

LA PARTICIPACIÓN EN LOS SERVICIOS SOCIALES(*)

ÁNGEL GARCÉS SANAGUSTÍN

SUMARIO: I. A VUELTAS CON LA PARTICIPACIÓN.– II. POBRES SIN BACÍN, SACIADOS DE DERECHOS.– III. EL DERECHO A PARTICIPAR EN UNA LEGISLACIÓN QUE PRIME LA PARTICIPACIÓN.– IV. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA Y DESORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.– V. LA IMPERCEPTIBLE FRONTERA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.– VI. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS: UNA CUESTIÓN DE APTITUD, MEDURA Y HONRADEZ.

RESUMEN: Análisis de las ventajas y disfunciones que produce la participación pública en los servicios sociales tras la reciente legislación aragonesa.

Palabras clave: servicios sociales; participación pública.

ABSTRACT: This paper analyzes the advantages and dysfunctions produced by the public participation in the social services domain after the recent legislation of Aragonese Autonomous Community.

Key words: social services; public participation.

I. A VUELTAS CON LA PARTICIPACIÓN

La participación es un tema nuclear y transversal de Derecho Administrativo, que contempla las relaciones entre el ciudadano y la Administración desde la perspectiva de la colaboración o integración y no desde la tradicional dimensión del conflicto. De ahí la contemporaneidad de la idea de participación en la actividad administrativa y su contradicción con las bases tradicionales del sistema jurídico que inspiró la formación del Derecho Administrativo (1).

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 12 de abril de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 11 de mayo de 2011.

(1) Sería ahora prolijo referir la abundante doctrina surgida en torno al tema de la participación. Debemos recordar, no obstante, el libro de M. SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, CEC, Madrid, 1980, que intentó sistematizar la cuestión en los inicios de la andadura constitucional. Ya por aquel entonces E. GARCÍA DE ENTERRÍA había publicado «La participación del administrado en las funciones administrativas», en el *Libro-Homenaje a Segismundo*

Obviamente, estamos ante una cuestión que tiene tanto una dimensión jurídica como una dimensión política, y donde se ventilan también algunos de los valores esenciales de la organización social y de su cristalización en el ordenamiento jurídico, tales como la naturaleza del poder, las relaciones entre el individuo y la organización política o la función del Derecho en un sistema presidido por la ideas de eficacia y de eficiencia.

Cualquier avance en la participación se identifica inmediatamente con un avance del sistema democrático. Es más, se ha llegado a presentar como una «democratización de la democracia» (2). Pero a veces se produce lo contrario,

Royo-Villanova, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1977. GARCÍA DE ENTERRÍA distingue tres círculos de participación. Por un lado, nos encontramos con la participación orgánica, que comporta que el ciudadano se incorpora a órganos estrictamente tales de la Administración. Por otro lado, se puede hablar de una participación funcional, que permite al ciudadano intervenir en el ejercicio de funciones administrativas sin perder su posición privada y sin incorporarse, por ello, a un órgano administrativo formal. Por último, y en tercer lugar, se puede hablar de una participación cooperativa, en la que el administrado, sin dejar de actual como tal y sin cumplir con funciones materialmente públicas, secunda con su actuación privada el interés general en el sentido que la Administración propugna. Por cierto, en 1977, los profesores García de Enterría y S. MUÑOZ MACHADO («Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración», RAP núm. 84, p. 535) citan en sendos trabajos un célebre artículo de Schmitt-Glaeser titulado «Participation an Verwaltungsentscheidungen» (La participación en las decisiones administrativas). En el artículo de Muñoz MACHADO se desliza una pequeña errata al titular el trabajo de Schmitt-Glaeser del siguiente modo: «Participation an Verwaltungsentscheidmugen». Lo sorprendente del caso es que, a partir de entonces, la inmensa mayoría de los trabajos que he consultado al respecto incurrir en el mismo error. Por otro lado, la perenne actualidad de la cuestión puede comprobarse en la reciente publicación del libro *Participación ciudadana ...para una Administración deliberativa*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2009, en el que varios autores reflexionan sobre esta cuestión incitados por la Dirección General de Participación Ciudadana.

(2) Se ha apuntado la indiscutible base democrática que refleja la Administración pública como resultado de su estricta vinculación a la ley, la elección democrática directa o indirecta de sus máximas autoridades, la responsabilidad política de éstas ante el poder legislativo y el control jurisdiccional de todas sus actuaciones. Véase al respecto J. BERMEJO VERA, «La participación de los administrados en los órganos de la Administración pública», en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*, Estudios en Homenaje al Profesor González Pérez, I, Civitas, Madrid, 1993, p. 649. Por otro lado, un análisis de los principios constitucionales que sirven de orientación y límite a la participación se encuentra en L. MARTÍN-RETORTILLO, «La participación en la Administración pública. Principios y límites», en *Anuari de la Facultat de Dret*, Estudi General de Lleida, 1985, pp. 94 y ss. Asimismo, es preciso recordar lo remisa que es la jurisprudencia constitucional a incardinar las diferentes formas de participación en el ámbito del artículo 23.1 de nuestra Constitución. Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse una concreta manifestación del artículo 23 es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular. Por tanto, se insiste en la estrecha vinculación entre los derechos reconocidos en el artículo 23, apartados 1 y 2, y el principio democrático, manifestación, a su vez, de la soberanía popular (SSTC 32/1985, de 6 de marzo, 149/1988, de 14 de julio, 71/1989, de 20 de abril, 212/1993, de 28 de junio, y 80/1994, de 14 de marzo, entre otras). Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha rechazado la vinculación entre la elección de representantes sindicales y el artículo 23 (STC 189/1993, de 14 de junio) o entre dicho precepto y la condición de miembro de la Junta de

una relación inversamente proporcional entre la llamada «democracia ejecutiva» y la democracia, que tal mal parada sale cuando la adjetivan (3).

Es más, bien podemos afirmar que la participación puede servir para una cosa y para la contraria. Así, para algunos, su origen se vincula a la noción de servicio público y sus primeras referencias datan del Derecho francés. Bernard GENY representará esta corriente que intenta abordar este asunto desde la perspectiva de la colaboración de los particulares con la Administración (4). Para otros, la cuestión de la participación está íntimamente relacionada con la crisis del régimen democrático y, en consecuencia, refleja una cuestión que se plantea en todos los países, si bien con distinta perspectiva, en la Europa de entreguerras. Especialmente significativa al respecto fue la opinión durante ese período de Heinrich TRIEPEL, en la que se percibe un tono hipercrítico frente a la realidad de los partidos políticos, llegando a plantearse la incompatibilidad de la democracia política con la democracia representativa, lo que le conduce a proponer que el protagonismo sea asumido «por otras fuerzas integrantes de la comunidad», que configurarán un nuevo tipo de autoadministración nacida del «seno del pueblo» (5).

Gobierno de una Facultad (como en la citada Sentencia 212/1993). E igualmente ha concluido que los cargos de la Junta de Gobierno de un Colegio de Abogados no se encuentran incluidos entre los cargos públicos que prevé el artículo 23.2 (STC 23/1984, de 20 de febrero), y lo mismo cabe decir del Secretario de un colegio público (STC 80/1994, ya aludida). Por ello, la «participación directa en los asuntos públicos» se ha vinculado a las distintas modalidades de referéndum (STC 63/1987, de 20 de mayo, y ATC 399/1990, de 12 de noviembre) o a la cuestión de la iniciativa legislativa popular (STC 76/1994, de 14 de marzo y AATC 570/1989, de 27 de noviembre, y 140/1992, de 25 de mayo). Dentro de las modalidades de participación directa habría que encuadrar también el denominado régimen de Concejo Abierto (STC 119/1995, de 17 de julio). En resumen, los derechos de participación, representación y acceso a cargos y funciones públicas, cuyo reconocimiento general obra en el artículo 23 de la Constitución, se circunscriben al ámbito de la representación política, abarcando ésta, no obstante, no solo la representación en cámaras legislativas sino también a los «representantes» cuya designación resulta «directamente» de la elección popular, lo que permite la extensión de esta garantía constitucional a los concejales (STC 10/1983, de 21 de febrero). En algunas ocasiones los asuntos enjuiciados por el Tribunal Constitucional están afectados por una importante carga mediática y política. Es el caso, por ejemplo, de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, sobre la Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política, que toma como referencia argumental el Dictamen núm. 1119/2008, de 3 de julio, del Consejo de Estado.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 6ª edición, 2009, considera un error plantear que la democracia en la designación de los administradores asigna un plus de legitimidad a éstos que reduciría correlativamente la función de control del juez sobre su actuación.

(4) B. GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930.

(5) J.L. CARRO, en el prólogo a la traducción española del libro de H. TRIEPEL, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, que recoge su discurso de toma de posesión del Rectorado de

Y no debemos pasar por alto que es en este contexto de la crítica acerba al régimen liberal donde se encuentran algunos de los escritos más profundos y logrados de la ciencia jurídica. En los años veinte, Carl SCHMITT consolida una obra dirigida a denunciar la crisis que en aquel momento sufría la institución parlamentaria, que achacaba a la actuación de los partidos políticos democráticos. El gran pensador y jurista alemán sostenía que los partidos habían destruido el parlamento. Y algunas de sus críticas parecen describir la realidad actual, ochenta y cinco años después. En efecto, Schmitt sostenía que el parlamento era una apariencia, un mero decorado. Denunciaba que en el parlamento solo se pronunciaban discursos retóricos y que donde solo hay retórica no hay intercambio de ideas. Ponia de relieve que en el parlamento no se buscaba la concertación, que se producía extramuros, ahí donde se encontraban los auténticos centros de decisión. Mantenía que en el parlamento no se tomaban decisiones, sino que se acordaban en los despachos de los grupos de interés. Concluía, por último, que el parlamento estaba políticamente muerto y que la política se haría en el futuro por otras fuerzas y por otros cauces (6).

En la actualidad, como indica Eloy GARCÍA LÓPEZ, sabemos que los congresos de los partidos son meros espectáculos sin capacidad de decisión, que la lógica de los partidos es una mera lógica de poder y que la selección de los dirigentes no se hace en función de criterios ideológicos sino que se efectúa en base a relaciones de grupo. Conocemos también que los programas políticos y los textos legislativos se encargan a agencias de comunicación o bufetes privados, sin que en muchas ocasiones se den ni siquiera unas directrices mínimas sobre el contenido de los mismos. Sabemos, en suma, que los partidos se han convertido en una máquina de representación de imágenes y que, en consecuencia, la construcción virtual de la realidad ocupa el lugar que otrora desempeñaran los programas ideológicos (7).

Con esos precedentes no nos debe resultar extraña la ambivalencia que el concepto de participación mantiene en la actualidad. Puede constituir una

la Universidad de Berlín, en el otoño de 1926, aborda la reacción del autor alemán a la opinión dominante en aquel momento de que la ley era un acto absolutamente soberano y, por tanto, no vinculado constitucionalmente, sobre todo en relación a los derechos fundamentales (p. 19). Recuerda, asimismo, J.M. BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 49-50, que THOMA, siguiendo a la mayoría de los autores de Weimar, no reconoce la superioridad «efectiva» de la Constitución sobre la Ley.

(6) Véase al respecto el excelente artículo de E. GARCÍA LÓPEZ, «Ley electoral y régimen de partidos», en *Parlamento y partidos políticos (XV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 131 y 132.

(7) E. GARCÍA LÓPEZ, ob. cit., p. 132.

laudable corriente antiburocrática que contribuye a permeabilizar la Administración con la aceptación de nuevas realidades sociales o puede acentuar el control público sobre el medio social mediante la recepción constante de información y la integración permanente de las categorías sociales que se pretende dominar.

Siempre quedará, al final, la ecléctica evolución de quienes comenzaron pensado de un modo y asumieron posteriormente otra manera de pensar. Es el caso de Ernst FORSTHOFF, estimado discípulo de Schmitt (8), quien vuelve a vincular el fenómeno participativo y la definición del sistema científico de Derecho administrativo cuando, al abordar la descripción de la «Administración como aportadora de prestaciones», la presenta como aquella Administración en la que no se trata de libertad sino de participación (9).

Y han surgido nuevos grupos o colectivos que, al calor de políticas sectoriales concretas, se han arrogado una determinación interlocución con la Administración. La aparición de ordenamientos sectoriales y «seccionales», el descubrimiento de los «intereses colectivos», la quiebra del concepto abstracto de ciudadano a favor de su consideración como sujeto específico de las diferentes políticas públicas —usuario de un servicio público o consumidor, por ejemplo— o, por qué no, la propia organización de determinados intereses sectoriales como auténticos grupos de presión explican la proliferación de estas modalidades participativas. Y todo ello ha triunfado gracias al ariete de la participación, concepto taumatúrgico que todo lo avala. Sin embargo, la realidad nos muestra que habrá que atender a la naturaleza de las entidades intervinientes, a la concreta definición de las funciones que asumen y al correcto engarce con la Administración y con sus «representados» para confirmar los presuntos beneficios que genera la participación en cada supuesto.

El éxito de la participación implica la superación definitiva de la exclusiva y excluyente dicotomía entre interés público e interés privado, ya que supone la aceptación de determinados intereses y valores colectivos que asumen una función de intermediación entre el ciudadano y la sociedad. En estos casos, el ciudadano se presenta portando un interés *uti cives* y no *uti singulus*, lo que no es óbice para afirmar que el ciudadano perseguirá, a través de la mejora

(8) Una completa visión de la relación entre ambos autores se encuentra en F. SOSA WAGNER, *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

(9) Vid. E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, traduit par Michel Fromont, Bruylant, Bruxelles, 1969, pp. 115 y ss. Sin embargo, él mismo se encargará de eliminar cualquier perspectiva relativa a la configuración de un nuevo sistema de la ciencia del Derecho administrativo partiendo del concepto de «procura existencial» en su libro *Sociedad industrial y Administración Pública*, trad. Celestino Fernández de la Vega, edición de la Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, p. 89.

del servicio público o del funcionamiento de la Administración, una situación que redundará en su propio beneficio. El miembro de un sector profesional que plantea unas determinadas propuestas, el usuario del servicio público que propone determinadas mejoras en el funcionamiento del mismo, el vecino que formula las correspondientes alegaciones al plan de urbanismo actúan desde su condición de ciudadanos, pero representan también determinados intereses colectivos cuya consecución provocará beneficios, aunque no sean necesariamente materiales, en sus condiciones de vida.

A tal efecto, deberíamos distinguir en la actualidad lo que son estrictamente movimientos sociales de otras categorías distintas, como los grupos de presión, las corrientes de opinión o determinadas manifestaciones de la emoción popular. A priori, solo los movimientos sociales actúan en defensa de un valor trascendente al propio grupo. En las últimas décadas hemos asistido a una paulatina absorción de los movimientos sociales por los partidos políticos o a su fraudulenta transformación en grupos de presión.

Pues bien, el acervo teórico existente puede ser útil para explicar parcialmente qué es la participación, cómo se ejerce y por quién —o, dicho de otro modo, en calidad de qué—. Pero los problemas que plantea la participación actualmente también deben analizarse haciendo referencia al cuándo y al dónde. En efecto, el cuándo es esencial, por ejemplo, para entender la participación en materia de planeamiento urbanístico, territorial o hidrológico, ya que ante la inaplicación absoluta de los mecanismos de información y captación de información existentes en la redacción del plan, esta manifestación de la participación funcional se circunscribe al momento de la tramitación del plan. Y ello hace que estemos ante una participación «reactiva», pues los ciudadanos y sus asociaciones solo pueden enmendar o rechazar un texto ya completo. Y el dónde es también una circunstancia esencial en un sistema organizativo en el que la pluralidad de entes y su dispar naturaleza impide una visión única o uniforme de las diferentes manifestaciones de la participación orgánica.

Isaiah BERLIN (10) exponía una idea sobre la libertad que bien podría aplicarse al supuesto de la participación. Este genial filósofo decía: «Cada cosa es lo que es. La libertad es la libertad; no es la igualdad, ni la justicia, ni la cultura, ni la felicidad, ni la buena conciencia». Pues bien, el fenómeno de la participación ciudadana en las tareas administrativas no comporta automáticamente ni más igualdad, ni más justicia, ni más democracia. La participación no ha de entenderse como un bien en sí misma, sino como un instrumento más destinado a alcanzar los valores que ha de perseguir el ordenamiento jurídico y una sociedad razonablemente democrática.

(10) I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

Tal vez, la manifestación más evidente de la degradación que ha sufrido el fenómeno de la participación radique en que, muchas veces, ya no estamos ante una simple actividad «medial», instrumental; participar se ha convertido en un fin en sí mismo, en un negocio *per se*.

A tal efecto, no hemos de olvidar que, desde un punto de vista esencialmente ideológico, se suele abordar el problema de la participación del ciudadano en las funciones administrativas como el complemento ideal para subsanar las deficiencias de índole democrática que se han detectado en la tradicional estructuración del Estado de Derecho. Por otro lado, la conformación del Estado Social comporta necesariamente el incremento de la actividad administrativa. El aumento de la incidencia del Estado en ámbitos ocupados hasta entonces por la iniciativa social justifica la revitalización del fenómeno de la participación, que actúa cual mecanismo de contrapeso.

Y en este aspecto, en la confluencia o mixtura entre el Estado y la sociedad, descansa la cobertura ideológica del fenómeno de la participación. Ahora bien, dicho esto, cabe explicar que Estado y sociedad no son hoy ya realidades unitarias o unívocas, sino que se ha procedido a una atomización tanto del uno como de la otra. En efecto, la novedosa configuración del entramado de relaciones entre Estado y sociedad, como consecuencia, según la terminología usada por Massimo Severo GIANNINI, del tránsito del Estado de clase única al Estado de la pluralidad de clases, conlleva la aparición del principio de heterogeneidad de los intereses públicos, y la consustancial pluralidad de sujetos públicos, de técnicas y formas de intervención administrativa y de relaciones jurídicas en función de la posición jurídica que ocupan los destinatarios de la actividad administrativa (11).

Ahora bien, la pluralidad de clases debe entenderse como la pluralidad de sujetos que se presentan y representan como portadores de inquietudes y de valores concretos. Es más, lo que se fragmenta en el nosotros, como colectividad, y el yo, como ciudadano. Como ya hemos indicado, el ciudadano ya no se presenta como tal sino como consumidor, regante, afectado, paciente, estudiante o peñista, por poner unos pequeños ejemplos de la variada y variopinta fauna existente en nuestro hábitat social. Y, en ocasiones, se producen situaciones que se podrían explicar a través de la paradoja Galileo, es decir, escenarios en los que la parte es, cuantitativa y cualitativamente, más importante que el todo.

Por otro lado, el Estado fuertemente centralizado surgido tras la Revolución Francesa ha dado paso al fenómeno de la descentralización territorial y funcional, y ello sin contar la cesión de soberanía y competencias a entidades

(11) M.S. GIANNINI, *El poder público*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

supranacionales. Obviamente, los cambios producidos en la concepción del Estado y en la percepción de la sociedad han contribuido decisivamente a que se produjeran algunas mutaciones en el Derecho Administrativo actual. La ley como producto normativo abstracto, universal y general ha quedado relegada por la pluralidad de ordenamientos, desglosados a su vez en múltiples estatutos; el estricto mecanismo de la separación de poderes queda desmentido en la práctica diaria, caracterizada por la disociación entre la institución y la función, de tal manera que un mismo poder contribuye a cumplir distintas funciones públicas (entendiendo por éstas las resultantes de una ideal división de las tareas fundamentales del Estado: legislativa, judicial, ejecutiva) y una misma función es cumplida por distintos poderes; la centralidad metodológica del acto administrativo y su concreción en una ideal unidad indivisible cede ante las exigencias del devenir de la relación jurídica y de su proyección en el tiempo; y, por último, el Derecho sufre una mutación teleológica y deja de ser únicamente un «derecho-poder» para ser reemplazado por un «derecho-función».

A tal efecto, cabe recordar que el Derecho del Estado liberal intentaba garantizar un marco abstracto y general de «autonomía protegida». Su gran obsesión era garantizar un ámbito intangible de autonomía personal. De ahí que se equiparara legitimidad y legalidad, que una actuación era legítima en tanto en cuanto se hubiera respetado escrupulosamente una legalidad que se aplicaba con arreglo a criterios próximos al automatismo matemático.

Sin embargo, habrá un momento en el que surgirá la idea de utilizar el Derecho como medio de intervención social. El Derecho se convertirá en un medio para alcanzar determinados objetivos sociales. Lo que importará a partir de entonces serán los resultados que se obtengan. El Derecho está al servicio del logro de determinados objetivos sociales o de la realización de algunas funciones. Se impone, por tanto, la lógica promocional del Derecho, que no solo legitima sino que, en muchos casos, determina la actuación obligatoria de los poderes públicos, tal como queda reflejado en el artículo 9.2 de la Constitución española, que exhorta a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

En consecuencia, no nos debe resultar extraño que la legislación administrativa haya incidido en el reconocimiento de los intereses legítimos colectivos o se haya producido una crisis en la noción de derecho subjetivo, tanto al producirse su extensión a ámbitos específicos de los sistemas sociales aportadores de prestaciones como al proliferar los diferentes estatutos de propiedad que contemplan a su vez derechos y situaciones jurídicas pasivas (cargas, obligaciones y deberes).

Sin embargo, uno tiene la sensación de que nunca, como hasta ahora, se han reconocido tantos derechos a los ciudadanos y nunca los ciudadanos se han visto tan poco reconocidos en esos derechos (12).

Por otro lado, solo es preciso constatar una realidad que, por evidente, tantas veces obviamos. Un Estado distribuidor y «manager» no ha de preocuparse solo de legislar sino que ha de asumir especialmente la función de actuar, y ello conlleva que el *locus* de la decisión se traslade del Parlamento a las instancias gubernamentales y administrativas (13). En este contexto, es posible afirmar que en muchas ocasiones la lucha por la participación en el seno de la Administración es la lucha por repartirse el Presupuesto, herramienta esencial en la distribución de los bienes y servicios que presta el Estado. Y, a tal efecto, hay que recordar que se produce en ocasiones una ardua competencia por los derechos que nunca se dio en relación a las libertades clásicas. Esta competencia se agudizará cuando disminuyan los Presupuestos públicos, ya de por sí muy limitados ante el incremento exponencial de las necesidades sociales, en períodos de crisis económica. El reconocimiento de un derecho a una persona o un colectivo puede suponer una merma en los horizontes de expectativas de otros individuos o colectivos.

La crisis económica ha supuesto, además, la enésima quiebra del ya por sí exiguo papel predominante del aparato legislativo. Las constantes y llama-

(12) A tal efecto cabe recordar la iniciativa adoptada por el parlamento gallego, que promueve la participación ciudadana en una sección contenida en su página *web* y titulada «Legisla con Nosotros». En dicha sección se puede opinar sobre los proyectos de ley que se encuentran en tramitación y sobre otros temas de interés. En noviembre de 2010, cuando escribo estas líneas, existen dieciséis debates abiertos y sólo dos de ellos han concitado alguna opinión, sumando tres opiniones entre los dos. En ese mismo sentido, la Ley de Cortes de Aragón 9/2009, de 22 de diciembre, reguladora de los Concejos Abiertos, establece que los Municipios entre 40 y 100 habitantes puedan sustituir la Asamblea Vecinal del Concejo Abierto por un órgano municipal compuesto por cinco representantes del pueblo, ante la imposibilidad de lograr en muchas ocasiones el quórum de un tercio de vecinos que permite constituir la citada Asamblea. La parnasiana idea de la democracia directa sucumbe, una vez más, ante la abulia del pueblo, que muestra una innegable indolencia cuando los temas a tratar son ajenos a sus preocupaciones cotidianas y a sus intereses privados. En ese sentido R. RUBIO NÚÑEZ, («La guerra de las democracias», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 16, 2007, pp. 96 y 97) recuerda que apenas el 22% de los españoles dice estar asociado a algo, y solo un 12 % reconoce tener un papel realmente activo en la entidad a la que pertenece. En otras palabras, el 78% de españoles no entra en la dinámica de la participación activa. Además suele estar restringida al ámbito cultural entendido de modo amplio (actividades artísticas, deportivas, literarias, científicas, costumbristas, etc.) asistencial y del voluntariado, y es difícil encontrar su traducción en la participación política.

(13) Hace muy interesante reflexión al respecto M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp. 61 y ss. A tal efecto, llega a considerar que la legislación ya no gira exclusivamente en torno a valores jurídicos, sino que se transforma en un instrumento auxiliar para la realización de otros valores, debiéndose adaptar a la dialéctica de éstos.

vas inejecuciones presupuestarias que estamos padeciendo confieren al poder ejecutivo el principal protagonismo a la hora de determinar qué partidas no van a ejecutarse y, en consecuencia, a qué sectores va a afectar especialmente el recorte de fondos públicos.

Desde hace tiempo se postula un cambio en la realidad de las Administraciones públicas españolas, un cambio paulatino de cultura administrativa. De una visión burocrática y formalista, de inspiración weberiana, la cultura de las modernas organizaciones públicas está mutando en un efectivo compromiso hacia los resultados. Frente al formalismo del proceder administrativo, que pone especial énfasis en la forma y en el procedimiento y obvia, aparentemente, el resultado y la calidad, se generaliza en nuestros días una visión de lo público donde se enfatiza el cumplimiento de los objetivos públicos y se gestiona bajo las pautas de la eficiencia y de la visión estratégica de lo público, todo ello como consecuencia de la interiorización de las prácticas propias del *public management*. La llamada «nueva gestión pública» ha ido calando en las Administraciones públicas modernas. En este sentido, cuando se habla de modernización administrativa se pretende acometer un cambio en la legitimidad de la actuación pública. Se dice que la legitimidad de las Administraciones Públicas no puede seguir sustentándose únicamente en la legitimidad institucional del mero comportamiento conforme a la legalidad formal, sino que además debe fundamentarse en la legitimidad por rendimientos, que se obtiene produciendo políticas, bienes y servicios públicos que respondan a criterios de evaluación de lo público socialmente aceptados.

Por otro lado, nunca deberíamos olvidar que cuando se adecuenta un espacio para una nueva realidad política estamos desplazando a otras fórmulas que venían ocupándolo. Cuando se postula «una democratización de la ejecución» se ha de saber que será a expensas de la intensidad intrínseca de la función legislativa. Cuando se estimula la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas se opta, sin ambages, por superar el tradicional principio de legalidad, sustentado en productos normativo-democráticos cerrados. Y es entonces cuando se empieza a hablar del nivel programático de la norma y de la quiebra del principio de generalidad que habría de inspirarla, salvaguardándose, en última instancia, un determinado ámbito de deliberada imprecisión (14). Por tanto, se pone en tela de juicio la concepción del Derecho moderno como un Derecho de juristas, que acarreó en su momento la consiguiente profesionalización de la judicatura y de la Admi-

(14) Resultan especialmente interesante en relación a esta asunto las reflexiones formuladas por M. CALVO GARCÍA, «Los límites de la seguridad jurídica: principios jurídicos y certeza del Derecho», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. V, Madrid, 1988, pp. 3153 y ss.

nistración. Y, en suma, se extiende la idea de que los juristas, amparados en la preocupación por las calificaciones formales de los conceptos, orientan la actividad administrativa hacia la satisfacción de los intereses propios del autor de la actividad y no, por el contrario, a la consecución de las aspiraciones de los destinatarios de la referida actividad. Así se procede a denostar un supuesto interés propio y espurio de la organización ajeno al abstracto interés general, para cuyo servicio y cumplimiento se concibió (15). Al final, lo que se plantea es la necesidad de «desalienar» el poder, de sacar a la luz aquellos ámbitos en donde se produce la ruptura de «la identidad entre gobernantes y gobernados», que es el gran dogma democrático y social contemporáneo (16). Aunque, en honor a la verdad, en medio de este marasmo que ha difuminado la relación entre gobernantes y gobernados y ha recurrido a términos deliberadamente imprecisos como «gobernanza», el problema ya no es tanto la ruptura de la referida identidad entre gobernantes y gobernados sino saber exactamente quién se arroga la función de gobernar y quién está dispuesto a asumir el rol de ser gobernado.

Todo ello contribuye al éxito social de la participación, que encuentra su pleno sentido en un contexto de desconfianza en la voluntad individual, de recelo hacia las libertades decimonónicas, de supeditación de los valores a la eficacia, de fragmentación social y de gresca territorial. Lo curioso del caso es que la sociedad española se encuentra especialmente a gusto en el magma de la crítica permanente a un Estado del que todo se espera.

II. POBRES SIN BACÍN, SACIADOS DE DERECHOS

Vaya por delante que en las sociedades industrializadas hay más marginados que pobres. Es decir, la indigencia social no es solo una cuestión de recursos económicos sino también de falta de integración. Las políticas asistenciales van mucho más allá del mero apoyo económico a los más necesitados y pretenden amparar a todas las personas con problemas de índole social. De ahí que se postule la creación de servicios sociales y de instrumentos de participación de la sociedad que contribuyan a mejorar el conjunto de las condiciones que operan sobre los necesitados o los marginados.

La nuestra es una sociedad sin privilegios estamentales y con derechos del hombre. Por ello, los inmigrantes no legalizados son también titulares de los

(15) Hermann KANTOROWICZ, «La lucha por la ciencia del Derecho», en el volumen colectivo *La ciencia del Derecho*, Losada Buenos Aires, 1949, p. 360, afirma acerca de los problemas que genera la aplicación del Derecho que «en todos estos casos es la voluntad el verdadero actor. La deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés».

(16) Tal como recuerda E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *ob. cit.*, p. 306.

derechos fundamentales y disfrutan de los derechos sociales básicos (educación, sanidad y servicios sociales). Ahora bien, según Antonio SERRANO, estas indudables conquistas generan un efecto contraproducente: como la exclusión ya no se considera un elemento consustancial, inherente, del programa social, tendemos a relajar la observación de las formas de discriminación, debilitando así nuestro ojo crítico. Así, por ejemplo, dirigimos nuestra mirada a aquellas personas que no gozan de estas conquistas en otros rincones del planeta (y nos apresuramos a poner en pie políticas de exportación de nuestros derechos) pero vemos poco a los que están excluidos entre nosotros. Y a estos los vemos menos no tanto por culpa nuestra (por culpa de nuestra hipocresía) sino por culpa del propio sistema social en que vivimos, el cual fragmenta y dispersa nuestra mirada. Las políticas sociales tienden, en consecuencia, a erradicar o paliar las consecuencias de la pobreza y de la marginación, pero también contribuyen a hacerlas invisibles, a esconderlas bajo un manto de derechos, en medio de continuas referencias a la justicia social e invocaciones a la participación y a la solidaridad (17).

Esta hipermetropía social que padecemos produce marginados transparentes, que acaban «integrándose» en nuestra sociedad de un modo más activo y vinculante que las capas altas, pues han de relacionarse permanentemente con la Administración asistencial de la que dependen aspectos básicos de su subsistencia y han de conocer los diversos horizontes de expectativas jurídicas. Sobreviven gracias a los diferentes servicios públicos y, en ocasiones, ven en el Estado social un «bazar de todo a cien». Y, sin embargo, cada vez son más dependientes de las decisiones que adoptan los otros estratos sociales a través de personas jurídicas, privadas o públicas, interpuestas. Se da, una vez más, esa constante histórica por la que los peligros y amenazas que acechan a algunos hombres cobran forma en el pensamiento jurídico-político de otros.

Hoy sería impensable un censo de pobres, que violentaría nuestras conciencias y mancillaría algunos de nuestros derechos, pero los pobres existen y compiten por unos servicios públicos que crean guetos invisibles —y algunos perfectamente visibles si observamos la ubicación y dotaciones de algunos barrios en los que se han construidos viviendas de protección oficial de promoción pública—, produciéndose la consiguiente segregación social. Y, por ello, olvidamos algunas cuestiones esenciales. La pobreza no es un asunto que deba medirse exclusivamente en términos monetarios. Ni siquiera consiste en una relación entre medios y fines. En las sociedades avanzadas, sobre todo, es una relación entre personas y, en consecuencia, un estatus social. Muchas personas se socializan a través de la sensación de inferioridad que mantienen frente a otras. Es decir, el hombre se socializa realmente cuando asume su

(17) A. SERRANO, «Pobres de bacín», en la revista *La expedición*, núm. 6, 1998, pp. 5 a 8.

alto grado de vulnerabilidad y de inseguridad. Y las políticas sociales ofrecen protección y seguridad a cambio de paz social, aunque sea a costa de desincentivar los mecanismos que provocan la movilidad social, aunque sea generando sociedades cada vez más rígidas, más estratificadas, en las que el ascenso y el descenso social son movimientos atípicos.

Por otro lado, es evidente que en la compleja sociedad actual lo que cada uno de nosotros es ya no viene predeterminado únicamente por el origen o el estatus social. De ahí que la infelicidad y el sentimiento de postración se extiendan a individuos de todas las clases sociales. Pobres obesos y ricos deprimidos, todo un paradójico paisaje social. Sin embargo, la posmodernidad resulta difícil de combatir debido a la segregación permanente de auto-inmunizadores que hacen imposible toda disensión, ya que transforman sus afirmaciones en verdades de fe ante las cuales solo cabe creer o no creer.

Y todas estas paradojas afectan directamente al núcleo de la participación. En el ámbito de los servicios sociales, los cauces de participación son utilizados, en ocasiones, no por los beneficiarios del sistema o por sus representantes legales sino por entidades u organizaciones que dicen representar sus intereses y aspiraciones. Esta «tutela» o «curatela» social permite tranquilizar las conciencias y eludir cualquier objeción acerca de los mecanismos de integración existentes.

Es más, el conjunto del sistema tiende a lo que podría denominarse una «sudafricanización social a la inversa», esto es, a la perpetuación de guetos sociales, cuya existencia es admitida y asumida plenamente por quienes sobreviven en esa situación social. En consecuencia, asistimos a un proceso de profundización de la sociedad dual, que no va a generar ningún tipo de conflicto sino que va a permitir la consolidación de los diferentes estratos sociales.

Pues bien, esta amalgama de paradójicas situaciones sociales se complica aún más con el batiburrillo estatutario acaecido en los últimos años. Las nuevas normas estatutarias recogen un sinfín de principios, derechos y deberes con idéntica fruición y mayor desparpajo que la propia Constitución. Los nuevos Estatutos dan acogida al contenido del artículo 41, en la medida en que dicho artículo hace referencia a la Seguridad Social en cuanto concepto que engloba todos los sistemas públicos de protección social, ya que en él se alude a la universalidad subjetiva («todos los ciudadanos»), a la generalidad objetiva («ante situaciones de necesidad») y a una acción protectora amplia («asistencia» y «prestaciones»).

Por ello, los Estatutos cuando recogen el catálogo de prestaciones de «Seguridad Social» incluyen la prestación en situaciones de dependencia y la renta básica de subsistencia. La mayoría de los Estatutos configuran todas

estas prestaciones como derechos y, excepcionalmente, como principios rectores. Contamos ya con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que intenta poner orden en esta situación. En efecto, la STC 247/2007, de 12 de diciembre, tira por elevación a la hora de enjuiciar el Estatuto valenciano, que no debemos olvidar nunca es también una ley orgánica, e influenciado por las derivadas que genera el Estatuto catalán, lo dota de una aureola más propia de un texto constitucional que de un simple texto legal, restándole valor normativo inmediato. De ahí que esta sentencia sienta la discutible presunción absoluta de que todo derecho proclamado en un Estatuto precisa necesariamente de un desarrollo normativo. Además, el nacimiento de un derecho público subjetivo estará supeditado a la necesidad de completar la regulación que haya realizado el legislador ordinario (18).

Por otro lado, a veces hay que recordar lo obvio, y así es preciso acordarse en estos momentos de que el derecho ha de ser justiciable, ha de permitir el ejercicio de la correspondiente acción ante los órganos judiciales. Esta última consecuencia derivada de la sentencia puede parecer chocante, pero, como analizaremos más tarde, no lo es tanto si nos atenemos a lo dispuesto en muchas normas existentes en este sector. Así, por ejemplo, las leyes de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia reconocen derechos a los niños tan peregrinos como el ejercicio de la libertad de expresión y de cualesquiera otros derechos civiles y políticos, el derecho a conocer su pueblo o su barrio o el derecho a ser oídos en el ámbito familiar. Todos ellos son derechos legalmente reconocidos, con obligados aparentes. Ahora bien, qué consecuencias puede acarrear su incumplimiento, qué acciones podrían plantearse para su reconocimiento, quiénes serían los directamente demandados, en qué se concretaría la estimación del recurso. Y todo ello nos obliga a preguntarnos si es el ámbito judicial el medio oportuno para resolver cuestiones directamente referidas a las más estrictas e íntimas relaciones personales o que conciernen a situaciones extrajurídicas que vinculan al individuo en trance de socialización con su comunidad.

Por último, no me resisto a comentar otro fenómeno, que demuestra nuestra capacidad para extender determinados derechos secundarios cuando se carece de los esenciales y para reciclar derechos como si fueran desechos. En consonancia con lo dicho anteriormente, al intentar integrar la inmigración difuminamos algunos de sus problemas más perentorios. En relación a este fenómeno, cabe recordar que su regulación contempla en nuestro país situaciones tan antagónicas como la expulsión expeditiva y la creación de un sinfín

(18) La STC 31/2010, de 28 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por noventa y nueve diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Cataluña se reafirma en la doctrina anterior.

de órganos administrativos destinados a obtener información al respecto y dar una apariencia de normalidad e integración. Solo en el ámbito de la Administración General del Estado, la normativa sobre inmigración regula diferentes órganos con funciones de consulta o de coordinación interadministrativa. El Consejo superior de política de inmigración responde a ambas finalidades, pues es un órgano colegiado dependiente del Ministerio del Interior que posee carácter consultivo y coordinador de las políticas de inmigración de todas las Administraciones públicas y, por ello, se integran en él representantes de la Administración General del Estado, de las diferentes Comunidades Autónomas y de las entidades locales. Junto a él nos encontramos con el Foro para la integración social de los inmigrantes, en el que participan el Gobierno, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones sociales de apoyo. Sus funciones se limitan a la consulta, información y asesoramiento en políticas de inmigración. Como colofón, y con vocación de constituir un ejemplo de lo que podríamos llamar participación de expertos, se ha creado también el Observatorio permanente de la inmigración, en el que participan, junto a los diferentes representantes de las Administraciones territoriales, expertos en el análisis del fenómeno migratorio, universitarios y no universitarios, y en materias relacionadas con la estadística y la sociología. Como puede observarse, se recogen todas las formas de participación para analizar un fenómeno que tiende en ocasiones a desbordarnos.

III. EL DERECHO A PARTICIPAR EN UNA LEGISLACIÓN QUE PRIME LA PARTICIPACIÓN

Y con este magma social y jurídico que hemos descrito en el epígrafe anterior, no nos deberían resultar extraños algunos excesos de la legislación aprobada en este ámbito. Como compendio de la normativa anterior, que transcribe literalmente sin pudor en muchos preceptos, recaemos en la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. De algunas leyes solo cabría esperar que no contribuyeran a crear nuevos problemas. Y no hemos de olvidar que la ley más importante que atañe a los servicios sociales se aprueba todos los años y tiene carácter presupuestario. La aprobación de esta norma parte de un proyecto de ley que se sometió a un arduo y lento proceso de participación en el que intervinieron un centenar de entidades.

La Ley se prodiga en el reconocimiento de todo tipo de derechos y trata de incitar y excitar a la Administración, con objeto de que ponga en marcha acciones, planes y programas. En eso se parece a la norma que derogó de 1987, en la que se prevenía la aprobación de un Plan Aragonés de Servicios Sociales en un plazo perentorio. Pues bien, dicho plan nunca se elaboró y, en consecuencia, nunca se aprobó. Ello no obsta para que se haya producido en

las últimas décadas toda una eclosión de normas en este ámbito. Esta inusitada proliferación ha provocado la redacción de preceptos de dudoso valor jurídico, de artículos que no establecían ningún mandato u obligación, que se limitaban a enunciar deseos, o, lo que es todavía más chocante, de normas que no identificaban a los sujetos obligados y, caso de hacerlo, no preveían ninguna reacción ante el posible incumplimiento de la dudosa obligación establecida. Lo peor del caso es que las normas inútiles desprestigian el valor de las auténticamente necesarias, de las verdaderamente inexcusables.

La Ley de Servicios Sociales de Aragón, incluye, entre los principios rectores del sistema de servicios sociales, el de participación ciudadana, afirmando que «los poderes públicos promoverán la participación de las organizaciones de la sociedad civil y de todos los sectores afectados en la planificación y desarrollo del Sistema Público de Servicios Sociales». El Título VI de la citada Ley 5/2009 regula el conjunto de los mecanismos de participación ciudadana en el Sistema Público de Servicios Sociales, destacando entre ellos, como órgano máximo de integración de dicha participación, el Consejo Aragonés de Servicios Sociales. Este, de acuerdo con el artículo 57.1 de la Ley, «constituye el órgano máximo de integración de la participación ciudadana, social e institucional y de consulta en materia de servicios sociales». Dicho Consejo constituye una fórmula de participación orgánica. Entre las que cabe caracterizar como funciones de consulta o asesoramiento, se incluye tanto la emisión de informe preceptivo sobre los anteproyectos de ley en materia de servicios sociales, los instrumentos de planificación estratégica y el catálogo de servicios sociales, como la emisión de los dictámenes que le sean solicitados desde el Departamento competente. También cabe incluir en este tipo de funciones la posible formulación de propuestas y recomendaciones a la Administración de la Comunidad Autónoma para la mejora del Sistema Público de Servicios Sociales o de la normativa sectorial vigente, y la deliberación sobre todas aquellas cuestiones que la persona titular del Departamento competente en materia de servicios sociales someta a su consideración. Entre las funciones en que predomina la labor de seguimiento o control, cabe citar la de conocimiento del proyecto de presupuestos de la Comunidad Autónoma en materia de servicios sociales, la de seguimiento de la ejecución de los planes y programas y de la ejecución de los presupuestos, y, finalmente, la de elaboración de un informe anual sobre el estado de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma de Aragón. Mediante el Decreto 190/2010, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, se ha aprobado su Reglamento (19).

(19) De acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la Ley, en la composición del Consejo Aragonés de Servicios Sociales, al igual que en el resto de los órganos de participación del Sistema Público de Servicios Sociales, ha de asegurarse la presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, los colegios profesionales, las personas usuarias de los servicios sociales y

Junto a los órganos colegiados en los que participan diferentes organizaciones representativas de los intereses sociales, la Ley de Servicios Sociales de Aragón prevé, asimismo, un órgano compuesto por representantes de las diferentes Administraciones competentes en nuestro territorio, el Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales, concebido como órgano permanente de coordinación administrativa entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales de Aragón. La Ley de Servicios Sociales de Aragón, en su artículo 52, establece previsiones sobre la composición y funciones del Consejo Interadministrativo, pero remite al desarrollo reglamentario la regulación concreta de su composición, funciones y régimen de funcionamiento. Dicha norma ha sido aprobada mediante el Decreto 191/2010, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón.

No obstante, la participación se ha centrado especialmente en la elaboración del Decreto que ha de regular el catálogo de prestaciones del sistema público de servicios sociales de Aragón. El proyecto de Decreto, cuya elaboración ya contó la participación de las principales entidades que ejercen su actividad en este sector, ha sido sometido a información pública (20), a la par que se ha dado audiencia a las asociaciones representativas de intereses colectivos en el ámbito de servicios sociales. En este caso, la inclusión en el catálogo de un determinado servicio puede contribuir a garantizar la financiación pública. De ahí que, en este caso, la participación se traduzca

las entidades de la iniciativa social. La composición de los diferentes órganos del Consejo —Pleno, Comisión Permanente y Comisiones Sectoriales— garantiza dicha presencia y su naturaleza paritaria, con igual número de representantes de las Administraciones Públicas y de las diferentes entidades y organizaciones de la sociedad civil.

(20) En relación al trámite de la información pública es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rebajado algunas de las perspectivas planteadas por la legislación de procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, las SSTs de 7 de mayo y 16 de mayo de 2008 han matizado el derecho contenido en el artículo 86.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por el que reconoce a quienes presentan alegaciones u observaciones el derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada. Según el contenido de dichas sentencias, en los procedimientos de información pública de grandes proyectos de infraestructuras no existe la obligación administrativa de comunicar o notificar una respuesta individual o singular, de contenido diferenciado, a cada uno de quienes alegaron. Basta que el informe sobre las propuestas contenga razonadamente la elección de la alternativa elegida y que en el acto de aprobación del proyecto se expliciten las razones de la decisión en relación a las alegaciones presentadas. A este último acto se le dota de la publicidad necesaria a través de su inserción en el Boletín Oficial correspondiente. Ya mucho antes, la STC 119/1995, de 17 de julio, había negado que la información pública en un procedimiento administrativo constituyera un tipo de participación política, en sentido estricto. En dicha Sentencia, por la que se resuelve un recurso de amparo en relación a la audiencia de los planes de urbanismo, se dice que no todo derecho de participación es un derecho fundamental.

también en una legítima pelea por beneficiarse de determinadas partidas presupuestarias (21).

Ahora bien, no se pueda dar por concluido este capítulo sin recordar que se ha incumplido ampliamente el plazo previsto en la Ley para el desarrollo del catálogo de servicios, que iría unido al plan estratégico de servicios sociales, al mapa y a la carta de derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios sociales. Como ocurrió con la Ley de 1987 se incumplen las provisiones legales relativas al estudio de las necesidades sociales existentes en el territorio y a la planificación destinada a abordarlas y paliarlas. Y todo ello se hace en un contexto presidido por un proceso descentralizador en las comarcas, que se ha caracterizado por la ausencia de regulaciones específicas, de planificaciones generales o sectoriales y, por tanto, por una gestión absolutamente discrecional de esta materia por los referidos entes locales (22).

(21) No hemos de olvidar que la verdadera participación como influencia en la toma de decisiones se limita a un número reducido de sujetos. Esto ha permitido que algún autor haga referencia a una denominada «práctica selectiva» de la participación (J. CHEVALLIER, «La participation dans l'Administration française», en *Revue d'Administration publique*, núm. 39, II, p. 564). En otro orden de cosas, cuando la participación se articula a través de mecanismos que comportan una auténtica alternativa institucional, los desajustes en la definición de los criterios de representación pueden producir graves problemas de representatividad. Es el caso de la Universidad, donde determinados excesos a favor de la representación del alumnado tanto de carácter cuantitativo como de carácter cualitativo —al permitir su intervención en órganos, como los Consejos de Departamento, que requieren una especial cualificación técnica— han generado un déficit de representatividad, que se intenta paliar extemporáneamente con la «profesionalización» del representante. Todo ello comporta el dominio de la situación por las denominadas «minorías activas», lo que nada tiene que ver con la pretendida «democratización» de la alta institución académica. Cualquier aproximación a la realidad existente en nuestros Centros universitarios podrá detectar la presencia de representantes de los alumnos que pertenecen a todos y cada uno de los órganos de gestión del Centro. Muchos de ellos han sido elegidos para esos puestos en elecciones cuyo nivel de participación apenas ha superado el 10% del censo. Además, estos alumnos deciden sobre cuestiones tales como la de quiénes han de ser algunos de los miembros que han de integrar la Comisión que habrá de valorar los méritos e historial de los diferentes aspirantes a una plaza de los Cuerpos docentes universitarios o cuál es la Tesis Doctoral que se propone a efectos de la obtención del correspondiente Premio Extraordinario. Todo esto pone de manifiesto una de las cuestiones básicas sobre las que gira el tema de la participación y que excede ampliamente el ámbito estrictamente académico. Existe una concepción de la participación, aceptada sin grandes reticencias, que ve en ella el cauce idóneo de expresión de la voluntad de las minorías. Desde esta perspectiva, habría unas minorías activas que se integrarían en el sistema a través de las vías habilitadas por la participación. Lo curioso del caso es que la voluntad de las minorías se acepta jubilosamente siempre y cuando esas minorías no pertenezcan a la elite intelectual o profesional. Algunas de estas cuestiones ya las apuntó Georges VEDEL en *La experiencia de la reforma universitaria francesa: autonomía y participación*, Civitas, Madrid, 1978.

(22) Cuando se está culminando la redacción de este trabajo, a finales de marzo, aparece publicada en la prensa local la noticia de la perentoria convocatoria y constitución de los órganos de participación aludidos en este epígrafe para que «ratifiquen» el borrador de decreto del catálogo de prestaciones sociales y se pueda proceder a su aprobación antes de la terminación de la legislatura, precisamente cuando están prohibidos las inauguraciones de obras públicas y cualesquiera otro tipo de actos de dimensión electoralista.

En este estado de cosas, en principio no hay nada que objetar a la idea de participación que impregna al conjunto de las políticas realizadas en el marco de los servicios sociales. Otra cuestión distinta es la ejecución de esta idea y su plasmación en normas y acciones concretas. A tal efecto, debemos señalar que, en este ámbito, lo esencial es la determinación de los agentes que participan y las funciones que asumen, y no tanto la organización elegida para plasmar e fenómeno de la participación. Por ello, es posible encontrar fórmulas muy diversas para resolver cuestiones parejas, desde órganos administrativos adscritos a la autoridad competente en los que, como ya hemos visto, se hace efectiva la representación de intereses, hasta entes de naturaleza institucional, que pretenden ser una auténtica alternativa al modelo tradicional de Administración burocratizada. Por ello, es preciso realizar un breve análisis descriptivo de esta realidad (23).

IV. PARTICIPACIÓN ORGÁNICA Y DESORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En primer lugar, existe en este ámbito la típica modalidad de participación orgánica, que consiste en la creación de órganos u organismos colegiados de composición compleja a los que se les ha atribuido funciones de control y asesoramiento de la actividad administrativa acometida en este ámbito. Se promueve de este modo la creación de un sinfín de órganos consultivos de carácter general (consejos territoriales de bienestar social) o sectorial (consejos de la juventud o de la tercera edad). En su composición se integran las diferentes Administraciones públicas competentes, las omnipresentes organizaciones sindicales y determinadas entidades privadas que, casi siempre sin un ánimo de lucro evidente, conforman lo que antaño se llamaba el tejido social.

Debemos destacar al respecto el elevado grado de atomización y dispersión de este fenómeno, pudiéndonos encontrar órganos de naturaleza y composición similar en los diferentes escalones de la organización territorial, con ciertas funciones que se solapan y con una previsión acerca de la composición de los mismos que admite situaciones que podríamos calificar de «dualidad representativa». En ocasiones, como afortunadamente se ha definido, se lesiona el «principio de congruencia participativa», y se da una especie de «círculo caótico» por el hecho de que quienes participan en una decisión son frecuente-

(23) Véase al respecto BARRANCO VELA, «El principio de participación en las leyes de servicios sociales», *Alternativas: cuadernos de trabajo social* núm. 2, 1993, pp. 231 y ss. Especialmente interesante es la lectura del trabajo de A. GARCÍA INDA, «La generalización del voluntariado, o la nueva militancia», en *El voluntariado: regulación jurídica e institucionalización social*, Egido, Zaragoza, 1999.

mente los mismos que participan en otra de signo contrario. A tal efecto, y aún a riesgo de ser reiterativo, cabe insistir en que la participación está limitada en fines, formas, medios y efectos. La pérdida de esta perspectiva conduce a la ruptura de la congruencia en instituciones necesariamente diseñadas desde la propia naturaleza de sus funciones (24).

A este problema contribuyen determinados factores que se soslayan cuando se proyecta la arquitectura de nuestra organización administrativa. Así, por ejemplo, una excesiva heterogeneidad en la composición de los órganos de participación conlleva la consiguiente exacerbación en la búsqueda de los intereses particulares y la tentación de «recrear» el interés general. Por otro lado, también se puede apreciar el carácter discontinuo de la participación, regulada y convocada tantas veces arbitrariamente por las Administraciones correspondientes, que le dota de un cierto carácter aleatorio y permite su manipulación mediática y de legitimación de decisiones por quienes desde las propias entrañas de la Administración cuentan con la capacidad para convocar e incidir en la actuación de los órganos donde se articula el fenómeno de la participación.

Y, además y sobre todo, el incremento de la participación administrativa acarrea una exoneración de la responsabilidad política, dado que las responsabilidades individuales se diluyen en el seno de órganos colegiados. A ello hay que unir que la responsabilidad jurídica frente a terceros de las autoridades y empleados públicos hace tiempo que desapareció de nuestro ordenamiento jurídico, ya que ha quedado limitada únicamente a los casos de mayor relevancia penal.

Al fin y al cabo, una forma de neutralizar este fenómeno consiste en exacerbarlo, es decir, en plantear «excesos» a la hora de configurar la composición de los órganos y entidades que sirven a la participación, hasta hacerla ineficaz. Bien podría hablarse en estos supuestos de la existencia de una «porción soluble» de la participación, lo que conduce a reconocer una «porción insoluble», que impide su adecuado funcionamiento. No hemos de olvidar que la verdadera participación, como influencia en las decisiones públicas, se limita a un número reducido de sujetos. Y habría que hacer en cada supuesto un análisis individualizado de cuáles son las organizaciones determinantes a la hora de tomar decisiones y qué criterios han permitido su posición dominante en el sistema, dado que, probablemente, nos encontraremos con situaciones en las que han prevalecido criterios predominantemente políticos.

También deberíamos plantearnos si es necesaria la presencia activa de las entidades sociales ahí donde el legislador ha previsto mecanismos añadidos

(24) A. PÉREZ MORENO, «Crisis de la participación administrativa», RAP núm. 119, 1989, p. 128.

de protección a determinados ciudadanos, como en el caso de la normativa reguladora de la protección de menores. En dicha regulación, aprobada tanto a nivel estatal como autonómico, se establece un detallado procedimiento de acogimiento y adopción con objeto de encontrar la familia más adecuada para el menor, sacrificándose la rapidez en aras de la seguridad y de la certidumbre sobre la idoneidad del núcleo familiar en el que va a insertarse el menor. En ese procedimiento intervienen equipos multidisciplinares de reconocida solvencia y especialización. Se distingue, asimismo, dentro de las situaciones de desprotección social del menor entre situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, y situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, lo que comporta la asunción por la entidad pública correspondiente de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor se intentan, además, agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que éste no quede desprotegido o indefenso en ningún momento, ampliándose las competencias del Juez al respecto. Ahora bien, lo que resulta especialmente interesante de esta Ley Orgánica es la relación de medidas e instituciones que intervienen para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores. Por ello, además de las garantías administrativas y judiciales, la Ley hace especial hincapié tanto en la intervención del Ministerio Fiscal como en la del Defensor del Pueblo, previéndose, además que uno de sus Adjuntos deba hacerse cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores. Algunas leyes autonómicas encomiendan también importantes funciones en esta materia a sus Comisionados Parlamentarios.

Por ello, deberíamos culminar este apartado con la siguiente pregunta: ¿tiene algún sentido un entramado asociativo en un ámbito donde los Jueces, los profesionales especializados de la Administración, el Ministerio Fiscal y los diferentes Comisionados Parlamentarios para la defensa de los derechos de los ciudadanos asumen importantes y concretas competencias en relación a los derechos de los menores?

V. LA IMPERCEPTIBLE FRONTERA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Las difusas fronteras que separan lo público y lo privado se difuminan, aún más si cabe, en un ámbito en el que no existen a priori intereses lucrativos. Por ello, vamos a analizar esos quebradizos límites en tres planos distintos. El

primero hará referencia a las cuestiones que plantea la confusa personificación jurídica de algunas entidades propias de este ámbito. A continuación intentaremos escudriñar las consecuencias que genera la trabazón existente entre el llamado tercer sector y las Administraciones públicas que lo sustentan. Por último, y tras recordar algunas invocaciones a la participación de los usuarios en los servicios sociales, procederemos a analizar cuáles son algunos de los derechos más relevantes o curiosos contenidos en esta legislación.

Hacíamos referencia anteriormente a la reciente aprobación de la Ley de servicios sociales de Aragón, y es preciso traerla nuevamente a colación porque somos muchos los que tenemos la impresión de que la ley ha perdido la oportunidad de resolver la principal cuestión, a saber, qué ámbito es irreductiblemente público y cuáles son las fórmulas de colaboración con las entidades privadas, incluidas las que integran un pujante sector empresarial, que está creando en la actualidad más puestos de trabajo que ningún otro.

Por otro lado, no hemos de olvidar que la forma de personificación de las entidades puede acarrear no solo un cambio en el régimen jurídico aplicable sino también un intercambio en los papeles que asumen los diferentes sujetos que intervienen.

Tampoco estaría de más recordar que la distinción entre entidades de iniciativa social y mercantil parece ceñirse a cuestiones relacionadas con las formas jurídicas utilizadas para su constitución. Sin embargo, algunas veces y bajo el revestimiento de personas jurídicas sin ánimo de lucro, como las fundaciones, pueden subyacer también intereses de índole lucrativa. Creo que no es inoportuno insistir en que, antaño, la fundación se definía como la dotación de un patrimonio para la consecución de un fin. En la actualidad más bien parece lo contrario, esto es, la declaración de un fin para conseguir un patrimonio. Y a ello ha contribuido el furor fundacional de entidades públicas y de agentes sociales.

En relación a los entes públicos, deberíamos diferenciar entre las fundaciones equiparables a las instituciones públicas y las fundaciones privadas constituidas por los poderes públicos (25).

En efecto, es preciso distinguir entre una fundación pública, en sentido estricto, y las fundaciones de naturaleza jurídico-privada que pueden estar impulsadas y gestionadas por entidades públicas. De todos modos, y en el peor de los casos, una fundación promovida por una Administración debe adecuar su actuación a determinadas normas propias del derecho público en

(25) En relación a esta materia resulta de especial interés y actualidad el capítulo de J.L. PIÑAR MAÑAS, «Asociaciones y Fundaciones» en el libro de J. BERMEJO VERA y F. LÓPEZ RAMÓN (Directores) *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 2107 y ss.

materias tan variadas como la contratación pública, la selección del personal o las normas presupuestarias y contables que les sean de aplicación. Dicho de otro modo, el carácter público de la entidad promotora impide la «huida» de las normas esenciales que caracterizan el Derecho público y que giran en torno a principios irrenunciables, tales como la publicidad o la libre —y no discriminatoria— concurrencia.

No hay que olvidar tampoco que las Administraciones Públicas pueden optar por crear entidades sometidas al Derecho privado, bien sea en el ámbito de la iniciativa social o cultural (fundaciones) o bien sea en el ámbito de la iniciativa mercantil (empresas públicas).

Por otro lado, esta dualidad entre fundaciones equiparables a las instituciones públicas y fundaciones privadas constituidas por los poderes públicos constituye una constante en la regulación de algunos sectores de intervención social y ha sido especialmente relevante en el ámbito de la sanidad (26).

Por otro lado, y en relación al llamado tercer sector, esto es, el grueso entrado de entidades privadas presuntamente sin ánimo de lucro, cabe plantear algunas cuestiones que frecuentemente son obviadas. (27) Tradicionalmente, se ha acudido a un sistema de conciertos con determinadas entidades, que

(26) No obstante, es preciso aclarar que no se puede extrapolar lo ocurrido en el ámbito sanitario al sistema de servicios sociales. Y ello es así porque las fundaciones gestoras de los servicios sanitarios obtienen su legitimación de una normativa sectorial, específica y propia, cuyo primer antecedente legislativo es el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el INSALUD, que va a ser el precedente de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Posteriormente, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, regula las fundaciones públicas sanitarias asimilándolas al régimen de las entidades públicas empresariales, esto es, entidades de naturaleza jurídico-pública que ajustan algunas parcelas de su actuación al ámbito del Derecho privado. A tal efecto, hemos de recordar que las fundaciones constituidas por las entidades públicas en el ámbito de los servicios sociales se constituyeron con arreglo a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General o de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/2002, de Fundaciones, que se ha limitado, en su Capítulo XI, a regular las fundaciones del sector público estatal. Ambas normas se limitan a una regulación de la institución fundacional desde el punto de vista civil, sin que, en ningún caso, constituyan títulos habilitadores que interfieran en la organización administrativa ni el ámbito competencial propio de otros entes públicos. De ahí que haya que estar en cada caso a la ley sectorial estatal o autonómica que configure un determinado sistema público de protección para establecer qué figuras y con arreglo a qué competencias pueden asumir la gestión de determinados servicios de naturaleza pública, como ya hemos analizado en el ámbito sanitario. Puede consultarse al respecto J.M SOCÍAS CAMACHO, *Fundaciones del sector público. En especial, el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006.

(27) Véase al respecto O. HOMS I FERRET, *Los retos del tercer sector ante la crisis*, Fundación Luis Vives, Madrid, 2009, M. HERRERA, *El Tercer Sector en los sistemas del bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, y VV. AA., *¿Trabajo voluntario o participación? Elementos para una sociología del tercer sector*, Tecnos, Madrid, 1997.

se caracterizan por su carácter no lucrativo, para resolver problemas acuciantes que incidían en el desarrollo vital y, más aún, en la supervivencia de las personas que requerían de una inmediata asistencia. Todo ello ha forjado un entramado de relaciones de colaboración con el sector privado, que debería ser respetado parcial, transitoria y excepcionalmente en el caso de que se pretendiera la sustitución del sistema tradicional de la acción concertada por otro más acorde con los asépticos principios de la contratación pública. Es decir, existen entidades cuyo papel histórico está constatado y ha sido fundamental para el mantenimiento del sistema. Ahora bien, el nuevo afloramiento de entidades comporta también un riesgo de fragmentación de los fines que se persigue y una segmentación de las acciones que se propugnan, contrario a las sinergias que deberían imponerse en este ámbito.

Vamos a desarrollar esta última idea que puede ser clave en el futuro funcionamiento de este sistema de protección social. El tercer sector, las entidades no lucrativas, no pueden financiarse con las cuotas de sus miembros o de sus «socios». De ahí que dependan de la financiación pública, lo que va a producir determinadas distorsiones. En primer lugar, se va a reducir la crítica a un poder público que sostiene económicamente a estas entidades. Por otro lado, el tercer sector vive en una permanente situación de incertidumbre, ya que la mayoría de sus ingresos va a depender de la obtención de las correspondientes subvenciones. Ello lastra la actuación de estas entidades, que deriva hacia su burocratización, pues van a destinar gran parte de sus esfuerzos a la realización de proyectos y programas que les permitan acceder a la pertinente subvención, descuidando de este modo los fines asociativos. Es más, no solo se aprecia una tendencia irresistible a la burocratización sino también, y lo que es más grave, a la tolerar pequeñas corruptelas necesarias para la subsistencia de la entidad. Me explico. La entidad ha creado una pequeña estructura para relacionarse con la Administración. Su funcionamiento requiere de un local y de unas personas dedicadas a desarrollar tareas de corte burocrático. Pero lo que la Administración subvenciona son programas o proyectos concretos. De ahí que, como ocurre en otros ámbitos como el de las ayudas a las entidades locales, se infle el presupuesto del programa o proyecto con objeto de poder sufragar los costes diarios, los gastos corrientes del funcionamiento de la entidad. Por otro lado, y dado que uno de los criterios para el otorgamiento de subvenciones puede ser el número de socios de la entidad, se fomenta una competencia un tanto absurda por la captación de socios. La gran paradoja del sistema de la solidaridad y el altruismo es que favorece una competencia, a veces desleal, entre las entidades afines por el reparto de recursos. Se pierde, por tanto, capacidad para la movilización social, mientras se prodigan los esfuerzos destinados a captar fondos, tanto públicos como privados. Con ello, se acentúan los perfiles organizativos y funcionales propios de una empresa de servicios. Surge lo que se ha dado en llamar la «caridad-business».

Obsérvese la perversión que, al final, caracteriza todo el sistema. A través de la convocatoria de subvenciones son los poderes públicos los que determinan cuáles son los fines y las actividades que han de considerarse prioritarias, con lo que se condiciona parte del funcionamiento de las entidades no lucrativas. Es más, entre las propias Administraciones públicas se produce el mismo fenómeno y el Estado intenta incidir en las competencias autonómicas a través del establecimiento de partidas presupuestarias destinadas a orientar las políticas sociales. Las Comunidades Autónomas reaccionan recurriendo ante el Tribunal Constitucional algunas de esas partidas y dilatando el concepto de acción social para lograr una extensión de su ámbito competencial. De hecho, desde las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional al respecto (la STC 76/1986, de 9 de junio, por la que se integran en el concepto de asistencia social los derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios en la Administración del País Vasco antes de su reconocimiento constitucional y la STC 146/1986, de 25 de noviembre, por la que se admite la financiación por la Administración General del Estado de programas de acción social) hasta las más recientes (la citada STC 239/2002, de 11 de diciembre) se ha consagrado, con alguna salvedad, un reconocimiento implícito de una especie de *spending power*, que permitiría la discrecional intervención en este ámbito de las diferentes Administraciones públicas implicadas en la construcción normativa del Estado del bienestar. Entre medio, la STC 13/1992, de 6 de febrero, por la que el Tribunal Constitucional solo declara inconstitucionales las partidas destinadas a transferencias a familias e instituciones sin ánimo de lucro para financiación mediante convenios-programa y las transferencias de capital a familias e instituciones sin ánimo de lucro para la supresión de barreras arquitectónicas, porque su gestión podía «regionalizarse». A nadie puede extrañar que, tras el panorama descrito en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el condicionamiento de las políticas locales, sobre todo en los pequeños municipios, por las Comunidades Autónomas, a través de la financiación de programas y proyectos, sea prácticamente total.

Tras décadas de descentralización, tras lustros de generar políticas que contemplen y acojan la participación ciudadana, el sistema vuelve a articularse, a través de los mecanismos de financiación, de arriba a abajo. El dinero vuelve nuevamente a ser decisivo a la hora de determinar quién decide y quién manda.

Por otro lado, debemos cumplir con el propósito inicial y, a tal efecto, recordar que la normativa vigente en este ámbito contempla mecanismos de participación de los usuarios de los servicios y de los titulares de las prestaciones. La imposibilidad real de que muchos de estos usuarios, por sus condiciones personales o sociales, participen plenamente en el control de la gestión de estos servicios, hace mucho más relevante el estudio de los catálogos de derechos de los usuarios de servicios sociales que se incluye en toda esta legislación.

Ahora bien, la introducción de estos listados generales de derechos y deberes no responde a otro fin (en la mayor parte de los supuestos que introducen) que el de servir de mero recordatorio de algunos —ni siquiera todos— derechos y obligaciones que aparecen dispersos en otras normas jurídicas, ya sean de tipo general o sectorial (derechos fundamentales recogidos en la Constitución española, derechos *al* y *en* el procedimiento previstos en la LRJPAC o derechos reconocidos en normativas tan dispares como la relativa a la protección de los consumidores y usuarios o la destinada a proteger los datos de carácter personal).

En este sentido, la utilidad de dedicar artículos a una regulación parcial y selectiva de los derechos y deberes de los usuarios de servicios sociales es más bien relativa, si bien se considera útil y didáctica. Y ello porque el reconocimiento de tal derecho o el establecimiento de una obligación para el usuario, no deriva, en un porcentaje muy elevado de supuestos, de su incorporación al listado contenido en la correspondiente legislación de servicios sociales, sino de su inclusión en las referidas normas generales o sectoriales, de manera que para conocer realmente cuál es el contenido del derecho enunciado no debemos acudir a la legislación de servicios sociales sino a las normas generales o sectoriales de las cuales traen causa esos derechos y obligaciones meramente enunciados en la referida legislación.

A tal efecto, cabe recordar el criterio establecido por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 336/2006, de 23 de marzo de 2006, al pronunciarse sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, en el sentido de *«suprimir el listado de referencia, lo que no impide que se incluya una declaración genérica... parece más adecuado que en este artículo de la ley proyectada se especifiquen los derechos que derivan de la regulación que se introduce o los que se reconocen en relación con su aplicación»* (28).

(28) Tanto la Exposición de Motivos como el artículo 1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, reconocen el «derecho subjetivo de ciudadanía» a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situaciones de dependencia «en los términos establecidos las leyes». Aunque, tal vez, hubiera sido más correcto decir que estas leyes reconocerán determinados derechos subjetivos para el logro de las finalidades previstas en las mismas. Por otro lado, se ha apreciado que la aplicación de esta ley, y el interés por percibir la prestación para cuidados familiares —que acarrea la afiliación a la Seguridad Social del cuidador—, trae la perniciosa consecuencia de que muchos usuarios sean sacados de unos servicios sociales que deberían constituir el eje vertebrador del sistema. En Aragón, más del 60% de los beneficiarios reciben una ayuda económica, cuando en los objetivos de la ley de Dependencia se insistía en que la prestación de servicios primaría sobre las ayudas económicas, que tendrían un carácter de excepcionalidad. Nunca insistiremos lo suficiente en la idea de que los servicios deben constituir la parte esencial del sistema y las prestaciones económicas han de ser complementarias. Sin embargo, las tradicionales técnicas jurídicas permiten un más fácil reconocimiento de «derechos subjetivos» cuando nos movemos en el ámbito de los «derechos de crédito» que en el de los servicios.

Por último, cabe recordar que algunos de los derechos recogidos en la legislación sobre servicios sociales hacen alusión directa al fenómeno de la participación, aunque apenas la concretan ya que remiten a un desarrollo reglamentario posterior. En efecto, a veces resulta absurda la traslación sin matices de ciertas formas de participación de los usuarios de otros sistemas —pensemos en el educativo, por ejemplo— al ámbito de la acción social. Así, por ejemplo, es habitual ver plasmado en la normativa que la financiación pública de un centro obliga a implantar mecanismos de control y aplicación de los recursos financieros con participación, entre otros, de los interesados. Pero, a veces, esta declaración bienintencionada es inviable articularla en la práctica. Muchos de los beneficiarios de la acción social adquieren esta condición por el grado de marginalidad que implica la incapacidad para desenvolverse por sí solos y, además, por las carencias del entorno social —y, en especial, del familiar— para resolver en ese ámbito los problemas derivados de dicha marginalidad. Más absurda resulta a veces la previsión legal que exige de estas entidades privadas una estructura interna democrática para acceder al sistema de subvenciones o para determinados reconocimientos públicos. Ni las entidades dependientes de la Iglesia ni muchas fundaciones, por la propia naturaleza intrínseca de la fundación, pueden acreditar ese funcionamiento democrático. Por ello, estas normas se soslayan en un sistema de subvenciones, ayudas implícitas, conciertos específicos y convenios encubiertos, que exigen del concurso de todos, máxime cuando la demanda de servicios se ha incrementado exponencialmente, y ha crecido a un ritmo muy superior al de la oferta de recursos públicos.

Como colofón a este epígrafe, y dado que mezcla las sucesivas cuestiones que hemos analizado en el mismo, debemos recordar que en los últimos años se ha intentado dotar de contenido empresarial a las actividades propias de los servicios sociales. Sin embargo, asistimos a una debacle del sector, producida por la fraudulenta competencia que supone la economía sumergida, cuyo control es prácticamente imposible, y por la perniciosa aplicación de la Ley de dependencia, que propicia, en contra de las propias previsiones de la Ley, la entrada de cuidadores familiares o informales. Lo sorprendente es que todo esto le supone un gran ahorro a las Administraciones públicas ya que la cuantía de la prestación económica vinculada al servicio es casi el doble de la prevista por cuidados del entorno familiar. La diferencia es que una repercute en el servicio y la otra en la cartilla del allegado.

La situación es tan absurda que algunas de las empresas del sector han creado entidades sin ánimo de lucro, asociaciones o fundaciones, que les permitan acceder a las correspondientes subvenciones públicas y así financiar implícitamente determinados proyectos profesionales. Es curioso, el modelo aparentemente altruista de las ONGs permite obtener más «beneficios» que el modelo empresarial.

Todo ello provoca una desprofesionalización de un sector que se ha pretendido equiparar a otros servicios públicos, como la sanidad, pero que parece retornar en algunos aspectos a los tiempos de la beneficencia.

VI. LA PARTICIPACIÓN DE EXPERTOS: UNA CUESTIÓN DE APTITUD, MEDURA Y HONRADEZ

En la antípoda de la técnica de la representación de intereses nos encontramos con la llamada participación de expertos. Con frecuencia, se apela a la participación de expertos no integrados con funciones específicas dentro de la Administración actuante para integrarlos en órganos públicos, bien permanentes, bien ocasionales o transitorios, a los que se encomienda un estudio o formular propuestas concretas sobre un determinado tema. Esta es la fórmula idónea para resolver aquellas cuestiones relacionadas con la llamada «discrecionalidad técnica» de la Administración, pues se les exige un enjuiciamiento objetivo de la cuestión, tendente a conseguir valoraciones objetivas e imparciales en puntos importantes afectados por su especial pericia técnica.

La participación de expertos no ha gozado, curiosamente, de gran predicamento en las últimas décadas. Tal vez, porque algunos la vinculan al régimen preconstitucional. Al fin y al cabo, en 1977, existía un amplio abanico de modalidades, que incidían en los ámbitos de la expropiación, de la concentración parcelaria, de las exportaciones, de la sanidad, del urbanismo, de los transportes terrestres o de la contratación administrativa. Y, sin embargo, esa rica realidad no era patrimonio único de la «democracia orgánica». La creación de órganos *ad hoc* integrados por expertos gozaba de un justo prestigio en el Reino Unido a través de las *Royal Commissions* (29).

Cabe recordar, en este momento, la importancia histórica de los Jurados Provinciales de Expropiación, que, a pesar del nombre y de estar presididos por un Magistrado, son órganos de la Administración General del Estado. Es preciso destacar la reiterada doctrina jurisprudencial ilustrativa de la presunción de legalidad y acierto de los acuerdos dictados por estos órganos de tasación, salvo en aquellos supuestos en que se incurre en una infracción legal, un error de hecho o una desafortunada apreciación de la prueba. No obstante, en ocasiones, estos órganos han visto como eran rebatidas sus valoraciones por los Tribunales Contencioso-Administrativos mediante la técnica procesal del dictamen pericial. Esta jurisprudencia ha venido alentada por la intromisión de

(29) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La participación del administrado en las funciones administrativas», pp. 312-313. Asimismo, cabe recordar que una de estas comisiones, la que llevaba el nombre de Skeffington, publicó en 1969 el informe titulado *People and Planning* que recoge determinadas cuestiones relacionadas precisamente con los problemas que plantea la participación.

los Jurados en ámbitos ajenos a su función, como, por ejemplo, la declaración acerca de la validez o invalidez de un contrato.

Y también es necesario advertir sobre los riesgos que supone toda una legislación autonómica que crea órganos similares pero de diferente composición, ya que prevé que todos sus miembros procedan de la Administración autonómica, lo que debería suponer una merma de la presunción anteriormente enunciada.

El urbanismo también nos ha puesto de manifiesto las lacras en las que puede incurrir esta participación de expertos. Tradicionalmente se han constituido órganos colegiados integrados por expertos que, con diferentes nombres (comisiones de urbanismo, comisiones de ordenación territorial, comisiones de urbanismo...), debían emitir informes o adoptar acuerdos en relación al planeamiento urbanístico. Sus funciones no se limitaban a un mero control de la legalidad, dado que podían apreciar y eliminar las decisiones presuntamente arbitrarias adoptadas en el ámbito local o considerar preferentes determinados intereses supramunicipales en juego. Con la experiencia práctica han aflorado situaciones absurdas. Porque absurdo es que en un órgano colegiado las abstenciones provocadas por el conflicto de intereses que afecta a sus miembros superen el de votos emitidos. Y esta situación de «compatibilidad» del ejercicio libre de la profesión y de pertenencia a estos órganos colegiados provoca presunciones de parcialidad. O, en todo caso, genera dudas sobre la independencia de los miembros de estos órganos, con el consiguiente riesgo de que la clase política aproveche esta «debilidad» de la posición del experto para hacer prevalecer sus criterios políticos o para relajar los controles internos de legalidad.

Entre las fórmulas que recogen la llamada participación de expertos en el ámbito de los servicios sociales, cabe destacar el supuesto de la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción.

A tal efecto, cabe recordar que el artículo de la 107.2 LRJPAC permitió que las leyes pudieran sustituir el recurso ordinario por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo el procedimiento administrativo.

Dicho precepto ha sido modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que ha sustituido las referencias al recurso ordinario por las relativas al recurso de alzada y ha reconocido la posibilidad de regular estos procedimientos en sustitución del recurso de reposición potestativo. En cualquier caso, el artículo 109, en su apartado b), de la referida LRJPAC establece que las resoluciones

de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 agotan la vía administrativa.

Ello permitió a la legislación aragonesa establecer la creación de una Comisión que resolviera las reclamaciones o impugnaciones que se interpusieran contra los actos de los órganos que tuvieran atribuida la competencia en relación al Ingreso Aragonés de Inserción (30).

Pues bien, en relación al funcionamiento de dicha Comisión cabe extraer algunas conclusiones, que no han de coincidir necesariamente ni con las expectativas creadas ni con los planteamientos iniciales.

En primer lugar, cabe destacar que, con independencia de los cálculos necesarios para la determinación de las rentas de los solicitantes o beneficiarios del Ingreso Aragonés de Inserción, existe un concepto jurídico indeterminado previo e indispensable para la obtención de la prestación, que no es otro que el de hallarse en una «situación de necesidad». En la detección y determinación de esta situación de necesidad es preciso valorar ciertas condiciones sociales de los solicitantes de las rentas mínimas, cuyos ingresos o relaciones familiares pueden ser fácilmente ocultados o manipulados. La presencia de técnicos independientes que valoren esos indicios contribuye a dotar a la actuación de estos órganos de una aureola de imparcialidad, sin que los informes o las resoluciones administrativas estén mediatizados por las relaciones de jerarquía propias de la organización administrativa.

Por otro lado, un gran número de expedientes hacen referencia a la extinción de la prestación como consecuencia del incumplimiento de los compromisos que asumió el beneficiario de la prestación y su unidad familiar cuando el titular de la prestación suscribió los correspondientes Acuerdos de Inserción. A tal efecto, hay que recordar que el cumplimiento de los Acuerdos de Inserción por parte de los beneficiarios de la prestación constituye una condición indispensable para conservar el derecho a la referida prestación, con independencia de que, excepcionalmente, pueda acordarse la suspensión de la obligatoriedad del cumplimiento de dichos Acuerdos en situaciones de excepcional gravedad. Por otro lado, cuando alguno de los beneficiarios incurra en un incumplimiento —no imputable al resto de la unidad familiar— de los Acuerdos de Inserción o de las obligaciones establecidas con carácter general en la normativa reguladora de esta prestación, se podrá reducir el montante de la prestación en la parte proporcional que corresponda a dicho miembro o miembros de la unidad familiar perceptora. Pues bien, en la valoración de estos incumplimientos entran circunstancias que deben abordarse desde una

(30) Ya tuve ocasión de pronunciarme sobre el funcionamiento de este órgano, del que fui miembro en sus dos primeros años, en «La Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción», publicado en la Revista *Justicia Administrativa*, núm. 6, pp. 311 y ss.

cierta sensibilidad social, ajena a lo que sería una mera aplicación aséptica de la norma, lo que vuelve a poner de manifiesto la importancia de contar con técnicos independientes y, en consecuencia, con personas distintas a las que han incoado, tramitado, informado y resuelto inicialmente el expediente administrativo.

Asimismo, la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción ha actuado sobre expedientes en los que existían algunas contradicciones entre los informes de carácter social que se emitían por los empleados municipales y los informes de los técnicos de las direcciones provinciales. No hay que olvidar que el empleado municipal se encuentra, para lo bueno y para lo malo, mucho más cerca del solicitante o del beneficiario del Ingreso Aragonés de Inserción, mientras que los equipos multidisciplinares de la Administración periférica de la Comunidad Autónoma se mantienen más distantes, aunque también están más influenciados por el órgano que va a resolver la concesión o denegación de la prestación. En estos casos, la Comisión de Reclamaciones del Ingreso Aragonés de Inserción debe saber casar los datos contenidos en los distintos informes e interpretar las intenciones subyacentes en los mismos. A tal efecto, y a través de la persona que actúa como Secretario de la Comisión, normalmente se procede a recabar más datos y se interpela a los autores de los informes sobre cuestiones incluidas en los mismos. Con todas estas informaciones, la Comisión cree disponer ya de datos suficientes para actuar.

Por último, debemos recordar que la Comisión no se ha limitado a resolver las reclamaciones que se le han planteado. También ha dictado instrucciones dirigidas a los órganos competentes de la Administración asistencial aragonesa destinadas a orientar y, en su caso, mejorar su funcionamiento.

En suma, el funcionamiento de la Comisión ha puesto de manifiesto que la participación de expertos, con su alejamiento de las aristas personales del problema social subyacente, no solo no ha restado legitimidad a las actuaciones administrativas sino que les ha dado un *plus* de respetabilidad en un ámbito propicio para la desconfianza. Y ha demostrado, una vez más, que el jurista cabal suele tener la capacidad suficiente para entender los condicionantes sociales en el momento de dictar la resolución oportuna, sin que por ello se pierda el rigor jurídico exigible.

