

ORBEGOSO SILVA, Miluska F., *Derechos fundamentales y prestaciones sociales. Una aproximación desde la teoría de la organización y del procedimiento*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, 252 pp.*

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales publicó, a finales de 2018, el libro reseñado, que, esencialmente, corresponde a la investigación doctoral de la autora, elaborada bajo la dirección del profesor Ángel J. Gómez Montoro, de quien es el prólogo una vez convertida en libro. La tesis fue defendida en la Universidad de Navarra, en diciembre de 2016, recibiendo la máxima calificación posible.

Como su título lo indica, la obra tiene por objeto analizar las posibles afectaciones a derechos fundamentales, en específico, los de libertad, que pueden generarse con motivo de la actividad que el Estado realiza para la protección social y económica de los particulares. Algo que desarrolla en tres capítulos.

En el primero, la autora expone la administración pública prestadora del Estado social. Recuerda cómo a las tareas de orden, seguridad, defensa y justicia propias de la administración liberal se le añadieron actividades prestadoras en ámbitos como la seguridad social, la educación o la salud, desde el triunfo del constitucionalismo social. De esta forma, el Ejecutivo pasó de ser el poder más temido al poder más necesitado.

No obstante, explica la doctora Orbegoso, que la administración pública sigue respondiendo, en su configuración, al modelo de Estado de policía propio del liberalismo, siendo que este modelo no existe desde hace muchos años. Por ello la administración prestadora no encaja en el cuadro tradicional, donde sigue encasillada.

Este anacronismo genera el problema central que intenta resolver el trabajo: la actividad de la administración pública prestadora puede implicar conflictos con derechos de libertad, como la libertad de conciencia o el libre desarrollo de la personalidad. Pensemos en el caso de las prestaciones alimentarias en el ámbito educativo. Habrá estudiantes judíos que requieran alimentos kósher,

* Recibido el 23 de octubre de 2019 y aceptado para su publicación el 25 de marzo de 2020.



musulmanes que tengan restricciones alimenticias o alumnos que hayan optado por una nutrición vegana. ¿Cómo articular la actuación de la administración pública con los derechos de quien recibe la prestación?

En efecto, como bien explica la autora, muchas veces los derechos de libertad no se respetan por diversos motivos, y el usuario de las prestaciones estatales tiene que aceptar condiciones contrarias a su dignidad para satisfacer su necesidad. Pero en un Estado constitucional democrático y social de derecho la escasez no debe ser causa de trasgresiones a las libertades; nadie debe verse en la disyuntiva de elegir entre su albedrío y la satisfacción de su carencia.

Puede pensarse que esta problemática se resuelve mediante los límites clásicos a la actuación de la administración, como son los principios de legalidad, reserva de ley y discrecionalidad administrativa. Sin embargo, en el capítulo II la autora expone extensamente que esos límites no son soluciones, pues la regulación a detalle merma la eficacia de la prestación de los servicios públicos.

Por ejemplo, explica que no puede tener cabida una aplicación estricta del principio de legalidad, ya que se espera que la administración pública pueda realizar actuaciones espontáneas sin limitación de la ley, o que la aplicación de la reserva de ley puede resultar complicada por no tratarse de actuaciones que *per se* pueden calificarse como limitadoras de derechos.

Ante ello, la doctora Orbegoso hace algunas propuestas para entender de otra manera estos principios tradicionales, como una aplicación no estricta del principio de legalidad, una mayor intervención del reglamento o la atención caso por caso.

No obstante, pese a que se concibían de otra forma estos principios clásicos, seguirá latente el problema de cómo lograr que las prestaciones sean efectivas, pero igualmente respetuosas de la dignidad de sus destinatarios. Por ello, en el capítulo III, que es la gran aportación de la obra, la autora parte de la doctrina alemana sobre la organización y el procedimiento.

En este apartado es donde se reflejan más los frutos de la estancia en la Universidad de Münster realizada por la doctora Orbegoso, quien es de origen peruano, pero radicada en México desde hace algunos años, en donde se ha desempeñado como académica de la Universidad Panamericana, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala y, actualmente, de la Universidad de las Américas de Puebla.

La solución a la problemática, de acuerdo con la autora, pasa por añadir a las pautas clásicas que rigen a la administración otros dos principios que derivan de la cláusula del Estado democrático, como son el pluralismo y la participación. El pluralismo exige que al configurar cada prestación se tome

en cuenta la diversidad de los sujetos a quienes se dirigirán. La participación, por su parte, supone la colaboración de los destinatarios, pues de esta forma tendrán voz en la determinación de la prestación que recibirán y, además, se legitimará la actuación administrativa.

La incorporación de esos principios se concreta en dos elementos de la actividad estatal: la organización y el procedimiento. Una nueva comprensión de estos elementos será lo que permitirá garantizar *ex ante* la libertad del destinatario, quien no pretende actuar con base en meros caprichos, sino en opciones tuteladas por los derechos fundamentales.

De esta forma, hay que superar el entendimiento clásico de procedimiento como método para realizar un acto administrativo, para comprenderlo como un proceso jurídicamente ordenado de interacción entre la administración y el ciudadano necesitado, que debe ser a la medida de la persona, puesto que sólo con la participación directa de éste en la configuración y ejecución de la prestación se garantiza la vigencia de sus derechos fundamentales. Así pues, requiere la existencia de un procedimiento de actuación en el sentido tradicional, pero también una participación del usuario.

Por su parte, el habitual concepto de *organización*, entendido como la estructura institucional que se encarga de ofrecer y realizar las prestaciones, debe reconfigurarse a la luz de la idea del pluralismo social. Esto se traducirá en dos cuestiones: la primera, que la oferta prestacional sea plural, es decir, que existan centros prestadores tanto públicos como privados; la segunda, que la prestación en sí misma sea plural, o sea, que existan diferentes prestaciones adecuadas para cada contingencia, y que éstas incorporen un abanico de opciones satisfactorias para diversos usuarios.

Con estos dos criterios se le puede dar un cauce al pluralismo organizado en una diversidad de centros, y una variedad de prestaciones que atiendan a las opiniones y preferencias de los destinatarios. Esta solución es sugestiva porque permite superar una visión demasiado económica de las prestaciones sociales que, sobre todo, busca la medición de resultados como prueba de la eficacia gubernamental, pero que en ocasiones desatiende las necesidades reales de las personas y la diversidad social, tuteladas por la Constitución.

Como conclusión, se trata de una investigación muy solvente, que enseña al mundo hispanoparlante que, si bien la cláusula del Estado social da origen a la política que busca promover la protección de los derechos humanos a través de recursos y prestaciones que ejecuta el Estado para garantizar una vida digna a las personas, también puede dar lugar a una zona de peligro para los derechos. Eso supondría un contrasentido con la idea de Estado social, pues

éste se garantiza no sólo ofreciendo prestaciones efectivas, sino respetando otros derechos. Además, es interesante en su propuesta de solución que pasa por la incorporación un procedimiento que permita la participación del beneficiario en la toma de decisiones, y una organización que satisfaga la demanda plural de toda la sociedad.

José María SOBERANES DÍEZ**

** Profesor-investigador en la Universidad Panamericana; investigador nacional, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt.