administrativa prestadora a la medida de la persona, y respetuosa con la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2007, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARENILLA SÁEZ, Manuel, 2011, “Marco teórico actual de la administración pública”, en ARENILLA SÁEZ, Manuel (ed.), *Crisis y reforma de la administración pública*, La Coruña, Netbiblo.
- BACHOF, Otto, 1954, “Begriff Und Wessen Des Sozialen Rechtsstaat”, *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co.
- BENDA, Ernst, 2001, “El Estado social de derecho”, en BENDA, Ernst *et al.* (eds.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, 2006, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Navarra, Thomson-Civitas.
- DENNINGER, Erhard, 2004, “Staatliche Hilfe Zur Grundrechtsausübung Durch Verfahren, Organisation Und Finanzierung”, *HStR*, Heidelberg, Müller Verlag.
- DWIGHT, Waldo, 1974, *La administración pública del cambio social*, España, Escuela Nacional de Administración Pública.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, 1988, “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, *Gobierno y administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales.
- HÄBERLE, Peter, 1972, “Grundrechte Im Leistungsstaat”, en AAVV, *Veröffentlichungen Der Vereinigung Der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, Walter de Gruyter & Co.
- HESSE, Konrad, 1978, “Bestand Und Bedeutung Der Grundrechte in Der Bundesrepublik Deutschland”, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, Viena.
- JELLINEK, Georg, 1963, *System Der Subjektiven Öffentlichen Rechte*, Darmstadt.
- LÓPEZ RODO, Laureano, 1963, *La administración pública y las transformaciones socioeconómicas*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- LUHMANN, Niklas, 1978, *Legitimation Durch Verfahren*, Darmstadt und Neuwied.
- NIETO, Alejandro, 2000, “La organización de las administraciones públicas para el servicio del bienestar”, en MUÑOZ MACHADO, Santiago *et al.* (eds.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Madrid, Civitas.

- OSSENBUEHL, Fritz, 1982, “Grundrechtsschutz Im Und Durch Verfahrensrecht”, en MULLER, Georg (ed.), *Staatsorganisation Und Staatsfunktionen Im Wandel. Festschrift Für Kurt Eichenberger Zum 60.*
- PAREJO ALFONSO, Luciano, 1998, “El ciudadano y el administrado ante la administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento”, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (ed.), *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, 2002, “Reformas y modernización de la administración pública española”, en CALVO CHARRO, María (ed.), *La administración pública española*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2007, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, 1994, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, 2004, “La administración como poder regulador”, en SAINZ MORENO, Fernando (dir.), *Estudios para la reforma de la administración pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- SCHILLACI, Ángelo, 2010, “Derechos fundamentales y procedimiento, entre libertad y seguridad”, *ReDCE*.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 1998, *Das Allgemeine Verwaltungsrechts Als Ordnungsidee. Grundlagen Und Aufgaben Der Verwaltungrechtlichen Systembildung*, Heidelberg.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 2003, *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la Construcción sistemática*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, 2006, “Grundrechte Als Organisations- Und Verfahrensgarantie”, en MERTEN, Detlef y PAPIER, Hans-Jurgen (eds.), *Handbuch Der Grundrechte*, Heidelberg, Müller Verlag.
- STERN, Klaus, 1984, *Das Staatsrechts Der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München.
- STERN, Klaus, 1988, *Das Staatsrechts Der Bundesrepublik Deutschland*, München, Beck'sche Verlagsbuchhadlung, München.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta.