

Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

[www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/](http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/)

Volumen 6 | 2022

© **MARCIAL PONS**  
**EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.**  
**San Sotero, 6 - 28037 MADRID**  
☎ (91) 304 33 03  
*www.marcialpons.es*  
*http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/*  
ISSN: 2695-7191  
DOI: 10.37417/RPD/vol\_6\_2022  
Fotocomposición: Ene Estudio

La *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* es una publicación científica electrónica, abierta, gratuita y de carácter semestral dirigida a la comunidad académica internacional interesada en Derecho público. Como seña de identidad, la *Revista* prioriza la publicación de estudios teóricos y metodológicos que trasciendan de los concretos ordenamientos estatales.

Los artículos, una vez evaluados por dos expertos anónimos y aceptados por el Comité de Dirección, se publican directamente en abierto y se abren a posibles comentarios a través de un foro electrónico de discusión. Todos los artículos publicados de forma paulatina y en abierto integran la composición final del número, al que también se añaden aquellos comentarios que, por su especial valor académico, merecen acompañar al artículo comentado.

Se publica bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (BY-NC): se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

## COMITÉ DE DIRECCIÓN

Luis Arroyo Jiménez  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

Juli Ponce Solé  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Silvia Díez Sastre  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

Diana Santiago Iglesias  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

## COMITÉ EDITORIAL

Raúl Letelier Wartenberg  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Chile

Alba Nogueira López  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

Héctor Santaella Quintero  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Externado de Colombia

Maria Mercè Darnaculleta i Gardella  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Girona

Elisenda Malaret i García  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Claudia Tubertini  
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo  
Università di Bologna

Matthias Ruffert  
Professor für Öffentliches Recht und Europarecht  
Humboldt Universität zu Berlin

## COMITÉ ASESOR

François Blanc  
Professeur en Droit public  
Université St. Joseph de Beyrouth (Liban)

Benoît Delaunay  
Professeur en Droit Public  
Université Paris II

Martina Conticelli  
Professore Associato di Diritto Pubblico  
Tor Vergata Università degli Studi di Roma

José Esteve Pardo  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves  
Professor de Direito  
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds  
Research Professor  
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid

Susan Rose-Ackerman  
Henry R. Luce Professor Emeritus of Law and Political  
Science. Yale University

Eberhard Schmidt-Assmann  
Professor für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht  
Universität Heidelberg

## ÍNDICE

José María Rodríguez de Santiago, <i>Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes: El ejemplo de los planes contra la despoblación</i> .....	7
Luis Medina Alcoz, <i>Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del covid-19</i> .....	51
Antonio Manuel Luque Reina, <i>Otra historia de “lo contencioso-administrativo” en España: alteridad y discontinuidad entre la monarquía católica y el Estado administrativo (1812-1845)</i> .....	93
Andrei Quintiá Pastrana, <i>Más allá del art. 47 CE: derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables</i> .....	115
Susan Rose-Ackerman, <i>Democracy and Executive Power: Administrative Policymaking in Comparative Perspective</i> .....	155



## UNA ESCALA DE LA PLANIFICACIÓN EN ATENCIÓN A LA FUNCIÓN DIRECTIVA DE LOS PLANES. EL EJEMPLO DE LOS PLANES CONTRA LA DESPOBLACIÓN

### A SCALE OF PLANNING IN ATTENTION TO THE DIRECTIVE FUNCTION OF THE PLANS. THE EXAMPLE OF PLANS AGAINST DEPOPULATION

José María Rodríguez de Santiago  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN:** En este trabajo se pretende, en primer término, situar el concepto de plan en el contexto de las formas de actuación de la Administración y de las formas jurídicas clásicas que todavía tienen fuerza estructurante de la parte general del Derecho administrativo. Después se ensayará el modelo de una escala de la planificación en atención a la función directiva de los diversos tipos de planes de la práctica administrativa actual; escala que se construye con la ayuda de dos criterios: el “volumen” de la actividad administrativa dirigida por el plan, y la fuerza y la forma de vincular del plan. Para el final quedará, como un ejemplo que se somete al análisis que permite este material teórico, el tratamiento de un conjunto de planes autonómicos contra la despoblación, que se ha considerado suficientemente representativo.

**PALABRAS CLAVE:** concepto de plan, eficacia vinculante del plan, formas de actuación de la Administración, formas jurídicas de la actuación administrativa, lucha contra la despoblación, planificación, programa, proyecto, tipos de planes.

**ABSTRACT:** This paper intends, first of all, to place the concept of plan in the context of the forms of action (*Handlungsformen*) of the Administration and of the classic legal forms (*Rechtsformen*) that still have structuring force in the general part of Administrative Law. Later, the model of a planning scale will be offered and tested in attention to the directive function of the different types of plans of the current administrative practice. This scale is built with the help of two criteria:

the “amount” of the administrative activity directed by the plan, and the binding effectiveness of its decisions and the way the plan uses to steer the administrative action. As an example that is submitted to the analysis that this theoretical material allows, a set of regional plans against depopulation, which has been considered sufficiently representative, will finally be examined.

**KEYWORDS:** concept of plan, binding effectiveness of the plan, forms of action (*Handlungsformen*) of the Administration, legal forms (*Rechtsformen*) of administrative action, fight against depopulation, planning, program, project, types of plans.

**SUMARIO:** 1. PRESENTACIÓN.—2. EL CONCEPTO DE PLAN. 2.1. Un concepto procedimental y material de plan. 2.2. El plan como “forma de actuación” de la Administración, pero no (por ahora) como “forma jurídica” de la actuación administrativa. Los pilares de la construcción dogmática de la planificación y el plan. 2.3. Una útil descripción funcional de plan: un plano intermedio de concreción entre la norma abstracta y las decisiones individuales de ejecución. 2.4. El plan como “tipo” de decisión administrativa. 2.5. Plan, programa y proyecto.—3. LAS CLASES DE PLANES. 3.1. La escala de la planificación: tipos de planes y criterios ordenadores. 3.2. La escala de la vinculatoriedad de los planes. 3.2.1. Una clasificación tradicional de los planes en función de su eficacia vinculante. 3.2.2. Planes indicativos. 3.2.3. Planes con eficacia indirecta. 3.2.4. Planes vinculantes para la Administración de la organización jurídico-pública que los aprueba. 3.2.5. Planes con efectos de *soft law* para otras Administraciones. 3.2.6. Planes que imponen mandatos de optimización a otras Administraciones. 3.2.7. Planes del Estado o las Comunidades Autónomas coordinadores de la actividad de las entidades locales. El art. 59 LBRL. 3.2.8. Otras decisiones planificadoras vinculantes para particulares y entidades locales. 3.2.9. Planes vinculantes con el carácter de reglas frente a todos. 3.3. Recapitulación: ubicación en la escala de los planes de la actual práctica administrativa. 3.4. Los límites del modelo propuesto.—4. LOS PLANES CONTRA LA DESPOBLACIÓN Y SU UBICACIÓN EN LA ESCALA DE LA PLANIFICACIÓN. 4.1. Presentación. 4.2. La Estrategia Regional frente a la Despoblación en Castilla-La Mancha 2021-2031. 4.3. La Agenda para la población de Castilla y León 2010-2020 (modificada en 2017). 4.4. La Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación de Aragón de 2017. 4.5. La Estrategia Regional de la Comunidad Autónoma de Cantabria frente al reto demográfico y lucha contra la despoblación 2021-2027. 4.6. Conclusión: los planes contra la despoblación en el contexto de la escala de la planificación.—BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PRESENTACIÓN

Desde hace décadas el debate jurídico sobre la planificación y los planes ha tenido dos importantes polos de atracción: la planificación económica y la planificación urbanística. La primera centró hasta los años noventa del siglo pasado una discusión de marcado contenido ideológico, de la que hoy apenas si queda algo, salvo el símbolo del inaplicable art. 131 CE, que, no obstante, continúa siendo, por supuesto, relevante para la tarea de la interpretación constitucional.

La planificación urbanística, por su parte, ha sido el banco de pruebas en el que se han construido los pilares dogmáticos de la planificación como forma de actuación de la Administración: programación finalista de la actividad administrativa por la ley reguladora de la planificación, discrecionalidad planificadora, ponderación,

control judicial de los planes, etc. Al mismo tiempo, sin embargo, las peculiaridades propias de los planes urbanísticos, con su pretendido carácter normativo vinculante y su forma de programar las conductas a través de la regulación de los usos del suelo, posiblemente han ensombrecido la amplia variedad de formas de dirigir la actividad administrativa diseñadas en las leyes que actualmente regulan las más diversas planificaciones. Planificación y planes existen prácticamente en cualquier ámbito de actuación del poder ejecutivo.

En este trabajo se pretende, en primer término (*infra* 2), formular un concepto de plan que tenga en cuenta, junto a los planes que podrían calificarse como clásicos, la amplia variedad de las planificaciones que actualmente se encuentran en la práctica administrativa (estrategias y agendas de actuación política, planes contra la despoblación, de residuos, salud, servicios sociales, etc.) y que han sido poco o nada tenidas en cuenta en los tratamientos jurídico-dogmáticos nacionales existentes sobre la planificación. El primer objetivo consiste, por tanto, en aportar elementos nuevos al concepto de plan a partir de la incorporación de más material positivo a este análisis. Se verá inmediatamente, por lo pronto, que esta diversidad de los planes plantea una opción entre aceptar una definición flexible de plan o tener que contentarse con la simple elaboración de tipos o con descripciones funcionales de la planificación.

A continuación (*infra* 3), se ensayará un modelo de escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes, que constituye la parte central del trabajo y que le da título, elaborado a partir de dos criterios ordenadores: el “volumen” de la actividad administrativa dirigida por el plan, y la fuerza y la forma de vincular del plan, que también se extrae de las matizadas y concretas regulaciones que hoy se contienen en el Derecho regulador de la planificación. El valor de la escala propuesta tiene, indudablemente, sus límites, pero creo que consigue el objetivo de dar cauce a una exposición suficientemente representativa y flexible de la variedad de los planes existentes en atención a su función directiva, y de los distintos modos a través de los cuales se persigue imponer las decisiones del planificador.

De entre los planes de nueva factura que ofrece la práctica administrativa actual se escogen en la tercera parte del trabajo (*infra* 4) los planes autonómicos contra la despoblación aprobados durante los últimos años para someterlos al contraste con ideas teóricas formuladas en las dos partes anteriores del trabajo.

## 2. EL CONCEPTO DE PLAN

### 2.1. Un concepto procedimental y material de plan

La relación que existe entre la planificación y el plan es del mismo tipo que la que se da entre cualquier procedimiento (o proceso) y su resultado: un plan es el resultado de un procedimiento que se denomina planificación. Pero la función estatal planificadora se realiza a través de una estructura procedimental, con un contenido y una racionalidad metodológica propios, que son los que explican las peculiaridades

del plan como forma típica de actuación del poder ejecutivo<sup>1</sup>. En este sentido se propone, en primer término, un “concepto procedimental de plan”: lo que identifica a esta forma de actuación administrativa es precisamente el contenido y la estructura del procedimiento que conduce a su adopción. Esto no sucede en relación con otras formas jurídicas de actuación de la Administración, por ejemplo, la norma, el contrato o el acto, que cuentan con una regulación del procedimiento que precede a esas decisiones, pero que no se definen en razón de ese procedimiento.

Del abundante material positivo que ofrece la multitud de leyes reguladoras de las más diversas planificaciones que se realizan hoy por el ejecutivo es posible obtener, por abstracción, un concepto de planificación que se puede expresar, entre otras, a través de la siguiente definición: la planificación consiste en un procedimiento (tendencialmente riguroso) de obtención y elaboración de información sobre el estado actual de las cosas (diagnóstico), de realización de un juicio de pronóstico sobre su evolución, de fijación de objetivos determinados y de decisión sobre los medios para alcanzarlos mediante la ponderación entre alternativas. Diagnóstico (comprensión analítica de situaciones actuales), pronóstico, objetivos y medidas para alcanzarlos son el contenido propio del procedimiento planificador<sup>2</sup>; y la elección entre aquellas a través de la ponderación es la estructura metodológica más característica de la planificación. De la ponderación se ha dicho, en concreto, que es “la institución dogmática central de la planificación”<sup>3</sup>.

Acertadamente dispone, por ejemplo, el art. 35.3 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco, al regular la planificación en este ámbito de la actuación administrativa autonómica, que “el Plan Estratégico de Servicios Sociales (...) deberá incluir un *diagnóstico* de las necesidades sociales y un *pronóstico* de su evolución, los *objetivos* a alcanzar y las líneas estratégicas y *acciones* idóneas para su consecución (...)”.

Con más detalle se reiteran los mismos elementos de la definición también en la regulación de la (por diversos motivos, cada vez más compleja) planificación hidrológica contenida en el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (en adelante, TRLA) y en el Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 (en adelante,

---

<sup>1</sup> Así, R. WAHL (2013: 78) y L. PAREJO ALFONSO (2020: 21). Abreviaturas utilizadas en el trabajo: CE, Constitución española de 1978; LBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LEF, Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa; LGob, Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno; LJCA, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; LRJSP, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; PORN, Plan de Ordenación de los Recursos Naturales; RPH, Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado por Real Decreto 1159/2021, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio; TRLA, Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; TRLOTA, Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón. Agradezco a los revisores del trabajo sus críticas y sugerencias para su mejora.

<sup>2</sup> De forma muy parecida, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1988: 326); y W. HOPPE (1993: 164-165).

<sup>3</sup> R. WAHL (2013: 84).

RPH). Esta planificación parte, conforme al art. 42.1 TRLA, de una “descripción” e “inventario de recursos” y “usos y demandas existentes” que incluye un “análisis económico del uso del agua” [*diagnóstico*; el RPH contiene reglas dirigidas a garantizar el rigor en la fijación de estos datos fácticos al establecer, por ejemplo, cómo se caracterizan las demandas de agua o la forma de evaluar el estado de las aguas superficiales (arts. 13 y 31 RPH)]. La planificación hidrológica implica, asimismo, el *pronóstico* sobre los usos y demandas “futuros”, para fijar, entre otros, la “lista de los (concretos) *objetivos* medioambientales” y decidir sobre las *medidas* más adecuadas para alcanzarlos (como el establecimiento de reservas o la declaración de determinadas zonas o tramos como de protección especial, art. 43 TRLA). La elección entre las citadas medidas se realiza mediante *juicios ponderativos* que utilizan “análisis coste-eficacia” para evitar “costes desproporcionados” en la decisión sobre “medidas alternativas” (art. 61 RPH). Los ejemplos de leyes reguladoras de los diversos tipos de planificación administrativa que confirman este esquema definitorio de la planificación podrían multiplicarse.

Este material del Derecho positivo, por lo demás, solo confirma las ideas básicas que sobre la planificación y el plan se han formulado por los autores del Derecho público desde hace décadas. Plan es el resultado de un procedimiento de planificación, que es aquel proceso que fija fines a la vista de la concreta situación de las cosas y decide sobre los medios que hay que emplear para la consecución de aquellos; el proceso de la planificación es una forma de “pensamiento en alternativas” para poder decidir de forma racional entre opciones para la consecución de objetivos; desde el punto de vista cognitivo la planificación descansa sobre capacidades institucionalizadas para el análisis de la realidad y los juicios de pronóstico; desde el punto de vista de la teoría de la decisión sobre el cálculo racional; y desde el punto de vista de la dirección sobre la capacidad de imposición de la organización dotada de competencias planificadoras y de su disponibilidad sobre instrumentos directivos útiles<sup>4</sup>.

El procedimiento de la planificación implica un proceso ambicioso de obtención y elaboración de información y, en paralelo, un proceso de adopción de decisiones que se ha estructurado por el Derecho, fundamentalmente, a través de la dogmática de la ponderación<sup>5</sup>. La elaboración del diagnóstico y la identificación de los problemas relativos a la situación de los servicios sociales, por ejemplo, y del pronóstico de las necesidades en este ámbito son operaciones cognitivas que requieren de suficiente información de calidad que está en disposición de la propia Administración competente en esa materia y que elabora el plan, de otras Administraciones que desarrollan tareas en materia de servicios sociales (como los municipios), del público destinatario de las prestaciones (y las organizaciones en que este se integra) y de expertos con competencia para la formulación de juicios analíticos sobre la situación real de las cosas y las relaciones de causalidad entre las medidas que se adopten y la mejora de

<sup>4</sup> Véase, con referencias a otros muchos autores, W. KÖCK (2012: 1395-1397).

<sup>5</sup> Sobre esto, por ejemplo, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000: 31-39 y 92-102).

esa situación<sup>6</sup>. El procedimiento de la planificación debe articular cauces para que esa información entre y sea analíticamente elaborada en el proceso decisorio.

En el plano lógico, el primer elemento volitivo de la planificación es la fijación de los objetivos del plan. Esta selección de fines ya es una tarea caracterizada por implicar un tipo de discrecionalidad que se describe con la alusión a la Administración “conformadora” (frente a la meramente “ejecutiva”)<sup>7</sup>. Los concretos objetivos de un plan, cuando —como sucede frecuentemente— existe una ley reguladora de la planificación en el ámbito de la actuación administrativa de que se trate (los servicios sociales, por continuar con el ejemplo), se determinan en el marco de los objetivos generales que dicha ley impone a cada planificación. Esos objetivos concretos habrán de responder, como es obvio, a los problemas identificados en el diagnóstico fáctico de la situación.

El segundo momento volitivo o decisorio de la planificación es el de la adopción de medidas para alcanzar esos objetivos: hacer interoperable la historia social con la historia sanitaria de los destinatarios de las prestaciones, incorporar sistemas tecnológicos avanzados al servicio de la teleasistencia, imponer obligaciones de recogida de información a los sujetos prestadores, etc.<sup>8</sup> Cada una de las medidas debe optimizar los intereses afectados por ella (también los recursos financieros) y su eficacia para la consecución de los objetivos concretos del plan en relación con medidas alternativas. Para hacer ese juicio también son necesarios datos fácticos en los que se apoya la atribución de peso o importancia a los distintos mandatos de optimización implicados en la decisión ponderativa<sup>9</sup>.

Debe advertirse que estas exigencias dirigidas al procedimiento planificador (cuyo resultado es el plan) pueden cumplirse con intensidades distintas en función del tipo de planes de que se trate. Más adelante se hablará, por ejemplo, de los planes de gobierno o dirección política, también llamados, en ocasiones, estrategias<sup>10</sup>, directrices<sup>11</sup>, hojas de ruta<sup>12</sup> o agendas<sup>13</sup>. Estos planes se aprueban en ejercicio de la función

---

<sup>6</sup> Hace referencia expresa a la consulta a personal experto del ámbito profesional y universitario en el procedimiento de planificación, por ejemplo, el I Plan Estratégico Integral para Personas Mayores en Andalucía 2020-2023, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de noviembre de 2020, *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 221, p. 87.

<sup>7</sup> Sobre esto, por ejemplo, L. ARROYO JIMÉNEZ (2009: 47-49).

<sup>8</sup> Véanse estas y otras medidas en el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León 2017-2021 (accesible *on line*), pp. 170, 172 y 175.

<sup>9</sup> Véase una estructuración en cuatro fases del proceso de la planificación en W. KÖCK (2012: 1405-1408).

<sup>10</sup> Por ejemplo, la Estrategia Regional contra la Despoblación en Castilla – La Mancha, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de diciembre de 2021.

<sup>11</sup> Por ejemplo, la Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación de Aragón, aprobada por Decreto del Gobierno 165/2017, de 31 de octubre. Sobre ella véase L. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ (2021: 435-437).

<sup>12</sup> Por ejemplo, la Hoja de Ruta del Hidrógeno: una apuesta por el hidrógeno renovable, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2020. Sobre ella véase C. M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2022: 666-670).

<sup>13</sup> Por ejemplo, la Agenda digital para España 2013. Sobre ella véase A. EXPÓSITO GÁZQUEZ (2020: 125).

del Gobierno de dirigir la política y la actividad administrativa (para el Estado: art. 97 CE), coordinan la actuación de los diversos departamentos de la Administración mediante el establecimiento de prioridades políticas, remiten a planificaciones futuras más detalladas y prevén, incluso, modificaciones legislativas, etc. Su procedimiento de elaboración está marcado por la informalidad y con frecuencia no está regulado legislativamente, aunque, a veces, sí lo está de forma más o menos detallada<sup>14</sup>. Para este tipo de planes es posible aceptar que el diagnóstico de la realidad responda a una valoración del estado de las cosas menos rigurosamente elaborada y formulada; y que la ponderación entre mandatos de optimización se realice de forma implícita y esté muy determinada por prioridades de carácter político.

En el otro extremo, sin embargo, un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales o un Plan General de Ordenación Urbana, que afectan directa e intensamente a derechos fundamentales de los ciudadanos (como el derecho de propiedad, art. 33 CE) o a bienes colectivos dotados de una estricta protección constitucional (como la defensa del medio ambiente, art. 45 CE), exigen juicios ponderativos metodológicamente rigurosos que satisfagan los cánones del principio de proporcionalidad y estén precedidos también de un cuidadoso análisis de todos los datos fácticos relevantes e intereses implicados.

Entre uno y otro extremo puede hablarse de una escala de grados diversos de intensidad en la exigencia del cumplimiento expreso de los requisitos destacados como definitorios del procedimiento de la planificación. Desde el punto de vista metodológico, si no se acepta esta flexibilización en el concepto procedimental de plan, quizás será necesario renunciar a la posibilidad de una definición de plan y, entonces, haya que optar por la elaboración de tipologías de planes<sup>15</sup>.

Para completar el trazado de los perfiles de la institución también debe hablarse de un “concepto material de plan”. Este concepto sitúa el plan en el contexto dogmático de las formas jurídicas de la actuación administrativa (acto, norma y contrato) y pretende destacar, de forma negativa, que el resultado de un procedimiento de planificación es plan con independencia de la forma en que se apruebe: norma, acto o contrato, pero también documento interno sin efectos jurídicos vinculantes, o que fija criterios de *soft law* de los que será posible separarse después de justificar que se han tenido en cuenta, etc.

El Plan Hidrológico Nacional, por ejemplo, que se aprueba por ley (art. 45 TRLA), es una norma legal vinculante como cualquier ley. Últimamente, por otra parte, va ganado terreno la tesis de que el plan urbanístico no tiene en su conjunto carácter normativo<sup>16</sup>; a mi juicio, el Plan General de Ordenación Urbana, aprobado

---

<sup>14</sup> El procedimiento de elaboración del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se reguló por el sintético art. 13 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dictado mientras dicho plan estaba ya siendo elaborado.

<sup>15</sup> Expresa esta duda metodológica W. HOPPE (1993: 168).

<sup>16</sup> Véanse, por todos, L. PAREJO ALFONSO (2017: 1-35) y J. M. BAÑO LEÓN (2017: 1-8).

normalmente por Orden del Consejero de Urbanismo, contiene decisiones resolutivas (actos, que aplican Derecho), como la clasificación del suelo, y decisiones normativas (que crean Derecho), como las calificaciones urbanísticas<sup>17</sup>.

Menos frecuente es la aprobación de un plan en forma contractual, pero algún ejemplo sí puede ofrecerse. El Plan de inversiones en las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid para el período 2007-2011 se había aprobado por acuerdo de 22 de diciembre de 2006 entre la Presidenta de la Comunidad de Madrid y los Rectores de esas Universidades. Ante la pretensión del pago de casi veinte millones de euros (previsto en el plan) formulada por la Universidad Complutense frente a la Comunidad Autónoma, el Tribunal Supremo considera el plan como un convenio vinculante “en la común intención de las partes que resulta o se desprende de los términos en que quedó expresado”. Incluso aunque no existiera en ese caso crédito presupuestario, sí hubo compromiso contraído; y la posible causa de invalidez tendría que haber sido declarada con fijación de sus efectos<sup>18</sup>. El resultado es la condena al pago. Al servicio del cumplimiento de los objetivos del plan se pone la eficacia vinculante del acuerdo de voluntades (contrato).

Por su parte, la Agenda para la Población de Castilla y León 2010-2020<sup>19</sup> adopta un total de 174 medidas de carácter indicativo (no vinculantes) relativas a la emancipación de los jóvenes, al apoyo a las familias, a la integración de los inmigrantes, etc. El plan no pretende para sí la fuerza vinculante que deriva de la norma, el acto<sup>20</sup> o el contrato, sino que se limita a diseñar un “banco de medidas” que podrá adoptar voluntariamente quien sea competente para ello y que, al mismo tiempo, servirá de guía para la evaluación futura del cumplimiento de las políticas públicas contra la despoblación.

Más adelante, por aludir a otro tipo de vinculatoriedad distinta de la típica de la norma, el acto y el contrato, se hará referencia a las “formulaciones de carácter estratégico” reguladas en el art. 26.1 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón<sup>21</sup>, que son decisiones del plan a las que se otorga la eficacia característica del *soft law* cuando se dirigen a la Administración del Estado: esas “estrategias” fijan criterios que no vinculan estrictamente, pero deben ser tenidos en cuenta, en virtud del deber de lealtad institucional [arts. 3.1 e) y 140.1 a) LRJSP] y del principio de colaboración [arts. 140.1 c) y 141.1 b) LRJSP], por esas autoridades públicas, lo que significa que el apartamiento de dichos criterios es posible, pero exige una justificación.

En definitiva, el plan es, sin duda, una forma típica de actuación de la Administración (sobre esto se va a hablar a continuación), pero no se reconduce necesaria-

<sup>17</sup> Sobre esto, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015: 11-15).

<sup>18</sup> STS 1945/2013 (RJ/2013/4656), de 2 de abril de 2013 (rec. cas. núm. 5720/2011), FD 4º.

<sup>19</sup> Aprobada por Acuerdo 44/2010, de 14 de mayo, de la Junta de Castilla y León, publicado en el *Boletín Oficial de Castilla y León* de 17 de mayo de 2010. La Agenda es accesible *on line*.

<sup>20</sup> Se parte en este trabajo del concepto estricto de acto administrativo como resolución unilateral con eficacia vinculante que se expone, por ejemplo, en A. GALLEGO ANABITARTE y OTROS (2001: 45-50).

<sup>21</sup> Aprobado por Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón.

mente a alguna de las formas jurídicas clásicas de actuación administrativa (norma, acto, contrato). Nada impide, sin embargo, que eso suceda. Hay, pues, zonas de intersección entre los conjuntos delimitados por la figura del plan y los delimitados por las tres formas jurídicas clásicas<sup>22</sup>. Además, como ya se ha dicho en relación con los planes urbanísticos, no es necesario aceptar que todo el contenido de un plan tenga que poder subsumirse bajo una sola de las tres formas jurídicas clásicas.

Por otra parte, ninguna de esas tres formas jurídicas clásicas es, por definición y en abstracto, incapaz de dar cauce a la aprobación de un plan. En concreto, que la aprobación por ley de un plan medioambiental para un territorio determinado plantee problemas “conceptuales” relativos a la supuesta invasión por el legislador de un espacio reservado al ejecutivo solo puede explicarse si se parte de un concepto material de ley (como el que sostiene que la ley tuviera que ser norma abstracta y general) que no es el concepto de ley que se contiene en la Constitución<sup>23</sup>. Es innegable, no obstante, que elegir la ley como forma de aprobación de un plan puede tener sus consecuencias sobre el resultado de la planificación: la atribución al legislador de la aprobación del Plan Hidrológico Nacional (como consecuencia de la reserva legal o formal de ley establecida por el art. 45 TRLA), en principio, amplía el margen de libertad ponderativa que tendría el poder ejecutivo en relación, por ejemplo, con la decisión política relativa a los trasvases [art. 45.1 c) TRLA].

También es posible que la circunstancia de que bajo la forma de una norma, un acto o un contrato lo que se apruebe sea precisamente un plan tenga como consecuencia alguna modificación o adaptación del régimen jurídico de estas formas. Esa eventual modificación o adaptación, normalmente, procederá de la estrecha vinculación que —según se ha visto— existe entre los objetivos y las medidas fijados por el plan, por una parte, y el mantenimiento de la situación fáctica descrita en el diagnóstico del plan, a la que esos objetivos y medidas pretenden responder.

Por ejemplo, las previsiones de un plan normativo pueden “caducar” (perder su vigencia sin necesidad de derogación o sustitución expresas) como consecuencia de un cambio de las circunstancias fácticas. Es lo que sucede cuando se transforma por la urbanización un suelo clasificado como rural en urbano, a pesar de que la clasificación como rural tenga formalmente una vigencia indefinida<sup>24</sup>. En definitiva, con razón se ha destacado que la estricta dependencia del plan con respecto a la situación fáctica de las cosas a la que responde exige una capacidad de adaptación cuando las cosas cambian que no siempre puede ofrecer el régimen jurídico al que remiten las formas jurídicas clásicas de la actuación administrativa. Cuando lo que se apruebe a través de una de esas formas sea un plan puede ser necesaria o explicable alguna modificación o adaptación de ese régimen jurídico general<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Así, W. KÖCK (2012: 1400).

<sup>23</sup> Sobre esto, I. DE OTTO (1988: 162-166) y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 110-113).

<sup>24</sup> La observación y el ejemplo, en L. PAREJO ALFONSO (2020: 27).

<sup>25</sup> E. SCHMIDT-ASSMANN (1995: 9, 15).

En ocasiones es la propia ley reguladora de cada tipo de plan (o sus reglamentos de desarrollo) la que se pronuncia expresamente sobre la forma jurídica con que se aprueba el plan. El TRLA dispone que “los planes hidrológicos serán públicos y vinculantes” (art. 40.4), lo que se completa por el precepto del RPH que dispone que la parte decisoria de esos planes (no la memoria) tiene “carácter normativo” [art. 81 b)]. Los planes hidrológicos de cuenca tienen la “naturaleza de reglamento” y pasan a “formar parte del ordenamiento jurídico”<sup>26</sup>. Preceptos normativos como los citados resultan orientativos en relación con el régimen jurídico al que se somete el plan (publicidad, vinculatoriedad, vigencia y modificabilidad de sus decisiones, etc.), muy especialmente, desde la perspectiva de su impugnación judicial, esto es, en relación con los arts. 25 a 30 LJCA, cuya regulación está imbuida de la teoría de las formas jurídicas de la actuación administrativa, aunque no por completo determinada por ella.

Cuando las leyes reguladoras de la planificación no contienen esta orientación hay que recurrir a los criterios de tipo material o formal que pertenecen al concepto o al régimen jurídico de cada una de las formas jurídicas de actuación para subsumir las decisiones del plan bajo alguna de esas formas clásicas o llegar a la conclusión de que esas decisiones no se adoptan bajo la cobertura de ninguna de ellas. En esto consiste la tarea de la calificación jurídica del plan<sup>27</sup>. Esta operación permitirá, en su caso, identificar un régimen jurídico supletorio y (muy importante en la práctica) un régimen de impugnación y protección judicial al que someter la decisión planificadora.

Habrà que preguntarse entonces si una decisión planificadora crea Derecho objetivo (norma), lo aplica unilateralmente al caso concreto (acto) o deriva su fuerza vinculante de un acuerdo de voluntades (contrato). Son estos criterios materiales que pertenecen al concepto que define las formas jurídicas de la actuación administrativa. Pero es también posible llegar a la conclusión, a la vista de esos criterios materiales, de que las medidas del plan no pretenden para sí la eficacia derivada de ninguna de aquellas.

Se podrá recurrir para realizar la tarea de la calificación jurídica del plan también a indicios de tipo formal: si un plan se aprueba por Acuerdo del Consejo de Ministros y no por Real Decreto, en principio, no persigue desplegar eficacia normativa, porque el art. 24.1 c) LGob establece que las normas del Gobierno se aprueban por Real Decreto (no por Acuerdo)<sup>28</sup>; un plan cuya parte decisoria no se publica en un boletín oficial tampoco puede tener eficacia normativa, porque lo impide el principio

---

<sup>26</sup> Así, literalmente, Preámbulo (III) del Real Decreto 1/2016 de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

<sup>27</sup> Así, G. F. SCHUPPERT (2000: 201-203).

<sup>28</sup> Varias leyes reguladoras de los Gobiernos autonómicos contienen regulaciones análogas: art. 70 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Castilla y León; art. 37 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla – La Mancha; y arts. 50 y 143 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de régimen jurídico del Gobierno, de la Administración y del sector público institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), aunque para los planes urbanísticos existen reglas especiales relativas a su publicidad en los arts. 70.2 y 70 ter LBRL; no es posible sostener que pueda tener carácter vinculante (normativo o resolutivo) para las entidades locales un plan en cuyo procedimiento de elaboración estas no han tenido la oportunidad de participar; etc.

## **2.2. El plan como “forma de actuación” de la Administración, pero no (por ahora) como “forma jurídica” de la actuación administrativa. Los pilares de la construcción dogmática de la planificación y el plan**

Se ha dicho más arriba que el plan es, sin duda, una forma típica de actuación de la Administración (una “forma típica, en la *praxis*, del proceder de la Administración”)<sup>29</sup>, pero que no se reconduce necesariamente a alguna de las formas jurídicas clásicas de la actuación administrativa (norma, acto, contrato). Conviene centrar la atención sobre esta afirmación y, en consecuencia, sobre la distinción entre “forma de actuación de la Administración” y “forma jurídica de la actuación administrativa” (norma, acto y contrato)<sup>30</sup>.

En el contexto de la evolución permanente del sistema del Derecho administrativo, en la que más que genuinas revoluciones científicas existe una lenta y progresiva integración coherente (en la medida de lo posible) de “lo nuevo” en “lo viejo” de ese sistema, creo que todavía tiene sentido utilizar las ventajas de la doctrina de las formas jurídicas de la actuación administrativa: su potencia sistematizadora, su función de “descarga” y su oferta de seguridad y orientación. Las formas jurídicas vinculan un concepto a un completo régimen jurídico<sup>31</sup>.

Si una actuación administrativa puede subsumirse bajo el concepto de acto administrativo, por ejemplo, a ella se imputan un nutrido grupo de consecuencias jurídicas relativas al procedimiento de su aprobación, a los requisitos de su validez y de su eficacia, a las formas de revisarlo o revocarlo o de ejecutarlo forzosamente, a su régimen de impugnación judicial, etc. El “régimen jurídico” de la forma jurídica “acto administrativo” reconduce a la unidad (sistematiza) un amplísimo espectro de actuaciones administrativas, otorga seguridad y orientación en la solución de los problemas que estas planteen y descarga tanto la tarea regulativa (que puede utilizar una regulación supletoria ya existente) como la aplicativa del Derecho (que utilizará las soluciones elaboradas a lo largo del tiempo por la dogmática de esa forma jurídica).

El mejor ejemplo que existe hoy para explicar la diferencia entre forma jurídica de actuación administrativa y forma de actuación de la Administración es posiblemente el del plan. El plan es una forma de actuación típica y muy relevante, que se

<sup>29</sup> Literalmente, L. PAREJO ALFONSO (2020: 26).

<sup>30</sup> Sigo en esto a G. F. SCHUPPERT (2000: 141-144 y 198-213).

<sup>31</sup> G. F. SCHUPPERT (2000: 141).

encuentra en casi todos los ámbitos de la actividad de la Administración, pero no es —al menos, por ahora— una forma jurídica en sentido propio, porque no remite a un régimen jurídico completo, como el de la norma, el acto o el contrato. Podrá afirmarse, entonces, que la forma de actuación de la Administración es el *supraconcepto* bajo el que se sitúan tanto las formas jurídicas en sentido estricto (con regímenes jurídicos tendencialmente completos), como otras formas de actuación (la actuación material<sup>32</sup>, la información administrativa<sup>33</sup>, las instrucciones y órdenes de servicio<sup>34</sup>, instrumentos de *soft law*<sup>35</sup>, el plan, etc.), dotadas de estructuraciones dogmáticas más o menos construidas y densas, pero todavía por debajo del umbral de las clásicas formas jurídicas<sup>36</sup> que siguen ocupando un lugar central en la parte general del Derecho administrativo.

Es fácil caer en la cuenta de que la distinción entre formas jurídicas y formas de actuación está sometida a evolución y, por tanto, en permanente movimiento. En cualquier momento podrá llegarse a la conclusión de que el avance en la construcción dogmática de un régimen jurídico para una forma de actuación permite elevarla ya a la categoría de forma jurídica<sup>37</sup>. Es posible que el plan se encuentre en un estadio cercano a ese.

La dogmática y el régimen jurídico de la planificación y el plan se han construido hasta ahora en torno a un grupo de conceptos y categorías (a los que esa dogmática debe su grado de desarrollo) que se dejan reconducir, en síntesis, a los siguientes: un tipo de dirección de la actuación administrativa, la dirección o programación finalística frente a la dirección o programación condicional; un tipo de discrecionalidad en la decisión sobre los objetivos del plan y las medidas para alcanzarlos, la discrecionalidad planificadora; un tipo de administración denominado administración “conformadora” (frente a la administración “ejecutiva”); y el método de la ponderación (frente al de la subsunción) como forma de adoptar decisiones por la Administración y de controlarlas por el órgano judicial (conforme a un canon y con una intensidad que, obviamente, no permiten al juez, sin más, sustituir por la suya la ponderación realizada por el órgano del ejecutivo)<sup>38</sup>. Expliquemos este grupo de ideas solo con un poco más de detenimiento, pues su contenido es ya suficientemente conocido.

Frente a lo que fue característico de la Administración de policía, como modelo de administración “ejecutiva” que aplica reglas y (desde otra perspectiva) está dirigida por programas condicionales (del tipo: “si se da este supuesto de hecho, procede aplicar esta o estas consecuencias jurídicas”), la función estatal de la planificación

<sup>32</sup> Sobre esto, J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021).

<sup>33</sup> Sobre esto, F. VELASCO CABALLERO (2002).

<sup>34</sup> Sobre esto, por ejemplo, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 158-162).

<sup>35</sup> Sobre esto, D. SARMIENTO (2008) y L. ARROYO JIMÉNEZ y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 233-246).

<sup>36</sup> G. F. SCHUPPERT (2000: 142).

<sup>37</sup> G. F. SCHUPPERT (2000: 144).

<sup>38</sup> Así, G. F. SCHUPPERT (2000: 204-209), W. KÖCK (2012: 1440-1448) y L. PAREJO ALFONSO (2020: 24-28).

se descubrió hace décadas como ejemplo paradigmático de administración “conformadora”, dirigida y programada por la norma de otra manera<sup>39</sup>. La ley que regula la planificación dirige la actividad administrativa y programa sus decisiones a través de la imposición de fines o mandatos de optimización que suelen entrar en conflicto unos con otros y con los que debe cumplirse a través de la decisión que se adopte “en la medida de lo posible”, en atención a las circunstancias del diagnóstico del plan<sup>40</sup>.

La planificación de carreteras, por ejemplo, deberá, en la medida de lo posible, cumplir con los posibles objetivos impuestos por la legislación que la regula relativos a la conexión fluida entre los grandes centros de producción y consumo, para promover el desarrollo económico y la generación de empleo; pero, también, a la garantía del acceso adecuado a los pequeños municipios y zonas rurales, para luchar contra la despoblación. Como los recursos son limitados y la protección del medio ambiente exige austeridad en el uso del suelo, la Administración tendrá que ponderar entre esos mandatos de optimización en atención a las circunstancias fácticas e intereses identificados en el diagnóstico del plan<sup>41</sup>. En este contexto de ideas se inserta correctamente la jurisprudencia constitucional que llama la atención sobre “el juicio de *ponderación* en que *esencialmente* consiste la decisión sobre el planeamiento”<sup>42</sup>.

Debe advertirse, no obstante, que, con frecuencia, en la ley reguladora de la planificación no todo será solo imposición de fines con la estructura propia de los principios o mandatos de optimización. La ley de carreteras también puede añadir a esa forma de dirigir la planificación administrativa la propia de las reglas, si incluye, por ejemplo, la prohibición absoluta de que un tramo viario atraviese determinadas zonas protegidas medioambientalmente o la necesidad incondicional de respeto a decisiones adoptadas por otros planes.

El punto de partida es, pues, por una parte, que no es concebible la planificación (en la gestión de residuos, los servicios sociales, el urbanismo, las carreteras o las aguas continentales, etc.) sin que se otorgue a quien ha de decidir sobre ella un amplio margen de libertad conformadora en la fijación de los objetivos concretos del plan y la elección de las medidas destinadas a su consecución. Por otra parte, sin embargo, es evidente que libertad conformadora y sujeción a la ley se encuentran en una tensión de principio.

---

<sup>39</sup> Véase R. WAHL (2013: 78-81).

<sup>40</sup> La distinción entre programas condicionales y finales es de N. LUHMANN (1966: 87). El paralelismo con la conocida distinción entre *reglas* y *principios* de R. ALEXY (1996: 71 y ss.) es evidente. Sobre la distinción entre reglas y principios en la doctrina española puede verse, por todos, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2004: 28-42).

<sup>41</sup> El Plan General de Carreteras de Aragón 2013-2024, aprobado por Decreto 190/2013, de 17 de diciembre (*Boletín Oficial de Aragón* de 31 de diciembre), del Gobierno de Aragón, por ejemplo, declara expresamente que, dadas las limitaciones presupuestarias, “pretende concentrar los recursos disponibles en las relaciones y comunicaciones que más pueden potenciar el desarrollo económico y el empleo, que sin duda son las relaciones entre las principales ciudades y centros de actividad económica de Aragón” (p. 34490 del *BOA*).

<sup>42</sup> STC 51/2004, de 13 de abril, FJ 10, aunque referida, en concreto, a la planificación urbanística.

Pues bien, la exigencia de adoptar la decisión sobre planificación después de investigar los hechos con el suficiente rigor e identificar los intereses en juego, de atribuirles la importancia que les corresponde y de establecer prevalencias entre ellos para elegir las medidas que de forma más adecuada satisfagan los concretos objetivos del plan (todo eso es ponderar) es, sin duda, una forma de imponer racionalidad en el ejercicio de la mencionada libertad conformadora; y, al mismo tiempo, una vía adecuada que la hace compatible con el control de dicha actividad administrativa y, cuando están en juego sus derechos e intereses, con la protección jurídica del ciudadano<sup>43</sup>.

Es discutible si esta forma de otorgar por la ley el poder planificador al ejecutivo da lugar al ejercicio por este de un tipo categorialmente distinto de discrecionalidad, denominado, precisamente, discrecionalidad planificadora; o si, aunque se admita una diferencia de grado con respecto a la discrecionalidad en la aplicación de conceptos normativos indeterminados contenidos en el supuesto de hecho de una regla o a los supuestos de discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica prevista también en una norma con la misma estructura condicional, la discrecionalidad planificadora puede subsumirse bajo un concepto general de discrecionalidad, como yo creo<sup>44</sup>.

### **2.3. Una útil descripción funcional de plan: un plano intermedio de concreción entre la norma abstracta y las decisiones individuales de ejecución.**

Desde una perspectiva no dogmático-conceptual, sino, más bien, funcional, se ha ofrecido una gráfica explicación de la planificación como el resultado de la inserción de un plano intermedio de concreción entre la norma abstracta y las decisiones individuales de ejecución<sup>45</sup>. El plan se caracteriza por su dependencia con respecto a la situación fáctica de las cosas que pretende ordenar o transformar. Es esencial a la planificación su función de concretar los mandatos de la ley abstracta y general con respecto al objeto identificado en su diagnóstico; y, por otra parte, la de coordinar los actos de ejecución determinados por el plan<sup>46</sup>. Insertar un estrato de “elaboración” planificadora (el plan de carreteras, por ejemplo) entre la norma abstracta y general (la ley de carreteras) y los actos individuales de ejecución (cada uno de los concretos proyectos de construcción de tramos de carreteras) permite contar con un útil eslabón intermedio ordenador y racionalizador, que llega más allá de lo que puede alcanzar la norma en su abstracción y optimiza la coherencia de lo que, sin plan, po-

<sup>43</sup> F. OSSENBÜHL (1995: 904) y W. HOPPE y S. GROTEFELS (1995: 230 y 241).

<sup>44</sup> Véase, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015: 5-16), por referencia a la tesis sobre la discrecionalidad expuesta por M. BACIGALUPO (1997: en especial, pp. 181 y ss.).

<sup>45</sup> Así, L. PAREJO ALFONSO (2020), ya en el título de su trabajo: “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”.

<sup>46</sup> Así, K. F. GÄRDITZ (2009: 6).

dría ser solo un sumatorio yuxtapuesto de actos individuales de ejecución<sup>47</sup>. El plan compartiría con la norma su función de ser premisa de decisiones futuras y permite, por otra parte, que cada una de esas decisiones de ejecución mantenga, con respecto a las demás, una relación de coordinación y dependencia recíproca<sup>48</sup>.

Este grado intermedio de concreción permite que las decisiones ejecutivas se adopten teniendo en cuenta los objetivos específicos fijados por el plan (en atención a las circunstancias diagnosticadas), no solo los generales establecidos en la ley. A través de la planificación se crea un marco procedimental ideal para solucionar conflictos que, por su grado de detalle, difícilmente pueden ser tenidos en cuenta adecuadamente por las reglas de la norma general; y para cumplir una función integradora de los actos de ejecución, que se escapa a las posibilidades del procedimiento individual que precede a cada uno de esos actos.

La complejidad de la situación fáctica descrita en el diagnóstico del plan y los conflictos entre intereses concretos pueden ser elaborados en este nivel adicional de la planificación de forma más racional y transparente; y la eventual incerteza existente puede ser absorbida en diversas fases. La legislación se descarga con ello de solucionar conflictos que pueden ser trabajados más correctamente en el procedimiento de la planificación. A su vez, en este procedimiento planificador la Administración está ya obligada a adoptar una decisión sobre esos conflictos a los que se da mejor respuesta en el nivel del plan que en el del acto ejecutivo individual<sup>49</sup>. Sería contrario a la propia idea de la racionalidad planificadora escamotear la decisión en ese momento y remitirla al último procedimiento de la decisión concreta.

En ocasiones, la ley reguladora de la planificación introduce entre ella y el acto de ejecución no solo uno, sino varios niveles de elaboración y solución planificadora de conflictos. Se verá más adelante que, por ejemplo, la legislación estatal de carreteras descompone la planificación en dos niveles: el del plan y el de varios programas (que también tienen la naturaleza de planes) que desarrollan el plan por partes<sup>50</sup>. En materia de planificación urbanística este modelo es bien conocido: el plan general de ordenación urbana se desarrolla por planes parciales, especiales, estudios de detalle, programas de actuación urbanística, etc. Cuando la ley regula el contenido de cada uno de esos instrumentos suele identificar las decisiones que deben adoptarse en cada nivel y, con ello, el tipo de conflictos que han de ser resueltos en cada estrato planificador. Si los planes tienen naturaleza normativa (total o parcialmente), además, la ley puede ordenar las relaciones entre esas normas infralegales conforme al principio de jerarquía o al de competencia, o de acuerdo con soluciones mixtas<sup>51</sup>.

Esta gráfica y útil descripción funcional de la planificación se encuentra, a mi juicio, con el obstáculo dogmático de estar vinculada a un concepto incorrecto de

---

<sup>47</sup> K. F. GÄRDITZ (2009: 7).

<sup>48</sup> Así, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1988: 336) y W. KÖCK (2012: 1396).

<sup>49</sup> K. F. GÄRDITZ (2009: 8).

<sup>50</sup> Véanse los arts. 7 y 10 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

<sup>51</sup> Sobre esto, en el ámbito del planeamiento urbanístico, J. A. CHINCHILLA PEINADO (2010: 13-45).

norma jurídica y, también, al mismo tiempo, a un concepto material de ley: ni la norma se caracteriza conceptualmente por su carácter abstracto y general (sino por ser regla que crea Derecho objetivo, lo que también puede hacerse por la ley para el caso concreto y singular)<sup>52</sup>, ni el plan se sitúa siempre entre la norma y el acto de ejecución, porque —como ya se ha dicho— hay planes que se aprueban en forma de ley y, entonces, malamente puede decirse que el plan sea un eslabón intermedio entre la norma y el acto: el plan es, en ese caso, precisamente la norma.

Esto no impide, a mi juicio, aceptar que con la reflexión a la que se ha hecho referencia en relación con la planificación como nivel intermedio entre la norma general y las decisiones individuales se describe muy eficazmente la función típica del plan, estrechamente vinculada, por cierto, al concepto defendido más arriba (dependencia del diagnóstico relativo a una situación real de las cosas, multiplicidad de intereses implicados y posibles equilibrios alternativos entre ellos para la consecución de objetivos, etc.) y con independencia de la forma en la que el plan se adopte.

#### 2.4. El plan como “tipo” de decisión administrativa

No creo que exista tampoco, desde el punto de vista metodológico, ningún obstáculo que impida preferir, con respecto a la planificación y al plan, separarse del rigor del “concepto” y la “definición” (de los que aquí se ha partido) y acogerse a la flexibilidad del “tipo” y la “descripción” de sus notas características, con ayuda de las cuales puede enjuiciarse con margen para la gradualidad si un fenómeno jurídico las cumple con tal intensidad como para poder integrarse bajo aquel<sup>53</sup>.

Esta es la vía que se elige cuando se afirma que el plan es un tipo especial de decisión estatal, que puede caracterizarse como un instituto jurídico propio, y de la que son características “típicas”: la libertad conformadora, la combinación de multilateralidad y concreción, la complejidad de intereses y la vinculación al estado de las cosas, el pensamiento en alternativas, la conexión de las medidas seleccionadas con la consecución racional de fines, el diseño de un modelo útil para conformar el futuro, la adaptación flexible de ese modelo y su realización a las nuevas necesidades<sup>54</sup>; en síntesis y en definitiva: complejidad, conexidad y creatividad configuradora son las tres notas que caracterizan la planificación y el plan<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Esta es, precisamente, una de las tesis principales del estudio que sobre el plan realizó hace décadas A. GALLEGO ANABITARTE (1979: 341-383). El trabajo propone un concepto de norma (creación de Derecho objetivo en el que se fundamentan derechos y deberes) para aplicarlo al III Plan de Desarrollo de 1972, que tendría el mismo carácter de norma y de ley que también tiene la ley del presupuesto. Se sigue ese concepto de norma en J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 17-20 y 110-113).

<sup>53</sup> Sobre esto, véase, por ejemplo, K. LARENZ (1994: 211) y S. DÍEZ SASTRE (2018: 125-129).

<sup>54</sup> Así, E. SCHMIDT-ASSMANN (1998: 278-279).

<sup>55</sup> Así, E. SCHMIDT-ASSMANN (1995: 4-5). También, L. PAREJO ALFONSO (2020: 25) y W. KÖCK (2012: 1396).

## 2.5. Plan, programa y proyecto

Para terminar este apartado general relativo al concepto de plan, conviene volver a centrar la atención sobre una última cuestión relativa a definiciones. Esa cuestión es la que se refiere a la distinción entre plan, programa y proyecto, conceptos que aparecen con frecuencia en un contexto de cierta conexión y complementariedad en los ámbitos del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración. Hoy, a la distinción conceptual entre plan y programa, por una parte, y proyecto, por otra, se vinculan importantes consecuencias jurídicas, por ejemplo, en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental: los “planes y programas” que cumplan con los requisitos establecidos en su art. 6 se someten a “evaluación ambiental estratégica”<sup>56</sup>, mientras que los “proyectos” regulados en su art. 7 están sujetos a la “evaluación de impacto ambiental”.

La renuncia de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, a definir los conceptos que determinan su propio ámbito de aplicación<sup>57</sup>, se suple, en alguna medida, por la definición que ofrece el art. 5.2 b) de la citada Ley 21/2013: planes y programas son “el conjunto de estrategias, directrices y propuestas destinadas a satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo por medio de uno o varios proyectos”<sup>58</sup>. De esta definición ya es posible extraer algún contenido útil. Los planes y los programas fijan (conforme a lo que se ha expuesto más arriba para el plan) solo “premisas sobre decisiones futuras” que no son directamente ejecutables; los proyectos desarrollan esas premisas decisorias, con la coherencia y coordinación que deriva de su fijación previa y con carácter ejecutivo.

Hay más material del Derecho regulador de la planificación que confirma y completa este resultado inicial. La legislación estatal de carreteras permite aproximarse también a la distinción entre plan y proyecto: el plan estratégico de carreteras del Estado tiene como objeto toda “la política sectorial de carreteras”<sup>59</sup>, mientras que los programas desarrollan ese plan solo “en parte de una red de carreteras”<sup>60</sup>. El plan tiene un carácter tendencialmente omnicompreensivo de la política sectorial de la que se trate del que carece el programa, que, aunque participa del carácter de plan, está determinado por la nota de que su objeto no es un conjunto, sino una parte de este.

Frente a ellos, el proyecto constituye el diseño pormenorizado de una ejecución material del plan o programa (ya no hay nada que quede entregado a otra decisión futura, solo falta esa ejecución material), con referencia concreta e individualizada

---

<sup>56</sup> Sobre esto, con un análisis de la jurisprudencia del TJUE relativa al concepto “funcional y expansivo” de “planes y programas”, véase F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2020: 273-315).

<sup>57</sup> Sobre esto, K. F. GÄRDITZ (2009: 3-4).

<sup>58</sup> Véanse otras referencias al Derecho interno y al Derecho de la Unión Europea en relación con esta definición en L. PAREJO ALFONSO (2020: 24).

<sup>59</sup> Art. 7.1 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

<sup>60</sup> Art. 10.1 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

a una superficie de terreno y a los derechos que se proyectan sobre él<sup>61</sup>. La decisión sobre el proyecto también se adopta por ponderación entre “diferentes alternativas de trazado”<sup>62</sup> —esto lo tienen en común el plan y el proyecto—, pero, por lo demás, ahí se acaban las semejanzas: el proyecto carece de cualquier pretensión de fijar las premisas para una decisión ulterior.

Una diferenciación entre plan y programa semejante a la de la legislación de carreteras se encuentra en la de residuos. El plan estatal marco de gestión de residuos contiene “la estrategia general de la política de residuos”<sup>63</sup> y los planes autonómicos de residuos tienen análogo carácter omnicompreensivo en su ámbito territorial<sup>64</sup>. En esta materia los “programas” se refieren, por su parte, bien al aspecto concreto solo de la “prevención de residuos”<sup>65</sup>, bien al territorio limitado de una entidad local<sup>66</sup>.

En definitiva, el plan y el programa son el resultado de un procedimiento planificador. El programa tiene un carácter especial frente al tendencialmente omnicompreensivo del plan. El proyecto es la última decisión ejecutiva dictada en el marco de una previsión del plan o programa. Como se verá más adelante, responde a una cierta idea sistemática que la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 vincule precisamente al plan la declaración implícita de utilidad pública (la autorización para que en el futuro la Administración expropié bienes y derechos con destino al fin público que constituye también el objeto de la planificación) (art. 10 LEF); y al proyecto, sin embargo, también de forma implícita (art. 17.2 LEF), la necesidad de ocupación: “la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos” (art. 15 LEF) afectados por el diseño pormenorizado de la ejecución material del plan.

### 3. LAS CLASES DE PLANES

#### 3.1. La escala de la planificación: tipos de planes y criterios ordenadores

Se ha hecho referencia más arriba, al exponer que los elementos de la definición de planificación pueden cumplirse con intensidades distintas en función del tipo de plan de que se trate, a una línea ideal que tendría en un extremo a los denominados planes de gobierno o dirección política (que coordinan de forma flexible las prioridades de actuación de los diversos departamentos de la Administración dirigida por el

<sup>61</sup> Véanse los arts. 11.2 e) y 12.5 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

<sup>62</sup> Así, expresamente, art. 11.2 b) de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

<sup>63</sup> Art. 14.1 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados; y art. 15.1 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

<sup>64</sup> Véase el art. 14.2 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados; y art. 15.2 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

<sup>65</sup> Art. 15 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados; y art. 14 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

<sup>66</sup> Art. 14.3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados; y art. 15.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.

Gobierno que aprueba el plan) y en el otro extremo a los planes urbanísticos (que, en principio, regulan con detalle y estricta fuerza vinculante los usos del suelo en el municipio). Partamos en la exposición que sigue de esta línea ideal.

En el lado izquierdo de esta representación gráfica se sitúan, pues, como acaba de decirse, los planes de gobierno o dirección política. Y en el extremo derecho, junto a los planes urbanísticos, con un modo regulatorio y una eficacia vinculante semejantes a estos, cabe situar a los planes de protección medioambiental (el plan de ordenación de los recursos naturales<sup>67</sup> y los planes rectores de uso y gestión<sup>68</sup>, por ejemplo). También estos establecen pormenorizadamente las limitaciones a los usos del suelo desde la perspectiva de la protección del medio ambiente como resultado de un proceso de ponderación metodológicamente riguroso en el que las exigencias impuestas por la optimización de ese bien colectivo relativo al interés general (art. 45 CE) se han pesado de forma cuidadosa con las derivadas de los derechos fundamentales (en especial, a la propiedad, art. 33 CE) de los particulares afectados (intensamente) por el plan.

En la parte central de la línea, entre los planes de gobierno o dirección política, en el extremo izquierdo, y los planes reguladores del uso del suelo (urbanísticos y medioambientales), en el extremo derecho, podría situarse gráficamente otro tipo de planes: los planes de transformación material de un ámbito de la actuación administrativa. Estos tienen como objeto fijar las premisas decisorias de la actuación de la Administración destinadas a transformar y desarrollar la realidad sobre la que se proyecta la acción de cada uno de los diversos departamentos o sectores de la Administración: la gestión de los residuos, los servicios sociales, las vías de transporte o las infraestructuras eléctricas o de las telecomunicaciones, por ejemplo.

Partamos en la exposición, pues, de estos tres tipos de planes: i) planes de gobierno o dirección política, ii) planes de transformación material de un ámbito de la actuación administrativa y iii) planes reguladores del uso del suelo<sup>69</sup>.

La escala de la planificación que aquí se expone utiliza dos criterios ordenadores que se refieren a la función directiva de los planes. El primero es el que tiene en cuenta lo que podría identificarse como el “volumen” de la actividad administrativa sobre la que el plan tiene eficacia directiva. Ese volumen es máximo en el extremo izquierdo de la línea ideal, porque los planes de gobierno o dirección política tienen como objetivo típico fijar las prioridades de actuación del ejecutivo, que afectarán potencialmente a todos o a buena parte de los departamentos de la Administración (estatal, autonómica o local). El volumen de la actividad administrativa dirigida por el plan se reduce en el tramo intermedio de la representación en relación con los planes que, como los de carreteras o servicios sociales, solo se proyectan sobre una es-

---

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, art. 17 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, art. 20 de la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales.

<sup>69</sup> Tomo los tres tipos de planes en atención a su función directiva, con algunas adaptaciones, de W. Köck (2012: 1415-1416, *passim*), quien, por su parte, la toma de M. OLDIGES (1970: 44 y ss.).

pecífica tarea transformadora o sector de la Administración. Al llegar al extremo de la derecha, con respecto a los planes de regulación de los usos del suelo, no sería quizás adecuado afirmar que se reduce todavía más el volumen de la actividad administrativa que se programa, pero sí que la función directiva del plan se focaliza en el sentido de que el plan solo pretende ordenar la proyección que sobre los usos del suelo tiene el objeto de los intereses públicos a los que sirve el plan. La función directiva del plan se reduce en este extremo de la escala pues se prescinde de cualquier aspecto que no sea la proyección de sus decisiones sobre el uso del suelo.

El segundo criterio ordenador de la escala es el de la fuerza y la forma de vincular de las decisiones del plan. Este juega de forma inversa al anterior. Para los planes de gobierno es máximo el volumen de la actividad administrativa dirigida, pero su fuerza vinculante suele ser débil y su eficacia directiva está caracterizada por la flexibilidad que deriva del carácter político de esa forma de dirección. Para los planes reguladores de los usos del suelo, a la derecha de la representación gráfica, por el contrario, la fuerza vinculante del plan sobre ese único aspecto regulado (el uso del suelo), suele ser estricta y en este lado de la escala se sitúan buena parte de los denominados “planes normativos”. En la zona intermedia, los planes de transformación material de un ámbito de la actuación administrativa, con un definido objeto sectorial de dirección planificadora, están dotados de formas variables de vinculatoriedad: algunos son puramente indicativos (lo que tampoco significa que no tengan ninguna eficacia directiva), otros despliegan efectos vinculantes para los órganos de la Administración dirigidos por el Gobierno que aprueba el plan, partes de la decisión planificadora pueden tener la eficacia de fijar criterios de obligado cumplimiento por las entidades locales en virtud de una competencia coordinadora de la organización superior (conforme a lo dispuesto por el art. 59 LBRL), o de establecer criterios de *soft law* o principios que deben ser considerados o ponderados por otras Administraciones, etc. Prestemos ahora atención a esta escala de la vinculatoriedad que es el segundo criterio ordenador del modelo de escala de la planificación que se ofrece.

### 3.2. La escala de la vinculatoriedad de los planes

#### 3.2.1. *Una clasificación tradicional de los planes en función de su eficacia vinculante*

Una de las clasificaciones más conocidas de los planes, que utiliza como criterio ordenador el del modo de cumplir con su función directiva o, expresado de otra manera, el de su eficacia vinculante, es la que distingue entre planes indicativos, planes con eficacia indirecta y planes imperativos<sup>70</sup>. Los planes indicativos dirigen la actividad de sujetos públicos o privados simplemente por la fuerza directiva que tiene la elaboración y formulación de informaciones por parte del poder público. Más

---

<sup>70</sup> Esta clasificación, por ejemplo, en W. HOPPE (1993: 173-175) y W. KÖCK (2012: 1417-1420).

adelante se volverá sobre esto. Los planes con eficacia indirecta identifican objetivos y prioridades que no se imponen de forma imperativa a los destinatarios del plan, sino que posteriormente encontrarán su reflejo en actuaciones de fomento que promoverán mediante estímulos el comportamiento conforme al plan (a través, por ejemplo, de subvenciones o desgravaciones fiscales) o regulaciones que gravarán actividades disconformes con los objetivos del plan. Los planes imperativos vinculan a sus destinatarios mediante la aprobación del plan a través de alguna forma jurídica a la que se conecte una eficacia de ese tipo, sobre todo, de la forma normativa o resolutive.

Aunque esta clasificación tradicional no ha perdido su valor, la realidad de la determinación de la eficacia vinculante de los planes que ofrecen las leyes reguladoras de la planificación es bastante más rica y matizada que la que se muestra en ella<sup>71</sup>. Veámoslo.

### 3.2.2. *Planes indicativos*

En términos generales, la información administrativa despliega por sí misma una eficacia directiva<sup>72</sup>. Eso también sucede con la información elaborada y formulada en el plan. Los sujetos privados pueden adoptar decisiones sobre la base de un diagnóstico aparentemente correcto de la situación de las cosas en un determinado ámbito de la actuación administrativa. Administraciones públicas distintas a la autora del plan pueden asumir voluntariamente como propios los objetivos fijados por este y las medidas diseñadas para conseguirlos (aunque no sean vinculantes), en especial, si existe sintonía política entre los órganos de gobierno correspondientes o en la determinación de dichos objetivos y medidas ha tenido relevancia la participación de esas otras Administraciones.

Pero, posiblemente, la eficacia directiva más clara y definida de los planes indicativos proceda del proceso de obtención, elaboración y suministro de información en que consiste la evaluación del plan. La evaluación periódica del cumplimiento de los objetivos de un plan contra la despoblación, por ejemplo, que se lleva a cabo con ayuda de indicadores determinados (que deberían ser cuidadosamente seleccionados para garantizar su utilidad) y, quizás, por un órgano colegiado específicamente diseñado para cumplir esa tarea, constituye un instrumento dotado de una indirecta pero sensible función directiva. Es evidente que la función directiva de la evaluación se incrementará si los informes periódicos de seguimiento del plan tienen que hacerse públicos.

Los resultados de las evaluaciones periódicas informan a la Administración dirigida por el plan de si se está haciendo mucho o poco para ejecutar las medidas que fueron adoptadas en relación con esa política pública; o si esas medidas se están mostrando suficientemente eficaces para alcanzar los objetivos propuestos o es necesario

---

<sup>71</sup> Esto también lo reconocen W. HOPPE (1993: 175) y W. KÖCK (2012: 1419).

<sup>72</sup> Sobre esto, F. VELASCO CABALLERO (1999: 42-44).

utilizar para ello más recursos materiales, corregir el rumbo o recurrir a otras medidas con efectos más contundentes y eficacia vinculante, como una reforma legislativa inicialmente no prevista. La oposición parlamentaria puede utilizar los resultados de las evaluaciones para controlar la acción del gobierno en lo que se refiere al cumplimiento de su propio plan. Y el electorado tiene información para formar su intención de voto en función de que las cosas se hayan hecho bien o mal.

### 3.2.3. *Planes con eficacia indirecta*

Son planes con eficacia indirecta, como se ha dicho, aquellos que identifican objetivos y prioridades que no se imponen de forma imperativa a los destinatarios del plan, sino que posteriormente encontrarán su reflejo en actuaciones de fomento que promoverán mediante estímulos el comportamiento conforme al plan (a través, por ejemplo, de subvenciones o desgravaciones fiscales) o regulaciones que gravarán actividades disconformes con los objetivos del plan. Entre los objetivos y las medidas del plan y los efectos jurídicos favorables o desfavorables para el destinatario se inserta uno o varios actos jurídico-públicos que, por remisión al plan, son los que propiamente surten dichos efectos jurídicos. En ese sentido se utiliza la expresión planes con eficacia “indirecta”. Veamos dos ejemplos.

El art. 74.1 de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León establece que “la planificación autonómica de los servicios sociales será vinculante para (...) las entidades privadas titulares de servicios sociales financiados, total o parcialmente, con fondos públicos”. De acuerdo con esa previsión, el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León 2017-2021 identifica concretamente entre las medidas que adopta cuáles son las vinculantes para los mencionados sujetos privados: la creación de comités de ética, la revisión de los protocolos en materia de sujeciones mecánicas y químicas, la creación de mecanismos de interoperabilidad para la transmisión de información<sup>73</sup>, etc. Será el contrato, el concierto o la subvención<sup>74</sup> que regula la relación entre esos sujetos privados y la Administración el acto jurídico que vincula la financiación pública con el cumplimiento de esas medidas.

Por su parte, el Plan España Digital 2025 articula una serie de medidas que, en su conjunto, pretende diseñar “una Agenda actualizada que impulse la transformación digital de España como una de las palancas fundamentales para relanzar el crecimiento económico, la reducción de la desigualdad, el aumento de la productividad, y el aprovechamiento de las oportunidades que brindan estas nuevas tecnologías”<sup>75</sup>. Pues bien, para conectar los objetivos y medidas del plan con concretos proyectos subvencionados se dictan periódicamente órdenes ministeriales que establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas en el marco de la Agenda España Digi-

<sup>73</sup> Véanse pp. 169 y ss. del Plan (accesible *on line*).

<sup>74</sup> Sobre esto, S. DÍEZ SASTRE (2020: 232-261) y J. CASTILLO ABELLA (2020: 457-507).

<sup>75</sup> Plan España Digital 2025 (accesible *on line*), p. 7.

tal 2025<sup>76</sup>. A través de esas convocatorias y de sus actos de resolución surte el plan efectos “indirectos”.

### 3.2.4. *Planes vinculantes para la Administración de la organización jurídico-pública que los aprueba*

Para el ámbito de la organización estatal dispone el art. 97 CE que el Gobierno dirige la Administración; y el art. 103.1 CE que la Administración actúa “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Es obvio que el Gobierno puede dirigir la actividad de la Administración a través de su potestad reglamentaria y, entonces, la Administración quedará vinculada plenamente al cumplimiento de esas normas. Pero el Gobierno no solo dirige la actividad de la Administración a través del Derecho. El Derecho es una de las formas de dirigir la actividad de la Administración, pero no es la única<sup>77</sup>. La regulación mencionada de los arts. 97 y 103.1 CE no es simétrica. En el art. 97 CE hay poderes de dirección que no se encuentran en el art. 103.1 CE. El Gobierno también dirige la Administración “políticamente”, no solo “jurídicamente”.

Para el mismo ámbito de la organización del Estado dispone el art. 5.1 j) LGob que al Gobierno corresponde la función de “adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado”. Nótese que la expresión utilizada es la de planes “vinculantes”, no la de planes “jurídicamente vinculantes”.

De la legislación positiva puede aportarse como ejemplo de vinculación “jurídica” de la propia Administración el caso de la planificación regulada en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. En ese contexto tiene “carácter vinculante la planificación de la red de transporte con las características técnicas que en la misma se definen” (art. 4.1). La vinculación derivada de los planes de desarrollo de la red de transporte se dirige a la propia Administración, que debe seguir un procedimiento especial y observar determinados requisitos cuando pretenda modificar aspectos puntuales de aquellos (art. 4.4).

Pero a través de los planes el Gobierno también puede dirigir la Administración con un tipo de vinculatoriedad política, que se impone por las vías propias de ese mismo carácter: la impartición de instrucciones por parte del Presidente del Gobierno a los Ministros en relación con el cumplimiento de los objetivos del plan [art. 2.2

---

<sup>76</sup> Véase, por ejemplo, la Orden ETD/668/2021, de 25 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas en el ámbito de la inteligencia artificial, para la transformación digital de la sociedad y la economía, en el marco de la Agenda España Digital 2025 y la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, y se convoca la concesión de ayudas para financiar proyectos del Programa Misiones de I+D en Inteligencia Artificial 2021, en el marco de la Agenda España Digital 2025 y de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial.

<sup>77</sup> Sobre esto, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 13-15).

m) LGob], el control parlamentario de la acción del Gobierno a través de preguntas o interpelaciones relativas a ese cumplimiento, etc.

De la interpretación de las leyes reguladoras de la planificación y, en relación con ella, también del contenido de los planes pueden extraerse criterios para distinguir con relativa seguridad entre planes del Gobierno de la Nación que vinculan jurídicamente a la Administración General del Estado y planes del mismo Gobierno que dirigen la actividad de esa Administración vinculándola solo políticamente. Por el carácter menos definido y preciso de los medios de dirección y control políticos, sin embargo, lo que verdaderamente se plantea entonces como un problema es la distinción entre planes del Gobierno (solo) políticamente vinculantes para la Administración del Estado y planes del Gobierno meramente indicativos para esta.

Consideraciones semejantes a las expuestas en relación con los planes del Gobierno de la Nación como instrumentos de dirección de la Administración del Estado podrían hacerse igualmente con respecto a los planes de gobiernos autonómicos como instrumentos de dirección de la Administración de la comunidad autónoma.

El Plan General de Carreteras de Aragón, por ejemplo, vincula jurídicamente a la Administración autonómica, aunque no es posible aceptar que esta vinculación sea positiva en el sentido de imponer una obligación de realización en todo caso de las actuaciones previstas en el orden y en el plazo establecido. Las previsiones del plan necesariamente están condicionadas a la existencia de crédito adecuado y suficiente en las correspondientes leyes de presupuestos<sup>78</sup> y el Gobierno autonómico no puede vincular el ejercicio de esa competencia de las Cortes de Aragón. La vinculación dirigida a la Administración autonómica también tiene la vertiente (negativa)<sup>79</sup> de que se necesita de una dispensa del Gobierno para la ejecución de actuaciones u obras no previstas en el plan, dispensa sometida a requisitos estrictos<sup>80</sup>; aunque se permiten “modificaciones de detalle” de las actuaciones previstas, que se aprueban por Orden del Consejero competente<sup>81</sup>.

No obstante, la eficacia directiva del plan que aprueba un órgano de gobierno para programar la actividad de su propia Administración también puede encauzarse a través de fórmulas intermedias que difícilmente encuentran sitio bajo la clasificación que distingue entre planes jurídica o políticamente vinculantes e indicativos para aquella. Es el caso, por ejemplo, de los incentivos salariales para los empleados públicos que contribuyan personalmente al cumplimiento de los objetivos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Véase el art. 36.3 del Reglamento General de Carreteras de Aragón, aprobado por Decreto del Gobierno de Aragón 206/2003, de 22 de julio.

<sup>79</sup> “Vinculación negativa” es la expresión que utiliza en este contexto S. MARTÍN-RETORTILLO BAKER (1988: 330).

<sup>80</sup> Véase el art. 19 de la Ley 8/1998, de 17 de diciembre, de Carreteras de Aragón.

<sup>81</sup> Art. 17.3 de la Ley 8/1998, de 17 de diciembre, de Carreteras de Aragón.

<sup>82</sup> Véase la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

### 3.2.5. Planes con efectos de soft law para otras Administraciones

El art. 26 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón<sup>83</sup> contiene una interesante regulación de los efectos de determinadas decisiones de las Directrices de Ordenación Territorial (planes de ordenación del territorio), consistentes en la forma “débil” de vincular característica de lo que, desde hace unas décadas, se conoce como *soft law*: criterios no estrictamente vinculantes pero que deben ser “tenidos en cuenta” por el destinatario del instrumento que los establece, que puede separarse de ellos cumpliendo con la carga de justificar este proceder.

Las Directrices de Ordenación Territorial se integran documentalmente por la memoria, las estrategias, las normas y el documento resumen<sup>84</sup>. Las normas (o “disposiciones normativas”) surten el efecto propio de esa forma jurídica de la actuación administrativa: tienen “carácter obligatorio para sus destinatarios”. Las estrategias (o “formulaciones de carácter estratégico”) despliegan efectos vinculantes más débiles y matizados. Cuando los órganos de la propia Administración autonómica o las entidades locales pretendan llevar a cabo “actuaciones concretas” que supongan una desviación de los criterios fijados por las estrategias deberán “plantear la cuestión ante el Gobierno de Aragón, que resolverá de forma motivada, valorando su conveniencia para los intereses públicos”.

La parte más interesante de la regulación es la que se refiere a la eficacia de esos criterios estratégicos en relación con los órganos de la Administración del Estado. Para estos se dispone que deberán, en el ejercicio de sus competencias, “ponderar los criterios expresados en los instrumentos de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma”. De esta regulación se deduce, obviamente, que las autoridades del Estado pueden apartarse de esos criterios, pero que deberán para ello ofrecer una motivación adecuada. Esta es la eficacia típica del *soft law*.

La ley aragonesa ha desarrollado en relación con sus criterios estratégicos en materia de ordenación del territorio bases de la legislación estatal sobre el régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), en concreto, sobre los principios que rigen las relaciones entre ellas: el deber de lealtad institucional [arts. 3.1 e) y 140.1 a) LRJSP] y el principio de colaboración [arts. 140.1 c) y 141.1 b) LRJSP]. La misma terminología del precepto aragonés está claramente inspirada en el deber, que se deriva del más general deber de colaboración, de “ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones” [art. 141.1 b) LRJSP]. El término “ponderar” en este precepto no se utiliza en el sentido técnico de la forma de decisión alternativa a la subsunción, sino en el más amplio de considerar o examinar con detenimiento un asunto. Este deber de ponderar o “tener en cuenta” también obliga a la Administración del Estado en relación con los criterios

<sup>83</sup> Aprobado por Decreto legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón.

<sup>84</sup> Véase el art. 22 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón.

estratégicos de ordenación del territorio establecidos por el Gobierno aragonés. No con una vinculación estricta, sino derivando de aquel la carga de justificar de forma convincente por qué un órgano de la Administración del Estado se desvía de ellos, cuando este sea el caso.

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea es conocido que fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1989 (asunto C-322/88, Grimaldi) la que se pronunció sobre los efectos jurídicos de las “recomendaciones” de la Comisión. Conforme a lo dispuesto por el artículo 288 TFUE (párrafo 5º), el Tribunal de Justicia declaró que tales recomendaciones no tienen carácter vinculante y “por consiguiente, no pueden crear derechos que los particulares puedan invocar ante un juez nacional” (apartado 16). No obstante, se declara también en esa fundamental resolución judicial que “los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos. Efectivamente, los jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquellas (...) tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante” (apartado 18).

Más tarde ha aclarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuáles son las concretas obligaciones en que se desglosa ese deber de “tener en cuenta” criterios interpretativos no vinculantes: si la interpretación del órgano judicial nacional se corresponde con el criterio interpretativo del *soft law* de la Unión, se puede entender implícitamente, sin necesidad de motivación expresa alguna al respecto, que el juez del Estado miembro ha “tenido en cuenta” aquella pauta interpretativa del Derecho de la Unión Europea. Pero si el órgano judicial nacional quiere separarse de ese criterio interpretativo (lo que, en principio, puede hacer, porque se está ante actos no vinculantes) recae sobre aquel la carga ineludible de motivar expresamente las razones por las que se “separa” o rechaza la aplicación de la pauta interpretativa expresada en el instrumento de *soft law* de que se trate<sup>85</sup>.

De forma análoga a lo que sucede en el Derecho nacional español, esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia fija en forma de concreta regla de Derecho una norma derivada del (o adscrita al) principio de cooperación leal establecido en el art. 4.3 TUE<sup>86</sup>. Es paradójico que las ideas reguladoras de ese “Derecho débil” se hayan importado del Derecho de la Unión Europea, que no tiene una dogmática sólida en relación con el sistema de actos jurídico-públicos y de fuentes, a los Derechos nacionales, con dogmáticas mucho más perfeccionadas y complejas en esas materias. Solo la sencillez de la idea (posibilidad de apartarse del criterio, pero con la carga de motivar), su utilidad y su evidente conexión con el deber de lealtad o colaboración leal parecen explicar esa importación.

---

<sup>85</sup> Así, por ejemplo: Sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005 (asuntos C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Dansk Rørindustri y otros/Comisión), apartados 209 a 211; y de 29 de septiembre de 2011 (asunto C-520/09 P, Arkema/Comisión), apartado 88.

<sup>86</sup> Así, R. ALONSO GARCÍA (2001: 82).

### 3.2.6. *Planes que imponen mandatos de optimización a otras Administraciones*

En ocasiones, las decisiones de un plan vinculan la actividad de otras Administraciones distintas a aquella que lo aprueba como principios o mandatos de optimización. En su resultado este tipo de vinculación es parecida a la que deriva de la fijación por el plan de criterios de *soft law*, a la que acaba de hacerse referencia: al final, la Administración destinataria del plan podrá separarse de ese mandato mediante una justificación convincente. Pero cuando lo que impone el plan es un principio o mandato de optimización (en el sentido estricto del término) no basta con cualquier motivación que explique las razones de la desviación con respecto a aquel. La decisión planificadora que vincula con la fuerza de un principio impone a la Administración destinataria del plan la realización de un juicio de ponderación cuya estructura es ya suficientemente conocida.

El art. 19.3 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, dispone, por ejemplo, que “las actuaciones, planes o programas sectoriales sólo podrán contradecir o no acoger el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública”. La ley no pretende imponer las decisiones del PORN con la fuerza incondicionada de las reglas, sino que admite la posibilidad de una ponderación que termine por desplazar alguna de esas decisiones. La Administración que pretenda conseguir ese desplazamiento deberá, sin embargo, argumentar que las circunstancias del caso otorgan a una de las mencionadas razones imperiosas de interés público más peso que el que corresponde al nivel de protección medioambiental establecido en el PORN.

La motivación que exige el precepto y que es objeto de publicidad deberá acreditar que el desplazamiento del principio protección medioambiental está justificada por el mayor peso que corresponde, en atención a las circunstancias del caso concreto, a la razón imperiosa de interés público de que se trate, cuya prevalencia queda así justificada.

### 3.2.7. *Planes del Estado o las Comunidades Autónomas coordinadores de la actividad de las entidades locales. El art. 59 LBRL*

El art. 59 LBRL se vale precisamente del instrumento del plan (y no de otro) para que el Estado o las comunidades autónomas coordinen la actividad de las entidades locales, imponiéndoles, por tanto, en su caso, medidas vinculantes, en el ámbito de sus competencias concurrentes o complementarias con respecto a las de dichas organizaciones superiores (art. 10.2 LBRL), cuando la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas no pueda quedar asegurada a través de los mecanismos de la colaboración interadministrativa.

No es extraño, por cierto, la elección por la ley de la figura del plan para cumplir con este objetivo coordinador, si se tiene en cuenta el contenido y la estructura procedimental y decisoria de la planificación, a la que se ha hecho referencia más arriba. En el procedimiento de elaboración del plan podrán participar de forma transparente y relevante las entidades locales para hacer valer sus intereses (art. 59.1, párr. 2º, LBRL). La estructura típicamente ponderativa de la adopción de decisiones por el plan permitirá justificar, con datos procedentes de la realidad de las cosas, que echar mano de la coordinación es el único recurso que queda para garantizar la coherencia en la actuación pública a pesar del perjuicio que esto causa en el ámbito decisorio propio de las entidades locales, garantizado por la autonomía local (art. 59.1, párr. 1º, LBRL). El plan es, asimismo, un instrumento especialmente idóneo para identificar los intereses a los que debe atenderse para fijar los objetivos y prioridades que se declaran vinculantes para provincias y municipios (art. 59.1, párr. 2º, LBRL). Normalmente será, por último, la misma ley reguladora de esa planificación la que precise, “con el suficiente grado de detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o las correspondientes Asambleas Legislativas”.

A este esquema básico se ajusta la regulación de la planificación que lleva a cabo, por ejemplo, la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales País Vasco. Expresamente establece la ley que el Plan Estratégico de Servicios Sociales de esa Comunidad Autónoma se dicta en ejercicio de “sus competencias de coordinación con las diputaciones forales y los ayuntamientos” (art. 35.1); que las diputaciones forales y los municipios quedan vinculados por ese plan, pues pueden elaborar su propia planificación, pero “respetando la planificación establecida a nivel autonómico” (art. 33.3); y que “el Plan Estratégico de Servicios Sociales, una vez aprobado, deberá ser objeto de una comunicación del Ejecutivo autonómico al Parlamento Vasco” (art. 35.1). Y el Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2016-2019 identifica en una tabla detallada las “acciones” cuyo “liderazgo” se atribuye a las diputaciones forales y municipios, así como la “prioridad” que corresponde a cada una de dichas medidas y los “indicadores” que se utilizarán para evaluar su cumplimiento<sup>87</sup>.

Por su parte, también la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León, dispone que la planificación de los servicios sociales coordina las competencias en esa materia atribuidas a las provincias y municipios [arts. 73.1 g) y 76], que el plan es vinculante para las entidades locales (art. 74.1) y que “en la elaboración de la planificación general se garantizará la participación de todas las administraciones competentes” (art. 75.1). Ni la mencionada ley ni el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León 2017-2021 hacen alusión alguna, sin embargo, a la remisión del plan a las Cortes de Castilla y León, ni a otras modalidades de control por estas.

---

<sup>87</sup> Véase Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2016-2019 (accesible *on line*), pp. 69 y ss.

### 3.2.8. *Otras decisiones planificadoras vinculantes para particulares y entidades locales*

El Derecho positivo de la planificación ofrece otros ejemplos de concretas regulaciones que permiten al plan adoptar decisiones vinculantes para particulares y entidades locales (en este caso, distintas de las que tienen finalidad coordinadora). La ya mencionada planificación de la red de transporte de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, vincula a diversos sujetos que desarrollan actividades destinadas al suministro de energía eléctrica: la empresa transportista o distribuidora titular de la red puede denegar el permiso de conexión si la instalación correspondiente no está contemplada en la planificación vigente de la red de transporte (art. 33.4); y los planes de inversión del titular de la red de transporte se aprueban por la Administración de acuerdo con las previsiones de dicha planificación (art. 34.4).

Para los municipios, por otra parte, son también vinculantes las decisiones del plan sobre la ubicación en su territorio de subestaciones, transformadores y líneas asociadas<sup>88</sup>. Podría discutirse si esta decisión tiene carácter normativo o resolutivo.

La legislación estatal de carreteras, por su parte, también prevé que algunas determinaciones de los programas de carreteras (ya se ha dicho que estos participan de la naturaleza del plan) pueden ser vinculantes para los particulares (y, por eso, deben ser publicadas en el Boletín Oficial correspondiente)<sup>89</sup>. No obstante, de la enumeración de las determinaciones que constituyen el contenido de los programas<sup>90</sup> parece deducirse que esos particulares solo podrán ser los contratistas o concesionarios de la Administración a los que se impongan los “criterios (..) aplicables a la (...) proyección, construcción, conservación y explotación de las carreteras y de sus elementos funcionales”. Y, quizás, sea más correcto entender, además, que la vinculación no procederá directamente del plan, sino del contrato o la resolución que regule la relación de ese particular con la Administración.

No es infrecuente que algunas determinaciones de planes de carácter no normativo alcancen, sin embargo, eficacia vinculante indirecta a través de la remisión que a aquellas contengan concretos preceptos legales: una norma relativa a la autorización de actividades de gestión de residuos, por ejemplo, puede prever la denegación de dicha autorización si la gestión prevista no se ajusta a lo dispuesto en los planes nacionales o autonómicos de residuos<sup>91</sup>. La previsión del plan se integra entonces,

---

<sup>88</sup> Un conflicto sobre una decisión de este tipo fue resuelto por la STS de 23 de enero de 2018 (RJ/2018/176; ECLI: ES: TS: 2018: 168; rec. cont.-admvo. núm. 4376/2015), desestimatoria del recurso contencioso-administrativo formulado por el Ayuntamiento de Carreño (Asturias) contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se aprobó el Plan de Desarrollo de la Red de Transporte de Energía Eléctrica 2015-2020, en lo que se refería a la instalación en su término municipal de dos subestaciones, transformadores y líneas asociadas.

<sup>89</sup> Véase el art. 10.2 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras (del Estado).

<sup>90</sup> Véase el art. 10.4 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras.

<sup>91</sup> Así, J. ORTEGA BERNARDO (2010: 140), que pone el ejemplo del art. 9.3 de la (hoy derogada) Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos.

por remisión, en el supuesto de hecho del precepto legal remitente. El fenómeno es también conocido para el caso de las normas técnicas<sup>92</sup> o de las guías de las mejores técnicas disponibles<sup>93</sup>.

### 3.2.9. *Planes vinculantes con el carácter de reglas frente a todos*

Ya se ha dicho que a la mayor parte de los planes reguladores de los usos del suelo (y de los recursos hidráulicos) se les atribuye, con carácter general, el carácter de normas que establecen reglas vinculantes *erga omnes*. Es muy expresiva la (ya parcialmente citada) afirmación que se contiene en el preámbulo del Real Decreto 1/2016, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de Cuenca, relativa a que la parte normativa de esos planes “tiene naturaleza de reglamento, constituyendo una norma subordinada a la Ley y a sus desarrollos reglamentarios generales, en la que se establecen mandatos claros que tienen como destinatarios no sólo las Administraciones competentes sino los particulares, pasando a formar parte del ordenamiento jurídico”<sup>94</sup>.

Esto, desde luego, no impide reconocer abiertamente que algunas partes del plan, como el diagnóstico de la situación o la memoria, carecen de forma obvia de ese carácter normativo; ni defender que algunas decisiones del plan urbanístico también carecen de ese carácter o tienen, más bien, la naturaleza de actos resolutivos.

### 3.3. **Recapitulación: ubicación en la escala de los planes de la actual práctica administrativa**

Antes de ofrecer un vistazo general en el que se ubiquen en la escala de la planificación un nutrido grupo de planes de la actual práctica administrativa, con una pretensión solo orientativa, conviene hacer una breve referencia, en concreto, a los planes de ordenación del territorio y a los planes hidrológicos, referencia que explicará la ubicación en la escala de estos conocidos y clásicos tipos de planes, que no pueden quedar fuera de una exposición mínimamente ambiciosa relativa a una clasificación de los planes.

Sobre la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio ha declarado el Tribunal Constitucional que una de sus notas definitorias es su carácter materialmente coordinador de políticas públicas diversas con proyección sobre el territorio. Esta competencia “tiene, precisamente, la finalidad de que su titular pueda

<sup>92</sup> Véase M. TARRÉS VIVES (2003: 180).

<sup>93</sup> Véase F. de B. LÓPEZ-JURADO y Á. RUIZ DE APODACA (2002: 212-214).

<sup>94</sup> Preámbulo (III) del Real Decreto 1/2016 de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

formular una política global para su territorio, con la que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones, incluida la estatal<sup>95</sup>. Esto determina, desde el punto de vista del criterio del volumen de la actividad administrativa dirigida, que la eficacia directiva de los planes de ordenación del territorio sea superior a la de los planes urbanísticos y medioambientales, pues las decisiones planificadoras sobre ordenación del territorio también deben articularse con otros intereses generales que son objeto de competencias con proyección territorial (carreteras, ferrocarriles, defensa, puertos y aeropuertos, etc.). Por su parte, el segundo criterio aquí utilizado para valorar la función directiva de los planes, el de su vinculatoriedad referida específicamente a los usos del suelo, sin embargo, aconseja situar estos planes junto a los urbanísticos y medioambientales, aunque sea colocándolos un poco hacia la izquierda en la escala.

La planificación hidrológica, por otra parte, se reguló en la Ley de Aguas de 1985<sup>96</sup> conforme al esquema fundamental de lo que en aquellos años parecía considerarse como el “gran modelo de la planificación”, la urbanística, tal y como esta se había diseñado por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (y, antes, por la Ley del Suelo de 1956) y completado en sus perfiles por la jurisprudencia y la doctrina. Los planes hidrológicos son normas “vinculantes”<sup>97</sup> para la Administración y para los particulares, que se dictan en cascada (el Plan Hidrológico Nacional en forma de ley y los planes hidrológicos de cuenca por Real Decreto) conforme a las previsiones de la Ley de Aguas y el Reglamento de la Planificación Hidrológica; y que ordenan los usos del agua y el otorgamiento, por ejemplo, de concesiones y autorizaciones de forma análoga a como el plan urbanístico regula el uso del suelo y el otorgamiento de licencias. Esto justifica que, aunque la planificación hidrológica no se refiera al uso del suelo, sino de un recurso natural distinto como es el agua, esos planes se sitúen en nuestra escala también junto a los urbanísticos y los de protección medioambiental.

Conforme a estos presupuestos, en una escala cuya exposición comienza idealmente por la izquierda y termina por la derecha, podrían situarse, primero, como planes de gobierno o dirección política, entre otros muchos también denominados agendas, estrategias y hojas de ruta, la Estrategia de Seguridad Nacional 2021<sup>98</sup>, el Plan Estratégico de Gobernanza, Innovación pública y Gobierno digital 2030 del País Vasco<sup>99</sup> y diversos planes autonómicos contra la despoblación a los que se hará referencia más detallada abajo. En segundo lugar y entrando ya en el segundo tipo, el de los planes de transformación material de un ámbito de la actuación administrativa, cabe situar en nuestra escala los planes de residuos (los manejados para la ela-

---

<sup>95</sup> STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 29; en el mismo sentido, STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1 B), que se refiere a la necesidad de “coordinar o armonizar” a la que responde esta competencia.

<sup>96</sup> Sobre los antecedentes históricos de la planificación de aguas y la distinción entre planes hidrológicos y planes de aprovechamiento de aguas, J. M. DÍAZ LEMA (1986: 592-608).

<sup>97</sup> Art. 38.3 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas; hoy, art. 40.4 TRLA de 2001.

<sup>98</sup> Aprobada por Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre.

<sup>99</sup> Aprobado por Acuerdo del Gobierno Vasco de 14 de diciembre de 2021 (accesible *on line*).

boración de este trabajo tienen solo la eficacia directiva propia de planes meramente indicativos<sup>100</sup>, los planes autonómicos de salud<sup>101</sup> y los de servicios sociales (algunos de carácter indicativo<sup>102</sup>, otros fijan criterios vinculantes para las entidades locales o sujetos privados que gocen de financiación pública)<sup>103</sup> y los planes de infraestructuras que se proyectan sobre el territorio (pero establecen, sobre todo, prioridades en las inversiones), como los de carreteras o los planes de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica (cuyas regulaciones legales distinguen matizadamente sus efectos jurídicos vinculantes y sus determinaciones de carácter indicativo)<sup>104</sup>. Como queda dicho, a la derecha de la escala se sitúan los planes reguladores del uso del suelo (o de otros recursos naturales como el agua): los de ordenación del territorio, los de protección medioambiental, los hidrológicos y los urbanísticos, clásicamente considerados de carácter normativo y dotados de estricta fuerza vinculante (aunque también se ha dicho que últimamente se está revisando esta concepción en su pretensión de proyectarse sobre la totalidad del plan).

### 3.4. Los límites del modelo propuesto

Ya se habrá intuido seguramente que el objetivo de ofrecer esta escala de la planificación no es el de diseñar un esquema categórico y preciso en el que quepa situar cualquier plan mediante la subsunción bajo elementos de una definición conceptual. En esta escala no hay más remedio que aceptar las excepciones y las transiciones progresivas y admitir que elementos característicos de un tipo de plan también se den de alguna manera en planes situados en otro de los tipos, o que existan planes en la realidad de la práctica administrativa que no se dejen ubicar correctamente en ninguno de ellos. La pretensión de esta escala de la planificación es más modesta y consiste en dar cauce a una exposición solo suficientemente representativa y flexible de la variedad de los planes existentes en atención a su función directiva, y de los distintos modos a través de los cuales se persigue imponer las decisiones del planificador.

Por lo pronto, es posible que llame la atención que no se haya puesto como ejemplo de plan de gobierno o dirección política el Plan de Recuperación, Trans-

---

<sup>100</sup> El Plan Estatal Marco de Gestión de Residuos 2016-2022 (accesible *on line*), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de noviembre de 2015; y el Plan de Gestión Integral de Residuos de Aragón (2018-2022), aprobado por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 24 de julio de 2018 (accesible *on line*).

<sup>101</sup> Por ejemplo, el Plan de Salud de Extremadura 2021-2028 o el IV Plan de Salud de Castilla y León, Perspectiva 2020 (ambos disponibles *on line*).

<sup>102</sup> Por ejemplo, el I Plan Estratégico Integral para Personas Mayores en Andalucía 2020-2023, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 4 de noviembre de 2020 (publicado en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* del 16 de noviembre siguiente).

<sup>103</sup> Por ejemplo, el Plan Estratégico de los Servicios Sociales de Castilla y León 2017-2021 (accesible *on line*).

<sup>104</sup> Véanse los arts. 7 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras; y 4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

formación y Resiliencia de 2021, posiblemente, el plan de recuperación y desarrollo económicos de más trascendencia desde la aprobación de la Constitución de 1978. Mal se describiría la eficacia de ese plan si se hablara solo de su forma flexible de dirigir y coordinar los diversos sectores de la Administración del Estado y de su carácter indicativo. Este plan tiene algunos elementos del tipo del plan de gobierno o dirección política y de los planes con eficacia indirecta (obtención de financiación vinculada a la realización del plan), pero del cumplimiento (estrictamente controlado por otros, a través de un complejo procedimiento) de sus “hitos y objetivos” depende la financiación procedente del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia<sup>105</sup> europeo. En definitiva, se trata de un plan sometido al régimen jurídico especial de un tipo de planificación “multinivel” en el Derecho de la Unión Europea<sup>106</sup>, que exigiría un análisis singularizado.

Ya se ha dicho, por otra parte, que hay que aceptar que elementos de un tipo de plan también se den de alguna manera en planes situados en otro de los tipos. Por ejemplo, tanto en los planes urbanísticos como en los hidráulicos se prevé típicamente la realización de obras públicas<sup>107</sup> cuya planificación es característica de algunos de los planes que aquí se han denominado de transformación material de un ámbito de la actuación administrativa, como son los de carreteras o los planes de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica<sup>108</sup>.

A pesar de estas limitaciones, creo que la escala diseñada también es útil para ilustrar algunas otras ideas generales relativas a algunas de las cuestiones que se han expuesto en relación con el estadio actual de la dogmática sobre la planificación. Por ejemplo, conforme más se avanza hacia la derecha en la escala de los planes (en dirección al tipo de las planificaciones de los usos del suelo) más rigurosas serán las regulaciones del procedimiento de elaboración y aprobación del plan. Cuanto más se avanza hacia la izquierda (planes de gobierno), más flexibles pueden ser esas reglas.

La razón es que esta regulación procedimental está al servicio de la correcta ponderación de todos los intereses públicos y privados afectados por la planificación. Ya se ha dicho que cuánto más directa y concretamente afecte la planificación a derechos de los ciudadanos (como el de propiedad, art. 33 CE) o a bienes colectivos con una intensa protección constitucional, como la defensa del medio ambiente (art. 45 CE), mayor necesidad existirá de que el procedimiento posibilite la realización de juicios ponderativos metodológicamente rigurosos que satisfagan los cánones del principio de proporcionalidad y estén precedidos también de un cuidadoso análisis de todos los datos fácticos relevantes e intereses implicados<sup>109</sup>. Hacia la izquierda de la escala

---

<sup>105</sup> Conforme a la regulación del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

<sup>106</sup> Sobre esto véase K. F. GÄRDITZ (2009: 19-40).

<sup>107</sup> Véase el art. 42.1 g) o) TRLA.

<sup>108</sup> En sentido parecido, W. KÖCK (2012: 1416). Precisamente el “plan de obras” contenido en los planes urbanísticos es uno de los aspectos a los que J. M. BAÑO LEÓN (2017: 2/8) niega carácter normativo.

<sup>109</sup> De forma parecida, K. F. GÄRDITZ (2009: 58).

los planes se alejan de los derechos de los ciudadanos y la tendencia será la de admitir procedimientos más sencillos, diagnósticos de la realidad menos rigurosamente elaborados y formulados; y ponderaciones implícitas entre mandatos de optimización, muy determinadas por prioridades de carácter político.

La concreta regulación de la evaluación ambiental estratégica, con su detallado procedimiento destinado a la selección ponderada de la mejor alternativa medioambiental, puede aportarse como argumento en favor de lo que se está explicando: tenderá a ser obligatoria para los planes situados en la zona de la derecha de la escala (carreteras, energía, aguas, urbanismo; aunque también lo es para los de gestión de residuos, que quedaban en nuestra línea ideal más bien a la izquierda)<sup>110</sup>; y, en términos generales, no deberá realizarse en el procedimiento de los planes de gobierno o dirección política<sup>111</sup> y otros planes de transformación material de un ámbito de la actuación administrativa, como los de servicios sociales.

En el mismo contexto de ideas, la participación del público, cuando tenga lugar, en los planes situados hacia la izquierda de la escala tendrá como finalidad, fundamentalmente, la obtención de más información para decidir mejor; mientras que la información pública y la audiencia de los interesados en los procedimientos de los planes situados en la zona de la derecha cumplirá una finalidad muy relevante desde la perspectiva del principio del Estado de Derecho de defensa de los derechos e intereses de quienes se ven más intensamente afectados por las decisiones del plan.

Y también el movimiento de izquierda a derecha del principio de protección de la confianza legítima a lo largo de la escala ilustra de forma gráfica su valor explicativo. Difícilmente podrán considerarse expectativas frustradas merecedoras de algún tipo de derecho a indemnización las generadas por la confianza depositada en las decisiones de un plan de gobierno o dirección política<sup>112</sup>. Otra cosa podrá decirse, en su caso, de la confianza depositada en una norma que tuviera su origen “político” en ese plan, pero esto es, obviamente, otra cuestión. En el otro extremo, por el contrario, existe una concreta regulación relativa a la protección de la confianza legítima a través del derecho a recibir una indemnización por la modificación de planes urbanísticos<sup>113</sup>.

---

<sup>110</sup> Véase el art. 6 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

<sup>111</sup> La Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política demográfica y contra la Despoblación, aprobada por Decreto 165/2017, de 31 de octubre, del Gobierno de Aragón (publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* de 8 de noviembre) se sometió a evaluación ambiental estratégica, en realidad, como se dirá más adelante, solo porque formalmente se tramitó como una directriz de ordenación territorial de las reguladas en los arts. 21 a 26 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón (aprobado por Decreto legislativo 2/2015, de 17 de noviembre).

<sup>112</sup> De forma parecida, W. HOPPE (1993: 215).

<sup>113</sup> Véase el art. 48 a) del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre).

## 4. LOS PLANES CONTRA LA DESPOBLACIÓN Y SU UBICACIÓN EN LA ESCALA DE LA PLANIFICACIÓN

### 4.1. Presentación

Desde hace más de una década se están aprobando planes contra la despoblación por parte de las comunidades autónomas. Se va a prestar atención en este apartado a algunos de esos planes de la práctica administrativa reciente, para concluir, por abstracción, con una caracterización general que los sitúa en el contexto de la escala de la planificación a la que se ha hecho referencia en la segunda parte de este trabajo.

Como sucede en otros muchos ámbitos (carreteras, residuos, medio ambiente y urbanismo) también puede hablarse en el caso de los planes autonómicos contra la despoblación de un modelo de planificación escalonada, en este caso, de planificación escalonada de acciones de gobierno o dirección política. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2019 se aprobaron las directrices generales de la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico<sup>114</sup>. Posiblemente por el carácter puramente indicativo de la estrategia no se ha hecho cuestión de la competencia estatal en la que se apoya este documento. Su carácter de plan indicativo, que cumple su función directiva mediante la recopilación y el suministro de información, permitiría, en primer lugar, situar fácilmente parte del contenido del plan estatal bajo la cobertura de las competencias estatales de coordinación [en materia de ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE), de investigación científica (art. 149.1.15) y de sanidad (art. 149.1.16 CE)]. Y, en lo que no quepa subsumir bajo esos títulos competenciales, sería posible entender que los datos que recopila y elabora el plan son información útil en materia demográfica que el Estado facilita a las comunidades autónomas para que estas ejerzan sus competencias, como concreta manifestación del principio de colaboración, conforme a lo dispuesto por el art. 141.1 c) LRJSP.

En ese marco se aprueban algunos de los planes autonómicos a los que se hará referencia inmediatamente. Y en el marco de los planes autonómicos no es extraño que se elaboren también planes contra la despoblación de carácter provincial<sup>115</sup>, comarcal<sup>116</sup> o municipal<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> La Estrategia Nacional está disponible *on line*.

<sup>115</sup> Puede verse el Programa Reto Demográfico de la Diputación Provincial de Jaén 2020-2022 (accesible *on line*).

<sup>116</sup> Pueden verse los numerosos “Programas de Desarrollo Rural Comarcal 2015-2020” aprobados en el País Vasco (accesibles *on line*).

<sup>117</sup> El “Documento de acción, Listado de medidas para luchar contra la despoblación en España” de la Comisión de Despoblación de la Federación Española de Municipios y Provincias de abril de 2017 (accesible *on line*) prevé la conveniencia de diversos planes municipales en este ámbito.

#### 4.2. La Estrategia Regional frente a la Despoblación en Castilla-La Mancha 2021-2031

La Ley 2/2021, de 7 de mayo, de Medidas Económicas, Sociales y Tributarias frente a la Despoblación y para el Desarrollo del Medio Rural en Castilla-La Mancha, prevé dos instrumentos de planificación: i) la Estrategia Regional frente a la Despoblación y ii) la Estrategia Regional de Desarrollo Rural. La Estrategia Regional frente a la Despoblación está regulada como un plan de gobierno o dirección política, aunque formalmente vinculante para el ejecutivo autonómico, dado que se establece en la ley que esta Administración aprobará cualquier instrumento de planificación sectorial de conformidad con lo decidido en esa Estrategia Regional (art. 17.2). Para el resto de las Administraciones públicas, en concreto, para las Administraciones locales, la citada ley no ha considerado necesario recurrir a la facultad autonómica de coordinar su actividad a través del plan conforme a lo dispuesto en el art. 59 LBRL; y ha dispuesto que su contribución al cumplimiento de los objetivos fijados por la mencionada Estrategia Regional y de las medidas adoptadas por ella se realizará “de acuerdo con los mecanismos de cooperación y colaboración que se establezcan” (art. 18.4).

La función directiva de la actividad administrativa que corresponde a la evaluación de los planes de carácter predominantemente indicativo también se destaca expresamente en el art. 18 de la Ley 2/2021. Las revisiones del plan, que se realizan cada cuatro años, tienen como finalidad “analizar su evolución y abordar los ajustes necesarios para lograr el cumplimiento de sus objetivos” (art. 18.5). Por su parte, los informes de seguimiento se envían a las “Cortes Regionales para su análisis” (art. 18.5), lo que permitirá el control político del Gobierno autonómico en relación con el cumplimiento de los objetivos y medidas del plan.

La Estrategia Regional frente a la Despoblación en Castilla-La Mancha 2021-2031 se aprobó por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 14 de diciembre de 2021<sup>118</sup>, después de tramitar un procedimiento (por cierto, no regulado ni mucho ni poco en la citada Ley 2/2021) en el que el borrador se sometió a “trámites de participación ciudadana, así como a informe de once Consejos Asesores y órganos de participación de la Administración Regional, dado su carácter multisectorial y transversal, habiendo sido por último informada por el Consejo Regional de Desarrollo del Medio Rural y frente a la Despoblación, en su sesión de 10 de diciembre de 2021” (p. 1).

El “despliegue operativo” de la Estrategia Regional frente a la Despoblación constituye un buen modelo que desglosa las típicas actuaciones incluidas en la generalidad de los planes contra la despoblación: i) ámbito de los servicios públicos (acceso a la sanidad y educación públicas y a los servicios sociales, etc.); ii) ámbito económico

---

<sup>118</sup> Fue publicada en el *Diario Oficial de Castilla – La Mancha* de 23 de diciembre de 2021. Aquí se citará la paginación contenida en la propia Estrategia también en la versión publicada en ese Diario Oficial.

(diversificar la actividad económica, modernizar el sector agrícola, ganadero y forestal, fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, etc.); iii) ámbito social (atención a la infancia y a la familia, mejorar la inclusión social, acceso a la vivienda, etc.); y iv) ámbito territorial (acceso por carretera a las zonas despobladas, fomento de las energías renovables, abastecimiento de agua y saneamiento y depuración de aguas residuales, etc.) (pp. 53-98).

La Estrategia Regional termina con la previsión del sistema de seguimiento y evaluación del plan y la identificación de los indicadores que se utilizarán para ello (pp. 130-134); con una descripción de los órganos que se encargarán de esas tareas de seguimiento y evaluación (pp. 135-140); y con la previsión de las fuentes de financiación de las medidas adoptadas (entre las que ocupan un importantísimo lugar los fondos europeos, con un porcentaje del 38 por 100) (pp. 141-149).

#### **4.3. La Agenda para la población de Castilla y León 2010-2020 (modificada en 2017)**

La Agenda para la población de Castilla y León 2010-2020 fue aprobada por Acuerdo 44/2010, de 14 de mayo, de la Junta de Castilla y León<sup>119</sup>. El texto de dicho Acuerdo es expresivo de la naturaleza de la Agenda como plan de gobierno o dirección política: “mejorar la evolución demográfica” se identifica como un “objetivo que debe ocupar un lugar relevante en la *agenda política* de la Comunidad”; y precisamente del plan derivarán “diversos proyectos legales, planes, acuerdos sociales y actuaciones concretas”. La propuesta de Agenda se presentó ante el Pleno de las Cortes de Castilla y León y se sometió a un procedimiento informal de diálogo y participación de sujetos públicos y privados. Como es frecuente en relación con este tipo de planes de dirección política, la Agenda no se aprueba en desarrollo de ninguna ley que la prevea (es “pura” acción de gobierno), al contrario del caso que acaba de tratarse de la Estrategia Regional de Castilla – La Mancha.

Por Acuerdo 44/2017, de 31 de agosto, de la Junta de Castilla y León se aprueba una nueva versión de la Agenda, que está también cargada de previsiones que remiten a actuaciones que desplegarán eficacia jurídica solo cuando estas se tramiten y aprueben. Por ejemplo, entre las medidas de apoyo a las familias (pp. 16 y ss.) se prevé la introducción de beneficios fiscales y exenciones o bonificaciones aplicables a precios públicos para las familias numerosas (p. 18), lo que, obviamente, solo podrá tener lugar mediante la futura aprobación de las normas correspondientes.

---

<sup>119</sup> El texto del Acuerdo fue publicado en el *Boletín Oficial de Castilla y León* de 17 de mayo de 2010, pero la Agenda solo se publica en la página web de la Junta de Castilla y León.

#### 4.4. La Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación de Aragón de 2017

El plan contra la despoblación de Aragón presenta la notable peculiaridad de haber sido aprobado formalmente como un plan de ordenación del territorio. En efecto, de las dos clases de planes de este tipo previstas en el art. 21.1 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón de 2015, se utiliza la figura de las “directrices especiales” para articular a través de ella la estrategia de la comunidad autónoma en materia de equilibrio demográfico y prevención de la despoblación. Por Acuerdo 165/2017, de 31 de octubre, del Gobierno de Aragón, se aprueba la Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación. Es posible entender, como se verá inmediatamente, que el contenido final del plan autonómico no encaja adecuadamente en la forma utilizada para aprobarlo.

Ya se ha expuesto que los planes de ordenación del territorio de Aragón, sus “directrices zonales” y “especiales”, se integran documentalmente por “la memoria, las estrategias, las normas y el documento resumen” (art. 22.1 TRLOTA); que las “estrategias” vinculan, en parte, como criterios de *soft law* (art. 26.1 TRLOTA) y que las “disposiciones normativas” o normas “tienen carácter obligatorio para sus destinatarios” (art. 26.2 TRLOTA). Nada de esto se ajusta correctamente al documento aprobado que, como en el caso de los demás planes autonómicos contra la despoblación, no tenía más pretensión que la de ser un plan de gobierno o dirección política de carácter indicativo.

La Directriz Especial aragonesa, en realidad, no contiene ninguna “norma” en el sentido expuesto. La memoria reconoce abiertamente que esas normas no se dictan, en realidad, por el plan, sino, más bien, que el plan prevé (como suele suceder en los planes de gobierno o dirección política) que se aprueben en el futuro algunas modificaciones legislativas por parte de las Cortes de Aragón (o, incluso, por parte del legislativo estatal) o algunas normas reglamentarias por parte del Gobierno de Aragón (creación de un observatorio y de una ponencia específica en el seno del Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón, etc.)<sup>120</sup>.

La parte del plan que programa la acción pública contra la despoblación se estructura, con un grado de concreción creciente, en objetivos generales, ejes de desarrollo, objetivos concretos, estrategias y medidas. Por ejemplo, la estrategia “desarrollo de la base jurídica, productiva e industrial transformadora de base ecológica” se concreta a través, entre otras, de la medida “diseñar una marca de calidad para productos agrarios ecológicos asociada a los espacios naturales protegidos de Aragón”<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación de Aragón (accesible *on line*), tomo I, memoria, p. 10.

<sup>121</sup> Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación de Aragón (accesible *on line*), tomo II, estrategias y medidas, p. 31.

Tiene poco sentido aplicar a una estrategia de ese tipo la regulación de la eficacia de las “estrategias” contenida en el mencionado art. 26.1 TRLOTA. Por otra parte, para esa medida (relativa a la marca de calidad) se indica expresamente que son “Administraciones competentes” tanto la local como la autonómica, pero en ningún sitio se especifica cómo vinculan las medidas del plan a la Administración local. En definitiva, el plan parece pretender para sí una función directiva meramente indicativa y la forma de la Directriz Especial “le queda grande” a esa pretensión.

Esta impresión se confirma, por último, por el hecho de que, como plan de ordenación del territorio, la Directriz Especial haya tenido que ser sometida a evaluación ambiental estratégica, algo insólito para los planes contra la despoblación del resto de las comunidades autónomas y, en general, para los planes de gobierno o dirección política y los demás situados en la zona de la izquierda de la escala de la planificación a la que se ha hecho referencia arriba. No es extraño que el estudio ambiental estratégico tenga que reconocer que “la Directriz (...) no establece *a priori* un marco para la ubicación, naturaleza, dimensiones, condiciones de funcionamiento o asignación de recursos a las distintas propuestas (objetivos, estrategias y medidas) (...). Por esta razón el análisis que se realiza no puede profundizar en detalle sobre los efectos concretos que se mencionan (...)”<sup>122</sup>.

#### **4.5. La Estrategia Regional de la Comunidad Autónoma de Cantabria frente al reto demográfico y lucha contra la despoblación 2021-2027**

También sin la cobertura de una ley reguladora de este tipo de plan, como “pura” acción de gobierno, se aprobó por Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria, de 13 de mayo de 2021, la Estrategia Regional de la Comunidad Autónoma de Cantabria frente al reto demográfico y lucha contra la despoblación 2021-2027<sup>123</sup>.

De sí misma afirma la Estrategia que esta constituye “el documento planificador de todas las acciones que se adopten en materia de lucha contra el despoblamiento durante el período 2021-2027. Para valorar su ejecución y el grado de cumplimiento en dicho período se llevará a cabo una labor de seguimiento y evaluación desde la Dirección General de Administración Local (...)” (p. 83). Dos ideas ya suficientemente destacadas en relación con los planes indicativos se sitúan en primer plano con esta declaración: que el plan, como resultado del diagnóstico de la situación y de la fijación de objetivos, ofrece un “banco de medidas” adecuadas para la ejecución de esta política pública por parte de los órganos de la Administración autonómica y de otras que voluntariamente quieran contribuir a sus buenos resultados; y que a la

---

<sup>122</sup> Directriz Especial de Ordenación Territorial de Política Demográfica y contra la Despoblación de Aragón (accesible *on line*), tomo V, evaluación ambiental, p. 6.

<sup>123</sup> Publicada en el *Boletín Oficial de Cantabria* de 8 de junio siguiente. Aquí se citará la paginación contenida en la propia Estrategia también en la versión publicada en ese Boletín Oficial.

evaluación y el seguimiento del plan corresponde buena parte del peso de su función directiva, para lo que se fijan los indicadores que se utilizarán en el cumplimiento de esa tarea (p. 84) y se identifica el órgano al que esta encomienda (el Consejo Asesor para la lucha contra el despoblamiento de los municipios de Cantabria, p. 85).

Del contenido del plan resulta con claridad que este diseña la política pública contra la despoblación y las medidas que la integran, pero los actos jurídicos que hayan de surtir efectos de ese tipo se aprobarán en el futuro por los órganos y por los procedimientos establecidos. Así, se prevé la modificación de varias leyes autonómicas, entre otras, la ley de subvenciones de Cantabria (p. 42); la creación de fondos público-privados para la concesión de créditos blandos al emprendimiento en el mundo rural (p. 50); y la celebración por parte de la Administración autonómica de un contrato público y de convenios de colaboración con los Ayuntamientos para crear cajeros automáticos desplazados (p. 53).

#### **4.6. Conclusión: los planes contra la despoblación en el contexto de la escala de la planificación**

En el marco teórico diseñado en este trabajo será fácil concluir con una caracterización general de los planes contra la despoblación aprobados en tiempos recientes por las comunidades autónomas. Son estos *planes de gobierno o dirección política dotados de eficacia predominantemente indicativa*. En efecto, estos planes, estrategias, agendas o directrices, dictados tras la tramitación de procedimientos marcados por su flexibilidad, tienen un carácter materialmente coordinador de un ingente volumen de actividad administrativa (relativa a la educación, a la sanidad y a los servicios sociales, a los transportes<sup>124</sup> y las carreteras, al sector agrícola, ganadero y forestal, al fomento de la investigación, a la infancia, a la mujer y a la familia, a la cultura, a las energías renovables, al abastecimiento de agua y al uso de las tecnologías de la información y la comunicación, etc.), afectan prácticamente a todos los departamentos de la Administración dirigidos por el Gobierno autonómico, entre cuyas actuaciones establecen prioridades políticas, y prevén su desarrollo futuro a través de otros planes más concretos e, incluso, de la aprobación de medidas legislativas.

Su función directiva se cumple, principalmente, mediante el suministro y la elaboración de información. A partir del diagnóstico de la situación de las cosas y de la fijación de concretos objetivos, se ofrecen concretas y numerosas medidas (“bancos de medidas”) para su consecución<sup>125</sup> que podrán ser desarrolladas (en principio, de forma voluntaria) por los sujetos públicos y privados que estén dispuestos a dirigir su actividad por la senda diseñada en la planificación. Especial eficacia directiva corresponde a los indicadores identificados por estos planes para la evaluación periódica

---

<sup>124</sup> Sobre esto véase E. CARBONELL PORRAS (2021: 379-412).

<sup>125</sup> Sobre esto puede verse, por ejemplo, la sistematización de un “cuadro general de medidas” contra la despoblación que ofrece F. J. SANZ LARRUGA (2021: 131-135). A una perspectiva histórica de las medidas adoptadas para la lucha contra la despoblación rural se refiere F. LÓPEZ RAMÓN (2021: 29-51).

de lo que los poderes públicos están haciendo para luchar contra la despoblación. Los resultados de dichas evaluaciones deberán ser utilizados por la Administración dirigida por el plan para, en su caso, corregir y mejorar su actuación en este ámbito; y podrán utilizarse también para el control de la actividad del gobierno y para la formación de la opinión del electorado.

Es necesario advertir, por último, que a estos planes, aparte de su función directiva “indicativa”, también puede corresponderles el tipo de “eficacia indirecta” a la que se ha hecho referencia arriba. A través de convocatorias de subvenciones destinadas a la ayuda para la realización de proyectos que materializan las medidas previstas en los planes estos alcanzan una eficacia directiva no derivada de la propia fuerza del plan<sup>126</sup>. En el ámbito de la lucha contra la despoblación y la cohesión territorial en Europa esto sucede a gran escala mediante las fórmulas de financiación con fondos europeos reguladas en el Derecho de la Unión Europea<sup>127</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- R. ALEXY (1996), *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- R. ALONSO GARCÍA (2001), “El *soft law* comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, pp. 63-94.
- V. J. ÁLVAREZ GARCÍA (2022), “Las pandemias en la Estrategia de Seguridad Nacional”, *Diario del Derecho Justel*, 05/04/2022, pp. 1-18.
- M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2004), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Barcelona, Ariel.
- L. ARROYO JIMÉNEZ (2009), “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, en L. ORTEGA y S. DE LA SIERRA (coords.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, pp. 19-50.
- L. ARROYO JIMÉNEZ y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021), “In Search of Symmetry Lost. European and Spanish Soft Law before the Spanish Authorities”, en M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO y O. STEFAN (ed.), *EU Soft Law in the Member States. Theoretical Findings and Empirical Evidence*, Oxford, Hart Publishing, pp. 233-246.
- C. M. ÁVILA RODRÍGUEZ (2022), “El impulso al hidrógeno renovable desde la Administración local”, en F. DELGADO PIQUERAS, R. GALÁN VIOQUE, N. GARRIDO CUENCA e I. GONZÁLEZ RÍOS (dir.), *Los desafíos jurídicos de la transición energética*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 655-697.
- M. BACIGALUPO (1997), *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons.

---

<sup>126</sup> Véase, por ejemplo, el Acuerdo de 23 de julio de 2019, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el Plan Especial 2019 de apoyo económico a Ayuntamientos en riesgo de despoblación y se autoriza un gasto de 1.500.000 euros para su ejecución (*BOCM*, núm. 185, de 6 de agosto).

<sup>127</sup> Véanse los Reglamentos (UE) 2021/1056, 2021/1057, 2021/158, 2021/159 y 2021/160, del Parlamento Europeo y del Consejo, todos ellos aprobados el 24 de junio de 2021, sobre las nuevas reglas aplicables al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados.

- J. M. BAÑO LEÓN (2017), “El plan urbanístico en ruina. Un esbozo de reconstrucción”, *Práctica Urbanística*, núm. 144, pp. 1-8.
- E. CARBONELL PORRAS (2021), “El transporte de personas en el medio rural”, en D. SANTIAGO IGLESIAS, L. MÍGUEZ MACHO y A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ (dir.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 379-412.
- J. CASTILLO ABELLA (2020), “Tipología y régimen jurídico de los sujetos gestores de residencias de mayores”, *InDret*, 2/2020, pp. 457-507.
- J. A. CHINCHILLA PEINADO (2010), “Los principios de competencia y jerarquía en la articulación entre instrumentos de planeamiento: el ámbito de los planes especiales y de los estudios de detalle en la legislación urbanística madrileña”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 258, pp. 13-45.
- I. DE OTTO (1988), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- J. M. DÍAZ LEMA (1986), “La planificación de las aguas”, en A. GALLEGO ANABITARTE, A. MENÉNDEZ REXACH y J. M. DÍAZ LEMA, *El Derecho de aguas en España*, Madrid, MOPU, pp. 590-679.
- S. DÍEZ SASTRE (2018), *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.
- (2020), “La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios”, en A. AGULLÓ AGÜERO (dir.) y E. MARCO PEÑAS (ed.), *Financiación de la sanidad. Tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 232-261.
- A. EXPÓSITO GÁZQUEZ (2020), “La sinergia entre Administración y sociedad: análisis del Plan España Digital 2025”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 118, pp. 115-151.
- A. GALLEGO ANABITARTE (1979), “Plan y presupuesto como problema jurídico en España. En torno al concepto de la norma jurídica”, en AA. VV., *Escritos en homenaje al Profesor Prieto Castro*, Madrid, Editora Nacional, pp. 341-383.
- A. GALLEGO ANABITARTE, Á. MENÉNDEZ REXACH, J. A. CHINCHILLA PEINADO, A. DE MARCOS FERNÁNDEZ, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO (2001), *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- J. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ (2021), *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- K. F. GÄRDITZ (2009), *Europäisches Planungsrecht. Grundstrukturen eines Referenzgebiets des europäischen Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2020), “La conflictiva delimitación de los instrumentos sometidos a evaluación ambiental: el concepto de ‘plan y programa’”, en A. M. GONZÁLEZ SANFIEL (dir.), *Nuevo Derecho urbanístico: simplificación, sostenibilidad, rehabilitación*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 273-315.
- W. HOPPE (1993), “Planificación”, *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, pp. 163-247.
- W. HOPPE y S. GROTEFELS (1995), *Öffentliches Baurrecht*, Múnich, Beck.
- W. KÖCK (2012), “Pläne”, en W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN y A. VOSSKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, tomo II, Múnich, pp. 1389-1455.
- K. LARENZ (1994), *Metodología de la Ciencia del Derecho* (traducción de la edición alemana de 1979), Barcelona, Ariel.
- F. de B. LÓPEZ-JURADO y Á. RUIZ DE APODACA (2002), *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, Madrid, Civitas.
- F. LÓPEZ RAMÓN (2021), “La lucha contra la despoblación rural”, en D. SANTIAGO IGLESIAS, L. MÍGUEZ MACHO y A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ (dir.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 29-51.
- N. LUHMANN (1966), *Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf*, Colonia-Berlín, Grote.
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1988), *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley.
- M. OLDIGES (1970), *Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts*, Bad Homburg, Gehlen.
- J. ORTEGA BERNARDO (2010), “Los planes de residuos autonómicos ante nuevos requerimientos del derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45, 133-159.
- F. OSSENBÜHL (1995), “Abwägung im Verfassungsrecht”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, núm. 110, pp. 904-912.

- L. PAREJO ALFONSO (2017), “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, *Práctica Urbanística*, núm. 144, pp. 1-35.
- (2020), “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, pp. 7-40.
- J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2000), *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcia Pons.
- (2015), “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret*, 1/2015, pp. 1-46.
- (2021), *Sistema de fuentes del Derecho administrativo. La dirección de la Administración a través del Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- L. SÁNCHEZ-MESA MARTÍNEZ (2021), “La planificación de políticas territoriales contra la despoblación de áreas interiores en España: claves para una gestión sostenible de los recursos culturales”, en D. SANTIAGO IGLESIAS, L. MÍGUEZ MACHO y A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ (dir.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 413-447.
- F. J. SANZ LARRUGA (2021), “Incidencia de las medidas de impulso demográfico en la lucha contra la despoblación rural”, en D. SANTIAGO IGLESIAS, L. MÍGUEZ MACHO y A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ (dir.), *Instrumentos jurídicos para la lucha contra la despoblación rural*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 111-146.
- D. SARMIENTO (2008), *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Cizur Menor, Aranzadi.
- E. SCHMIDT-ASSMANN (1995), “Planung als administrative Handlungsform und Rechtsinstitut”, en J. BERKEMANN (ed.), *Planung und Plankontrolle. Entwicklungen im Bau- und Fachplanungsrecht. Otto Schlichter zum 65. Geburtstag*, Colonia, Heymann, pp. 2-25.
- (1998), *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1ª ed., Heidelberg, Springer.
- G. F. SCHUPPERT (2000), *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden, Nomos.
- M. TARRÉS VIVES (2003), “Las normas técnicas en el Derecho administrativo”, *Documentación Administrativa*, núm. 265-266, pp. 151-184.
- F. VELASCO CABALLERO (1998), *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo.
- R. WAHL (2013), *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons.



## **RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR REACCIÓN ADVERSA A LA VACUNACIÓN: RÉGIMEN GENERAL CON REFERENCIA ESPECIAL AL CASO DEL COVID-19**

### **GOVERNMENTAL LIABILITY FOR ADVERSE REACTION TO VACCINATION: GENERAL SYSTEM WITH SPECIAL REFERENCE TO THE CASE OF COVID-19**

Luis Medina Alcoz

Profesor Titular de la Universidad Complutense

[lmedinaa@ucm.es](mailto:lmedinaa@ucm.es)

ORCID: 0000-0001-7135-8323

**RESUMEN:** El presente estudio tiene por objeto determinar si la víctima de reacciones adversas de una vacuna, en general, y de la del covid-19, en particular, tiene derecho a indemnización y, en caso afirmativo, determinar la(s) autoridad(es) o empresa(s) que debiera(n) hacerse cargo de ella. La mayor o menor autonomía conferida al individuo es la clave para determinar las eventuales consecuencias resarcitorias de aquellas reacciones adversas. Por tal razón, el estudio se estructura alrededor de los tres modelos básicos de vacunación que pueden distinguirse atendiendo a su carácter más o menos obligatorio: sistema de vacunación voluntaria o libertad plena; sistema de vacunación forzosa u obligación plena; y sistema de vacunación recomendada o libertad parcial/ obligación atenuada. El trabajo aborda separadamente cada uno de ellos, describiéndolo en abstracto, ejemplificándolo en concreto y señalando la problemática constitucional que suscita, lo que incluye un análisis sobre su constitucionalidad, la eventual dimensión constitucional de la indemnización del daño vacunal y la viabilidad del recurso de amparo. Tras ello, explico en cada caso el régimen indemnizatorio correspondiente de acuerdo con el sistema de responsabilidad patrimonial y los fondos compensatorios que podrían eventualmente constituirse. La estrategia de vacunación instaurada específicamente en España frente al covid-19 responde a (y exacerba) el modelo de vacunación recomendada. La cuestión de la responsabilidad por las reacciones adversas resultantes se abordará dentro del epígrafe relativo a este modelo. El cuadro sinóptico incluido en el último epígrafe resume y refleja sistemáticamente las conclusiones obtenidas.

**PALABRAS CLAVE:** Vacunas, vacunas contra el covid-19, vacunación voluntaria, obligatoria y recomendada, consentimiento informado, reacciones adversas a la vacuna, daño vacunal, Derecho de

daños, responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, responsabilidad por productos, responsabilidad por sacrificio especial, fondos públicos de compensación, protección constitucional del derecho a la vida y a la integridad física, reglas de propiedad y reglas de responsabilidad, dimensión constitucional del derecho a indemnización, *compensatio lucri cum damno*.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to find out whether the victim of adverse reactions to a vaccine, in general, and the one against covid-19, in particular, is entitled to compensation and, if so, to determine the authority(ies) or company(ies) that should take charge of it. The greater or lesser autonomy conferred on the individual is the key to determining the possible compensatory consequences of those adverse reactions. For this reason, the study is structured around the three basic models of vaccination that can be distinguished according to their more or less mandatory nature: voluntary vaccination or full freedom system; compulsory vaccination or full obligation system; and recommended vaccination or partial release/attenuated obligation system. The paper addresses each one of them separately, describing it in the abstract, exemplifying it specifically and pointing out the constitutional problems that it raises, which includes an analysis of its constitutionality, the possible constitutional dimension of compensation for vaccine damage and the viability of the *recurso de amparo*. Afterwards, I explain in each case the corresponding compensation regime in accordance with the governmental liability system and the compensatory funds that could eventually be created. The vaccination strategy specifically established in Spain against covid-19 responds to (and exacerbates) the recommended vaccination model. The issue of liability for resulting adverse reactions will be addressed under the heading for this model. The synoptic table included in the last section summarizes and systematically reflects the conclusions obtained.

**KEYWORDS:** Vaccines, vaccines against covid-19, voluntary, compulsory and recommended vaccination, informed consent, adverse reactions to the vaccine, vaccine damage, Law of damages, governmental liability, product liability, liability for special sacrifice, state compensatory funds, constitutional protection of the right to life and physical integrity, constitutional dimension of the right to compensation, property rules and liability rules, *compensatio lucri cum damno*.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO: 1.1. Reacciones adversas graves derivadas de la vacuna contra el covid-19. 1.2. Objeto del estudio.— 2. SISTEMA DE VACUNACIÓN VOLUNTARIA O LIBERTAD PLENA: RESPONSABILIDAD POR CULPA O POR DEFECTO DE CALIDAD DE LA VACUNA: 2.1. Descripción y ejemplos. 2.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo. 2.3. Régimen de responsabilidad. 2.4. Programas compensatorios específicos.— 3. SISTEMA DE VACUNACIÓN FORZOSA U OBLIGACIÓN PLENA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL: 3.1. Descripción y ejemplos. 3.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo. 3.3. Régimen de responsabilidad. 3.4. Programas compensatorios específicos.— 4. SISTEMA DE VACUNACIÓN RECOMENDADA O LIBERTAD PARCIAL/OBLIGACIÓN ATENUADA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL: 4.1. Descripción y ejemplos. 4.2. En particular, la estrategia de vacunación contra el covid-19. 4.3. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo. 4.4. Régimen de responsabilidad. 4.5. Programas compensatorios específicos. 5. CONCLUSIONES.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

### 1.1. Reacciones adversas graves derivadas de la vacuna contra el covid-19

Los expertos y las autoridades identificaron muy pronto la vacunación masiva como la mejor y más importante arma contra la pandemia del covid-19. Lo hizo la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 al declarar la emergencia global y reclamar una respuesta internacional coordinada. También la Unión Europea, que poco después diseñó su “Estrategia europea de vacunas” con el propósito fundamental de reducir a pocos meses los 10 años que ordinariamente requiere la fabricación de estos productos.

En ejecución de la Estrategia, la Comisión celebró los llamados “acuerdos de adquisición anticipada” con fabricantes individuales (entre otros, Pfizer/BioNTech, Moderna, AstraZeneca, Janssen) al objeto de financiar los elevados costes iniciales del proceso productivo y de centralizar las compras garantizando un suministro rápido y equitativo. La financiación aportada operó como pago a cuenta de las dosis que los Estados miembros se comprometieron a adquirir conforme al Acuerdo internacional de Madrid, suscrito entre aquellos y la Comisión Europea el 14 de abril de 2020 (publicado en el Boletín Oficial del Estado del 20 de julio siguiente). Fabricadas varias vacunas en un plazo extraordinariamente breve, fueron autorizadas por la Comisión en el marco de “procedimientos acelerados” que contaron con la participación, entre otras, de la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Tras lo cual, atendiendo a su disponibilidad progresiva, los servicios autonómicos de salud fueron administrándolas respetando la priorización fijada en la “Estrategia de vacunación frente a Covid-19 en España”, adoptada el 2 de diciembre de 2020<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El presente estudio trae causa de una ponencia preparada para el XXII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro (Barcelona, 10-12 de noviembre de 2022). Su redacción definitiva concluyó el 3 de octubre de 2022. Agradezco las valiosas observaciones y sugerencias que he recibido de los revisores anónimos, los directores de la revista y varios compañeros y amigos que leyeron versiones preliminares: Gabriel Doménech Pascual, Herminio Losada González, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, Ignacio Rodríguez Fernández y Dolores Utrilla Fernández-Bermejo.

Lista de abreviaciones: art.: artículo; ATC: Auto del Tribunal Constitucional; CE: Constitución española de 1978; coord.: coordinador; coords.: coordinadores; dir.: director; ECLI: Identificador europeo de jurisprudencia; ed.: edición; et. al.: et alii; FJ: fundamento jurídico; id.: idem; LOPJ: Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial; LOTC: Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional; núm.: número; núms.: números; p.: página; pp.: páginas; p. ej.: por ejemplo; SSTC: Sentencias del Tribunal Constitucional; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia; t.: tomo; vol.: volumen.

<sup>2</sup> Para una explicación detallada de estos acontecimientos: C. CIERCO SEIRA, “La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Uni-*

La eficacia de la vacunación contra el covid-19 ha quedado científicamente demostrada tras su aplicación sistemática a buena parte de la población europea y mundial. Los beneficios sociales resultantes en términos de salud y economía son incuestionables. La tasa real de reacciones adversas que arroja el seguimiento posterior a la comercialización de las vacunas autorizadas es pequeña, netamente inferior a los beneficios conseguidos. Lo que no ha de ocultar que las vacunas frente al covid-19 han producido reacciones adversas graves en varios casos. No solo: lo han hecho más frecuentemente que otras vacunas, como las administradas frente a la gripe<sup>3</sup>. Según el último informe de farmacovigilancia de la Agencia española de medicamentos y productos sanitarios (mayo de 2022)<sup>4</sup>, se han notificado en nuestro país 12.960 casos graves, esto es, una cifra nada desdeñable de supuestos que han requerido (o prolongado) la hospitalización; han dado lugar a una discapacidad significativa o persistente o a una malformación congénita; han puesto en peligro la vida; han finalizado con resultado mortal; o han presentado alguna otra circunstancia considerada clínicamente significativa.

Ciertamente —en esto insiste cada uno de los informes de la mencionada agencia estatal—, aquellos casos no pueden considerarse relacionados con las vacunas por el mero hecho de notificarse: “La vacunación no reduce las muertes por otras causas diferentes a la COVID-19, por lo que durante la campaña de vacunación es esperable que los fallecimientos por otros motivos diferentes sigan ocurriendo, en ocasiones en estrecha asociación temporal con la administración de la vacuna, sin que ello tenga relación con el hecho de haber sido vacunado”. Ahora bien, del mismo modo que no son (reacciones adversas graves inducidas por la vacuna) todas las que están (notificadas), no están todas las que son, pues es evidente que la vacuna ha generado daños que por las razones que sean no han sido oportunamente comunicados o lo han sido defectuosamente, sin reflejo final en las cifras finales del citado Informe.

Con independencia del número exacto, lo importante a nuestros efectos es, en primer lugar, que el seguimiento farmacológico está detectando reacciones adversas graves inducidas por las vacunas contra el covid-19, lo que está reflejándose en las fichas técnicas o prospectos de cada una de ellas, actualizados periódicamente para advertir de los riesgos que la experiencia va develando. Conforme a tales documentos, se ha demostrado la conexión causal entre la administración de alguna de las vacunas autorizadas y patologías tales como anafilaxis, trombosis, síndromes de fuga capilar y Guillain-Barré, miocarditis y pericarditis<sup>5</sup>.

---

*versidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021a (pp. 307-334).

<sup>3</sup> D. MONTANO, “Frequency and Associations of Adverse Reactions of COVID-19 Vaccines Reported to Pharmacovigilance Systems in the European Union and the United States”, *Front. Public Health*, 2022 (9:756633. doi: 10.3389/fpubh.2021.756633).

<sup>4</sup> Puede consultarse en <https://www.aemps.gob.es/laAEMPS/docs/informe-farmacovigilancia-mayo-2022.pdf:x:55250>.

<sup>5</sup> Los efectos adversos de las vacunas frente al covid-19 se pueden consultar en el prospecto y la ficha técnica de cada vacuna disponible en la web del Centro de Información online de Medicamentos Autorizados de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios: <https://cima.aemps.es>.

También es importante, en segundo lugar, que la verificación de reacciones adversas graves de este tipo era completamente previsible incluso antes de que la Comisión europea promoviese la fabricación y autorizase la comercialización y distribución de las vacunas, no solo porque todo medicamento entraña riesgos, sino también por las singulares condiciones en que aquellas han debido producirse y distribuirse, particularmente la necesidad de recortar muy significativamente los tiempos normales de experimentación clínica y fabricación y la mayor incertidumbre en torno a los beneficios y riesgos. Es sintomático que la responsabilidad por los efectos secundarios de las vacunas frente al covid-19 fuera una de las cuestiones nucleares de los acuerdos de adquisición anticipada celebrados con los fabricantes, así como del Acuerdo de Madrid suscrito entre la Comisión y los Estados miembros.

## 1.2. Objeto del estudio

El objetivo último del presente estudio es, precisamente, determinar si las víctimas de aquellas reacciones adversas tienen derecho a una indemnización, así como especificar las autoridades o empresas que, en su caso, deberían quedar obligadas a la reparación. Se refiere a los daños vacunales entendiendo por tales tanto los directamente inducidos por la vacuna (respuesta individual producida por las propiedades inherentes a este producto), como los procesos ansiosos relacionados con el acto de la vacunación (“miedo al acto vacunal”). No obstante, algo diré por conexión sobre los daños derivados de errores en la fabricación, autorización, almacenamiento, distribución o administración de la vacuna.

La indagación de respuestas exige, a mi juicio, abordar la reparación del daño vacunal, en general, sin circunscribir la investigación a las reacciones adversas vinculadas a la vacuna contra el covid-19, lo que ha quedado oportunamente reflejado en el título de esta contribución. Igualmente decisivo es hacerse cargo de que el régimen de responsabilidad por el daño vacunal es enteramente dependiente del grado de libertad o vinculatoriedad del sistema de vacunación dentro del cual se produce. Por tal razón, estructuro la investigación alrededor de los tres modelos de vacunación que pueden distinguirse atendiendo a su carácter más o menos obligatorio: sistema de vacunación voluntaria o libertad plena (2); sistema de vacunación forzosa u obligación plena (3); y sistema de vacunación recomendada o libertad parcial/obligación atenuada (4). El estudio aborda separadamente cada uno de ellos, describiéndolo en abstracto, ejemplificándolo en concreto y señalando la problemática constitucional que suscita, lo que incluye un análisis sobre su constitucionalidad, la eventual dimensión constitucional de la indemnización del daño vacunal y la viabilidad del recurso de amparo. Tras ello, explico en cada caso el régimen indemnizatorio correspondiente de acuerdo con el sistema de responsabilidad patrimonial y los fondos compensatorios que podrían eventualmente constituirse. La estrategia de vacunación instaurada específicamente en España frente al covid-19 responde a (y exacerba) el modelo de vacunación recomendada o libertad parcial/obligación atenuada. La cuestión de la responsabilidad por las reacciones adversas resultantes se abordará dentro del epígrafe relativo a este modelo.

## 2. SISTEMA DE VACUNACIÓN VOLUNTARIA O LIBERTAD PLENA: RESPONSABILIDAD POR CULPA O POR DEFECTO DE CALIDAD DE LA VACUNA

### 2.1. Descripción y ejemplos

Un sistema basado en la libertad plena ignora los beneficios colectivos de la vacunación porque se preocupa nada más que de los de cada individuo aisladamente considerado, asegurándose de que este decida autónomamente. No promueve la vacunación por razones de salud pública o interés general, excluyendo por definición la idea de “campaña”. La vacuna es relevante únicamente en su dimensión individual, como mecanismo de prevención personal frente a determinada patología. Las autoridades sanitarias, si llegan a recomendarla, lo harán al margen del posible beneficio social, atendiendo exclusivamente a los posibles efectos positivos y perjudiciales que cada concreto paciente puede disfrutar o padecer. Siendo central la autonomía de la voluntad, aquellas autoridades han de recabar en todo caso la conformidad libre, voluntaria y consciente del paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información detallada e inteligible sobre beneficios y riesgos de modo tanto oral como escrito.

Este sistema enfocaría la vacunación como cualquier otra intervención o tratamiento médico del Sistema Nacional de Salud y, por tanto, con sujeción estricta a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La vacunación habría de orientarse pues a “la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad” (art. 1.1) y requerir el consentimiento “previo” obtenido por escrito “después de que el paciente reciba una información adecuada” y valore las “opciones propias del caso” (arts. 1.2 y 8, apartados 1 a 3). Más aún, antes de recabar el consentimiento escrito, el facultativo debería informar oralmente sobre: las “consecuencias relevantes o de importancia” que la vacuna origina “con seguridad”, “los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”, “los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con [este] tipo de intervención”; y “las contraindicaciones” (art. 10.1)<sup>6</sup>.

Conviene precisar desde ya que tal no es el sistema de vacunación establecido con carácter general en España ni en los ordenamientos de nuestro entorno. No conozco ejemplos reales de semejante modelo, posiblemente porque encierra una contradicción difícilmente salvable: la vacuna es un medicamento singular que se distingue

---

<sup>6</sup> Sobre esta Ley y la significación del consentimiento informado: J. LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022; J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 7ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020.

de los demás precisamente porque se administra a sujetos sanos en beneficio de la colectividad, no solo por el interés individual del vacunado. Los relevantes beneficios sociales que caracterizan la vacunación como medicamento *especial* son de dos tipos: (i) cuantos más ciudadanos se vacunen mayor será la salud de la población, entendida como suma de individuos, lo que reducirá los costes del sistema sanitario y el impacto negativo de la enfermedad en el mercado laboral y, en general, en la economía; además, (ii) si se supera un determinado umbral, que suele ser bastante alto, podría alcanzarse la llamada inmunidad de grupo, lo que reduciría al mínimo los contagios y erradicaría virtualmente la enfermedad, protegiendo en consecuencia, no solo a los vacunados, sino también a quienes por razones médicas no se pueden vacunar y, en general, a los grupos más vulnerables. Este segundo tipo de beneficio social es, justamente, el que ha convertido a la vacuna en la mejor y, a veces, única arma para hacer frente a las epidemias<sup>7</sup>.

Lo característico de la vacunación es pues el amplio beneficio que genera gratuitamente en los demás (externalidad positiva) y, correlativamente, el amplio perjuicio que la decisión contraria puede producir en su entorno (externalidad negativa), pues el no vacunado puede contagiar a terceros sin internalizar el coste social consecuente. De modo que la idea misma de vacunación encierra la necesidad de una intervención pública que la haga sistemática, extensiva o masiva a fin de fomentar las externalidades positivas y corregir las negativas. Es sintomático que el ejemplo de las vacunas haya servido tradicionalmente a los manuales de economía para ilustrar el problema del “fallo de mercado” (asignación ineficiente de recursos) y su solución a través de la intervención estatal.

Ciertamente, hay vacunas no esenciales que se hallan en una situación similar a la de cualquier otro medicamento en el sentido de que el poder público las autoriza y vigila, pero no impone ni promueve su utilización. Se trata, por lo general, de vacunas que acaban de llegar al mercado, sin que el fabricante haya logrado aún persuadir al poder público de la conveniencia de su incorporación al calendario oficial. En cualquier caso, no se trata verdaderamente de un modelo o régimen general, sino de la situación específica de alguna vacuna, normalmente en transición hasta su oportuna consolidación dentro del servicio público sanitario<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Lo explican elocuentemente C. CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006, y el autor al que este se remite: J. VAQUÉ RAFART, “Inmunidad colectiva o de grupo”, *Vacunas*, 2001/2 (pp. 22-29).

<sup>8</sup> C. CIERCO SEIRA, “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021b (p. 20).

## 2.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo

La instauración del sistema de libertad plena como régimen general no sería problemática bajo la óptica de la cláusula constitucional del Estado de Derecho (art. 1.1), pues no solo no agrede, sino que dinamiza la dignidad humana (art. 10.1 CE) y derechos individuales tan fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15 CE). Sin embargo, además de irracional por contradictorio con el sentido mismo de las vacunas, sería muy problemática desde la perspectiva del Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE), por cuanto que a su través los poderes públicos harían dejación de su obligación de promover la salud pública como beneficio social; obligación establecida como principio rector en el artículo 43 de la Constitución española: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (apartado 2). Hay que notar a este respecto que en la actualidad la prevención sanitaria no se entiende ni puede entenderse sin la vacunación. Se ha dicho por ello que “la protección de la salud, en tanto que encargo cosido a la razón de ser misma de un Estado, conlleva la necesidad de organizar un servicio de vacunación a la población”<sup>9</sup>. Naturalmente, ningún problema suscita bajo la óptica del Estado social la existencia de vacunas consideradas no esenciales que el poder público autoriza y vigila como cualquier otro medicamento, sin imponerlas ni recomendarlas, que, según se ha dicho, es habitualmente el caso de las vacunas que acaban de llegar al mercado.

La cuestión de si dentro de un régimen de libertad plena la administración debe responder por el daño vacunal carece de una dimensión constitucional específica, más allá de la genérica o indirecta que atesora cualquier otro caso por su conexión con el instituto de la responsabilidad patrimonial (art. 106.2 CE) y los derechos fundamentales (arts. 15 y 33 CE). El problema de si la víctima ha de ser acreedora de un derecho a indemnización dependerá pues de la legalidad ordinaria, más que de la Constitución. Por tal razón lo normal será que no quepa el recurso de amparo y que el único derecho fundamental que en su caso podría vulnerarse sea el derecho a una resolución motivada y fundada, no incurso en arbitrariedad, error patente o manifiesta irrazonabilidad (art. 24 CE). El objeto de tal recurso no sería estrictamente la denegación (o insuficiencia) de la indemnización rechazada (o concedida) por la administración, sino las decisiones judiciales que, al pronunciarse sobre esta, han podido incurrir en déficits de motivación o argumentación. Se trataría, por tanto, de una solicitud de amparo frente al poder judicial *ex* artículo 44 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), que no pone en tela de juicio la actuación administrativa. Por lo demás, tratándose de un derecho fundamental sobre el que hay toneladas de jurisprudencia constitucional, lo normal sería que el recurso de amparo fuera inadmitido por ausencia de la especial trascendencia

---

<sup>9</sup> C. CIERCO SEIRA, 2021a: 317-318.

constitucional exigida por el artículo 50.1 b) LOTC. En fin, a la vista del carácter formal o procesal del derecho fundamental concernido, la única tutela que podría llegar a dispensar el Tribunal Constitucional sería la anulación de las resoluciones judiciales inmotivadas, arbitrarias o manifiestamente erróneas o irrazonables con retroacción para que el órgano judicial correspondiente se pronuncie nuevamente sobre la reclamación resarcitoria. Así lo ha hecho, por ejemplo, la STC 9/2015, de 2 de febrero, tras apreciar que la desestimación judicial de una demanda de responsabilidad patrimonial era contraria al artículo 24 CE<sup>10</sup>.

### 2.3. Régimen de responsabilidad

En punto a la responsabilidad, cabe apreciar que dentro de un sistema de libertad plena quien padezca reacciones adversas como consecuencia de la vacunación debería soportarlas sin posibilidad de exigir la reparación. No se darían los presupuestos de

---

<sup>10</sup> Ya la STC 37/2011, de 28 de mayo, resolvió en consonancia un supuesto similar, con la particularidad de que declaró que la desestimación vulneraba, no solo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), sino también el derecho a la integridad física (art. 15 CE). Esto último es discutible. Para empezar, este segundo derecho estará directamente concernido (y será, por ende, tutelable mediante el recurso de amparo) cuando el Estado haya agredido dolosa y deliberadamente a un individuo, pero no cuando un juez resuelva de un modo u otro una reclamación de compensación de daños culpables o accidentales. Lo afirma la jurisprudencia constitucional reciente, que vincula la lesión del indicado derecho fundamental al “elemento *intención*” y señala: “La intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al ‘riesgo relevante’ de sufrírselos, esto es, a un ‘peligro grave y cierto’ para la integridad personal” [STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 5 c)]. Alguien podría razonar que la administración vulnera el artículo 15 CE si un médico de la sanidad pública se salta de modo clamoroso y con toda intención la exigencia de consentimiento informado y acaba realizándose uno de los riesgos que el paciente no conoció ni aceptó. Semejante planteamiento no es un disparate, pero puede contribuir a la “banalización del derecho fundamental reconocido”, algo sobre lo que ha avisado la STC 59/2019, FJ 5 b). Por lo demás, en el caso de la STC 37/2011 no fue la administración sanitaria quien incumplió aquella exigencia, sino médicos de una clínica privada; al parecer, interpretaron que la urgencia de la intervención sanitaria realizada en beneficio del paciente les permitía actuar sin el previo consentimiento informado. La víctima ejerció sin éxito la acción directa contra la aseguradora de aquellos médicos ante la jurisdicción civil, planteando a la postre el recurso de amparo. Siendo los derechos fundamentales bastiones de libertad frente al Estado, no frente a otros particulares (arts. 53.2 CE y 41.2 LOTC, y STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1, por todas), el único poder público que pudo en hipótesis vulnerar algún derecho fundamental fue la justicia ordinaria que rechazó la demanda resarcitoria. Se entiende por todo ello que la sentencia constitucional resolviera a la postre de acuerdo con los presupuestos tutelares del artículo 24 CE, por más que en algún momento afirmara que “la asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)” (FJ 7). En efecto: (i) utilizó la referencia a aquella previsión constitucional sobre todo para imponer al juzgador la exigencia de un “plus de motivación” (FJ 6); (ii) no imputó la vulneración a los médicos de la clínica privada, sino a los tribunales, anulando, en consecuencia, las resoluciones judiciales con retroacción de las actuaciones al momento anterior al del dictado de la primera sentencia; y (iii) precisó que “no nos corresponde pronunciarnos sobre si procedía o no reconocerle la indemnización reclamada, pues esta es una cuestión de legalidad ordinaria cuya apreciación es labor exclusiva de los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio de la función que les atribuye el art. 117.3 CE” (FJ 2).

una responsabilidad patrimonial sin culpa por sacrificio especial, como modalidad de “funcionamiento normal de los servicios públicos” prevista en la cláusula general recogida hoy en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público<sup>11</sup>. El paciente damnificado por la vacuna (o el acto vacunal) tuvo conocimiento pleno de los riesgos a los que se exponía, consintiéndolos después de valorar autónomamente las distintas opciones y sin que las autoridades le obligaran o impulsaran a asumirlo por motivos de salud pública. No puede decirse, en consecuencia, que haya sido instrumentalizado en beneficio del todo social. Al contrario, el poder público ha puesto los medios para que decida libremente sobre su integridad personal, informándole de todos los riesgos y sin orientar su decisión en uno u otro sentido en función de razones de interés general.

Naturalmente, si el paciente no fue ilustrado con todo detalle del riesgo aparejado a la vacunación que por desgracia acabó actualizándose, la administración incurrirá en responsabilidad patrimonial, pero el fundamento de esta será la infracción de una exigencia jurídica legalmente impuesta a la segunda en beneficio de la plena autonomía del primero. No por ello la víctima ha de obtener la plena reparación de los perjuicios corporales consecuentes, pues es posible que hubiera consentido la intervención vacunal en todo caso, esto es, aun sabiendo que se exponía al riesgo que acabó realizándose. Lo normal es que reciba solo una reparación parcial a título de responsabilidad proporcional o pérdida de oportunidad (si hubiera una probabilidad no desdeñable de que hubiera rechazado la intervención), además del daño moral inherente a la lesión de su derecho de autodeterminación, todo ello en concepto de culpa o anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos<sup>12</sup>.

Conviene subrayar a este respecto que el régimen resarcitorio propio de las intervenciones médico-sanitarias normales sería el aplicable a los daños vacunales. Por eso la única responsabilidad posible sería la basada bien en la culpa o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos bien en algún defecto de calidad de la vacuna. Es decir, la víctima solo podría ser acreedora de un derecho resarcitorio:

---

<sup>11</sup> Contamos con una brillante y acabada teorización de la restricción sacrificial y sus consecuencias constitucionales y resarcitorias, que adopta el daño vacunal como tema testigo, junto a otros como la expropiación forzosa, la prisión preventiva o el derribo de aviones para sofocar atentados terroristas como los del 11S: I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022. Me he ocupado de la responsabilidad por sacrificio especial en perfecta correspondencia con las tesis de esta monografía, pero sin su profundo enfoque histórico y dogmático-constitucional: L. MEDINA ALCOZ, “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II): Elementos. Factores de exoneración”, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, coord. T. Cano Campos, vol. 4, Iustel, Madrid, 2009, (pp. 69-133); “El problema de la culpa en el Derecho de daños”, en *La falta de servicio*, coord. R. Letelier Wartenberg, Aranzadi, Santiago de Chile, 2012 (pp. 363-456). También, junto con I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, precisamente: “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución: Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 200, 2019, (pp. 147-190).

<sup>12</sup> Al respecto, ampliamente: L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Thomson Reuters/Civitas, 2018.

(i) si no se daban los presupuestos legales para autorizar la vacuna o mantenerla en el mercado; (ii) si el daño deriva de errores en el almacenamiento, manipulación o administración de la vacuna: entre otros, fallo en la cadena de frío, esterilización inapropiada de jeringas o agujas o reutilización de las desechables, agitación inadecuada de la vacuna, aplicación de vacuna o diluyente contaminados, remplazo de la vacuna o del diluyente con otro fármaco, inyección en el lugar equivocado; (iii) si el paciente no dio su conformidad tras ser cumplidamente ilustrado del riesgo luego materializado o no tuvo la posibilidad de efectuar una ponderación de beneficios y riesgos según sus intereses y preferencias personales; o (iv) si las reacciones adversas fueron consecuencia de defectos en la calidad de la vacuna, en su contenido o en el dispositivo para su administración. En los tres primeros casos respondería la administración correspondiente por culpa o incumplimiento, como modalidades de “funcionamiento anormal de los servicios públicos”, de acuerdo con la Ley 40/2015 (art. 32.1). En el cuarto, responderían las fabricantes de la vacuna conforme al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 135-146), que en este punto es trasposición de la Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de junio, relativa a responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

#### **2.4. Programas compensatorios específicos**

Cabe preguntarse si para los daños vacunales producidos en el marco del régimen de libertad plena resultaría conveniente instaurar un programa de compensación específico, más o menos equivalente a los fondos constituidos a favor de los transportistas internacionales damnificados por acciones violentas (Ley 52/1984, de 26 de diciembre), las víctimas de siniestros con vehículo no identificado, robado o no asegurado (Ley 122/1964, de 24 de diciembre, hoy Decreto legislativo 6/2015, de 30 de octubre), las víctimas del terrorismo (Ley 13/1996, de 30 de diciembre) o de otros delitos dolosos (Ley 35/1995, de 11 de diciembre), los contagiados de sida o hepatitis C en el marco del sistema público de salud (Real Decreto-ley 9/1993, de 26 de mayo) o los enfermos de talidomida (Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto).

La respuesta es clara, a mi modo de ver: carecería de sentido, pues faltarían las razones de fondo de aquellos programas compensatorios. Aunque estén legalmente configurados como ayudas públicas y sean muy diferentes entre sí, estos programas sirven al propósito común de que la administración cubra una especie de responsabilidad civil subyacente a partir de criterios tomados del Derecho de daños, como el principio de reparación integral, la doctrina de la culpa de la víctima o la acción de repetición contra el responsable. Pretenden, en particular, reparar daños cuando no puede identificarse al responsable o cuando, siendo ello posible, resulte inviable o difícil reclamar con éxito aquella responsabilidad o cuando el perjuicio pudiera ser constitutivo de una responsabilidad patrimonial objetiva de la propia administra-

ción<sup>13</sup>. Ninguna de estas circunstancias se da en el presente caso. El daño vacunal, en el modelo de libertad plena, realiza un riesgo del que la víctima fue (o debió ser) informada con detalle sin que la administración le orientara a consentirlo por razones de salud pública. La única responsabilidad posible sería la subjetiva ordinariamente exigible en el ámbito sanitario por ausencia de consentimiento informado o infracción de la *lex artis*.

No hay, pues, motivos para brindar a estos perjudicados la protección especial de la que carecen todas las víctimas del mal funcionamiento del servicio público sanitario. Ciertamente, la instauración de un fondo de compensación tiene todo el sentido como incentivo a la vacunación, pero eso nos sitúa fuera de un modelo de libertad plena, opuesto en cuanto tal a que el poder público fuerce la vacunación o dirija hacia ella las decisiones individuales.

### 3. SISTEMA DE VACUNACIÓN FORZOSA U OBLIGACIÓN PLENA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL

#### 3.1. Descripción y ejemplos

Un sistema basado en la obligación plena ignora la libertad personal y atiende exclusiva o prevalentemente a los beneficios sociales, imponiendo la vacunación obligatoria o forzosa, esto es, el deber de someterse a ella, asociando consecuencias represivas al incumplimiento<sup>14</sup>. Se impone así una cartera más o menos amplia de vacunas a toda la población o a segmentos de ella. Si se habla de campaña no es porque las autoridades se propongan convencer a los afectados a fin de que se vacunen voluntariamente, sino porque han de facilitar y vigilar el cumplimiento de aquel deber, así como castigar su inobservancia. El sistema conoce de antemano que una (pequeña) porción de los obligados padecerá reacciones adversas graves, pero lo acepta como sacrificio individual justificado en la utilidad pública. Dicho crudamente y sin matices: se tolera el fallecimiento y el grave menoscabo de unos pocos a cambio de las muchas vidas que la vacuna salvará y librára de patologías y del impacto positivo que ello tendrá en el mercado laboral y la economía. Bien puede afirmarse que la libertad y la vida desarrollan así una *función social*, al igual que, por ejemplo, la libertad de quien sufrió una prisión preventiva acordada legítimamente por razón del beneficio social, siendo a la postre absuelto por no tener que ver con el hecho criminal (art. 17 CE);

<sup>13</sup> Sobre el denominador común de estos mecanismos de compensación, J. RIBOT IGUALADA, “Los fondos de indemnización de daños corporales”, *Revista de Derecho civil*, vol. 7, núm. 4, 2020 (pp. 5-50).

<sup>14</sup> Utilizo indistintamente los significantes “vacunación obligatoria” y “vacunación forzosa”. No he creído preciso a los fines de este estudio hacer las distinciones o matices que pudieran ser relevantes a otros efectos. Véase, p. ej., E. COBREROS MENDAZONA, “Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021, (pp. 18-31).

la propiedad expropiada a un individuo por razones de utilidad pública (art. 33.3 CE); o la libertad de empresa de quien se ve ha visto abocado a cerrar su local durante meses porque las obras públicas impedían el acceso del público (art. 38 CE)<sup>15</sup>.

Este modelo cuenta con ejemplos muy significativos, no solo en regímenes autoritarios, sino también en democracias occidentales como la italiana o la francesa, que establecieron la obligatoriedad de un buen número de vacunas a la vista del alarmante descenso de las tasas de vacunación de aquellos países en los últimos años<sup>16</sup>. La pandemia del covid-19 ha avivado el debate mundial en torno a la vacunación forzosa. Buena parte de los países europeos ha impuesto la del covid-19 con carácter general (Austria) o para determinados colectivos por razón de edad o profesión (Alemania, Bélgica, Croacia, Francia, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Polonia, República checa).

Tal solución ha sido tradicionalmente (y sigue siendo tras la pandemia del covid-19) extraña a nuestro Sistema Nacional de Salud. No la establece la Ley 33/2011, 4 de octubre, general de salud pública que, inversamente, recoge la voluntariedad como principio general en todas las actuaciones sanitarias (art. 5.2). Se discute si la vacunación obligatoria puede considerarse una de las medidas que las autoridades pueden establecer “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro [...] cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad” (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública); o si sigue en vigor la previsión que permite al Gobierno declarar obligatoria la vacunación contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas “por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible” (Base IV de la Ley de bases de la sanidad nacional de 25 de noviembre de 1944, en la redacción dada por la Ley 22/1980, de 24 de abril). Lo cierto es que hasta la fecha las autoridades sanitarias no han intentado hacer valer estas previsiones ni otras semejantes (arts. 4 y 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio) a fin de imponer la vacunación forzosa.

No obstante, al amparo de la primera ley orgánica mencionada, la administración sanitaria ha solicitado (y obtenido) autorización judicial para vacunar a menores en contra del criterio de los padres todo ello con el fin de sofocar una concreta epidemia. Es el caso del Auto 362/2010, del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 5 de Granada, de 24 de noviembre, en relación con el brote de sarampión surgido en un colegio público del barrio del Albaicín<sup>17</sup>. La Consejería de sanidad de la Junta de Andalucía solicitó y el juzgado autorizó la vacunación forzosa de 35 niños menores de entre doce y quince meses bajo la consideración de que la medida “persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una

---

<sup>15</sup> Al respecto, ampliamente: L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190.

<sup>16</sup> G. PIPERATA, “Vaccinazione obbligatoria e problematiche giuridiche. Un’analisi nella prospettiva del diritto italiano”, *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018 (pp. 201-214).

<sup>17</sup> ECLI:ES:JCA:2010:3A.

norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido”.

Por otra parte, algunas comunidades autónomas, desbordando, posiblemente, sus competencias en materia de sanidad, han declarado formalmente obligatorias algunas vacunas<sup>18</sup>. Por ejemplo, el Decreto valenciano 147/1986, de 24 de noviembre, incluyó dentro del “programa de vigilancia de la salud del niño” la “aplicación de las vacunas obligatorias según el calendario que establezca la Conselleria de Sanidad y Consumo” (art. 13.3). El Decreto gallego 329/2005, de 28 de julio, estableció en la misma línea que “será preceptiva la vacunación” contra la rubéola del “personal que realice funciones de atención y cuidado de los/as niños/as”. Ya en el contexto de la pandemia del covid-19, una Ley de esta misma comunidad ha facultado a las autoridades sanitarias autonómicas para imponer la vacunación obligatoria a fin de controlar las enfermedades infecciosas transmisibles (cualquiera, no solo el covid-19), en situaciones de grave riesgo para la salud pública; y ha tipificado como infracción administrativa “la negativa injustificada al sometimiento a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias” [arts. 38.2 b), 41 bis d), 42 bis c) y 43 bis d) de la Ley de salud de Galicia, en la redacción dada por la Ley 8/2021]. El Presidente del Gobierno impugnó inicialmente estas previsiones ante el Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, pero desistió finalmente a la vista de que el parlamento gallego las ha desactivado mediante una nueva disposición<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Un estudio de las primeras disposiciones que establecieron (o se orientaron hacia) la vacunación obligatoria: E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988. Para las posteriores, antes y después de la pandemia del covid-19, cabe remitirse a CIERCO SEIRA, 2006; *id.*, *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018; *id.*, 2021a: 316-318; *id.*, “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021b (pp. 18-31). También E. COBREROS MENDAZONA, 2021: 18-31; J. L. BELTRÁN AGUIRRE, “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, núm. 22, 2012 (pp. 9-30).

<sup>19</sup> Interpuesto el recurso, el Tribunal Constitucional suspendió la aplicación de aquellas previsiones mediante la providencia de admisión y el ATC 74/2021, de 20 de julio.

<sup>20</sup> Se trata de la disposición adicional segunda de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, introducida por la Ley 18/2021, de 27 de diciembre: “La medida prevista en el número 5 de la letra b) del número 2 del artículo 38 se entenderá sin perjuicio del carácter voluntario de la vacunación con carácter general y se aplicará siempre de acuerdo con lo establecido para cada patología por la Administración general del Estado en el ejercicio de sus competencias de coordinación general de la sanidad, en la estrategia nacional de vacunación que esté vigente en cada momento y en el marco de lo que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las campañas se articularán sobre el principio de colaboración voluntaria de las personas afectadas con las autoridades sanitarias, y estas ofrecerán información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas”. Sigue pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso, si bien el contenido de la disposición reproducida permite pronosticar que el Tribunal desestimarà o declarará extinguida por pérdida de objeto buena parte de los motivos de impugnación.

### 3.2. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo

La instauración del sistema de obligación plena (respecto de vacunas consideradas esenciales y para la población general o segmentos de ellas) no sería problemática bajo la óptica de la cláusula constitucional del Estado social (art. 1.1 CE), pues no solo no ignora, sino que atiende exclusiva o prevalentemente a la salud pública, en general, y al beneficio social asociado a la vacunación extensiva, en particular. Sin embargo, lo es desde la perspectiva del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), singularmente en lo que atiene a los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la vida y a la integridad física (art. 15 CE).

A diferencia de los derechos fundamentales de contenido económico (arts. 33 y 38 CE), los de carácter extrapatrimonial funcionan normalmente como prohibición de toda restricción de tipo sacrificial. Dicho de otro modo: el poder público no está autorizado, con carácter general, a imponer menoscabos forzosos a sujetos que no amenazan ni agreden la integridad de los demás bajo la consideración de que ello es útil para lograr un objetivo social. Ciertamente, el Estado puede delimitar y limitar los derechos fundamentales sustantivos no patrimoniales a fin de asegurar que su ejercicio no interfiera en los derechos de otros, pero, en principio, no puede causar daños a la vida o la libertad personal de quienes no ponen en riesgo la integridad de los demás solo porque entiende que eso es bueno para la comunidad: “En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para la salud” [STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 F)]. Incluso si el objetivo fuese responder al comportamiento criminal de quien agrede o pone en peligro la integridad ajena, estaría vedada la causación deliberada y vejatoria de padecimientos físicos o psíquicos porque “sean cuales fueren los fines” ello “cosifica al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal”, o “lo mediatiza o instrumentaliza, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” [STC 59/2019, de 6 de mayo, FJ 5 c), citando las SSTC 120/1990, de 20 de julio, FJ 9, 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13].

La Constitución permite, no obstante, que el Estado utilice para sus fines derechos fundamentales de contenido extrapatrimonial en supuestos muy excepcionales. Es lo que podría ocurrir con las vacunaciones obligatorias. Los daños personales derivados de ellas no son infligidos directamente a personas identificadas y preseleccionadas, como si se tratara de un auténtico procedimiento de expropiación forzosa de la vida y la integridad física. Son una consecuencia colateral que, aunque previsible, se revela solo *ex post*. El profesional sanitario que administra la vacuna no tiene conciencia o conocimiento cierto de que sacrifica los derechos del paciente porque confía en que se verificará la hipótesis estadísticamente habitual, esto es, que no se producirá una reacción adversa. Ciertamente, la víctima de daños inducidos por la vacuna ha sido funcionalizada, pero el sacrificio deriva técnicamente del modelo o

sistema, que es el que contempló de antemano y aceptó las hipótesis sacrificiales residuales<sup>21</sup>. Esta circunstancia, junto a la magnitud del beneficio social resultante explican posiblemente la tendencia general a dar la vacunación forzosa por buena en términos constitucionales, de lo que es reciente expresión la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2021, asunto Vavříčka y otros c. República checa<sup>22</sup>.

Ahora bien, si la constitucionalidad de semejante restricción depende, no solo de que sea adecuada (que esté orientada a un fin legítimo) y proporcionada (que produzca más beneficios que perjuicios), sino también de que sea necesaria (ausencia de alternativas menos restrictivas), podría afirmarse razonablemente que en España no se dan las condiciones para aceptarla, al menos en términos generales<sup>23</sup>. Ello por la sencilla razón de que se han logrado históricamente y se mantienen hoy elevadas tasas de vacunación sin imponerla como forzosa<sup>24</sup>. Hay que reconocer, no obstante, que los poderes públicos cuentan con relevantes márgenes de apreciación a la hora de adoptar una decisión estratégica como es la vacunación forzosa<sup>25</sup>. Dejo a un lado los problemas de constitucionalidad que esta medida pudiera suscitar desde otras ópticas: la distribución territorial del poder (si la establece una comunidad autónoma en

<sup>21</sup> Ampliamente, L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190.

<sup>22</sup> ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113. Al respecto, C. CIERCO SEIRA, 2021a: 316-318, *id.*, 2021b: 18-31.

<sup>23</sup> La STC 207/1996, de 16 de diciembre, estableció el canon de la proporcionalidad en sentido amplio (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), tras descartar que en el caso (extracción de cabellos de la cabeza y de todo el pelo de las axilas para su posterior análisis) existiera la vejación o humillación que el artículo 15 CE prohíbe de modo absoluto. Es verdad que el pasaje antes citado [“En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para la salud”] pudiera dar a entender que la causación de daños personales o la puesta en peligro de la integridad física está vedada con carácter absoluto. Sin embargo, tal interpretación no se compadece con la distinción que realiza la propia sentencia entre la vejación (como comportamiento prohibido cualesquiera que sean los fines y las circunstancias) y las demás injerencias en la vida y la integridad física (que serán contrarias a la Constitución solo si, a la vista de los fines y las circunstancias del caso, puede apreciarse el incumplimiento del juicio de la proporcionalidad). La doctrina constitucional reciente no puede ser más clara a este respecto: para valorar si la administración ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física o moral (art. 15 CE) “hay que determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si la conducta enjuiciada es deliberada o, al menos, está adecuadamente conectada al resultado lesivo (elemento *intención*); si ha causado a la víctima un padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo (elemento *menoscabo*) y si respondió al fin de vejar, humillar o envilecer o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado (elemento *vejación*). Faltando este último elemento, no habrá trato ‘degradante’, pero solo podrá descartarse la vulneración del art. 15 CE si la conducta enjuiciada halla cobertura legal (*legalidad*), responde a un fin constitucionalmente legítimo (*adecuación*), constituye la alternativa menos restrictiva (*necesidad*) y produce más beneficios sobre otros bienes o valores que perjuicios en el derecho fundamental a la integridad moral (*proporcionalidad en sentido estricto*)” [STC 56/2019, FJ 5 a)].

<sup>24</sup> Véase D. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “Possibly Constitutional, But Not This Way: Compulsory Vaccination in Spain”, *VerfBlog*, 2021/5/05, <https://verfassungsblog.de/spain-vaccinations/>, DOI: 10.17176/20210505-182018-0.

<sup>25</sup> J. L. BELTRÁN AGUIRRE, 2012: 9-30.

contra de las directrices de la legislación estatal), la reserva de ley (si la facultad para adoptarla se habilita por decreto o no está suficientemente programada en norma de rango legal) y la reserva de ley orgánica (si una ley ordinaria la estableciera con carácter general).

A nuestros efectos, lo relevante es retener que el reconocimiento constitucional de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) podrían operar como barrera que impide la vacunación obligatoria. Ahora bien, si, como creo, pudiera llegar a considerarse una medida adecuada, necesaria y proporcionada, la dignidad humana y la fundamentalidad del derecho a la vida exigirían, al menos, indemnizar las reacciones adversas graves derivadas de la vacunación obligatoria. La víctima conservaría su derecho *constitucional* a la vida y, en particular, a que su integridad física no sea funcionalizada en beneficio de otros, sólo que, en estas concretas circunstancias, este derecho fundamental se expresaría, no como impedimento de la acción lesiva, sino como derecho a una compensación que, en lo posible, traduciría económicamente el *status quo ante*. La indemnización sirve, justamente, para contrarrestar la cosificación, esto es, para devolver a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva.

Dicho con la conocida terminología de CALABRESI<sup>26</sup>: la Constitución, al admitir la vacunación forzosa, permite que el derecho a la vida y a la integridad física de quienes se exponen al riesgo de padecer reacciones adversas graves deje de tutelarse a través de una regla de protección absoluta o de dominio (*property rule*), que es la que habría permitido rechazar la intervención vacunal o declarar la inconstitucionalidad del régimen de vacunación obligatoria. No por ello deja de tutelar aquel derecho fundamental; lo hace ahora a través de una regla de protección relativa o de responsabilidad (*liability rule*), que no permite rechazar aquella intervención ni declarar la inconstitucionalidad del sistema, pero sí al menos exigir la compensación de los daños de entidad que en su caso se produzcan. No cambia el derecho reconocido ni la exigencia constitucional de que sea tutelado; lo que cambia —en virtud de la decisión pública que ha impuesto legítimamente la vacunación forzosa— es el concreto mecanismo de protección constitucional. La indemnización no es, pues, en este caso una cantidad que deben calibrar los tribunales para proteger un derecho fundamental vulnerado, sino una condición de constitucionalidad del sistema; el régimen de vacunación obligatoria será inconstitucional si el ordenamiento excluye o no predispone al propio tiempo el correspondiente mecanismo indemnizatorio.

No hay que sorprenderse de que la Constitución no prevea expresamente la exigencia de indemnización para los supuestos de daños sacrificiales verificados en derechos fundamentales como la vida, la integridad física o la libertad, mientras que sí lo hace para el derecho de propiedad (art. 33.3 CE). Las operaciones sacrificiales en la propiedad están estandarizadas en nuestro Estado social de Derecho como resul-

---

<sup>26</sup> G. CALABRESI y A. D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972 (pp. 1089-1128).

tado de una tradición histórica consolidada. Forman parte de la relación cotidiana que el poder público entabla con los ciudadanos para realizar el interés general. Los sacrificios de derechos de mayor entidad son, como queda dicho, excepcionales. Su dinámica es poco acorde con una estandarización constitucional que podría dar la sensación equívoca de que estamos ante un recurso ordinario al servicio de las políticas públicas. El debate en relación con los derechos fundamentales más básicos es, según se ha expuesto, el de determinar si cabe y, sobre todo, cuándo cabe el sacrificio, pero una vez que una hipótesis sacrificial se acepta como viable la indemnización de quien la sufre en beneficio de los demás va prácticamente de suyo. Que la indemnización (como técnica adjudicativa del resultado dañoso) no esté expresamente regulada no significa que no sea constitucionalmente exigible una vez que el sacrificio se considera constitucionalmente admisible<sup>27</sup>.

La dimensión constitucional del daño derivado de la vacunación forzosa está preñada de consecuencias. La principal y más evidente es que el sistema de responsabilidad patrimonial (arts. 32-35 de la Ley 40/2015) debe interpretarse a la luz de ella, lo que, según se verá, no es en absoluto difícil desde el momento en que, a través de la cláusula general de responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos, aquel sistema canaliza la reparación de los daños sacrificiales.

Otra consecuencia, no exenta de relevancia, es que la indemnización del daño vacunal, al dejar de ser un asunto de legalidad ordinaria y convertirse en la tutela constitucionalmente debida al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, abre la vía del recurso de amparo (art. 53.2 CE). La resolución administrativa que no reconociese la reparación o que lo hiciera insuficientemente incurriría en la vulneración de aquel derecho fundamental; vulneración que, si no hallara remedio en la vía judicial ordinaria, fundaría la interposición de una demanda de amparo al abrigo del artículo 43 LOTC. El recurso estaría llamado a ser admitido por cuanto que, en ausencia de jurisprudencia constitucional a este respecto, revestiría el interés objetivo o especial trascendencia que exige el artículo 50.1 b) de la citada Ley orgánica. En cuanto al fondo, hay que tener en cuenta que, al estar primariamente concernido un derecho fundamental sustantivo, el control por parte del Tribunal Constitucional “no podrá limitarse a verificar el carácter razonable” de las actuaciones y resoluciones impugnadas, sino que “será preciso analizar si las mismas resultan o no lesivas del ejercicio del derecho fundamental sustantivo alegado” (STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 3, citando sentencias anteriores). En cuanto a la realidad de los hechos, “cuando este Tribunal conoce de la presunta vulneración de un derecho fundamental por parte de una autoridad administrativa, en el cauce del art. 43 LOTC, no resultan de aplicación los límites que establece el art. 44.1 b) LOTC” (STC 93/1992, de 11 de junio, FJ 4). Dicho de otro modo, en lo concerniente a la vulneración que podría derivarse de la ausencia de (o insuficiente) indemnización del daño vacunal, el Tribu-

---

<sup>27</sup> Al respecto, refiriéndose tanto a la vacunación (obligaría o recomendada) como a la prisión preventiva seguida de absolución: L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190.

nal Constitucional podría (y debería) realizar un escrutinio muy incisivo tanto en lo jurídico (se trataría de interpretar y aplicar directamente una norma constitucional) como en lo fáctico (no estaría vinculado por las valoraciones de hechos realizadas por la administración o la justicia ordinaria). Podría (y debería) entrar a valorar por sí, incluso con apertura previa de periodos de prueba (art. 89 LOTC), tanto el alcance del daño alegado como su conexión causal, así como fijar la indemnización tomando en consideración las cantidades que habitualmente se libran por lesiones del mismo tipo. Ciertamente, el Tribunal Constitucional, a diferencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, se ha desentendido de la responsabilidad patrimonial derivada de la violación de los derechos fundamentales<sup>28</sup>. Pero en este caso, la indemnización es mucho más que una posible respuesta a la vulneración de un derecho fundamental; es una condición de constitucionalidad de la operación sacrificial en sí, por lo que el Tribunal Constitucional podría (y debería) asumir la tarea de declarar el derecho a ella y concretar su efectivo alcance<sup>29</sup>.

### 3.3. Régimen de responsabilidad

La afirmación del carácter resarcible del daño sacrificial es, justamente, la principal consecuencia de que la administración española responda, no solo por “funcionamiento anormal”, sino también por “funcionamiento normal”, de acuerdo con el sistema introducido en 1954 y establecido hoy en la Ley 40/2015. Tal es la interpretación doctrinal originaria y ampliamente consolidada a la que se atiene la jurisprudencia contencioso-administrativa<sup>30</sup>. En consecuencia, dentro de un régimen de

---

<sup>28</sup> Al respecto, criticando la tendencia consolidada a la postre: I. BORRAJO INIESTA, “Indemnización constitucional: a propósito de la sentencia Bivens del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, (pp. 209-228). Sobre la tendencia opuesta en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: L. MEDINA ALCOZ, “Los desaparecidos de La Cantuta: (a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006)”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008 (pp. 755-774).

<sup>29</sup> El mejor tratamiento que conozco sobre la indemnización como condición de constitucionalidad de la operación sacrificial se halla en I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022: 275-304.

<sup>30</sup> El primer intérprete del sistema de responsabilidad patrimonial afirmó tempranamente que la causación lícita e incidental de un daño en aras al interés general constituye una “causa de imputación” incluida en la referencia legal al “funcionamiento normal” del servicio público como fundamento de la obligación de indemnizar: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. VIII, núm. 5, 1955 (pp. 1023-1163); publicado como libro en 1956: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid). El profesor GARRIDO FALLA aceptaba igualmente que la “expresión funcionamiento normal” cubre “aquellas actuaciones administrativas —en especial obras públicas— que causan perjuicios singulares que por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas justifica la obligación de reparar”: F. GARRIDO FALLA, “Panorama general de la responsabilidad ‘civil’ de la Administración pública”, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Ma-

vacunación forzosa, quien sufra reacciones adversas tiene un derecho indemnizatorio con fundamento en la Constitución que se hace efectivo a través del sistema general de responsabilidad patrimonial. Lo ha declarado específicamente la jurisprudencia con ocasión de la obligatoriedad declarada de algunos calendarios de vacunación infantil<sup>31</sup>, vinculando la indemnización con la protección debida al derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), la responsabilidad por funcionamiento normal y la expropiación forzosa como caso paradigmático de sacrificio especial<sup>32</sup>.

Lo propio del daño sacrificial es que el individuo afectado está “en los dos polos de la transacción” en el sentido de que es simultáneamente perjudicado y beneficiario<sup>33</sup>. De ahí que la *compensatio lucri cum damno* o teoría del descuento tenga un amplio juego dentro de la responsabilidad por sacrificio especial, concretado en dos relevantes manifestaciones<sup>34</sup>. En primer lugar, el daño lícitamente causado será

---

drid, 1998 (pp. 34-35). Se trata de los daños que alguno califica de “cuasiexpropiatorios” bajo influencia italogermana a la vista de que, como la expropiación forzosa, entrañan un sacrificio impuesto en aras del interés general: F. PANTALEÓN PRIETO, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación administrativa*, núms. 237-238, núms. 1-2, 1994, pp. 239-252.

<sup>31</sup> STSJ de Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, de 5 de abril de 2010, ECLI:ES:TSJCL:2010:2279: “si bien la obligación de vacunación constituye una carga del ciudadano de asumir los efectos adversos derivados de la administración de vacunas que sean calificados como leves o moderados, el principio de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros, impone que cuando la consecuencia dañosa suponga perjuicios graves y permanentes, esta debe ser indemnizada por la comunidad, representada por la Administración, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho a la máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como es el derecho a la vida y a la integridad personal”.

<sup>32</sup> STSJ de la Comunidad valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, de 18 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TSJCV:2010:8544: “no debe obviarse que nos encontramos, como ha señalado la doctrina más experimentada, ante unos daños denominados por aquélla como cuasiexpropiatorios [...], de daños no ya incidentales, sino dimanantes de una actividad necesaria para satisfacer un interés general, que en el presente caso supone un sacrificio especial para el menor que sufre el perjuicio llamado a soportar para prevenir enfermedades a la sociedad en general, donde este esta incurso. En dicho caso, los daños dimanar de un funcionamiento normal y lícito de la Administración ciertamente, pero no por ello excluyen todo tipo de indemnización para el que padece el perjuicio, esto es su sacrificio personal debe de ser reembolsado [...]. En el presente caso, ciertamente la lesión no puede tildarse desde la perspectiva del sistema de responsabilidad accidental, como antijurídica, en cuanto dimana de un acto lícito de la Administración, que ha actuado con arreglo a la Orden reglamentaria que establece la obligación de vacunarse a los menores atendiendo al calendario vacunal [...]. No procede entender que siendo el acto lícito debe de asumir el perjudicado [...] los daños graves y permanentes, pues [...] se produciría un sacrificio individual en favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho de máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la vida y a la integridad personal”.

<sup>33</sup> R. EPSTEIN, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985 (p. 205).

<sup>34</sup> Sobre la teoría del descuento, en general: M. MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de daños*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015. En relación con los daños sacrificiales causados por los poderes públicos: L. MEDINA ALCOZ, 2012: 370-391.

indemnizable solo si es *especial*, esto es, si supera un umbral mínimo de intensidad, pues los perjuicios *de minimis* se contrarrestan con las ventajas generales de la actividad estatal, que ofrece un grado de seguridad y certidumbre que multiplica el valor de nuestros bienes y permite superar, gracias a la coacción, unos costes de transacción (asociados al consentimiento de todos los afectados) que harían inasumibles los grandes proyectos colectivos<sup>35</sup>. Superado el indicado umbral, no se podrá aún hablar de sacrificio especial si la medida o política pública de la que deriva el daño ha producido un beneficio especial correlativo que lo compensa. Tal es la segunda expresión de la doctrina del descuento. Para que exista la instrumentalización efectiva que funda la responsabilidad es preciso, en suma, que los beneficios generales derivados de la vida social o los especiales que, eventualmente, resulten de la intervención lesiva no compensen el perjuicio lícitamente impuesto. En lo que aquí importa específicamente, ello implica que: (i) quienes no sufran reacciones adversas en modo alguno pueden reclamar el daño moral causado por la (legítima) intromisión en la libertad personal que supone la vacunación forzosa: los beneficios generales de la vida social lo compensan; (ii) no debe repararse la reacción adversa leve propiciada por la vacuna o el acto vacunal: la contrarresta la inmunización obtenida, que es un beneficio especial; y (iii) en el caso de la reacción adversa grave, debe descontarse del monto total la cantidad que exprese el beneficio especial que eventualmente haya obtenido el perjudicado. Pienso en el paciente que como consecuencia de la vacuna sufre perjuicios corporales de entidad, pero obtiene inmunidad frente a una grave patología.

En cuanto a la prueba de la conexión causal entre los perjuicios personales padecidos y la vacuna (o el acto vacunal), habrían de aplicarse las exigencias normales, que sitúan el umbral de probabilidad en el 51 por cien (estándar de la probabilidad preponderante) y establecen una regla de cierre favorable a quien está en peores condiciones para demostrar (que en estos supuestos suele ser la víctima) o, alternativamente, establecen para los casos dudosos un régimen de responsabilidad proporcional (llamada habitualmente doctrina de la pérdida de oportunidad) que modera la indemnización a fin de distribuir la carga de la incertidumbre entre las dos partes. Están llamadas a jugar un papel central las máximas de la experiencia aisladas en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria (doctrinas del daño desproporcionado, causalidad virtual o *res ipsa loquitur*) como modalidades de indicios que, a la vista de realidades empíricamente observadas, permiten inferir una probabilidad causal no desdeñable (presunciones *hominis* o simples)<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Tal es el fundamento de la afirmada irresarcibilidad de las cargas generales o de la exigencia legal de que el daño indemnizable sea “individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (art. 32.2 de la Ley 40/2015). Aunque la Ley 40/2015, en línea con sus predecesoras, presenta el requisito de la individualidad como una exigencia general aplicable a cualquier caso de responsabilidad patrimonial, lo cierto es que solo cobra verdadera relevancia dentro del subsistema de responsabilidad por sacrificio especial, de lo que es sintomático que los estudios doctrinales que se refieren a él citan solo ejemplos de daño sacrificial. Por todos: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 380-384.

<sup>36</sup> Sobre todo ello, ampliamente: L. MEDINA ALCOZ, “Imputación objetiva y administración pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 219, 2022 (pp. 27-58); *id.*, 2018.

La responsabilidad patrimonial por sacrificio especial absorbe la responsabilidad por culpa o producto defectuoso. Desde la perspectiva de la víctima forzada a someterse a la vacunación poco importa que el daño vacunal pueda traer causa de un error de fabricación, autorización, almacenamiento, distribución o administración. En todos los casos ha sido instrumentalizada, pues su daño proviene a la postre de una intervención que, por razones de interés general, se le ha impuesto obligatoriamente. Lo importante es que el damnificado no tiene que demostrar la infracción de la *lex artis* o el defecto del producto, aunque una y otro existan. Esta responsabilidad es objetiva no porque se exija la ausencia de culpa, sino porque no se exige que la haya, que no es lo mismo. Cabe pues que el sacrificio especial se realice con culpa o sin ella. De la misma manera que en el ámbito del tráfico rodado la responsabilidad sigue siendo objetiva, aunque el atropello lo haya causado un conductor que circulaba a toda velocidad y se saltó un semáforo en rojo, la responsabilidad por sacrificio especial de la administración sanitaria sigue siendo objetiva, aunque haya culpa o producto defectuoso. Otro paralelismo: el inocente que sufre la prisión preventiva tiene derecho a indemnización, aunque aquella medida cautelar se adoptara ilegalmente sin que, en consecuencia, esté constreñido a seguir la vía específica del error judicial, mucho más estricta. De otro modo se haría de peor condición a quien padece un sacrificio especial con inobservancia de los requisitos legales frente a quien lo sufre sin infracciones o incumplimientos.

Naturalmente, ello no impide que la administración sanitaria que incurre en esta responsabilidad sacrificial pueda o deba repetir contra la autoridad o empleado público que haya incurrido en culpa grave o frente al productor de la vacuna defectuosa, de acuerdo con, respectivamente, la Ley 40/2015 (art. 36) y el Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (arts. 135-146)<sup>37</sup>. Hay que notar a este respecto que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Directiva traspuesta por aquel Texto refundido no se opone a que en ciertas condiciones un régimen nacional haga responsable a los prestadores de servicios que causan daños por usar un producto defectuoso. Me refiero a la sentencia de 21 de diciembre de 2011<sup>38</sup>, en relación con los perjuicios padecidos por un paciente francés durante una intervención quirúrgica como consecuencia de las quemaduras que generó el colchón térmico defectuoso en el que estaba<sup>39</sup>.

Conviene, en fin, subrayar las (pocas) similitudes y (múltiples) diferencias entre la falta de autodeterminación sanitaria como supuesto ordinario de responsabilidad por

<sup>37</sup> Aunque hay que recordar que en realidad la responsabilidad de las autoridades y empleados públicos no existe en la práctica y que hay razones para derogar las previsiones que la establecen formalmente: G. DOMÉNECH PASCUAL, “¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009 (pp. 103-159).

<sup>38</sup> Asunto C-495/10, ECLI:EU:C:2011:869.

<sup>39</sup> Se ha referido a ello: M. REBOLLO PUIG, “Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021 (p. 77).

funcionamiento anormal de los servicios públicos y como sacrificio especial constitutivo de una responsabilidad objetiva por funcionamiento normal en los casos de vacunación forzosa. Si no llega a materializarse el riesgo sobre el que el paciente no pudo decidir libremente no habrá obligación de indemnizar en ninguno de los casos por la sencilla razón de que los beneficios derivados del tratamiento médico-sanitario y los generales derivados de la vida social compensan con creces el daño moral consecuente a la falta de autodeterminación. Si tal riesgo se materializa, ese perjuicio moral habrá de repararse en el primer caso, pero no en el segundo: a efectos de la responsabilidad por sacrificio, lo determinante es que la víctima haya sufrido un menoscabo psicofísico grave o irreversible, pues los perjuicios consecuentes a la injerencia legítima en su derecho de autodeterminación y a las reacciones adversas leves deben reputarse compensados con los beneficios generales de la vida social y los especiales resultantes de la vacunación misma, según he razonado ya. Cambia también (en sentido prácticamente inverso) el régimen resarcitorio de los perjuicios psicofísicos producidos por la realización del riesgo sobre el que el paciente no pudo pronunciarse libremente. En el primer caso, la víctima padece la infracción de una exigencia jurídica legalmente impuesta a la administración en beneficio de su plena autonomía. No por ello ha de obtener la plena reparación de los perjuicios corporales consecuentes, según se ha dicho: lo normal es que no la obtenga (por ausencia de prueba de que la víctima habría rechazado la intervención de haber conocido aquel riesgo) o que reciba solo una parte a título de responsabilidad proporcional o pérdida de oportunidad (si hubiera una probabilidad no desdeñable de que hubiera rechazado la intervención), además del daño moral inherente a la lesión de su derecho de autodeterminación. En el segundo caso, no hay incumplimiento alguno. La víctima, si no ha podido autodeterminarse es porque el poder público le ha impuesto legítimamente la vacunación. Los daños psicofísicos que padece son enteramente imputables a la administración, pues no son producto de la decisión que libremente habría adoptado la primera, sino de un mandato ejecutado por la segunda. Lo relevante aquí no es determinar qué habría decidido la víctima; no podía hacerlo por razones basadas en un beneficio social del que ella misma participa. Lo decisivo es el alcance o entidad de los daños que ha causado legítimamente la política vacunal. Si son leves, el perjudicado no ha de obtener reparación alguna, pues esa misma política causó también los beneficios personales especiales que los contrarrestan. Si son graves, ha de obtener la reparación total a título de responsabilidad objetiva por sacrificio especial, sin perjuicio del eventual descuento que traduzca el beneficio obtenido gracias a la vacuna.

### 3.4. Programas compensatorios específicos

Los sistemas jurídicos que establecen la vacunación forzosa normalmente regulan en paralelo programas específicamente destinados a la reparación del daño vacunal<sup>40</sup>,

---

<sup>40</sup> R. G. MUNGWIRA y otros, "Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries", *Plus One*, 2020 (revista online: <https://journals.plos.org/>).

lo que es indicativo de hasta qué punto la indemnización realiza en este caso un imperativo ético elemental conforme al que los beneficiarios de una política pública deben compensar a los sacrificados. Más aún, la instauración de un programa de este tipo puede ser la única forma de obtener indemnización en los ordenamientos para los que la responsabilidad civil de la administración se basa con carácter general en la culpa, de modo tal que toda indemnización no fundada en ella debe estar específicamente prevista. Es el caso del Derecho alemán; carece de una cláusula general de responsabilidad objetiva por sacrificio especial, pero cuenta con un programa de compensaciones sin culpa específico para las vacunaciones obligatorias (y las recomendadas): Ley federal de 20 de julio de 2000 de protección frente a infecciones. Lo mismo puede decirse de Italia, que dispone de una regulación al efecto: Ley 210/1992, de 25 de febrero, reguladora de la indemnización (*indennizzo*) a favor de los perjudicados por complicaciones irreversibles a causa de vacunaciones obligatorias, transfusiones y administración de hemoderivados.

El caso español es distinto, no ya porque no responda al modelo de vacunación obligatoria, sino porque, de hacerlo, el régimen de responsabilidad patrimonial canalizaría con normalidad la indemnización, amén de que los derechos constitucionales mencionados la fundarían directamente, según lo razonado con anterioridad. Lo que no obsta a la conveniencia de establecer este tipo de programas entre nosotros, como, por lo demás, han hecho sistemas jurídicos que tampoco hallan dificultades para establecer jurisprudencialmente supuestos atípicos de responsabilidad objetiva (p. ej., Francia, cuyo Código de Salud Pública reconoce el derecho a la “reparación íntegra de los perjuicios directamente imputables a la vacunación obligatoria”, art. L3111-9). Ello cumpliría una función similar a las compensaciones previstas entre nosotros para los contagios de sida y hepatitis C en el marco del sistema público de salud; compensaciones que, aunque configuradas como “ayudas sociales”, pretenden dar respuesta a supuestos de posible responsabilidad patrimonial objetiva por riesgo nosocomial o intrahospitalario. Facilitaría a las víctimas sacrificadas la obtención de la indemnización, reduciendo la conflictividad y aumentando la seguridad jurídica. Podría contribuir a colmar la ausencia de un baremo médico-sanitario, cuantificando la variedad de daños personales de tipo vacunal mejor de lo que lo hacen los jueces, que en el mejor de los casos acuden a un sistema de valoración pensado para daños de otro tipo (accidente automovilístico).

#### **4. SISTEMA DE VACUNACIÓN RECOMENDADA O LIBERTAD PARCIAL/OBLIGACIÓN ATENUADA: RESPONSABILIDAD POR SACRIFICIO ESPECIAL**

##### **4.1. Descripción y ejemplos**

Este sistema se parece al primero en la superficie y al segundo en el fondo. Se basa formalmente en la voluntariedad, si bien responde materialmente al objetivo de lograr la vacunación extensiva y el consiguiente beneficio social. El paciente conserva

aparentemente su autonomía, pero, en realidad, el sistema no bascula alrededor de ella, sino del beneficio social resultante de la vacunación extensiva. Más precisamente, ante la decisión personal sobre la vacunación, este sistema no es en absoluto neutral. Al contrario, orienta la voluntad individual hacia la opción conveniente para la salud general, que es, naturalmente, la favorable a la vacunación.

Este modelo despliega una variedad de mecanismos destinados en última instancia a dirigir la decisión individual en un determinado sentido. El primero de todos, la *recomendación*, concretada en consejos individualizados de personal sanitario y comunicaciones generales (planes o “estrategias” publicados en diarios oficiales o webs institucionales; carteles y folletos accesibles en las dependencias sanitarias; publicidad en los medios de comunicación), muchas veces en el contexto de campañas periódicas (p. ej., las de vacunación frente a la gripe). La distancia entre la obligación y la recomendación es menor de lo que a primera vista pudiera pensarse. En el ámbito médico-sanitario, el hombre medio percibe el consejo experto más como un deber que como una simple sugerencia. Lo normal, en suma, es que, dentro una campaña favorable a la vacunación, los ciudadanos confíen en (y se adhieran a) las recomendaciones de las autoridades sanitarias. Junto a la recomendación, destacan las muchas *facilidades* que agilizan y favorecen la vacunación (carácter público y gratuito de la vacuna, calendarios y cartillas vacunales infantiles oficiales, recordatorios de vacunas faltantes en las consultas pediátricas o mediante SMS, multiplicación de los lugares de vacunación, movilización de personal sanitario a lugares de trabajo para dispensar la vacuna...). Sobresalen también, en sentido inverso, las *dificultades* o condicionamientos al desarrollo de actividades a quienes opten por la no vacunación (p. ej., exigencia de certificado de vacunación para la escolarización de menores). Estas facilidades y dificultades han sido identificadas como *nudges* (acicates, incentivos), esto es, intervenciones que, inspiradas en la arquitectura social decisoria que van descubriendo las ciencias del comportamiento, buscan incidir en la conducta de las personas<sup>41</sup>.

Un elemento consubstancial al sistema, derivación lógica del objetivo perseguido a través de aquella variedad de herramientas, es la sustracción de la intervención vacunal al régimen ordinario de consentimiento informado. Su aplicación estricta sería de suyo contradictoria, pues el propósito del consentimiento informado no es precisamente la promoción de los intereses generales, sino al contrario, el respeto de los estrictamente individuales o, más precisamente, de la plena autonomía de la volun-

---

<sup>41</sup> G. B. CHAPMAN *et al.*, “Default clinic appointments promote influenza vaccination uptake without a displacement effect”, *Behavioral Science & Policy*, núm. 2, 2016 (pp. 40-50); H. DAI, S. SACCARDO, M. A. HAN *et al.*, “Behavioural nudges increase COVID-19 vaccinations”, *Nature*, núm. 597, 2021 (pp. 404-409); H. CUELLO DÍAZ, “Cómo cambiar comportamientos durante una pandemia: El uso de *nudges* para enfrentar la COVID-19”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 25, 2021 (pp. 73-86). En el ámbito del Derecho administrativo se ha referido al uso de los *nudges* en relación con la vacunación: C. CIERCO SEIRA, 2021a: 321-322. En general: J. PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 15, 2018 (pp. 8-27).

tad del paciente. Persigue, en definitiva, asegurar que la decisión sobre la actuación médica se adopte con toda libertad, lo que obliga a los poderes públicos a garantizar que el paciente (i) conozca previamente con todo detalle los riesgos aparejados, tanto si son leves o graves como si son comunes o poco frecuentes, y (ii) efectúe la adecuada ponderación de ventajas e inconvenientes atendiendo a su situación concreta y preferencias personales. Ciertamente, la transparencia en torno a las posibles reacciones adversas puede ayudar a que la ciudadanía confíe en la vacunación, alineándose con ello el beneficio individual del paciente con el social o comunitario. Ahora bien, la presentación exhaustiva de los riesgos y la garantía de espacio para una ponderación reflexiva sobre la decisión más conveniente para cada paciente podría desincentivar la vacunación. La información sobre dolencias raras pueda generar miedos irracionales basados en una percepción errónea del riesgo; y en algún caso aislado no es evidente que la opción racional en términos individuales coincida con la útil en términos colectivos. Por ejemplo, cuando una vacuna conjura el riesgo cercano de contagiarse de una enfermedad leve (como la gripe común), pero introduce el riesgo lejano de padecer una enfermedad grave (como síndrome de Guillain-Barré). De ahí que este modelo se aparte del régimen normal de consentimiento informado<sup>42</sup>.

El poder público conoce de antemano que una (pequeña) porción de los obligados padecerá reacciones adversas graves y, pese a ello, estimula el uso de la vacuna atendiendo al beneficio social a través de herramientas, que, a la postre, ocultan o minimizan los daños vacunales posibles, según se ha visto. Dicho otra vez crudamente y sin matices: al dirigir las voluntades individuales hacia la vacunación extensiva, el sistema tolera el fallecimiento o el grave menoscabo de unos pocos a cambio de las muchas vidas que la vacuna salvará o librará de patologías y del impacto positivo que ello tendrá en el mercado laboral y la economía. De modo que también en este caso la libertad y la integridad física de quienes se someten a la vacunación desarrollan una *función social*.

Este sistema es, sin duda, el más extendido a lo largo y ancho del planeta. A él se ajusta el ordenamiento español. La Ley 22/1980, de 24 de abril, lo enuncia expresamente como modelo aplicable a la vacunación sistemática ordinaria al señalar que los medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial “podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”<sup>43</sup>. La Ley 13/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, renovó la apuesta por este sistema al incluir dentro de la “cartera de servicios básica y común”, el “calendario único de vacunación” [arts. 6.4 y 19.2 a)]. Ya antes de la pandemia del covid-19 podían hallarse ejemplos de cada una de las citadas herramientas dentro de la variedad de normas, estrategias, planes y actos ejecutivos que componen el Sistema Nacional de Salud. Baste citar una de las más incisivas: varias comunidades autónomas (Castilla y León, Extremadura,

---

<sup>42</sup> La vacunación es un tema testigo para la teoría de la decisión racional. Por ejemplo: Z. SADI-QUE, J. EDMUNDS, N. DEVLIN y D. W. PARKIN, “Understanding individuals’ decisions about vaccination: a comparison between Expected Utility and Regret Theory models”, London, UK: Department of Economics, City University London, 2005.

<sup>43</sup> C. CIERCO SEIRA, 2021b: 18-31.

Galicia) han condicionado el acceso de los niños a las escuelas infantiles a la vacunación previa, después de que varias sentencias avalaran la constitucionalidad de la medida<sup>44</sup>.

Ciertamente, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente carece de previsiones que de modo expreso excepcionen o suavicen su proyección sobre las intervenciones vacunales, si bien establece que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley” (art. 9.2); previsión procedente del derogado artículo 10.6 a) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad en la que se apoya alguna jurisprudencia para justificar la no exigencia de consentimiento informado respecto de la vacunación (STSJ de la Comunidad de Valencia de 18 de diciembre de 2012<sup>45</sup>). La imposibilidad de aplicarla sin matices es consubstancial al modelo vacunal establecido en las Leyes 22/1980 y 13/2011, así como a la consideración legal de la vacuna como medicamento *especial*<sup>46</sup>, según he razonado ya. En el plano de los hechos, la exigencia estricta de consentimiento informado no forma parte de la práctica habitual de los profesionales sanitarios en relación con las vacunas, lo que ha obtenido el respaldo de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, en relación con el síndrome de Guillain-Barré padecido por un varón sano como consecuencia de la inoculación de la vacuna antigripal<sup>47</sup>. Me referiré con detalle a esta sentencia más adelante. Basta ahora destacar que, según ella, “en supuestos como el presente, vacunación en todo caso voluntaria si bien aconsejada y promovida por la Administración por los beneficios sociales que de la misma derivan, es bastante con que en el acto de la inoculación del virus se advierta verbalmente a la persona que lo recibe de aquellas consecuencias leves que pueden presentarse y que desaparecerán en breve tiempo y se indique los medios para paliar sus efectos”. La exigencia de “una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna”<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Sentencias del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona, Sección 16, Rec. 241/2018, de 28 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:JCA:2018:1322) y de la Sala de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña (28 de marzo de 2000, ECLI:ES:TSJCAT:2000:4377) y La Rioja (2 de abril de 2002, ECLI:ES:TSJLR:2002:222).

<sup>45</sup> ECLI:ES:TSJCV:2010:8544.

<sup>46</sup> Texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio (art. 45).

<sup>47</sup> ECLI:ES:TS:2012:6645.

<sup>48</sup> Son muchas las sentencias que, en esta misma línea, flexibilizan la exigencia de consentimiento informado en materia de vacunación. Cita y comenta varias de ellas: N. GARRIDO CUENCA, “Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa. Y reflexión: ¿Es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 189, 2018 (pp. 129-172).

#### 4.2. En particular, la estrategia de vacunación contra el covid-19

La vacunación contra el covid-19 se ha apartado en muchos aspectos de una campaña normal de vacunación, entre otras razones, porque se ha desarrollado en medio de una pandemia demoledora. Para empezar, la Unión Europea ha desenvuelto un papel decisivo, excluyendo inequívocamente el modelo de libertad plena. Apostó por la vacunación rápida y generalizada como solución a la pandemia mediante los mencionados acuerdos de adquisición preferente con los fabricantes individuales y la autorización de las vacunas, concedida mediante procedimientos acelerados que admiten por excepción que “los datos preclínicos o farmacéuticos estén incompletos” sobre la base de que las “ventajas que para la salud pública se derivan de la disponibilidad del medicamento en cuestión [...] son superiores al riesgo inherente a que todavía se necesiten más datos” [art. 4.1 del Reglamento (CE) 507/2006 de la Comisión, de 26 de marzo, sobre la autorización condicional de comercialización de los medicamentos de uso humano]. El llamado certificado COVID digital, regulado por Reglamento 2021/953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio, puede interpretarse como un relevante estímulo a la vacunación; permite suplir la prueba de vacunación exigida en algunos países para traspasar sus fronteras, facilitando en consecuencia el ejercicio de la libertad de circulación.

El diseño concreto del sistema de vacunación sistemática ha correspondido, sin embargo, a los Estados miembros. Lo declaró específicamente el Acuerdo de Madrid antes citado: “Las políticas pertinentes en materia de vacunación seguirán siendo competencia de los Estados miembros participantes”; “los Estados miembros participantes que adquieran una vacuna serán responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve dicho uso y distribución” (arts. 2 y 6.3). Las líneas maestras del modelo establecido en nuestro país se hallan en la “Estrategia de vacunación frente a Covid-19 en España”, adoptada el 2 de diciembre de 2020 y actualizada hasta el momento en 11 ocasiones. Coinciden con (y desarrollan) el régimen general apenas descrito.

La Estrategia española proclama la vacunación frente al covid-19 como “voluntaria” no porque pretenda colocar en el centro la autonomía individual, sino porque así “se pueden lograr mejores resultados de aceptabilidad”. De modo que no es forzosa, pero se pretende orientar hacia ella las decisiones individuales. Se recomienda vivamente y se facilita al extremo su utilización mediante una rica variedad de mecanismos. Algunos de los que cita la Estrategia son: carácter público y gratuito de la vacuna, fijación de orden de prioridades para acceder a la vacunación, estrategia de comunicación dirigida al personal sanitario y a la población general para generar confianza en el proceso de vacunación, fijación del procedimiento de cita nominal confirmada, registro de cada dosis en sistemas autonómicos de información y reflejo en el sistema estatal en que aquellos confluyen, previsión de equipos de vacunación específicos. A estas medidas se suman otras adoptadas por el Gobierno con similares efectos, como la exigencia de certificados de vacunación en los puntos

de entrada a España (Resoluciones de la Dirección General de Salud Pública de 4 de junio de 2021 y 1 de abril de 2022).

En cuanto titulares de la mayor parte de las competencias en materia de sanidad, las comunidades autónomas han desarrollado y llevado a efecto el sistema de vacunación frente al covid-19. Las múltiples campañas institucionales y las recomendaciones individualizadas han orientado decididamente hacia la vacunación. Se ha ofrecido todo tipo de facilidades: sistema de cita previa, fijación y modificación telemática de citas, recordatorios vía SMS, acondicionamiento de estadios de fútbol, polideportivos, colegios y edificios semejantes para vacunaciones masivas, entrega inmediata de certificados electrónicos, etc. En estrecha conexión con la voluntad de favorecer la vacunación extensiva, está el hecho, muy destacable, de que, en general, los servicios autonómicos de salud no han aplicado protocolo alguno de consentimiento informado. El personal sanitario encargado de la administración de la vacuna no ha facilitado prospectos, ilustrando oralmente todo lo más sobre las reacciones adversas leves más comunes. En el plano normativo, las comunidades autónomas han desarrollado más que nunca hasta la fecha la técnica del condicionamiento de actividades a fin de minimizar el riesgo de contagio, pero también para “penalizar” a los reacios a vacunarse. Por ejemplo, muchas han supeditado durante algunos periodos el acceso a locales comerciales y restaurantes a la exhibición de certificados de vacunación, diagnóstico o recuperación. Algunas han ido más lejos al impedir a quienes rechacen la vacunación el acceso a su puesto de trabajo o, inclinando decididamente la balanza del lado de la obligatoriedad, tipificando ese comportamiento como infracción administrativa. Me refiero a las Leyes 2/2021 y 8/2021 de País Vasco y Galicia, respectivamente<sup>49</sup>.

A la vista de todo ello, cabe concluir que el sistema de vacunación desarrollado frente al covid-19 ha intensificado la orientación paternalista o restrictiva del modelo general de libertad parcial u obligación atenuada. Los objetivos de salud pública se presentan con más fuerza, dando pie a que los poderes públicos estimulen la vacunación más intensamente. La función social asignada de este modo a la libertad y a la integridad física se hace aún más patente que, por ejemplo, en las campañas de vacunación antigripal, máxime si se tiene en cuenta que los elevados beneficios sociales han llevado a autorizar las vacunas frente al covid-19 de modo acelerado y aceptando más riesgos de lo normal<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Al describir el modelo de obligación plena me he referido a la Ley gallega. También a la ulterior reforma que desactivó su régimen de vacunación forzosa, dando pie a que el Presidente del Gobierno desistiera del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra él. La Ley vasca ha sido impugnada igualmente por el Presidente del Gobierno y suspendida por el Tribunal Constitucional mediante la providencia de admisión y el ATC 112/2022, de 13 de julio.

<sup>50</sup> M. REBOLLO PUIG, 2021: 77.

### 4.3. Problemática constitucional, dimensión constitucional de la indemnización y recurso de amparo

El sistema de libertad parcial u obligación atenuada plantea en sustancia la misma problemática constitucional que el de obligación plena. No suscita dudas bajo la óptica de la cláusula del Estado social (art. 1.1. CE) y el mandato constitucional de protección de la salud pública mediante medidas preventivas (art. 43 CE), pues pivota en torno a los beneficios sociales derivados de la vacunación extensiva. En cambio, puede entrar en conflicto con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y algunas de sus manifestaciones, como el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15). Ello porque la autonomía para decidir sobre la vacuna es más aparente que real. El ciudadano carece de una verdadera posibilidad de optar porque el sistema, lejos de propiciar un espacio de decisión reflexiva y plenamente consciente de los perjuicios y beneficios individuales de la vacunación, trata de dirigirle, sustrayendo su decisión del régimen estricto de consentimiento informado y utilizando herramientas que, en ocasiones, se parecen mucho a la vacunación forzosa. Al orientar la decisión individual hacia la vacunación por razones de salud pública, ocultando o minimizando los riesgos a sabiendas de que algunos padecerán reacciones adversas graves, el sistema trata a los ciudadanos como una oportunidad para el interés general, funcionalizándolos, concibiéndolos, en suma, no como fin en sí, sino como medio que permite beneficiar a los demás.

Se trata, no obstante, de un régimen menos incisivo que el de obligatoriedad plena, captado por ello dentro y fuera de España como constitucional de modo prácticamente unánime. Al igual que la vacunación forzosa, cumple las exigencias de adecuación y proporcionalidad; y se ajusta más claramente que ella al requisito de la necesidad, en líneas generales y sin perjuicio de que las medidas que restringen los derechos de quienes rechazan la vacunación podrían llegar a vulnerar la Constitución. Su análisis excede el propósito del presente estudio, como también otras cuestiones relacionadas con el sistema constitucional de distribución de competencias y el alcance de la reserva de ley.

A los efectos de este estudio, lo relevante es retener que la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), si, como pienso, no operan como barrera que impide que los poderes públicos dirijan las decisiones individuales hacia la opción que conviene a la salud pública mediante recomendaciones, incentivos y la inaplicación del régimen ordinario de consentimiento informado, deben funcionar al menos como fundamento de la reparación de los daños inducidos por la vacunación. Subsiste la protección constitucional de aquel derecho fundamental, solo que no es ya la tutela fuerte o absoluta que permitiría rechazar la política vacunal (*property rule*), sino la suave o relativa, que autoriza a exigir la compensación (*liability rule*). Cuando el riesgo de reacción adversa se materializa, se produce un empobrecimiento legítimamente causado (el poder público sabía que

algunos lo padecerían, pero lo aceptó a cambio del ingente beneficio social), un daño cuya reparación es una exigencia consubstancial al reconocimiento constitucional de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). La indemnización contrarresta en alguna medida la cosificación, devuelve a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva. Se convierte por ello en un presupuesto de constitucionalidad del sistema de vacunación recomendada.

Me remito *in toto* a lo razonado a este respecto al hilo de la problemática constitucional de la vacunación forzosa, incluido lo relativo a las consecuencias de la dimensión constitucional de la reparación del daño vacunal tanto en lo material (en punto a la interpretación del sistema de responsabilidad patrimonial) como en lo procesal (apertura de la vía del recurso de amparo por el cauce del art. 43. LOTC y plenas facultades del Tribunal Constitucional sobre valoración fáctica, interpretación jurídica y decisión).

#### 4.4. Régimen de responsabilidad

Dentro de un sistema de libertad parcial u obligación atenuada quien padece reacciones adversas graves tiene un derecho resarcitorio que descansa directamente en la Constitución (arts. 10.1 y 15) y se canaliza sin dificultad dentro del sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. También en este caso se dan los presupuestos de la responsabilidad patrimonial por sacrificio especial *ex* art. 32.1 de la Ley 40/2015, por más que no lo hagan con la nitidez con que aparecen en los regímenes de vacunación forzosa. Tal es el criterio doctrinal prácticamente unánime, más allá de algunas diferencias relevantes en punto a su justificación y desarrollo<sup>51</sup>. La precitada Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012

---

<sup>51</sup> Por ejemplo: L. MEDINA ALCOZ, 2012: 363-456; C. CIERCO SEIRA, 2018: 71, y “Algunas reflexiones sobre la vacunación recomendada”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022 (p. 205); N. GARRIDO CUENCA, 2018: 129-172; L. MEDINA ALCOZ e I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2019: 147-190; D. BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 (pp. 231-237); M. REBOLLO PUIG, 2021: 68-79; G. DOMÉNECH PASCUAL, “Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021 (pp. 291-306); C. AYMERICH CANO, “Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial”, *Derecho y salud*, núm. 31, 2021 (pp. 46-54); M. ORDÁS ALONSO, “Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos”, en J. Ataz López y J. A. Cobacho Gómez (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021 (pp. 815-860); I. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022: 275-304. La única voz discordante que conozco es de S. RAMOS GONZÁLEZ, “Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022 (pp. 207-242). En su valioso estudio

lo expone y aplica con todo acierto, sin incurrir en el cinismo de fundar formalmente la reparación en la ausencia de un consentimiento informado que no era verdaderamente exigible<sup>52</sup>.

Merece la pena explicar el caso y el contenido de la sentencia con cierto detenimiento. Un camarero de treinta y siete años se desplazó a un centro de salud para recibir la vacuna antigripal, desencadenándose a los diez días una grave dolencia, pero de escasa frecuencia (entre uno y nueve casos cada 10.000 pacientes). Se trata del síndrome de Guillain-Barré, que dio lugar a una disminución funcional del 85 por cien determinante de que le concedieran la invalidez absoluta. La vacunación era formalmente voluntaria y la víctima no estaba siquiera en alguno de los grupos de riesgo para los que se recomienda fuertemente. No obstante, según el Tribunal Supremo, no puede perderse de vista que esa vacunación tuvo lugar “en el curso de la campaña anual promovida y favorecida por la Administración sanitaria” “en la búsqueda del interés general que beneficie a toda la población”. La sola circunstancia de que la administración promueva la vacunación para la evitación de epidemias justifica que “los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de los riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas”. El Tribunal insiste en que estas campañas persiguen “intereses

---

defiende que no debiera indemnizarse en concepto de responsabilidad por sacrificio especial al ciudadano que sufre reacciones adversas “si la vacunación es recomendada” porque tuvo “libertad para rechazar la vacunación sin tener que quedar sujeto a sanciones, limitaciones de derechos o pérdidas de beneficios previstas en un modelo de vacunación obligatoria” (p. 223). Creo que lo que he razonado ampliamente en el texto en punto a la ausencia de una libertad plena y la existencia correlativa de funcionalización sirve para rechazar este argumento. En cualquier caso, lo que esta autora no reconoce en concepto de responsabilidad, lo concede en el marco del fondo de compensación que habría de instaurarse para cumplir “una exigencia ética, consecuencia del principio de solidaridad social y de la equidad respecto a los costes de la vacunación que el Estado compense adecuadamente a las víctimas de daños graves que han contribuido con la vacunación a la salud pública” (p. 238).

<sup>52</sup> Parecen responder a esta cuestionable tendencia las sentencias que tratan de fundar la reparación del daño vacunal en el incumplimiento de una supuesta exigencia de consentimiento informado. Por ejemplo, las SSTSJ de Castilla y León, Sala de lo contencioso, de 5 de abril de 2010 (ECLI:ES:TSJCL:2010:2279), en relación con la reacción anafiláctica y cuadro vasovagal padecido por un alumno de 18 años tras ser vacunado en su centro escolar contra la meningitis; y de 2 de enero de 2012 (ECLI:ES:TSJCL:2012:593), que abordó el cuadro de encefalitis y tetraparesia espástica que afectó a un bebé de 15 meses tras recibir la vacuna triple vírica (sarampión, rubeola y parotiditis). Quizá también las que hacen referencia a la inexistencia de una obligación de informar sobre las reacciones adversas excepcionales como fundamento de la desestimación de la reclamación resarcitoria, pero a modo de argumento adicional porque en el caso faltaba la prueba de la conexión causal entre el daño alegado y la vacunación (p. ej., SSTSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, de 31 de enero de 2013, ECLI:ES:TSJM:2013:5822; y del País Vasco, Sala de lo contencioso-administrativo, de 8 de octubre de 2019, ECLI:ES:TSJPV:2019:2783). O las que en supuestos en que falta igualmente la conexión causal insisten en la ausencia de incorrección o anormalidad, dando a entender con ello que la responsabilidad es subjetiva (SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, de 6 de noviembre de 2013, ECLI:ES:AN:2013:4950).

no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral". La "carga social" que ha afectado al reclamante "ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación" de estas campañas. La Sentencia estima íntegramente el recurso, otorgando los 468.699,42€ solicitados. Afirma que tal cantidad resulta de aplicar el sistema legal de valoración del daño corporal aprobado para accidentes de circulación, teniendo en cuenta la limitación funcional del 85 por cien y la necesidad de asistencia de tercera persona, pero lo cierto es que no razona ni vertebra esa cantidad.

El régimen de la responsabilidad por vacunación recomendada es pues el mismo que el de la responsabilidad por vacunación obligatoria y, al propio tiempo, netamente distinto del supuesto normal de responsabilidad por ausencia de consentimiento informado. En este último, la víctima padece la infracción de una exigencia jurídica legalmente impuesta a la administración en beneficio de su plena autonomía que da derecho a la reparación del daño moral consecuente a la lesión de su derecho a la autodeterminación sanitaria, pero no, en principio, el perjuicio psicofísico derivado de la realización del riesgo no consentido, según se ha dicho. Obtendrá todo lo más una parte en concepto de responsabilidad proporcional o pérdida de oportunidad (si acredita una probabilidad no desdeñable de que habría rechazado la intervención si hubiera conocido aquel riesgo). En cambio, en el régimen de vacunación recomendada, no hay infracción alguna. Si faltan el consentimiento informado y la plena autodeterminación individual es porque así lo ha establecido legítimamente el poder público a fin de maximizar el beneficio social consubstancial a la vacunación; beneficio del que, en principio, la propia víctima participa. De ahí que, inversamente, no tenga derecho a reparación alguna por la falta de autodeterminación o las reacciones adversas leves (los beneficios generales consubstanciales a la vida social y la inmunización conseguida contrarrestan aquellos inconvenientes), pero sí a la reparación plena de las reacciones adversas graves, sin perjuicio del descuento por el eventual beneficio especial que la víctima haya obtenido de la vacunación<sup>53</sup>. En este último caso, comoquiera que el sistema no se orienta a garantizar el pleno desarrollo de la autonomía de la voluntad, hay que imputarle a él a título de responsabilidad por sacrificio los daños resultantes de la realización del riesgo inherente a la vacunación, entendida como opción, si no impuesta, al menos sí, ampliamente favorecida. Los poderes públicos conocían de antemano que la vacuna (o el acto vacunal) produciría reacciones adversas graves, pero lo aceptaron al establecer un modelo que orienta decididamente la libertad personal hacia la decisión conveniente a la utilidad pública. De manera que a través de una responsabilidad patrimonial objetiva fundada en última instancia en la Constitución (arts. 10.1 y 15) se consigue también en este caso que los beneficiados compensen a los sacrificados.

---

<sup>53</sup> Deben trasladarse aquí las consideraciones realizadas sobre la *compensatio lucri cum damno* con ocasión del examen del régimen de responsabilidad por sacrificio en supuestos de vacunación forzosa.

Cabe dar por reproducido lo razonado en cuanto a la prueba de la conexión causal entre el daño psicofísico padecido y la vacuna inoculada, destacando que el estándar de la probabilidad preponderante y la doctrina del daño desproporcionado se han proyectado con todo acierto sobre la reparación del daño vacunal<sup>54</sup>.

Debe reiterarse igualmente —ello es sumamente importante— que la responsabilidad patrimonial por sacrificio especial absorbe la responsabilidad por culpa o producto defectuoso, sin perjuicio de la acción de repetición contra la autoridad o empleado público que incurrió en culpa grave o contra el fabricante de la vacuna defectuosa. Lo habitual es que los estudios sobre la reparación del daño vacunal expliquen por separado la responsabilidad por producto defectuoso, la responsabilidad por anomalía o infracción de la *lex artis* en la autorización, conservación, distribución o administración de la vacuna y la responsabilidad por sacrificio especial<sup>55</sup>. Pero ello no significa que se trate de regímenes yuxtapuestos, tal como he razonado con cierto detenimiento al examinar la responsabilidad patrimonial por vacunación forzosa. Resta añadir que alguna sentencia declara inversamente que, si el daño reclamado deriva de una vacuna defectuosa, “la responsabilidad no sería del centro hospitalario donde se le administró, sino de los laboratorios que la suministraron” (STS, Sala 3.ª, de 20 de abril de 2007<sup>56</sup>). Se trata, sin embargo, de un *obiter dictum* (la razón de decidir fue la ausencia de prueba del nexo causal) anterior al *leading case* de 2012 que desconoce o no aplica la teoría del sacrificio especial; teoría que, insisto, no hace de peor condición a quien padece la realización culpable del sacrificio frente a quien lo sufre sin culpa, negligencia o defecto alguno. Hay que tener en cuenta, por lo demás, que en virtud del Acuerdo internacional de Madrid y los acuerdos de adquisición preferente, los Estados miembros de la Unión Europea se han comprometido a indemnizar a los fabricantes de vacunas contra el covid-19 en el caso de que incurran en responsabilidad civil o en gastos derivados de reclamaciones de terceros. De este singular modo se consagra una inmunidad patrimonial que los fabricantes de vacunas de los Estados Unidos tienen asegurada en todo caso, no solo en relación

---

<sup>54</sup> Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Sala de lo contencioso-administrativo, de 2 de enero de 2012, ECLI:ES:TSJCL:2012:593: “Aunque es cierto que no se ha podido establecer de modo concluyente la etiología de la encefalopatía que padece el hijo de los actores, sin embargo, la por todos reconocida potencial relación existente entre la inoculación del virus del sarampión y los casos de encefalopatías descritos en la bibliografía, unido a la proximidad temporal entre dicha inoculación el día 1 de marzo de 1994 y la aparición de los primeros síntomas febriles a los cinco días y ulterior evolución a los quince/veinte días con pérdida de capacidades psicomotrices de forma progresiva y menor movilidad espontánea -importante deterioro de la actividad motora con aparición de espasticidad en las cuatro extremidades, hiperreflexia osteotendinosa y tendencia a flexión de dedos en las mismas- en un niño hasta ese momento con desarrollo y evolución normal, nos lleva a admitir la alta probabilidad -suficiente a los efectos que aquí nos ocupan- la imputación causal de la encefalitis a la inoculación de la vacuna, como así se reconoce por varios de los informes reseñados y como así tampoco lo descartan ni el informe de la Inspección Médica ni aún el propio Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo en este caso a la Administración demandada -dado lo desproporcionado del resultado en relación con la inoculación practicada- la carga de probar la total inexistencia de relación entre ambos episodios, lo que no ha conseguido”.

<sup>55</sup> Por ejemplo, M. REBOLLO PUIG, 2021: 68-79.

<sup>56</sup> ECLI:ES:TS:2007:2858.

con el covid-19. Se trata de estimular la inversión, acelerando con ello la puesta en circulación de las vacunas y obteniendo el consiguiente beneficio social<sup>57</sup>.

Tanto el Estado como las comunidades autónomas han cooperado en el diseño y ejecución del sistema de vacunación contra el covid-19, según se ha destacado anteriormente. Debería entenderse por ello que uno y otras han de responder solidariamente de acuerdo con el artículo 33.1 de la Ley 40/2015, que establece esta solución para los daños resultantes de la “gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas”. Lo razonable es que la víctima de reacciones adversas derivadas de la vacuna o el acto vacunal dirija su reclamación a la Administración general del Estado, en cuanto autora de las líneas maestras de la estrategia de vacunación contra el covid-19, sin perjuicio de solicitar el emplazamiento de la comunidad autónoma correspondiente en cuanto corresponsable solidaria [arts. 4.1 b) de la Ley 39/2015 y 33.4 de la Ley 40/2015]. La primera habría de abonar la totalidad de la indemnización, sin que el perjudicado deba precisar la parte correspondiente a la segunda; ha de ser el Estado quien determine y reclame su parte de responsabilidad a la otra administración involucrada. En cualquier caso, el papel que han jugado las comunidades autónomas en el desarrollo y ejecución de aquella política vacunal ha sido importante, a mi modo de ver, razón por la cual el Estado debiera descargar sobre ellas una parte significativa de su responsabilidad patrimonial.

Ciertamente, también la Comisión europea ha cooperado decisivamente<sup>58</sup>. Sin embargo, más allá de que no está sujeta al sistema español de responsabilidad patrimonial y de que el propio de las instituciones comunitarias no reconoce el sacrificio especial como título de imputación [STJUE, Gran Sala, de 9 de septiembre de 2008<sup>59</sup>], la Comisión tiene específicamente garantizada en este punto la inmunidad patrimonial. El Acuerdo de Madrid regula entre otros aspectos “el reparto de la posible responsabilidad e indemnidades entre la Comisión y los Estados miembros participantes”. Limita la eventual responsabilidad de la primera al “proceso de contratación pública y la conclusión de los acuerdos de adquisición anticipada”, así como la derivada del “desarrollo de las negociaciones”. Los segundos “asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve [el] uso y distribución” de las vacunas (art. 6).

#### 4.5. Programas compensatorios específicos

Desde la perspectiva de la víctima que padece las reacciones adversas, la vacunación recomendada no es sustancialmente distinta de la forzada. De ahí que la instauración de programas compensatorios *ad hoc* sea también frecuente en los ordenamientos que adoptan la primera. Un ejemplo ilustrativo: el citado programa

---

<sup>57</sup> N. M. PACE y LI. DIXON, “COVID-19 Vaccinations Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign”, Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2020 (<https://www.rand.org/pubs/perspectives/PEA761-1.html>).

<sup>58</sup> Insiste en ello: M. REBOLLO PUIG, 2021: 77-79.

<sup>59</sup> Asuntos C-120 y 121/06, ECLI:EU:C:2008:476.

alemán de compensaciones de daños vacunales se aplica por igual a los dos sistemas. El caso italiano es particularmente significativo: circunscrito inicialmente a las víctimas de vacunaciones obligatorias, el régimen compensatorio de la mencionada Ley 210/1992 fue sucesivamente modificado para hacerlo extensible —como el alemán— a las recomendadas después de que la Corte Constitucional razonara que unas y otras son equivalentes: “aunque la recomendación suponga una mayor atención a la autodeterminación individual [...] y, por tanto, a la dimensión subjetiva del derecho fundamental a la salud (art. 32.1 de la Constitución), la finalidad perseguida sigue siendo la obtención de un beneficio para la salud colectiva, no solo la individual. Comoquiera que las vacunaciones obligatorias y recomendadas persiguen la misma finalidad, no hay razón para que los efectos adversos e irreversibles de tales prácticas no sea trasladados a la colectividad en ambos casos”; “en el horizonte epistémico de la práctica médico-sanitaria la distancia entre la recomendación y la obligación es bastante menor de la que separa los dos conceptos en las relaciones jurídicas. En el ámbito médico, recomendar y prescribir son acciones percibidas como igualmente debidas a la vista de un determinado objetivo, que es la tutela de la salud colectiva” (Sentencia 118/2020, de 23 de junio; en el mismo sentido, Sentencias 268/2017, 107/2012, 423/2000 y 27/1998). Una reforma reciente ha regulado específicamente el derecho a la reparación de “quienes hayan notificado lesiones o enfermedades de las que deriva un menoscabo permanente de la integridad psicofísica a causa de la vacunación contra el Sars-COV2 recomendada por la autoridad sanitaria italiana” (Decreto ley 4/2022, de 27 de enero). Igualmente revelador es que la Organización Mundial de la Salud, asociada con otros actores públicos y privados, a la vez que ha impulsado una alianza para garantizar el acceso equitativo a las vacunas contra el covid-19 en todo el planeta, ha lanzado el primer mecanismo a escala internacional de indemnización de las lesiones derivadas de las reacciones adversas que padezcan personas que cumplan ciertos requisitos de países de ingresos bajos y medianos<sup>60</sup>.

Este tipo de programas puede ser el único modo de obtener alguna reparación, si el ordenamiento correspondiente tiende a reconocer la culpa como fundamento único de la responsabilidad (Alemania, Italia), obligando a establecer previsiones especiales para lo demás. No es el caso de España, donde la ausencia de previsiones concretas no impide la compensación de las reacciones adversas graves inducidas por las vacunas (o el acto vacunal) con base en la Constitución y en el régimen de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal de los servicios públicos. Lo que no impide apreciar que la instauración de un programa de este tipo sería enteramente deseable. El caso francés es sintomático: no tiene las dificultades que afectan a otros sistemas para reconocer judicialmente supuestos atípicos de responsabilidad objetiva, pero ha establecido un mecanismo específico que logra ofrecer a la vacunación recomendada una protección resarcitoria similar a la que el Código de la Salud Pública dispensa a las víctimas de la forzada, sin necesidad de probar la culpa o el defecto del medicamento (arts. L3131-15 a L3131-20).

---

<sup>60</sup> Véase <https://www.who.int/es/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-covid-19-vaccines-is-a-world-first>.

Lo hemos dicho al abordar la vacunación obligatoria, pero conviene reiterarlo ahora al hilo del modelo de obligación atenuada o libertad parcial, que es el efectivamente establecido en España: un sistema resarcitorio *ad hoc* cumpliría una función similar a las compensaciones previstas para los contagiados de sida y hepatitis C en el marco del Sistema Nacional de Salud, facilitando a las víctimas sacrificadas la obtención de la indemnización, reduciendo la conflictividad y aumentando la seguridad jurídica<sup>61</sup>. Además de contribuir a una más precisa cuantificación del daño vacunal, sería positivo desde la perspectiva de la salud pública y la prevención: la tendencia creciente a establecer programas compensatorios *ad hoc* se ha asociado a la voluntad de los poderes públicos de incitar la confianza del público en la política vacunal, propiciando con ello la vacunación extensiva y los beneficios sociales resultantes<sup>62</sup>.

Algunos partidos políticos han realizado propuestas en este sentido que, sin embargo, no han tenido recorrido<sup>63</sup>. El legislador no está desde luego obligado a establecer estos mecanismos —por más que ello fuera deseable sin duda, a mi modo de ver— y, de hacerlo, contaría con amplias posibilidades para configurarlos. No obstante, no debería obviar la responsabilidad patrimonial subyacente ni, por tanto, que más allá de razones de utilidad social la constitución de estos fondos responde a la exigencia justicial elemental de que el sacrificio individual derivado de las reacciones adversas sea compensado por los beneficiarios del sistema de vacunación. Por eso habría de apartarse de algunos de los aspectos más criticables y criticados de las ayudas sociales previstas para otros daños nosocomiales (contagios de sida y hepatitis C), como el plazo extraordinariamente corto para formular la reclamación, el carácter incuestionablemente parco de las cantidades previstas o la exigencia de “renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones [...] contra cualquiera de las Administraciones Públicas sanitarias o el personal de las mismas” (art. 3.2 Real Decreto-ley 9/1993). Cabría, paralelamente, inspirarse en modelos comparados (Francia, Reino Unido) para asignar la evaluación y resolución de las reclamaciones a un órgano administrativo autónomo compuesto de médicos y juristas expertos.

## 5. CONCLUSIONES

Por último, se ofrece un cuadro sinóptico que recapitula y presenta de forma sistemática las conclusiones alcanzadas.

---

<sup>61</sup> En esta línea, J. TUELLS, “Razones para un programa de compensación de daños por acontecimientos adversos relacionados con las vacunas en España”, *Medicina Clínica*, núm. 140 (12), 2013 (pp. 554-557). Con reservas, bajo la consideración de que es suficiente el régimen de responsabilidad patrimonial objetiva, N. GARRIDO CUENCA, 2018: 129-172. Sin reservas, bajo la consideración de que la reparación es un imperativo ético elemental que no puede realizarse a través del sistema responsabilidad objetiva por sacrificio especial, S. RAMOS GONZÁLEZ, 2022: 207-242. Refiriéndose específicamente a la compensación de los daños inducidos por la vacuna contra el covid-19, M. REBOLLO PUIG, 2021: 79; y C. AYMERICH CANO, 2021: 51-54.

<sup>62</sup> N. M. PACE y L. DIXON, 2020.

<sup>63</sup> Véase N. GARRIDO CUENCA, 2018: 170-172.

SISTEMAS		VACUNACIÓN VOLUNTARIA	VACUNACIÓN FORZOSA	VACUNACIÓN RECOMENDADA
		CARACTERÍSTICAS		
¿PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD?		SÍ (Estado social)	SÍ (Estado de Derecho)	SÍ, PERO MENOS (Estado de Derecho)
¿DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN?		NO	SÍ	SÍ
FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD		DEFECTO O CULPA	SACRIFICIO	SACRIFICIO
¿QUIÉN RESPONDE?		Fabricante de vacuna defectuosa/ Administración que negligentemente la autoriza, conserva, distribuye o inocular	Estado (CCAA si son ellas quienes establecen la obligatoriedad)	Estado y CCAA en régimen de solidaridad
CONCEPTOS INDEMNIZABLES*	FALTA DE AUTODETERMINACIÓN	SÍ	NO	NO
	REACCIÓN ADVERSA LEVE	NO (o solo en parte)	NO	NO
	REACCIÓN ADVERSA GRAVE	NO (o solo en parte)	SÍ	SÍ
¿SON ACONSEJABLES FONDOS COMPENSATORIOS?		NO	SÍ	SÍ

\* Los conceptos indemnizables del sistema de vacunación voluntaria se refieren al supuesto específico de responsabilidad patrimonial por ausencia de consentimiento informado, dejando al margen otros posibles (responsabilidad del fabricante por defecto de la vacuna o de la administración por errores en su autorización, conservación, distribución y administración).

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Carlos AYMERICH CANO, “Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial”, *Derecho y salud*, núm. 31, 2021pp. 46-54.
- Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, J “Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados”, *Derecho y Salud*, núm. 22, 2012, pp. 9-30.
- David BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- Ignacio BORRAJO INIESTA, “Indemnización constitucional: a propósito de la sentencia Bivens del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 103, 1984, pp. 209-228.
- Guido CALABRESI y Arthur Douglas MELAMED, “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089-1128.
- George Bunker CHAPMAN *et al.*, “Default clinic appointments promote influenza vaccination uptake without a displacement effect”, *Behavioral Science & Policy*, núm. 2, 2016, pp. 40-50.
- César CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- “La vacunación contra la COVID-19 y sus principales debates jurídicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021a, pp. 307-334.
- “La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021b, pp. 18-31.
- “Algunas reflexiones sobre la vacunación recomendada”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022 (pp. 181-206).
- Edorta COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988.
- “Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021, pp. 18-31.
- Hugo CUELLO DÍAZ, “Cómo cambiar comportamientos durante una pandemia: El uso de nudges para enfrentar la COVID-19”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 25, 2021, pp. 73-86.
- Hengchen DAI, Silvia SACCARDO, Maria A. HAN *et al.*, “Behavioural nudges increase COVID-19 vaccinations”, *Nature*, núm. 597, 2021, pp. 404-409.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 103-159.
- “Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. extraordinario, *Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones*, t. I, *Reacciones y transformaciones en el Derecho público*, 2021, pp. 291-306.
- Richard A. EPSTEIN, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- Julio César GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 7ª ed., Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2020.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil* t. VIII, núm. 5, 1955, pp. 1023-1163; publicado como libro en 1956: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid).
- Nuria GARRIDO CUENCA, “Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa. Y reflexión: ¿Es necesario o conveniente un fondo

- específico de compensación por daños vacunales?”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 129-172.
- Fernando GARRIDO FALLA, “Panorama general de la responsabilidad ‘civil’ de la Administración pública”, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 25-38.
- Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2006.
- Javier LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, *El consentimiento informado en el ámbito sanitario: la valoración y cuantificación del daño*, Atelier, Barcelona, 2022.
- Luis MEDINA ALCOZ, “Los desaparecidos de La Cantuta: (a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006)”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. 1, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 755-774.
- “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (II): Elementos. Factores de exoneración”, en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, coord. T. Cano Campos, vol. 4, Justel, Madrid, 2009, pp. 69-133.
- “El problema de la culpa en el Derecho de daños”, en *La falta de servicio*, coord. R. Letelier Wartenberg, Aranzadi, Santiago de Chile, 2012, pp. 363-456.
- *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Thomson Reuters/Civitas, 2018.
- “Imputación objetiva y administración pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 219, 2022, pp. 27-58
- Luis MEDINA ALCOZ e Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución: Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 147-190.
- Mariano MEDINA CRESPO, *La compensación del beneficio obtenido a partir del daño padecido. Aplicación del principio “compensatio lucri cum damno” en el Derecho de daños*, Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2015.
- Diego MONTANO, “Frequency and Associations of Adverse Reactions of COVID-19 Vaccines Reported to Pharmacovigilance Systems in the European Union and the United States”, *Front. Public Health*, 2022 (9:756633). doi: 10.3389/fpubh.2021.756633).
- Randy G. MUNGWIRA y otros, “Global landscape analysis of no-fault compensation programmes for vaccine injuries: A review and survey of implementing countries”, *Plus One*, 2020 (revista online: <https://journals.plos.org/>).
- Marta ORDÁS ALONSO, “Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos”, en J. Ataz López y J. A. Cobacho Gómez (coords.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 815-860.
- Nicolas M. PACE y Lloyd DIXON, “COVID-19 Vaccinations Liability and Compensation Considerations Critical for a Successful Campaign”, Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2020 (<https://www.rand.org/pubs/perspectives/PEA761-1.html>).
- Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación administrativa*, núms. 237-238, núms. 1-2, 1994, pp. 239-252.
- Giuseppe PIPERATA, “Vaccinazione obbligatoria e problematiche giuridiche. Un’analisi nella prospettiva del diritto italiano”, *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 201-214.
- Juli PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista vasca de gestión de personas y organizaciones públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27.
- Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación”, en P. de Barrón Arniches (dir.), *La salud y los derechos de la persona*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 207-242.

- Manuel REBOLLO PUIG, “Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 93-94, 2021, pp. 68-79.
- Jordi RIBOT IGUALADA, “Los fondos de indemnización de daños corporales”, *Revista de Derecho civil*, vol. 7, núm. 4, 2020, pp. 5-50.
- Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- Zia SADIQUE, John EDMUNDS, Nancy DEVLIN y David William PARKIN, “Understanding individuals’ decisions about vaccination: a comparison between Expected Utility and Regret Theory models”, London, UK: Department of Economics, City University London, 2005,
- José TUELLS, “Razones para un programa de compensación de daños por acontecimientos adversos relacionados con las vacunas en España”, *Medicina Clínica*, núm. 140 (12), 2013, pp. 554-557.
- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “Possibly Constitutional, But Not This Way: Compulsory Vaccination in Spain”, *VerfBlog*, 2021/5/05, <https://verfassungsblog.de/spain-vaccinations/>, DOI: 10.17176/20210505-182018-0.
- Josep VAQUÉ RAFART, “Inmunidad colectiva o de grupo”, *Vacunas*, 2, 2001, pp. 22-29.



## **OTRA HISTORIA DE “LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” EN ESPAÑA: ALTERIDAD Y DISCONTINUIDAD ENTRE LA MONARQUÍA CATÓLICA Y EL ESTADO ADMINISTRATIVO (1812-1845)\***

### **ANOTHER HISTORY OF “LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” IN SPAIN: ALTERITY AND DISCONTINUITY BETWEEN THE CATHOLIC MONARCHY AND THE ADMINISTRATIVE STATE (1812-1845)**

Antonio Manuel Luque Reina  
Profesor Ayudante en Historia del Derecho,  
Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN:** El presente artículo pretende, a través de una pequeña reflexión metodológica, contribuir al diálogo necesario entre cierta historiografía jurídica definida por su empleo de la alteridad y la ciencia del derecho público interesada en la historia de su disciplina y de su derecho. Aprovechando un disenso historiográfico claro en torno a una temática clásica en la historia de la construcción del Estado decimonónico español —la instauración de “lo contencioso-administrativo”— se analizan, en primer lugar, las dos formulaciones posibles de esa misma historia incidiendo en aquellos aspectos

---

\* Terminado el 27 de septiembre de 2022. Apenas tres días después de haberse enviado a evaluación este artículo, falleció en Sevilla de manera trágica y sorpresiva Bartolomé Clavero Salvador. No hay más que observar cómo arranca el trabajo para comprobar que, junto a tantos otros colegas y amigos, me cuento entre aquellos privilegiados que se han beneficiado en algún momento de su excepcional guía y magisterio. El agradecimiento sentido es aquí obligado porque con la definitiva publicación del artículo se ha seguido incrementando una deuda que ya nunca podré saldar. Gracias por tanto y hasta siempre, querido profesor. El artículo se enmarca en los proyectos de investigación “El uso procesal de la historia de la Monarquía española en litigios territoriales internacionales, nacionales y comunitarios. Análisis histórico-jurídico” (PID2021-127771NB-I00) y “De la Administración colonial al republicanismo territorial: las “cuestiones de límites” hispanoamericanas en perspectiva histórica” (SI3/PJI/2021-00522). Agradezco además al Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora (Ciudad de México, México) el apoyo que me brindó durante la estancia de investigación en la que el artículo fue pensado y proyectado.

que más las diferencian. En segundo lugar, se razona sobre las causas que están detrás de la falta de consenso interpretativo, para así acabar sosteniendo que el enriquecimiento del diálogo debe pasar ineludiblemente por ampliar el catálogo de fuentes y hacerlas compatibles con una perspectiva común que tome de la segunda formulación su mayor cuidado a la hora de emplear esas mismas fuentes.

**PALABRAS CLAVE:** Historiografía jurídica, derecho público, derecho administrativo, jurisdicción contencioso-administrativa

**ABSTRACT:** This article aims, through a brief methodological reflection, to contribute to the necessary dialogue between a certain legal historiography defined by its use of otherness and the science of Public Law interested in the history of its discipline and its law. Taking advantage of a clear historiographical dissent around a classic theme in the history of the construction of the Spanish nineteenth-century state—the establishment of “lo contencioso-administrativo”—we first analyse the two possible formulations of this same history, focusing on those aspects that most distinguish them. Secondly, the causes behind the lack of interpretative consensus are discussed, in order to conclude by arguing that the enrichment of the dialogue must inevitably involve broadening the catalogue of sources and making them compatible with a common perspective that takes greater care in the use of these same sources from the second formulation.

**KEYWORDS:** Legal historiography, Public Law, Administrative Law, administrative justice

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LA HERRAMIENTA.— 2. EL MOMENTO 1845: UN PUNTO DE PARTIDA HISTORIOGRÁFICO— 3. DE LA “PREHISTORIA” DEL “CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” A LA INAUGURACIÓN DEL LENGUAJE DE LA ADMINISTRACIÓN (1812-1845) 3.1. Una lectura común desde el derecho administrativo. 3.2. Una lectura particular desde la historia del derecho. 3.3. Las razones del disenso: la alteridad desde las fuentes y sus usos.— 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA HERRAMIENTA

Hace ya casi cincuenta años que comenzó una fuerte renovación de la historiografía jurídica cuyos ecos puede decirse que todavía hoy pasan por críticos o rupturistas<sup>1</sup>. Autores como Bartolomé Clavero o Antonio Manuel Hespanha, en contacto permanente con importantes centros de historia del pensamiento jurídico europeo como el florentino dirigido por Paolo Grossi<sup>2</sup>, invirtieron grandes esfuerzos metodo-

<sup>1</sup> Alejandro Agüero, “Historia política e Historia crítica del derecho: convergencias y divergencias”, *PolHis*, núm. 10, 2012, pp. 81-88; Antonio Manuel HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 48, 2019, pp. 7-28; José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA, “La imperial Constitución de Inglaterra para sus eminentes juristas victorianos”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 90, 2020, pp. 729-787 (pp. 781-787).

<sup>2</sup> Bartolomé CLAVERO SALVADOR, Paolo GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (coord.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Tomos I y II, Giuffrè Editore, Milán, 1990 y 1991.

lógicos en tratar de reubicar a la historiografía jurídica en el concierto de disciplinas de las ciencias sociales que le podían resultar afines<sup>3</sup>. Conscientes como eran de que la función docente e investigadora del historiador del derecho no debía ponerse al servicio de una suerte de fundamentación teórica, por cultural, del derecho positivo, decidieron poner el foco de sus críticas en la exaltación del modelo estatalista de organización del poder político que venía produciéndose desde hacía más de un siglo como consecuencia lógica del despliegue argumentativo que había traído consigo el nacimiento del Estado-nación<sup>4</sup>.

De entre las muchas “herramientas” que con esa finalidad incorporaron al *taller del historiador del derecho*<sup>5</sup>, tomándolas, por cierto, prestadas de otras ciencias sociales afines<sup>6</sup>, una, quizá por lo elemental que resultaba en su planteamiento, se ha revelado especialmente útil desde entonces, constituyendo una especie de seña de identidad para muchos de los que se han formado académicamente enriqueciendo esa perspectiva<sup>7</sup>. Se trata de una idea muy básica comúnmente designada como alteridad o discontinuidad, y empleada por el historiador que la debe hacer suya casi como un sencillo presupuesto metodológico que lo acerca a adoptar una cierta “mirada de antropólogo” sobre el pasado propio<sup>8</sup>. Frente a la habitual tendencia a abordar la recreación historiográfica de discursos, conceptos o instituciones apoyándose en algunos aspectos “superficiales” de los mismos que permiten trazar continuidades —esto es, entenderlos sustancialmente análogos a sus formulaciones contemporáneas—, la apuesta por la alteridad funciona como una llamada de atención con la que el historiador cuenta para partir en su análisis de la premisa contraria. Aquello que el concepto o institución que interesa reconstruir tiene de distinto —esto es, de ajeno—, guarda las mayores dosis de elementos explicativos de sus circunstancias, porque permite conectar con un contexto cultural que se revela tan distinto de lo esperado/proyectado desde el presente como definitorio de la categoría concreta que se rastrea en el pasado.

En un momento en el que resulta evidente que se está revitalizando, de manera muy fructífera, el interés desde el derecho administrativo por la historia de su pro-

<sup>3</sup> Bartolomé CLAVERO SALVADOR, “La historia del Derecho ante la historia social”, *Historia, Instituciones, Documentos*, 1974, pp. 239-261; Antonio Manuel HESPANHA, *A história do direito na história social*, Livros Horizonte, Lisboa, 1978.

<sup>4</sup> Bartolomé CLAVERO SALVADOR, “Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de ‘Estado moderno’”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 19, 1981, pp. 43-57; y *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Tecnos, Madrid, 1986; Antonio Manuel HESPANHA, *Visperas del Levantón. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Taurus Humanidades, Madrid, 1989.

<sup>5</sup> Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, “Paratonía de la Historia Jurídica”, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 81.

<sup>6</sup> Michel FOUCAULT, *La arqueología del saber*, 1.ª edición (especial), Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

<sup>7</sup> Carlos GARRIGA ACOSTA, “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en id. (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Instituto Mora, Ciudad de México, 2010, pp. 59-106; Fernando MARTÍNEZ-PÉREZ, “Continuidad y discontinuidad de la historiografía jurídica en España”, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, núm. 38, 2016, pp. 82-101.

<sup>8</sup> David LOWENTHAL, *El pasado es un país extraño*, Akal, Madrid, 1998.

pia disciplina<sup>9</sup>, aunque haya destacadísimos autores que nunca hayan dejado de cultivarlo<sup>10</sup>, reflexionar en torno a la importancia que la perspectiva de la “discontinuidad” encuentra para cualquier jurista decidido a hacer las veces de historiador puede ser de mucha utilidad si lo que se quiere es avivar un debate que resulte de provecho para administrativistas e historiadores del derecho. Precisamente a eso está dirigido este trabajo, que ofrece, en esencia, una prueba de cómo se transforma una temática histórica clásica para el derecho administrativo español, los prolegómenos de la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa en la España decimonónica, cuando es analizada con las claves de lectura que aporta la herramienta de la alteridad.

## 2. EL MOMENTO 1845: UN PUNTO DE PARTIDA HISTORIOGRÁFICO

Que el año de 1845 es un punto fundamental en la historia de la construcción de la administración en España es algo que así formulado nunca ha sido discutido. Se trata del año en el que a través de las famosísimas leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 se puso en planta la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que sin necesidad de entrar en mayores consideraciones acerca de lo que esto significó o implicó entonces, pocas dudas cabe plantear a la importancia, al menos simbólica, del hito. Pero es que además 1845 representa un momento que se presta especialmente bien para funcionar como parteaguas (o discontinuidad) con el que diferenciar dos cronologías (“antes de” 1845 y “a partir de” 1845) que encierran un distinto grado de disenso historiográfico entre los administrativistas habitualmente interesados en el nacimiento de su disciplina y esa historia del derecho convencida de la utilidad del análisis desde la ajenidad.

Hace ya muchos años que es advertida por todos la naturaleza más política que historiográfica de la famosa polémica que a finales de los años sesenta y principios

---

<sup>9</sup> Luis MEDINA ALCOZ, “Historia del concepto de derecho subjetivo en el derecho administrativo español”, *Revista de Derecho Público. Teoría y método*, núm. 3, 2021-1, pp. 7-52; “Historia del derecho administrativo (I). Del Estado Liberal al Estado autoritario”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ, (coords.), *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 95-228; *Historia del derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid, 2022; Marcos ALMEIDA CERREDA, “Historia de la Ciencia del Derecho administrativo en España”, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ, (coords.), *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 329-376; Flavio QUEZADA RODRÍGUEZ, “Espacios jurídicos transnacionales en la formación del derecho administrativo: Adolfo Posada y Valentín Letelier”, *Revista de Derecho Público. Teoría y método*, núm. 5, 2022-1, pp. 143-176.

<sup>10</sup> Alejandro NIETO GARCÍA, *Estudios Históricos sobre administración y derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986; *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996; *Mendizábal: apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las cortes constituyentes de 1836-1837*, Ariel, Barcelona, 2011; *La Primera República Española. La Asamblea Nacional: febrero-mayo 1873*, Comares, Granada, 2021; *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, Lustel, Madrid, 2022.

de los setenta llevó a administrativistas de la talla de José Ramón Parada o Alejandro Nieto a discutir en torno al “momento en que quedó establecido el modelo revisor de la justicia administrativa”<sup>11</sup>. Superada la polémica en la medida en la que quedó atrás el contexto “preconstituyente” en el que surgió, qué duda cabe de que trabajos como el de Juan Ramón Fernández Torres han contribuido a fijar una imagen mayoritariamente compartida, por ser menos política o doctrinal y más historiográfica, acerca de lo que supuso la paulatina y casuística formación de la jurisdicción contencioso-administrativa durante sus dos primeras décadas largas de funcionamiento (1845-1868)<sup>12</sup>. De hecho, dejando de lado la poca relevancia que la “perspectiva administrativista” ha dado tradicionalmente al hecho de que 1845 fuera también el momento en el que aterrizó en España el importantísimo mecanismo para juzgar a los empleados públicos de origen napoleónico<sup>13</sup>, se puede decir que resulta bastante pacífica la tesis de que lo que se inauguró con la llegada al poder de los moderados en la década de los 1840 fue una suerte de Estado administrativo en el que es posible encontrar las bases del Estado liberal de Derecho que se fue construyendo a la par.

Sin embargo, algo muy distinto ocurre con la imagen que administrativistas, por un lado, y cierta historiografía jurídica, por otro, se han ido formando sobre el periodo inmediatamente anterior a 1845. Así, un “disenso historiográfico” casi insalvable parece emerger cuando de lo que se trata es de rastrear en los orígenes, o en la “prehistoria”, de “lo contencioso-administrativo”. Lo que sigue es el análisis de ese disenso, mostrando, en primer lugar, las versiones más o menos acabadas de las dos posturas antagónicas, para, en segundo lugar, reflexionar en torno a las distintas perspectivas metodológicas —la basada en la continuidad y la basada en la alteridad— que enfrentadas han bloqueado la posibilidad de diálogo.

<sup>11</sup> MEDINA ALCOZ, 2022: p. 176; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del derecho administrativo español del siglo XIX (1812-1845)* (1973), Iustel, Madrid, 2006; Alejandro NIETO GARCÍA, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1966, pp. 27-50; “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968, pp. 9-33; José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, 1968, pp. 65-112; “Replica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 59, 1969, pp. 41-70.

<sup>12</sup> Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998; *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007.

<sup>13</sup> Carlos GARRIGA ACOSTA, Marta LORENTE SARIÑENA, “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845): Una propuesta de revisión”, en José María PORTILLO VALDÉS, José María INURRITIGUI RODRÍGUEZ (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 215-272; Marta LORENTE SARIÑENA, “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para juzgar a los funcionarios públicos”, en *Derecho, historia y universidades: estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2007, pp. 117-127; María Julia SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España (1834-1870)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.

### 3. DE LA “PREHISTORIA” DEL “CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO” A LA INAUGURACIÓN DEL LENGUAJE DE LA ADMINISTRACIÓN (1812-1845)

#### 3.1. Una lectura común desde el derecho administrativo

Los principales disensos a la hora de interpretar el periodo inmediatamente anterior a la instauración del “contencioso-administrativo” en el territorio hispanopéninsular guardan relación, a mi juicio, con la manera diversa en la que se datan y reconocen los sujetos y poderes institucionalmente implicados en la configuración del Estado-monarquía decimonónica. A grandes rasgos, los administrativistas han solido recrear esa configuración a partir de una suerte de “escenario liberal” que, en su opinión, se inauguró en España con la promulgación de la Constitución de 1812. Así, desde el 19 de marzo de 1812, la consagración *definitiva* de unos principios liberales importados de otros modelos como el francés o el inglés sirve al jurista contemporáneo para, entre otras cuestiones, pasar a desentrañar la “prehistoria” más lejana de la jurisdicción contencioso-administrativa a partir de las claves que considera materializadas con la simple proclamación del modelo inaugural.

Si se atiende a la antropología política del nuevo modelo, esto es, atendiendo a los sujetos que nacen en España con el constitucionalismo gaditano, esa consagración definitiva de los principios liberales se traducía, de entrada, en que la primera formulación del Estado liberal había alcanzado ya entonces el monopolio del poder político. Frente a ese Estado, el sujeto liberal burgués era el único individuo titular de derechos civiles y políticos, y, en consecuencia, el único protagonista de los espacios de “lo público” y “lo privado” que en cierto sentido también acababan de inaugurarse.

Precisamente para proteger a ese nuevo ciudadano y así ver garantizados sus derechos, los diputados reunidos en la Isla de León habían introducido en España, primero con el Decreto I de las Cortes y después en los artículos 15, 16 y 17 de la Constitución Política de la Monarquía, un principio liberal que, aunque fuera admitiendo avanzado el siglo ciertas matizaciones, podía decirse que en lo esencial acompañaría ya siempre al Estado decimonónico español: la separación de poderes. Las leves variaciones que el principio experimentaría en lo relativo a la cambiante preponderancia de unos poderes sobre otros permiten adjetivar las distintas fases del liberalismo (revolucionario, moderado, conservador...), y con ellas explicar la historia jurídica en un sentido general, pero sobre todo constitucional, y en consecuencia administrativo, del Estado. Las leves variaciones que cada uno de esos poderes pudieran experimentar en lo relativo a su estructura, en cambio, pasaban más desapercibidas, puesto que lo que primaba desde el punto de vista del interés explicativo de los autores era la función u objetivo que cada poder estaba llamado a desempeñar en la teoría constitucional liberal; y no tanto qué sujetos encarnaban ese poder y cómo se conformaron aquellos.

Así las cosas, dispuesto el “escenario” liberal y reconocidos sus actores, los distintos problemas de definición jurídica de cada “etapa” se extraían del complejo juego de poderes puestos en liza. En puridad, este mismo esquema también llegó a servir para calificar a los *Estados* que la monarquía había atravesado en tiempos en los que los poderes se hallaban “confundidos” o “concentrados” —Estado jurisdiccional o de la justicia, Estado de Policía o absoluto—, pero, a decir verdad, es desde hace mucho muy poco común explorar antecedentes tan remotos. Por eso mismo, la historia (constitucional) arranca con un liberalismo revolucionario en el que la evidente preponderancia del poder judicial (de los Tribunales) sobre el poder ejecutivo (la Administración), además de beber del modelo inglés de orden de los poderes, o quizá por eso mismo, impedía la emergencia del “contencioso-administrativo”. No fue hasta los inicios de la segunda gran etapa del liberalismo español, a partir de 1834 con la llegada de Martínez de la Rosa y su Estatuto Real de corte moderado, que la tendencia comenzó a cambiar y la Administración fue ganando fuerza frente a los Tribunales, imponiendo así el modelo francés.

Con esas fuertes inercias “administrativizantes” introducidas por el leve cambio de mentalidad política, los intentos de materialización de una jurisdicción de lo contencioso-administrativo, pensada así como condición de posibilidad de un Estado de Derecho que fuera capaz de domeñar la dinámica autoritaria de la Administración liberal, se revelaron constantes y consistentes. Se prolongaron muchas jurisdicciones privativas que se encontraban adosadas a diferentes ramas de la Administración (Correos, Hacienda...), se trataron de introducir mecanismos procesales orientados al bloqueo de la actuación de los Tribunales ordinarios, y se llevaron a las Cortes propuestas de definición estructural de la jurisdicción administrativa como la de Francisco Agustín Silvela entre 1838 y 1839. Todo estaba dispuesto, tras el breve lapso de tendencia “judicialista” de la Constitución de 1837, para que con un poco de estabilidad política moderada las Cortes entraran definitivamente en razón y dieran el visto bueno *a la implantación de la jurisdicción contencioso-administrativa en el Estado administrativo español*.

### 3.2. Una lectura particular desde la historia del derecho

Para los historiadores del derecho, el escenario que acogió a, y los actores que se desempeñaron en, el periodo inmediatamente anterior *a la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa en el Estado administrativo español* —hasta aquí llega el consenso historiográfico— fueron otros muy distintos. Y esa inmensa diferencia se puede empezar a explicar, en parte, atendiendo a la muy distinta concepción que sobre lo que supuso la experiencia constitucional gaditana tienen aquellos que, de partida, no la caracterizan como “una suerte de españolización de la modernidad política en su versión francesa”<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Carlos GARRIGA ACOSTA, “Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, pp. 99-162 (p. 100).

El momento constitucional que arrancó con la mayor crisis monárquica que el imperio español había conocido hasta entonces se revela, así contemplado, como algo mucho más complejo, por extensión territorial y ajenidad cultural, que la “traducción” española peninsular de un determinado modelo “normalizado” de revolución liberal burguesa<sup>15</sup>. Se trataba de un experimento entitativamente católico, y bi-hemisférico por definición, que se situó mucho más cerca de una “reforma constitucional” —o de un intento de plasmación textual de una constitución histórica material<sup>16</sup>— que de un proceso constituyente revolucionario, lo que en su papel de “auténtico *constitucionalizador* de instituciones y prácticas del *Antiguo Régimen*” le valió al gaditano la categoría de modelo para muchas de las decenas de constituciones que se sucedieron en el primer tercio del siglo XIX latinoamericano<sup>17</sup>.

Cae por su propio peso que un “escenario” constitucional gaditano así perfilado se encuentra tan alejado de la inauguración del Estado-nación liberal europeo que carece de sentido historiográfico interrogarse por el lugar que pudieron encontrar en él los primeros pasos de una noción tan “moderna” como la del “contencioso-administrativo”. El constitucionalismo jurisdiccional gaditano albergó la conversión de la Monarquía Hispánica en Nación católica<sup>18</sup>, una transformación institucional que hizo desaparecer los antiguos Consejos de la Monarquía para junto a las Cortes edificar el Tribunal Supremo de Justicia y el Consejo de Estado<sup>19</sup>, incluso llegó a articular un mecanismo de defensa de la propia constitución residenciado en las Cortes<sup>20</sup>, o un despliegue gubernativo para “someter” a esas mismas Cortes el tradicional gobierno político-económico de los pueblos<sup>21</sup>, pero nada de todo eso permite identificar en

<sup>15</sup> Marta LORENTE SARIÑENA, José María PORTILLO VALDÉS (dirs.), *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.

<sup>16</sup> Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812, I. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, Urgoiti Editores, Pamplona, 2011.

<sup>17</sup> Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, Fernando MARTÍNEZ-PÉREZ, “Justicia y administración en el primer experimento constitucional”, en Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2008, pp. 187-221 (p. 190); José María PORTILLO VALDÉS, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, El Colegio de México, Ciudad de México, 2016; Beatriz ROJAS (coord.), *Procesos constitucionales mexicanos: La constitución de 1824 y la antigua constitución*, Instituto Mora, Ciudad de México, 2017.

<sup>18</sup> Carlos GARRIGA ACOSTA, Marta LORENTE SARIÑENA, *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; José María PORTILLO VALDÉS, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

<sup>19</sup> Fernando MARTÍNEZ-PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1820-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; “De la función consultiva y el Consejo de Estado gaditanos”, *Historia Contemporánea*, núm. 33, 2006, pp. 557-580; “Constitución de la Justicia en Cádiz: Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, pp. 377-408.

<sup>20</sup> Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

<sup>21</sup> Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, “Los antecedentes de las Diputaciones Provinciales o la perpleja lectura de un pertinaz lector”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67, 1997, pp. 1181-1194.

la enunciación de la separación de potestades —que no de poderes<sup>22</sup>— gaditana una puerta de entrada al Estado-nación liberal europeo.

En su naturaleza de última y fallida expresión del proyecto tardo-ilustrado, el experimento gaditano apenas pudo trazar elementos de continuidad directa con experiencias posteriores, entre otras cuestiones porque, como es bien sabido, hasta en dos ocasiones la “utopía reaccionaria” del inconstitucional Fernando VII envió a “en medio del tiempo” la vastísima obra “revolucionaria”<sup>23</sup>. Y no es hasta el final de esa segunda “utopía”, en la década comúnmente conocida como “ominosa”, que esta historiografía no comienza a localizar los primeros aspectos que apuntan hacia un cierto cambio de cultura jurídica<sup>24</sup>, la cual en un primer momento vino de la mano de los proyectos de una serie de absolutistas moderados: Pedro Sáinz de Andino, Javier de Burgos, etc., —antiguos afrancesados en su mayoría—, ubicados en torno a la Secretaría de Estado y del Despacho de Hacienda<sup>25</sup>.

Así las cosas, fue sobre las ruinas peninsulares de una monarquía que, ya sin imperio, jamás había abandonado, tampoco en los “oasis” constitucionales, su anti-quisísima estratificación corporativa y su conflictual forma de gobierno jurisdiccional, cuando se comenzaron a perfilar algunos de los aspectos que a la postre resultarían “constituyentes” del Estado liberal español<sup>26</sup>. La muerte de Fernando VII a finales de septiembre de 1833 y las importantes medidas que la sucedieron funcionan en efecto para la historiografía jurídica en general como ese punto de partida del mundo en el que acabaría emergiendo el “contencioso-administrativo”; posición esta que, sin embargo, se le niega a la promulgación de la Constitución de 1812<sup>27</sup>.

Entre las medidas que posibilitaron que, mediada la década de los 1840, la de la administración fuera ya una cultura de Estado, dos se singularizaron por su importancia fáctica y simbólica: (1) la división de las provincias “administrativas” desde el recién inaugurado ministerio de Fomento (después de lo Interior y de la Goberna-

<sup>22</sup> Bartolomé CLAVERO SALVADOR, *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2007.

<sup>23</sup> Jean-Philippe LUIS, *L'utopie réactionnaire. Épuration et modernisation dans l'Espagne de la fin de l'Ancien Régime*, Casa de Velazquez, Madrid, 2002; Josep FONTANA I LÁZARO, *De en medio del tiempo: la Segunda Restauración Española, 1823-1834*, Crítica, Barcelona, 2006.

<sup>24</sup> José María PORTILLO VALDÉS, “Del gobierno de la Monarquía al gobierno de la sociedad”, en Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Sebastián MARTÍN MARTÍN (coords.), *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 537-553.

<sup>25</sup> Juan PRO RUÍZ, “El Estado Grande de los moderados en la España del siglo XIX”, *Historia y Política*, núm. 36, 2016, pp. 19-48; Jean-Philippe LUIS, “La realidad es tozuda. Las contradicciones del absolutismo restaurado frente a la cuestión de la Hacienda”, en Pedro RÚJULA LÓPEZ, Javier RAMÓN SOLANS (eds.), *El desafío de la revolución. Reaccionarios, antiliberales y contrarrevolucionarios (siglos XVIII y XIX)*, Comares, Granada, 2017, pp. 51-65.

<sup>26</sup> Bartolomé CLAVERO SALVADOR, *Manual de historia constitucional de España*, Alianza editorial, Madrid, 1989.

<sup>27</sup> Fernando MARTÍNEZ-PÉREZ, “De la pluralidad de fueros al fuero de la administración (1834-1845)”, en Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009, pp. 223-265.

ción), y (2) la definitiva supresión de los altos cuerpos de gobierno jurisdiccional de la monarquía: unos Consejos Reales (de Estado, Castilla, Indias, Guerra y Hacienda), que fueron sustituidos por Tribunales Supremos (de Justicia, Hacienda y Guerra y Marina), y un Consejo Real de España e Indias.

(1) Fue Javier de Burgos quien, en su breve paso por el ministerio de Fomento (octubre de 1833-marzo de 1834), se afanó en poner en marcha una operación que reputaba capital para llevar a cabo la necesaria modernización de los aparatos de gobierno de la monarquía: ¿transplantar? en España lo que en su reducido grupo ya venían denominando como la “avanzada ciencia de la administración francesa”<sup>28</sup>. El “administrativista” granadino se convirtió así en el responsable de que, a finales de 1833, una división provincial que era considerada inaplazable por todos los actores políticos, fueran estos partidarios o no de mantener el esquema tradicional de gobierno político-económico de los pueblos adosado al Consejo Real de Castilla, apareciera vinculada al desarrollo de una novedosísima estructura administrativa, ya no gubernativa, por la que solo se apostaba en su oficina ministerial en aquel momento. Pero la sostenibilidad del partido isabelino, aquellos que permanecieron fieles a la Regente María Cristina y a su hija Isabel II frente al pretendiente carlista, en seguida pasó a depender de que se produjera una ligera apertura en términos político-constitucionales, lo que provocó la rápida caída en desgracia de Javier de Burgos y que sus proyectos no llegaran a materializarse. No obstante, el nuevo régimen político que lo desplazó —el conocido como del Estatuto Real— no dudó en hacer uso de un lenguaje administrativo que a partir de entonces apareció siempre vinculado al naciente moderantismo liberal decimonónico<sup>29</sup>.

(2) La otra medida singular comenzó rindiendo un importantísimo servicio simbólico al proto-Estado que con ella se inauguraba. La supresión de los antiguos consejos de la monarquía —y la instauración en su lugar de, fundamentalmente, un Tribunal Supremo de Justicia y un Consejo Real— se enmarcó desde el inicio en un discurso de legitimación del nuevo espacio político. A falta de una verdadera Carta Otorgada que declarara derechos y reconociera y separara poderes, los promotores del Estatuto Real utilizaron las medidas decretadas el 24 de marzo de 1834 para tratar de paliar su principal carencia de cara a la opinión pública liberal que también comenzaba a despertarse<sup>30</sup>. De esta manera, conforme a la versión oficial que cano-

<sup>28</sup> Juan PRO RUÍZ, “El modelo francés en la construcción del Estado español: el momento moderado”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 175, 2017, pp. 299-329. También en su posterior: *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza editorial, Madrid, 2019.

<sup>29</sup> Antonio Manuel LUQUE REINA, “Desde el Palacio del Grande a la Choza del Labrador: administración y consejos a través de la figura de Javier de Burgos”, en id., *El Consejo Real de España e Indias en la construcción del Estado administrativo (1834-1836). Una historia de la disolución de los Consejos de la Monarquía española*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 79-120.

<sup>30</sup> Para un acercamiento a la historia política del Estatuto Real y sus Cortes: Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968; Juan PRO RUÍZ, *El Estatuto Real y la Constitución de 1837*, Iustel, Madrid, 2010; Beatriz MORNERRI MOLINA, *Las Cortes del Estatuto Real (1834-1836)*, Dykinson, Madrid, 2019.

nizaron, las medidas venían a suponer la definitiva separación, para el más alto nivel institucional de la monarquía, de lo contencioso y lo gubernativo, lo que, mirado con cierta perspectiva podía pasar también, como de hecho pasó, por una peculiar formulación del principio de separación de poderes.

Pero un análisis mínimamente pausado en seguida revela lo mucho de problemático que guardaba esa equiparación<sup>31</sup>. Deslindar las atribuciones gubernativas y contenciosas ¿reunidas? en los mismos cuerpos desde tiempo inmemorial nada tenía que ver con la versión doctrinaria francesa de la separación de poderes que se buscaba aparentar<sup>32</sup>. Vistas las medidas de disolución desde su motivación más pragmática, lo único que proponían era destinar cuerpos y autoridades distintos a las distintas vías de gestión de los negocios que conocía la monarquía, y esta no era una solución novedosa, aunque justificaba la transformación y el traslado de cuerpos, oficinas y hombres que se puso en marcha, porque permitía recolocar a muchos de los notables, políticos, juristas e intelectuales que desde dentro y desde fuera del régimen apoyaron el particular sistema político que proponía el gobierno del Estatuto<sup>33</sup>.

Yendo más allá del importante papel simbólico que cumplieron las medidas, una consecuencia directa de las mismas sí que prestó un servicio capital a la conformación de la nueva cultura de Estado administrativa. Javier de Burgos había inaugurado con su fugaz presencia al frente del ministerio de Fomento unas rudimentarias nociones administrativas que, si no lograban pasar de la retórica, nada tenían que hacer sobre un espacio plagado de cuerpos y autoridades que todavía funcionaban conforme a las lógicas jurisdiccionales, y por tanto acumulativas desde el punto de vista del orden jurídico, de ejercicio del poder. Para “proyectar” las novedosas estructuras de gobierno administrativo sobre ese espacio en el que abundaban los cuerpos (municipales, provinciales, eclesiásticos, gremiales..) y los ramos que solo muy difusamente comenzaban a relacionarse con lo administrativo (Policía, Montes y Plantíos, Beneficencia, Salubridad, Correos, Caminos...), el gobierno del Estatuto confeccionó una herramienta que, en parte, quería remedar un trasunto hispano del Consejo de Estado napoleónico: el Consejo Real de España e Indias.

El nuevo sínodo, muy a menudo reunido en sección de lo Interior (ya no de Fomento, y poco después de la Gobernación), pero también actuando en pleno o en sección de Hacienda, acabó configurando una muy peculiar “ciencia de la administración hispana” a partir de conjugar elementos medulares del modelo teórico francés, como el principio de unidad de acción administrativa, con rasgos de clara

---

<sup>31</sup> Antonio Manuel LUQUE REINA, “La disolución de los consejos: entre quiebras, confusiones y continuidad (1834-1836)”, en Laura BECK VARELA, María Julia SOLLA SASTRE (coords.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 339-371.

<sup>32</sup> Luis DÍEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956; Grégoire BIGOT, “L’Administration Napoléonienne (1799-1870)”, en id., *L’administration française. Politique, droit et société, Tome I, 1789-1870*, LexisNexis, París, 2010, pp. 145-351.

<sup>33</sup> Marta LORENTE SARINENA, “Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868”, en id. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, pp. 243-287, pp. 274-283.

ascendencia constitucional gaditana<sup>34</sup>. Fue esa una labor más próxima a lo jurisprudencial que a lo legislativo o a lo doctrinal, y desde luego requirió del Consejo Real un gran empeño, puesto que comenzar a construir, aunque solo fuera desde el punto de vista de la “semántica política”, un aparato de gobierno de la administración en las provincias del reino no era tarea sencilla. Caso a caso, esto era, conflicto a conflicto, el Consejo Real fue preparando resoluciones en las que, simplificando mucho, se encargaba de predicar la superioridad del gobernador civil (o jefe político) sobre el resto de autoridades y cuerpos de la provincia, domeñando así una realidad que había permanecido funcionando en clave de tutela o autotutela de cuerpos<sup>35</sup>, y que solo desde entonces comenzó a configurarse como administrativa en un sentido diverso al que describía el antiquísimo modo de gestión de los negocios<sup>36</sup>.

Con todo, de entre los muchos negocios en los que el Consejo Real tuvo que emplearse uno resalta por encima del resto por lo significativo que resulta cuando lo que interesa es preguntarse por el problema del “contencioso-administrativo” en ese momento fundacional en España del discurso que venía a poner a la administración en el centro de los poderes del Estado. Por una real orden fechada a finales de 1834 y localizada únicamente entre los papeles que formaron el Archivo del Consejo Real de España e Indias, hoy en el Archivo General de Simancas (Valladolid)<sup>37</sup>, desde el gobierno de la Reina María Cristina se le encargaba al Consejo Real que diseñara normativamente el despliegue de la nueva estructura administrativa para las provincias del reino, fijándose para ello en anteriores experiencias de gobierno de la monarquía y en “las leyes y sistema administrativo de Francia”. Más concretamente, en la real orden se especificaba que el Consejo Real debía iluminar tres ámbitos del naciente “sistema administrativo español” en su dimensión provincial: (1) el ámbito del gobierno civil —o jefatura política, o prefectura—, (2) el ámbito del cuerpo de administración provincial —o diputación provincial, o consejo departamental—, y (3) el ámbito del cuerpo encargado de los contenciosos-gubernativos —o tribunal administrativo, o consejo de prefectura—.

La primera corporación de la monarquía empleó a algunos de sus mejores hombres para llevar a cabo la tarea, y de los trabajos salió, primero, una larga memoria firmada por José Canga-Argüelles (“Dictamen del señor Canga Argüelles sobre organización de los Gobernadores civiles, Consejos de Provincia y Tribunales contenciosos-administrativos” (1835)), *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 91, 2021, pp. 613-684.

---

<sup>34</sup> Antonio Manuel LUQUE REINA, “Los primeros pasos de la ciencia de la administración hispana: “El dictamen de José Canga Argüelles sobre organización de los Gobernadores civiles, Consejos de provincia y Tribunales contenciosos-administrativos” (1835)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 91, 2021, pp. 613-684.

<sup>35</sup> Bartolomé CLAVERO SALVADOR, “Tutela administrativa o Diálogos con Tocqueville”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 24, 1995, pp. 419-468.

<sup>36</sup> Antonio Manuel LUQUE REINA, “La proyección del espacio de la administración desde el gobierno supremo”, en id., *El Consejo Real de España e Indias en la construcción del Estado administrativo (1834-1836). Una historia de la disolución de los Consejos de la Monarquía española*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 285-354.

<sup>37</sup> Archivo General de Simancas, Fondo del Consejo Real de España e Indias, legajo 2 bis, caja 2, carpeta 5, documento 8.

cioso-administrativos”<sup>38</sup>); y de ella, después, una serie de proyectos de reales-decretos (sobre los gobernadores civiles, sobre las diputaciones provinciales y sobre los ayuntamientos) que acabaron aprobándose con breves modificaciones en los meses posteriores, conformando así el marco general del régimen de gobierno provincial y municipal en tiempos del Estatuto. A pesar de que Canga-Argüelles lo mencionara en su memoria, esta compartía con los proyectos que finalmente vieron la luz la misma, y muy llamativa, circunstancia: se trataba de la total ausencia de respuesta teórica y práctica al último de los ámbitos planteados por el gobierno, el de “lo contencioso-gubernativo”.

Fuera por lo que fuere, la tangencial incidencia que representó la delimitación de “lo contencioso-administrativo” en un periodo que, por lo demás, conoció una gran expansión de la modernísima mentalidad administrativa queda demostrada con esta clave de lectura de los acontecimientos. Tampoco contaron con mayor incidencia sobre el régimen administrativo en formación, ni desde luego con más suerte, los proyectos con los que Francisco Agustín Silvela trató de volver a sacar a la palestra unos tribunales “contencioso-administrativos” que parecían ya entonces más próximos a un nuevo foro privativo para el ministerio de la Gobernación que otra cosa<sup>39</sup>. Solo el inicio de un mayor periodo de estabilidad para el moderantismo a mediados de los 1840 dio la base necesaria para empezar a ensayar una jurisdicción contencioso-administrativa que no estaba a esas alturas todavía nada claro lo que conllevaría y significaría. Lo único que sí estaba claro para ese momento era que, en apenas diez años, una nueva “semántica del poder político” había conseguido situar al sujeto “administración” en el eje de los poderes de un Estado que ya empezaba a adjetivarse a sí mismo como administrativo.

### **3.3. Las razones del disenso historiográfico: la alteridad desde las fuentes y sus usos**

Las razones que están detrás de esa diversidad de interpretaciones que se han recogido hasta aquí son múltiples, pero todas pueden ser reconducidas a dos que están además íntimamente relacionadas: el diferente tipo de fuente que mayoritariamente se emplea en la reconstrucción historiográfica, y, sobre todo, el distinto modo de empleo que se le da a la fuente. Ambas razones, combinadas, permiten explicar las, en ocasiones, enormes distancias de perspectiva y resultado final que separan ambas versiones, por lo que quizá así explicitadas ayuden a acercar posturas en el futuro.

Las fuentes documentales mayoritariamente empleadas por los administrativistas son “catalogadas” por los mismos como de tres tipos: legales o normativas (*Coleccio-*

---

<sup>38</sup> El original formó también parte del Archivo del Consejo Real de España e Indias, y actualmente se encuentra localizado en el Archivo General de Indias (Sevilla), Fondo Indiferente general, legajo 3133, sin paginar. Ha sido publicado recientemente, con estudio introductorio, en: LUQUE REINA, 2021: pp. 613-684.

<sup>39</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ, 2009: pp. 223-265.

*nes de Decretos, Gaceta de Madrid y diversos Boletines*), doctrinales (manuales, tratados y comentarios) y parlamentarias (diarios de sesiones de las Cortes). Todas tienen en común lo que desde el punto de vista de la práctica historiográfica es un acceso relativamente sencillo, que además se ha facilitado aún más con la proliferación de recursos digitales a través de bibliotecas y repositorios. Y todas comparten que son perfectamente ubicables y reconocibles dentro del esquema de un Estado liberal de Derecho que debería tener a la ley como clave de bóveda de su panorama normativo: controlando esas fuentes se conocen las normas (constitucionales, legales e infralegales) del Estado, se analiza lo que los juristas opinan de ellas y cómo las entienden y explican, y se desentraña su proceso de formación.

Los historiadores del derecho complementan ese catálogo incorporando un nuevo tipo de fuente que dota a la práctica historiográfica de un incremento de densidad incalculable: la documentación archivística. Aunque en realidad bien podría decirse que, aumentando el catálogo con un tipo de fuentes tan reveladoras como las archivísticas, lo que hacen los historiadores es armarse con una herramienta metodológica que permite incluso transformar la percepción que *a priori* se tiene del lugar que ocuparon las otras fuentes en el contexto estudiado. Al sumergirse en la desordenada y complejísima realidad en la que se agolpan las fuentes archivísticas, el estudioso comienza a estar en disposición de alumbrar la cara más oscurecida, más ajena, menos aprehensible, de la estructura, entidad, cuerpo, concepto o noción que se pretende historiar, lo que comienza a hacer desaparecer las certezas de las que partía, llegando al punto de poder hacerlo dudar sobre la propia existencia en el pasado de esa estructura, entidad, cuerpo, concepto o noción que parecía casi intemporal proyectada desde el presente.

Así las cosas, sostener la imagen de un poder judicial sometido a la ley en el seno de un Estado liberal de derecho gaditano se vuelve muy difícil cuando desde el archivo se comprueba que las sentencias que suponían la principal vía de expresión de su función carecían todavía de motivación<sup>40</sup>; o cuando se constata que “el temor a Dios” y, sobre todo, la vinculación al proyecto político constitucional por parte del magistrado eran dos de los principales rasgos que definían el modelo de juez gaditano<sup>41</sup>. Algo muy parecido puede decirse de lo problemático que se vuelve categorizar aquella ley como la vía de expresión natural de otro de los poderes del Estado, el legislativo, cuando desde el archivo se comprueba que durante buena parte del siglo XIX estuvo más cerca de seguir siendo “leyenda en que yace enseñanza” que de pasar a ser expresión de la “volunté générale”<sup>42</sup>; o cuando respecto al mismo orden normativo en el que esa peculiar ley se integraba se concluye que en él era de lo más

---

<sup>40</sup> Carlos GARRIGA ACOSTA, Marta LORENTE SARIÑENA, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 97-142.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ, 1999.

<sup>42</sup> LORENTE SARIÑENA, 2006: pp. 243-28 (p. 258).

habitual que aquella fuera derogada por unas Reales órdenes y unos Reales decretos de origen y factura muy singular<sup>43</sup>.

Precisamente, el rastreo desde los archivos de las distintas instituciones que generaban o recibían esas dos vías específicas de comunicación y resolución gubernativa de expedientes particulares, que no normas, contribuye a mirárlas de una manera distinta, siendo eso algo que se ejemplifica bastante bien con el concreto caso de una de las Reales órdenes que han sido más utilizadas a la hora de reconstruir la prehistoria del “contencioso-administrativo” en la década de los 1830<sup>44</sup>. La conocida como Real orden de 12 de marzo 1836 debió su nombre a que justo esa fuera la fecha en la que el ministro de la Gobernación firmó una comunicación, dirigida al Director General de Correos, que contenía la resolución gubernativa que ponía fin a un expediente que, habiendo pasado por la consulta del Consejo Real de España e Indias<sup>45</sup>, se había iniciado entre la Dirección General de Correos y la de Caminos y Canales (cuerpos ambos jurídica e institucionalmente independientes por completo de aquel ministerio que de hecho lo que representaba era su vía de conexión directa con el gobierno, su manera de recibir los designios de S.M.)<sup>46</sup>.

Lejos de estar pensada como una suerte de norma de rango infralegal, la resolución gubernativa contenida en la “Real orden” tenía la principal finalidad de hacer continuar la acción de los utilísimos juzgados privativos de esos dos ramos “mientras no se estable(ciera) en España un sistema general de tribunales administrativos”, y por eso fue elaborada, la resolución, para comunicar tal decisión a los cuerpos y autoridades implicados. Pero la Real orden que nos ha llegado constituye en realidad una sola de las varias versiones que se emitieron, la que estaba pensada para poner en contacto al ministro con una sola de las varias autoridades implicadas en la comunicación, el Director general de Correos. La Real orden de 12 de marzo de 1836, en consecuencia, tuvo que ser extraída de las oficinas del ministerio de la Gobernación o de las de la Dirección general de Correos, para luego ser recopilada y publicada en una *Colección de decretos* que nada tenía de sistema de publicación formal de las normas<sup>47</sup>, sino que más bien respondía a un cierto tipo de recurso práctico puesto al servicio del jurisconsulto que, junto con esa multitud de resoluciones gubernativas que importaban más por lo que transmitían que por lo que disponían, tenía que manejar también “textos normativos”, derogados parcialmente por aquellas, tan heterogéneos como podían ser las Partidas o parte de la normativa constitucional gaditana<sup>48</sup>.

Con todo, si hay algo a lo que el cambio de perspectiva producido en el archivo lleva al historiador es a aproximarse a la totalidad de las fuentes como los objetos

---

<sup>43</sup> Marta LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ-PÉREZ, 2009: pp. 223-265 (pp. 232 y 233).

<sup>45</sup> Archivo General de Indias, Fondo Ultramar, legajo 803, actas del Consejo Real de España e Indias, sesión del día 11 de enero de 1836, s/p.

<sup>46</sup> *Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II*, tomo XXI, Madrid, 1837, p. 148.

<sup>47</sup> LORENTE SARIÑENA, 2001.

<sup>48</sup> LORENTE SARIÑENA, 2006, pp. 243-287.

de “su” historia que son, “historicándolas” de esa forma para diferenciarlas de la bibliografía y, sobre todo, para colocarlas a la oportuna distancia de análisis. Toda práctica historiográfica así asumida conlleva un esfuerzo de ubicación y lectura de la fuente en su contexto del cual el historiador no puede desprenderse, pues corre si no el riesgo de entrar a hacer historia “en” la tradición, en vez de hacerla “de” la tradición que se pretende desentrañar<sup>49</sup>. Y es que solo observadas desde la oportuna distancia y, por tanto, apreciando la insondable discontinuidad que debe separarlas del autor, se interrumpe la relación de interlocución con ellas, pasando las lógicas, explicaciones y fundamentaciones en las que las fuentes estaban inmersas a convertirse en un elemento más de los que se han de analizar en la reconstrucción historiográfica, y no en la propia lógica, explicación o fundamentación que el estudioso hace suya para contar esa misma historia.

De entre todos los tipos de fuentes que han sido comúnmente empleadas para elaborar la concreta prehistoria del “contencioso-administrativo” español que aquí ha venido interesando, quizá las conocidas como doctrinales sean las que más se han prestado a producir esa “confusión” que ha llevado a muchos autores contemporáneos a incorporar relatos históricos pretéritos sin entrar a cuestionarse por la finalidad argumentativa de quienes tenían un interés jurídico y político determinado en el contexto histórico en cuestión. Analizado el mismo relato desde la discontinuidad, es decir, tomada la explicación y/o opinión de los jurisconsultos, prácticos y teóricos, como “objeto de” historia, y no como “sujeto en” la historia con el que dialogar, la distancia que separaba las dos versiones se explica un poco mejor.

Los tradicionalmente considerados como primeros administrativistas españoles tenían, en su inmensa mayoría, un aspecto en común. Todos formaban parte, o llegaron a formar parte avanzada su vida, de un proyecto político que tenía a la incardinación de la administración en el seno de los poderes del Estado como su singular “leit motiv”. En orden a legitimar las bondades intrínsecas de lo que, al inicio, no era más que la proyección de un ideal político de clara ascendencia francesa sobre un paisaje institucional y cultural completamente ajeno a esas claves, los Sainz de Andino, Burgos, Silvela, Pacheco u Oliván tendieron a deslizar entre las primeras formulaciones dogmáticas una determinada historia del “tránsito” seguido por el Estado y sus poderes desde la oscura monarquía absolutista hasta su presente entre las décadas de 1830 y 1840.

Se trataba en cualquier caso de un tiempo en el que el derecho aún no se había desembarazado de la historia, y por tanto la fundamentación historicista era todavía, para aquellos juristas en particular, pero para cualesquiera otros en general, una de las principales herramientas con las que contaban a la hora de legitimar sus presupuestos. Así, a medio camino entre la propia práctica política y la nada inocente argumentación jurídica, el proto-moderantismo español se lanzó a ahormar un relato historicista que, de entrada y como no podía ser de otra forma, localizaba el origen de

---

<sup>49</sup> Pietro COSTA, “Saperi, discipline, disciplinamento: verso una “nuova” storia dalla cultura giuridica?”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata*, núm. 2, 1989, pp. 993-1027.

la existencia de la administración y su derecho en un pasado tan remoto que se perdía en los propios confines de la monarquía. La finalidad que perseguía la administración, su función como impulsora del interés general, era algo que siempre había estado presente en la antigua monarquía católica a pesar de que la confusión y concentración de poderes en unas mismas instituciones hubiera malogrado sus dinámicas a la vez que desprotegido a los individuos. Las sucesivas aperturas constitucionales, con sus correspondientes proclamaciones del principio de separación de poderes, habían contribuido a modernizar el Estado fortaleciendo los medios de desarrollo del interés general mientras que se protegía el interés individual. La administración, su función y su derecho siempre habían estado ahí, pero la nueva formulación de poderes constitucional (y liberal) había contribuido definitivamente a perfilar en España el modelo de Estado administrativo que imperaba desde no mucho tiempo antes en naciones “tan avanzadas como la Francia”.

Qué duda cabe de que el relato “histórico” desplegado, aquí muy simplificado, resulta de un enorme interés cuando es contemplado como el proyecto de reinterpretación argumentativa que fue. Sin embargo, qué duda cabe también de que la misma “historia” deja de tenerlo, o, mejor dicho, llega a representar incluso un problema historiográfico en sí misma, cuando naturalizada todavía hoy, por ejemplo, al inicio de multitud de manuales de derecho administrativo, se convierte en un obstáculo metodológico que bloquea historias más fidedignas de la casuística generación de las principales categorías del derecho público ¿español? durante buena parte del siglo XIX. Ojalá esta breve visita al *taller del historiador del derecho* sirva al menos para empezar a hacer dudar del valor histórico de determinadas certezas que por su finalidad argumentativa, y por tanto dogmática, se compadecen muy mal con la formación de una cultura jurídica que partía de unas claves en muchos puntos incompatibles con las que se impusieron no mucho tiempo después.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hace ya casi treinta años que Francisco Tomás y Valiente, con ocasión del homenaje que la Universidad Autónoma de Madrid le organizó al historiador Miguel Artola, realizó un paradigmático estado de la cuestión historiográfica, *Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)*, en el que, entre otras cuestiones, llamó a colaborar a administrativistas e historiadores del derecho en esa labor de reconstrucción de muchos de los aspectos aún desconocidos de lo que hoy ya podríamos denominar el Estado administrativo español. Y aunque se pueda decir que el interés por la historia del derecho público en general, y administrativo en particular, tras muchos años de escasa centralidad, ha recuperado vigor, quien sabe si a consecuencia de la crisis crónica en que vive instalado ya nuestro modelo de Estado contemporáneo, no puede afirmarse, por el contrario, que ese renovado interés haya conducido a un debate colaborativo.

Este trabajo ha partido del convencimiento de que el esfuerzo sincero por identificar los que se juzgan elementos característicos (metodológicos y de resultados) de

las dos partes “interesadas” puede contribuir a que poco a poco se acabe encontrando ese lenguaje “en común” con el que debatir. Por eso, se ha comenzado presentando el concreto problema historiográfico que se quería someter a lo que se podría calificar como “la prueba de la alteridad”. El extracto de versiones que ha seguido a continuación ha respondido en realidad a la necesidad de poner “negro sobre blanco” cuáles son los que se consideran rasgos especialmente definidores, y por eso quizá diferenciadores, de esas dos maneras diversas de contar una misma historia. Pero también ha respondido, y de ahí la brevedad de la primera de las versiones, al hecho de que lo que se ha buscado es hacer más accesible —a un lector menos familiarizado con un pasado que por definición es lejano y ajeno— la serie de lógicas o puntos de discontinuidad que permiten explicar ese pasado en mayor profundidad, y, en consecuencia, con una mayor densidad.

Así, enfrentando la primera y breve versión a una segunda más compleja, ha sido más sencillo llegar al verdadero núcleo de lo que el artículo propone: (1) subrayar lo que aporta al diálogo el incremento sustancial del número de fuentes, en un sentido cualitativo —las de archivo—, pero también cuantitativo; y (2) reflexionar en torno al cuidado que debe darse al empleo de las mismas fuentes para no adoptar desde el presente relatos “historicistas” que solo fueron empleados en su contexto como una suerte de fundamentación teórica de la institución, concepto o categoría entonces “en construcción”, y, por tanto, en vías de “legitimación”.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Alejandro AGÜERO, “Historia política e Historia crítica del derecho: convergencias y divergencias”, *PolHis*, núm. 10, 2012, pp. 81-88
- Marcos ALMEIDA CERREDA, “Historia de la Ciencia del Derecho administrativo en España”, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ, (coords.), *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 329-376
- Grégoire BIGOT, “L’Administration Napoléonienne (1799-1870)”, en id., *L’administration française. Politique, droit et société, Tome I, 1789-1870*, LexisNexis, París, 2010, pp. 145-351.
- Bartolomé CLAVERO SALVADOR, “La historia del Derecho ante la historia social”, *Historia, Instituciones, Documentos*, 1974, pp. 239-261.
- , *Manual de historia constitucional de España*, Alianza editorial, Madrid, 1989.
- , “Tutela administrativa o Diálogos con Tocqueville”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 24, 1995, pp. 419-468.
- , *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2007.
- Bartolomé CLAVERO SALVADOR, Paolo GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (coord.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Tomos I y II, Giuffrè Editore, Milán, 1990 y 1991.
- Pietro COSTA, “Saperi, discipline, disciplinamento: verso una “nuova” storia dalla cultura giuridica?”, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata*, núm. 2, 1989, pp. 993-1027.
- Luis Díez DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.
- , *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007.
- Josep FONTANA I LÁZARO, *De en medio del tiempo: la Segunda Restauración Española, 1823-1834*, Crítica, Barcelona, 2006.

- Michel FOUCAULT, *La arqueología del saber*, 1ª edición (especial), Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.
- Carlos GARRIGA ACOSTA, “Continuidad y cambio del orden jurídico”, en id. (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Instituto Mora, Ciudad de México, 2010, pp. 59-106.
- , “Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, pp. 99-162 (p. 100).
- Carlos GARRIGA ACOSTA, Marta LORENTE SARIÑENA, “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845): Una propuesta de revisión”, en José María PORTILLO VALDÉS, José María IÑURRITEGUI RODRÍGUEZ (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 215-272.
- , “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 97-142.
- , *Cádiz, 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Antonio Manuel HESPANHA, *A história do direito na história social*, Livros Horizonte, Lisboa, 1978.
- , *Vísperas del Levantán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Taurus Humanidades, Madrid, 1989.
- , “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 48, 2019, pp. 7-28.
- David LOWENTHAL, *El pasado es un país extraño*, Akal, Madrid, 1998.
- Marta LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.
- , *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- , “Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868”, en id. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, pp. 243-287.
- , “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para juzgar a los funcionarios públicos”, en *Derecho, historia y universidades: estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. II, Universidad de Valencia, Valencia, 2007, pp. 117-127.
- Marta LORENTE SARIÑENA, José María PORTILLO VALDÉS (dirs.), *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispánico (1808-1826)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.
- Jean-Philippe LUIS, *L'utopie réactionnaire. Épuration et modernisation dans l'Espagne de la fin de l'Ancien Régime*, Casa de Velazquez, Madrid, 2002.
- , “La realidad es tozuda. Las contradicciones del absolutismo restaurado frente a la cuestión de la Hacienda”, en Pedro RÚJULA LÓPEZ, Javier RAMÓN SOLANS (eds.), *El desafío de la revolución. Reaccionarios, antiliberales y contrarrevolucionarios (siglos XVIII y XIX)*, Comares, Granada, 2017, pp. 51-65.
- Antonio Manuel LUQUE REINA, “La disolución de los consejos: entre quiebras, confusiones y continuidad (1834-1836)”, en Laura BECK VARELA, María Julia SOLLA SASTRE (coords.), *Estudios Luso-Hispanos de Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 339-371.
- , “Los primeros pasos de la ciencia de la administración hispana: “El dictamen de José Canga Argüelles sobre organización de los Gobernadores civiles, Consejos de provincia y Tribunales contencioso-administrativos” (1835)”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 91, 2021, pp. 613-684.
- , “Desde el Palacio del Grande a la Choza del Labrador: administración y consejos a través de la figura de Javier de Burgos”, en id., *El Consejo Real de España e Indias en la construcción del Estado administrativo (1834-1836). Una historia de la disolución de los Consejos de la Monarquía española*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 79-120.
- , “La proyección del espacio de la administración desde el gobierno supremo”, en id., *El Consejo Real de España e Indias en la construcción del Estado administrativo (1834-1836). Una historia de la disolución de los Consejos de la Monarquía española*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022, pp. 285-354.
- Fernando MARTÍNEZ-PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1820-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- , “De la función consultiva y el Consejo de Estado gaditanos”, *Historia Contemporánea*, núm. 33, 2006, pp. 557-580;
- , “De la pluralidad de fueros al fuero de la administración (1834-1845)”, en Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2009, pp. 223-265.
- , “Constitución de la Justicia en Cádiz: Jurisdicción y consultas en el proceso constituyente de la potestad judicial”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 81, 2011, pp. 377-408.
- Luis MEDINA ALCOZ, “Historia del concepto de derecho subjetivo en el derecho administrativo español”, *Revista de Derecho Público. Teoría y método*, núm. 3, 2021-1, pp. 7-52.
- , “Historia del derecho administrativo (I). Del Estado Liberal al Estado autoritario”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, Luis ARROYO JIMÉNEZ, (coords.), *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 95-228.
- , *Historia del derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Beatriz MONERRI MOLINA, *Las Cortes del Estatuto Real (1834-1836)*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, “Los antecedentes de las Diputaciones Provinciales o la perpleja lectura de un pertinaz lector”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67, 1997, pp. 1181-1194.
- Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, Fernando MARTÍNEZ-PÉREZ, “Justicia y administración en el primer experimento constitucional”, en Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2008, pp. 187-221
- Alejandro NIETO GARCÍA, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 50, 1966, pp. 27-50.
- , “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968, pp. 9-33
- , *Estudios Históricos sobre administración y derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.
- , *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Ariel, Barcelona, 1996
- , *Mendizábal: apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las cortes constituyentes de 1836-1837*, Ariel, Barcelona, 2011.
- , *La Primera República Española. La Asamblea Nacional: febrero-mayo 1873*, Comares, Granada, 2021.
- , *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, Iustel, Madrid, 2022.
- José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso”, *Revista de Administración Pública*, núm. 55, 1968, pp. 65-112.
- , “Replica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 59, 1969, pp. 41-70.
- José María PORTILLO VALDÉS, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- , *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, El Colegio de México, Ciudad de México, 2016.
- , “Del gobierno de la Monarquía al gobierno de la sociedad”, en Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Sebastián MARTÍN MARTÍN (coords.), *En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 537-553.
- Juan PRO RUÍZ, *El Estatuto Real y la Constitución de 1837*, Iustel, Madrid, 2010.
- , “El Estado Grande de los moderados en la España del siglo XIX”, *Historia y Política*, núm. 36, 2016, pp. 19-48.
- , “El modelo francés en la construcción del Estado español: el momento moderado”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 175, 2017, pp. 299-329.
- , *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza editorial, Madrid, 2019.
- Flavio QUEZADA RODRÍGUEZ, “Espacios jurídicos transnacionales en la formación del derecho administrativo: Adolfo Posada y Valentín Letelier”, *Revista de Derecho Público. Teoría y método*, núm. 5, 2022-1, pp. 143-176.

- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del derecho administrativo español del siglo XIX (1812-1845)* (1973), Iustel, Madrid, 2006
- María Julia SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España (1834-1870)*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2011.
- Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968
- Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Génesis de la Constitución de 1812, I. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución*, Uargoiti Editores, Pamplona, 2011.
- Jesús VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, “Paratonía de la Historia Jurídica”, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 81.
- José María VALLEJO GARCÍA-HEVIA, “La imperial Constitución de Inglaterra para sus eminentes juristas victorianos”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 90, 2020, pp. 729-787 (pp. 781-787).

### Fuentes archivísticas y documentales

- Archivo General de Indias, Fondo Ultramar, legajo 803, actas del Consejo Real de España e Indias, sesión del día 11 de enero de 1836, s/p.
- Archivo General de Indias, Fondo Indiferente general, legajo 3133, s/p.
- Archivo General de Simancas, Fondo del Consejo Real de España e Indias, legajo 2 bis, caja 2, carpeta 5, documento 8.
- Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II*, tomo XXI, Madrid, 1837, p. 148.



## **MÁS ALLÁ DEL ART. 47 CE: DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEGISLACIÓN AUTONÓMICA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DE GRUPOS SOCIALES VULNERABLES\***

### **BEYOND ART. 47 SC: FUNDAMENTAL RIGHTS AND REGIONAL LEGISLATION TO PROTECT THE RIGHT TO HOUSING OF VULNERABLE SOCIAL GROUPS**

ANDREI QUINTIÁ PASTRANA

Investigador postdoctoral

Universidade de Santiago de Compostela

**RESUMEN:** En la última década se han producido importantes cambios en la doctrina de los derechos fundamentales en conexión con la vivienda que han promovido la articulación de nuevas garantías formales y materiales, dando cumplimiento al mandato que se deriva del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada. A través de una metodología que combina el análisis jurídico con métodos empíricos se ofrece una sistematización de los principales cambios producidos en los planos doctrinal, jurisprudencial y legislativo. En primer lugar, se estudia cómo el contexto de crisis habitacional y la evolución de la doctrina internacional han favorecido el tratamiento del art. 47 CE como un derecho constitucional interpretado en relación con los derechos fundamentales y la dignidad de la persona y se ofrece una revisión de la literatura contrastada con métodos de análisis cuantitativo. Después, se examina la recepción limitada de estos desarrollos en la doctrina del Tribunal Constitucional. Mediante un análisis empírico de su jurisprudencia se comprueba que la interpretación restrictiva del derecho a la vivienda, acompañada de un enfoque centrado en la

---

\* Este trabajo se finalizó el 15 de octubre de 2022. El autor pertenece al grupo ARMELA GPC ED431B 2020/23 financiado por la Xunta de Galicia. Esta investigación ha sido financiada por la Agencia Española de Innovación (AEI) a través de los proyectos “Vulnerabilidad social, crisis económica y derecho a la vivienda. Las políticas públicas de garantía social” del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Ref. DER2016-79913-R y “Vulnerabilidad, derechos sociales y buena e-administración” del Ministerio de Ciencia e Innovación MCIN/ AEI /10.13039/501100011033 y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional Una manera de hacer Europa.

cuestión económica, ha llevado a un ensanchamiento de las competencias estatales en el sector vivienda, acotando la intervención autonómica para el desarrollo de políticas sociales. Finalmente, se presenta una sistematización de las principales técnicas e instrumentos administrativos que en una interpretación amplia de la función social de la vivienda y, articulados de manera novedosa, han ensanchado la intervención pública a la esfera de las relaciones entre particulares buscando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la vivienda; función social de la propiedad; análisis empírico

**ABSTRACT:** In the last decade, significant shifts have taken place in the doctrine of fundamental rights in connection with housing that have promoted the articulation of new formal and material guarantees, fulfilling the mandate derived from the constitutional right to decent and adequate housing. Through a methodology combining legal analysis and empirical methods, a systematisation of the main doctrinal, case-law and legislative developments is provided. Firstly, it is examined how the context of the housing crisis and the evolution of international doctrine have favoured the treatment of art. 47 CE as a constitutional right, interpreted in relation to fundamental rights and the dignity of the person. A literature review, contrasted with quantitative analysis methods, is also provided. The limited reception of these developments in the doctrine of the Constitutional Court is then examined. Through an empirical analysis of its case law, it is shown that the restrictive interpretation of the right to housing, along with an approach focused on economic matters, have led to a broadening of the central state competences in the housing sector, narrowing the regional scope for the development of social policies. Finally, a systematisation is provided of the main administrative techniques and instruments which, in a broad interpretation of the social function of housing, and innovatively articulated, have extended public intervention to the sphere of the relationships between private parties, seeking the horizontal effectiveness of fundamental rights.

**KEYWORDS:** right to housing; social function of property; empirical analysis;

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL DERECHO ANTE LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA.— 3. METODOLOGÍA.— 4. LA REVITALIZACIÓN DEL DERECHO: 4.1. La vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos. 4.1. Una doctrina sensible al valor jurídico del art. 47 CE. 4.2. La vivienda como un derecho social fundamental y sus garantías.— 5. TENSIÓN ENTRE DERECHOS Y MERCADO: LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA: 5.1. Resistencias en la jurisprudencia a las políticas autonómicas de vivienda social. 5.2. Análisis empírico de la jurisprudencia constitucional: 5.2.1. Volumen y tendencias de la litigiosidad. 5.2.2. Presencia de títulos competenciales que justifican la entrada estatal en materia de vivienda. 5.2.3. Presencia de los art. 33 CE y 47 CE. 5.3. El análisis empírico confirma una jurisprudencia anclada en lo económico y poco sistemática.— 6. VIEJOS INSTRUMENTOS PARA UN NUEVO DERECHO: 6.1. La planificación de las ciudades habitables. 6.2. Intervención administrativa al servicio de la función social de la vivienda: 6.2.1. Los nuevos derechos de adquisición preferente. 6.2.2. La entrada autonómica en la regulación del precio de la renta. 6.2.3. El incumplimiento de la función social de la propiedad como causa expropiandi. 6.2.4. La tutela de la habitabilidad de la vivienda. 6.3. Colaboración público-privada para desarrollar vivienda asequible.— 7. CONCLUSIONES.— 8. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de crisis habitacional de la última década (RODRÍGUEZ y ESPINOZA, 2018) se han producido importantes desarrollos legislativos, fundamentalmente en el plano autonómico (PALEO y QUINTIÁ, 2020) que han buscado la efectividad jurídica del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, en sintonía con una doctrina más sensible a la eficacia jurídica del art. 47 CE como un derecho constitucional del que se desprenden derechos subjetivos (LÓPEZ RAMÓN, 2014; PONCE, 2017; CANALS, 2020) y con la reciente doctrina internacional de derechos fundamentales en conexión con la vivienda (GÓMEZ JIMÉNEZ, 2018).

Estos desarrollos fueron impulsados a partir de 2013 en más de la mitad de las Comunidades Autónomas, en algunos municipios y, más recientemente, también en el plano estatal. Partiendo de una interpretación del hogar como un elemento fundamental de la dignidad humana y de una comprensión más amplia del derecho de propiedad, las normas se han orientado a la articulación de garantías administrativas del derecho a la vivienda, principalmente para personas en situación de vulnerabilidad. En este trabajo se ofrece un análisis de esa evolución examinando su encaje en el marco constitucional y competencial y la respuesta jurisprudencial del Tribunal Constitucional en los últimos años, así como su relación con el derecho internacional de derechos humanos.

Tras examinar el marco jurídico-político de las políticas de vivienda en España y su relación con los impactos sociales y económicos de la crisis (sección II) y delimitar la metodología del estudio (sección III), se analiza la creciente interpretación del derecho a la vivienda como un aspecto esencial de la dignidad de la persona en el derecho internacional y su recepción entre la doctrina española (sección IV). Mediante una combinación de métodos jurídicos de análisis cualitativo y el análisis estadístico descriptivo y de correlaciones, se analiza después la interpretación de las bases competenciales en la jurisprudencia constitucional. Se concluye que una recepción limitada de la doctrina internacional en materia de derechos fundamentales y la primacía de un enfoque económico habrían contraído el margen competencial de intervención autonómica en la materia (sección V). Finalmente, se analizan y sistematizan de manera exhaustiva las principales medidas implementadas en la última década para ofrecer una propuesta tipológica. Se observa el empleo de técnicas e instrumentos administrativos clásicos (calificación de los usos del suelo, expropiación forzosa, tanteo y retracto administrativos, contratación pública, convenios administrativos, etc.) que, articulados de manera novedosa, han intentado superar las divisiones tradicionales entre derecho público y privado para explorar la eficacia del derecho a la vivienda en conexión con el derecho de propiedad, buscando la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) (sección VI).

Con este trabajo se busca aportar una sistematización de los cambios doctrinales, jurisprudenciales y normativos que se han producido en relación con el derecho a la vivienda en los últimos años. Su principal contribución es la aproximación a esta

cuestión mediante una metodología que combina el método jurídico y los métodos de análisis empírico para ofrecer un estudio completo de la evolución doctrinal y jurisprudencial y una propuesta de tipología de las medidas administrativas de garantía del derecho a la vivienda y su función social.

## 2. EL DERECHO ANTE LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA

El modelo habitacional español se caracteriza por una escasa atención a su parque de vivienda social, que representa entre el 1 por cien y el 2,5 por cien del total (TRILLA y BOSCH, 2018; EUROSTAT). Desde la década de 1960, los poderes públicos han fomentado la vivienda en propiedad en España como principal forma de tenencia (RODRÍGUEZ y ESPINOZA, 2018), sintonizando a partir de 1980 con una tendencia global de financiarización de la economía en la cual la hipoteca habría tenido un papel trascendental (RONALD, 2008). La inversión pública en la vivienda se ha orientado desde entonces a reducir el esfuerzo de las familias en la compra, mediante ayudas directas, beneficios fiscales y bonificaciones de los tipos de interés (PAREJA-EASTAWAY y SAN MARTÍN, 1999: 710).

La fragilidad de este modelo se evidenció con el estallido de la burbuja hipotecaria en la forma de una crisis de vivienda que se extiende hasta nuestros días, acentuada recientemente por los efectos de una crisis de asequibilidad del alquiler (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2019: 8), por la crisis sociosanitaria derivada de la Covid-19 (NOGUEIRA, 2021: 106-113) y por una crisis climática y energética global. Entre 2008 y 2019 se produjeron 684.385 desalojos que habrían afectado a casi dos millones de personas (GINEBRA *et al.*, 2020: 9). Solo en el año 2010 se iniciaron más de 248 procedimientos de ejecución hipotecaria al día (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL), con consecuencias muy negativas también para la salud mental de las personas afectadas, llegando incluso a incrementarse el riesgo de suicidio (MATEO-RODRÍGUEZ *et al.*, 2019: 11).

La crisis financiera fue interpretada por las instancias gubernativas como una crisis de déficit. La respuesta inmediata en los países occidentales fue la aplicación de programas de austeridad encaminados a constreñir la deuda pública, lo que tuvo un impacto importante para el desarrollo de alternativas habitacionales asequibles. La construcción de viviendas de protección oficial se redujo desde las 68.587 unidades del año 2008 hasta las 15.046 del año 2014, llegando a las escasas 4.938 del año 2017 (OBSERVATORIO DE VIVIENDA Y SUELO, 2020: 5) y, entre los años 2007 y 2018 el gasto social en vivienda se redujo hasta un 38 por cien (OBSERVATORIO DE VIVIENDA Y SUELO, 2020: 55). En el mismo período, el plan estatal de Vivienda 2013-2016, por ejemplo, impuso la reducción “del número de programas, de los tipos de ayudas, de la cuantía de las ayudas y de los colectivos beneficiarios del plan” y la potenciación de la vivienda en alquiler (VAQUER, 2016: 21). Como consecuencia de estas políticas de retracción de la asistencia a las situaciones

de emergencia se produjo un desplazamiento al mercado del alquiler de capas sociales en situaciones económicas más desfavorables y necesitadas de vivienda asequible (PAREJA-EASTAWAY y SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 2016) que se ven afectadas hoy por la crisis de asequibilidad de la vivienda en alquiler.

Estas crisis evidenciaron la importancia para el bienestar personal y social de la vivienda digna y adecuada y expusieron las costuras de un sistema inscrito en una trayectoria histórica de desatención y desinversión del parque público de vivienda y la ausencia de estructuras jurídicas sólidas de apoyo instrumental que faciliten la atención habitacional a personas en situación de vulnerabilidad. Los cambios son impulsados primero en la doctrina internacional a partir de la jurisprudencia del TEDH y las decisiones de órganos de control de los tratados, que condujeron a una interpretación de este derecho de una manera más amplia, conectando con los derechos fundamentales. La recepción de estos cambios en la doctrina internacional de los derechos fundamentales en nuestro derecho a través, primero, de los Estatutos de Autonomía y algunas normas estatales (Ley 8/2007, de 27 de mayo, de suelo) y autonómicas (como la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de Cataluña y la, ya derogada, Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda de Galicia) condujo también a un entendimiento más amplio de la eficacia jurídica del derecho a la vivienda entre nuestra doctrina (GÓMEZ JIMÉNEZ, 2018: 181-182; BOUAZZA, 2019: 217).

Sensibles al contexto de crisis habitacional que se extendía en el tiempo, algunos legisladores autonómicos emprendieron a partir de 2013 –seguidos después por diversos municipios y por el Estado– el desarrollo de garantías administrativas del derecho que conectaban con la evolución de la doctrina internacional de derechos fundamentales. Mediante técnicas administrativas como la regulación de los usos del suelo o la expropiación forzosa se buscó ensanchar la intervención pública y ofrecer seguridad en la tenencia a los grupos sociales más afectados por el largo período de crisis habitacional. No obstante, se encontrarían con una respuesta jurisprudencial del Tribunal Constitucional (QUINTIÁ, 2017), que ha defendido históricamente una interpretación limitada del art. 47 CE como un mero principio rector de la política social y económica (PONCE, 2017) y una interpretación amplia de las competencias estatales en materia económica (ARIAS MARTÍNEZ, 2019). Más de una decena de sentencias convalidaron algunas medidas y declararon la inconstitucionalidad de otras en una línea jurisprudencial errática que ha movido a los legisladores autonómicos a buscar diversas soluciones que, aunque innovadoras, plantean también importantes problemas jurídicos.

Este período de intensos cambios normativos y jurisprudenciales ha reabierto algunos debates jurídicos sobre la eficacia jurídica del derecho a la vivienda, la determinación de las bases de distribución competencial o la proporcionalidad de la intervención autonómica en relación con el derecho de propiedad. El derecho se encuentra de nuevo con la vieja cuestión de la vivienda a la que, con instrumentos jurídicos renovados, trata de dar hoy una respuesta tan antigua como el propio problema social:

“para hacer higiénica la casa del miserable sin aumentar su precio, no basta que la contribución pese menos sobre ella, ni se edifique mejor y con materiales más baratos; se precisa la cooperación social, el concurso voluntario de muchas buenas voluntades y rectas consciencias que, sin el apoyo del Estado o con su auxilio, contribuyan de varios modos a que no sean habitados los cuartos inhabitables y a que estos no tengan un precio excesivo” (Concepción ARENAL, 1897/1999).

### 3. METODOLOGÍA

La investigación jurídica española ha estudiado durante años la naturaleza, contenido y alcance del derecho a una vivienda digna y adecuada a través de las herramientas propias de la dogmática jurídica. Por medio de la abstracción de reglas, la formación de conceptos y su sistematización se ha tratado de determinar, por ejemplo, si el art. 47 CE alberga un derecho y en qué medida este es fuente de obligaciones exigibles por los particulares (PISARELLO, 2013; LÓPEZ RAMÓN, 2014; VAQUER, 2011; MOREU, 2016; TORNOS, 2014; PONCE, 2017; CANALS, 2020; NOGUEIRA, 2020). Se ha estudiado también su conexión con los derechos fundamentales y la dignidad humana (NICOLAU, 1992; IACONO, 2016), se ha explorado el margen de discrecionalidad del legislador para configurar su contenido (VAQUER, 2011; PONCE, 2017; LÓPEZ RAMÓN, 2020) y se han delimitado sus relaciones con otros títulos constitucionales como el derecho de propiedad (CARAZA, 2013; TORNOS, 2017; NASARRE, 2017). Estos trabajos contribuyeron a una metódica construcción doctrinal del derecho a la vivienda (BOUAZZA, 2019) que en la última década ha acompañado los intensos cambios normativos y jurisprudenciales en nuestro ordenamiento.

Recientemente, algunos trabajos han buscado también profundizar en el conocimiento que ofrece el método dogmático tradicional con los métodos propios de otras ciencias sociales (COSTAS *et al.*, 2022; GARCÍA y NASARRE, 2022), siguiendo una tendencia general en la investigación jurídica de apertura a la interdisciplinariedad (BETHENCOURT, 2019; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO Y DÍEZ SAS- TRE, 2021; BARRAGUÉ Y DOMÉNECH, 2020). La incorporación de métodos empíricos y los saberes de otras ciencias permite, por ejemplo, examinar los efectos del derecho sobre el contexto social y económico en el que se inscribe, pero también comprobar algunas impresiones apriorísticas extraídas del examen jurídico con la información que ofrece el análisis cuantitativo y cualitativo de datos (opiniones jurídicas, posiciones en la jurisprudencia, relaciones entre las normas, etc.) (BARRAGUÉ y DOMÉNECH, 2020).

Se ha sostenido que el Derecho es una materia compleja pues constituye a la vez “idea” y “fenómeno de la vida” o, lo que es lo mismo, una “actividad conceptual que se traduce en formulaciones generales” y una materia “ligada a una realidad empírica” (CASTÁN, 1947: 356). Puede entenderse entonces que “una dogmática que reduzca todo a esquemas lógicos, a reglas del pensamiento” estaría acentuando “solo una de sus dimensiones” (HERNÁNDEZ-GIL, 1945: 168). La metodología propuesta en este trabajo pretende profundizar con métodos jurídicos complementados por un

análisis empírico en las múltiples derivadas jurídicas de un problema social y económico complejo que es la cuestión de la vivienda.

El objeto de este trabajo es analizar la configuración jurídico-administrativa de los cambios normativos que se han producido en la última década en relación con el derecho a la vivienda y su encaje constitucional. Para ello se estudia, en primer lugar, la evolución de la doctrina internacional de derechos fundamentales a través de una revisión bibliográfica contrastada con métodos cuantitativos para determinar las posiciones de la doctrina española sobre la relevancia jurídica del derecho a la vivienda. Partiendo de estos resultados se realiza también un análisis jurídico-dogmático del art. 47 CE.

La revisión bibliográfica se practica en tres fases. Primero se realiza un examen meramente jurídico y cualitativo de la principal literatura en la materia, seleccionada entre las publicaciones de las principales revistas y editoriales de la disciplina que han respondido a la introducción del descriptor “vivienda” en la base de datos Dialnet<sup>1</sup>. Tras este primer examen se realiza una cuantificación de las publicaciones jurídicas (artículos de revista, capítulos y libros) y su distribución temporal entre 1988 y 2021 para determinar las tendencias de la investigación en los últimos años. Finalmente, se estudia la presencia de conceptos relativos a la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda en una muestra significativa de publicaciones en revistas relevantes de la disciplina<sup>2</sup> con el objeto de explorar el peso actual de las principales interpretaciones del título entre la doctrina. Este método tiene, no obstante, ciertas limitaciones que conviene considerar en la interpretación de los datos. Por un lado, la muestra depende de factores como la digitalización e indexación de publicaciones, que tiende a ser mayor en la actualidad que en décadas pasadas. Por otro lado, ni la configuración de la muestra, ni el método tienen alcance cualitativo, dejando fuera del estudio cuestiones como la calidad de las publicaciones o los argumentos jurídicos empleados. Este análisis, en todo caso, da cuenta de tendencias en el uso de conceptos jurídicos que pueden ser interesantes para dimensionar mejor el tratamiento del tema en nuestra literatura.

A continuación, se realiza un análisis empírico de la jurisprudencia constitucional con relevancia para la determinación de las bases competenciales de desarrollo del derecho. Este se ha realizado partiendo de un análisis de contenido (siguiendo la metodología jurídico-dogmática) de las 48 sentencias que han resuelto recursos de

---

<sup>1</sup> <http://dialnet.unirioja.es>

<sup>2</sup> Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública (serie completa); Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria (serie completa); Revista Catalana de Dret Públic (serie completa); Revista Aragonesa de Administración Pública (serie completa); Revista de Administración Pública (serie completa); Revista Galega de Administración Pública (serie completa); Revista General de Derecho Administrativo (serie completa); Revista Española de Derecho Administrativo (serie completa); Revista de Estudios Locales. Cunal (serie completa); Revista de derecho urbanístico y medioambiente (Número 85 y números 143-262); Revista de estudios de la Administración local y Autonómica. Nueva época (serie completa); Anuario de Derecho Municipal (serie completa). Se entiende por “serie completa” los números publicados entre 1980 y 2021.

inconstitucionalidad, cuestiones de constitucionalidad, conflictos positivos de competencia y conflictos en defensa de la autonomía local en los que se dirimen aspectos relativos a la distribución competencial en materia de vivienda<sup>3</sup>. Tras este análisis se han identificado diversos elementos de las sentencias (año de interposición de los recursos, tiempo aproximado de resolución) y se han codificado como variables binomiales la presencia de referencias a los derechos de propiedad y vivienda, así como a los títulos competenciales de los apartados 1, 6, 11, 13 y 18 del art. 149.1 CE en los antecedentes y en la fundamentación jurídica de la sentencia. Sobre estos datos se ha realizado un análisis estadístico descriptivo para comprobar las observaciones derivadas del estudio netamente jurídico de los textos.

Finalmente, a partir de un análisis jurídico de las principales medidas adoptadas en la última década para la garantía del derecho a la vivienda de personas en situación de vulnerabilidad se presenta una propuesta de tipología, examinando los principales problemas que se desprenden de su encuadre jurídico-constitucional y competencial.

#### **4. LA REVITALIZACIÓN DEL DERECHO**

En los últimos años se han producido importantes desarrollos en conexión con el derecho a la vivienda que han aproximado su construcción dogmática a la esfera de los derechos fundamentales. Una revisión bibliográfica contrastada con métodos de análisis cuantitativo muestra que el creciente reconocimiento del título en el derecho internacional de los derechos humanos y los movimientos legislativos que en sintonía se han producido en nuestro ordenamiento podrían haber facilitado a su vez un movimiento en nuestra doctrina, más sensible hoy al derecho constitucional a la vivienda. En la literatura parecen encontrarse cada vez más voces que interpretan el art. 47 CE como un derecho constitucional que encierra un mandato ineludible a los poderes públicos para establecer garantías de su eficacia. La estrecha conexión de la vivienda con la dignidad de la persona exige interpretar el contenido mínimo de este derecho en relación con la doctrina internacional de derechos fundamentales (Art. 10.2 CE) que deberá ser observado por los legisladores competentes para establecer las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento.

##### **4.1. La vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos**

El derecho a la vivienda ha permeado progresivamente el derecho internacional. Se recogió, primero, en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Hu-

---

<sup>3</sup> Se han seleccionado para el análisis los pronunciamientos con un contenido relevante para la distribución competencial que responden a los descriptores “vivienda” o “habitacional” en el buscador de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se han excluido los diez pronunciamientos que van desde la STC 205/2004 hasta la STC 215/2004 pues comparten el mismo objeto jurídico, remitiéndose todas ellas a lo establecido en la STC 178/2004, de 21 de octubre.

manos de 1948, posteriormente se incorporó al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966 y, treinta años después, se codificaría también en diversos preceptos de la Carta Social Europea (revisada). Desde entonces, su presencia en informes, recomendaciones y decisiones de autoridades internacionales y órganos de interpretación y control de los tratados no ha parado de crecer. Por ejemplo, en el año 2015, la Cumbre del Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas aprobaba los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que recogía en su número 11 el compromiso de impulsar “ciudades y comunidades sostenibles” de cara a 2030.

En la última década se observa una ampliación de la doctrina internacional de derechos fundamentales en conexión con la vivienda. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos ha sido fundamental en este proceso interpretando el hogar dentro del ámbito de la “vida privada y familiar” protegido por el art. 8 del CEDH, del cual se pueden deducir obligaciones positivas para los Estados (STEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto *López-ostra v. España*). La doctrina ha sido reiterada por el Tribunal en pronunciamientos como el del caso *Marzari c. Italia* (STEDH de 4 de mayo de 1999) en el que el TEDH incidía en la importancia del hogar y reiteró la existencia de obligaciones positivas de los Estados en materia habitacional. O, igualmente, en el caso *Hatton y otros vs. Reino Unido* (STEDH, de 2 de octubre de 2001) que resolvía las impugnaciones de unos ciudadanos frente al ruido producido por los aviones de un aeropuerto próximo a su residencia. A pesar de que en este asunto el Tribunal desestimó las pretensiones de los recurrentes, partía de la existencia de un necesario respeto a la vida privada familiar en relación con su hogar e, incluso, al respecto del entorno inmediato.

En esta interpretación jurisprudencial ha sido fundamental la elaboración del concepto de “hogar”, reconocido como un concepto autónomo en el asunto *Gillow vs. Reino Unido* (STEDH de 24 de noviembre de 1986) (KUCS, SEDLOVA Y PIERHUROVICA, 2008: 106). La idea de hogar excede el contenido del concepto de vivienda y está estrechamente ligado a la “dignidad” (FERRANDO, 1992: 307-309). El hogar es algo más que un mero refugio, es el espacio abstracto en el que tiene lugar el desarrollo de la personalidad. No obstante, el contenido o el alcance jurídico del hogar no ha sido definido exclusivamente en la jurisprudencia del TEDH. También las resoluciones de la Ponencia de las Naciones Unidas para el derecho a la vivienda (HOHMANN, 2014) o las decisiones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (BENITO, 2020: 26) han contribuido a delimitar su valor jurídico.

En el asunto *López-Alban v. España* de 30 de octubre de 2019, por ejemplo, el CDESC ha delimitado el concepto de “vivienda adecuada” (que puede remitirse a la idea de hogar) frente al mero “refugio temporal”, con los siguientes rasgos: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; localización geográfica que permita el acceso social (a la educación, el empleo, la atención sanitaria); y la adecuación cultural, de manera que respete la expresión de la identidad cultural y de la diversidad (9.3). Igualmente, el asunto *López-Alban* ha sido importante para la

delimitación del alcance jurídico del hogar como un aspecto del derecho a la vivienda en conexión con la dignidad, desarrollando criterios prestacionales y procedimentales. El CDESC entendió que España había vulnerado el derecho a la vivienda de los recurrentes al permitir que se practicase su expulsión sin haber adoptado “medidas razonables para proveer vivienda alternativa a las personas” afectadas y sin realizar un “previo juicio de proporcionalidad”. Tratándose de un desalojo en el marco de un contrato privado de alquiler, el CDESC ha ido así más allá de la construcción jurisprudencial del TEDH, que en el asunto *F.J.M vs. Reino Unido*, (STEDH de 29 de noviembre de 2018) habría condicionado la exigencia del control de proporcionalidad en el ámbito de la vivienda pública a la existencia de una previa configuración legal.

Si bien la política habitacional en el derecho imperativo de la UE se ha centrado en los ámbitos de la armonización del mercado hipotecario (DOMURATH, 2019: 401) y de la eficiencia energética y la circularidad (QUINTIÁ *et al.*, 2021) parece que recientemente ha emergido también entre las normas de *soft law* como un elemento fundamental de la dignidad y el desarrollo de la personalidad (PONCE, 2020). Este impulso se observa, por ejemplo, en la incorporación al principio 19 del Pilar Europeo de Derechos Humanos de ciertos compromisos en materia de vivienda social o en la Resolución del Parlamento de 21 de enero de 2021 sobre el Acceso a una vivienda digna y adecuada, en la que solicita a la Comisión “que se asegure de que el derecho a una vivienda adecuada sea reconocido como un derecho humano fundamental mediante disposiciones legislativas europeas”. Además, algunas normas de derecho imperativo han encontrado también una conexión entre la política social de vivienda y la competencia de la UE en materia ambiental, como la creación del concepto jurídico de “pobreza energética” (Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009 hoy revisada en la Directiva 2018/2001, de 11 de diciembre) y la imposición de mandatos a los Estados para su tutela. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece especialmente abierta también a estos cambios en la interpretación del derecho (DOMURATH, 2019). En el asunto *Kušionová* (STJUE de 10 de septiembre de 2014 [C-34/13]) ha llegado a reconocer expresamente el derecho a la vivienda como un derecho fundamental en una interpretación amplia del art. 7 de la Carta que parece incorporar los desarrollos del TEDH en relación con el art. 8 del CEDH (PONCE, 2019: 9). El Alto Tribunal, que se pronunciaba sobre una cuestión prejudicial en materia de cláusulas abusivas, advirtió la relevancia de este derecho en relación con las “consecuencias que genera el desahucio del consumidor y de su familia de la vivienda que es su residencia principal” a efectos de que el “juez nacional competente disponga de medidas cautelares que puedan suspender o contrarrestar un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria” (STJUE de 10 de septiembre de 2014, apartado 66). De hecho, la sentencia del asunto *Kušionová*, viene precedida de pronunciamientos como el del caso *Aziz* (STJUE de 14 de marzo de 2013) iniciado, también, como una cuestión prejudicial de un ciudadano que había sido desahuciado en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que el Tribunal condenó a España por carecer de mecanismos procesales suficientes para la protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas en el marco de

la legislación hipotecaria (MEDINA, 2015: 266-268). Ante el incumplimiento del legislador español con el mandato impuesto por la Corte, el asunto se prolongó hasta la sentencia del caso *Sánchez Morcillo* (STJUE de 17 de julio 2014), en la que el Tribunal declara expresamente contrario al Derecho comunitario todo aquel sistema de procedimientos de ejecución que proteja al acreedor y debilite la posición procesal del deudor (MEDINA, 2015: 270-274).

#### 4.2. Una doctrina sensible al valor jurídico del art. 47 CE

Esta concepción más abierta del derecho a la vivienda en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales ha favorecido también una evolución entre la doctrina española (JIMÉNEZ ALEMÁN, 2020: 154-155) que se ha aproximado a la esfera de los derechos humanos y la protección de la dignidad (GÓMEZ JIMÉNEZ, 2018: 181-182) conectando con los problemas sociales que emergieron del grave contexto económico y habitacional. Desde la Academia se ha estudiado la naturaleza y alcance del art. 47 CE buscando una respuesta jurídica a los problemas derivados de la falta de garantías en la tutela de los derechos habitacionales de grupos vulnerables.

Esta renovada atención doctrinal puede ser confirmada con datos empíricos. Un vistazo global a las publicaciones jurídicas españolas que versan sobre vivienda permite comprobar el incremento exponencial de la atención que la doctrina ha mostrado a esta materia en los últimos años. Aunque el número general de publicaciones científicas de autores españoles se triplicó entre los años 2000 y 2020 (CORTÁZAR y DE LA FUENTE, 2021), el número de publicaciones jurídicas sobre vivienda fue casi nueve veces superior para el mismo período (Ver Gráfico 1). Destaca, en particular, el aumento de la proporción de monografías. Este dato podría ponerse en relación con la aparición en años recientes de colecciones específicas sobre “derecho de vivienda” en algunas editoriales jurídicas. Síntoma, quizás, de la emergente conformación de una rama especializada en el estudio jurídico de aspectos concernientes a la vivienda.



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Dialnet

En los ritmos de publicación se observan ciertos patrones que parecen coincidir con etapas de impulso a esta materia entre la comunidad jurídica. Por ejemplo, en la década de 1990 y el último lustro de los años 2000 se aprecian dos picos de incremento en la producción científica que coincidirían con la expansión del derecho a la vivienda en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como con la incorporación en ciertos Estatutos de previsiones de extensión material de las competencias autonómicas de vivienda o el reconocimiento expreso en su cuerpo de este derecho<sup>4</sup>, integrando los desarrollos del plano internacional. En este sentido, por ejemplo, se puede apuntar que el Estatuto aragonés (Art. 24) y catalán (Art. 40) configuraron el derecho a la vivienda dentro del marco de la esfera de protección “personal y familiar”, en un enfoque coherente con los desarrollos jurisprudenciales del TEDH en aquella altura, que interpretaron la vivienda dentro del ámbito de la “vida privada y familiar” protegido por el art. 8 del CEDH.

A partir de este momento –aunque de manera irregular–, la actividad doctrinal se mantuvo en un nivel elevado, lo que resulta coherente con el período convulso que siguió al proceso de reformas habitacionales inaugurado por varias Comunidades Autónomas en 2013. A partir del año 2018, coincidiendo con un período de elevada conflictividad social y política derivado de la aprobación de más de una decena de leyes autonómicas de desarrollo del derecho a la vivienda y la publicación de las sentencias que convalidaban o declaraban la inconstitucionalidad de normas aprobadas a partir de 2015, se aprecia también un crecimiento exponencial en la producción. Solo en el año 2018 se publicaron más libros, capítulos de libro y artículos que entre 1980 y el año 2000. A la vista de estos datos, parece que nunca se ha escrito tanto sobre vivienda como hoy.

Un examen del contenido de las publicaciones en las revistas más relevantes de la disciplina que se han pronunciado sobre la cuestión de la vivienda durante este tiempo muestra un amplio tratamiento del art. 47 CE como un derecho constitucional. En el 80 por cien de los trabajos analizados se describe el título genéricamente como un “derecho”. Aunque no todas profundizan realmente en el análisis jurídico del título, en la mayoría se refiere la existencia de un mandato constitucional a los poderes públicos cuyo alcance en algunos trabajos se vincula a los desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos; se reconoce la existencia de un derecho subjetivo que puede ser articulado en vía legislativa; o, incluso, se identifica el propio título constitucional como un derecho subjetivo. Conviene apuntar que entre las publicaciones más recientes que se pueden identificar con estos enfoques sobresale el reconocimiento al papel que el legislador ha ocupado configurando, en

---

<sup>4</sup> Sobre los problemas jurídicos que plantea el reconocimiento de estos derechos en los Estatutos de autonomía pueden consultarse los trabajos de DÍEZ-PICAZO (2006) y RODRÍGUEZ DE SAN-TIAGO (2009), así como la jurisprudencia constitucional que, aun convalidando la redacción dada por los estatuyentes, interpretó los preceptos en relación con el art. 47 CE declarando que “los Estatutos no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen” (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15).

los últimos años, nuevas garantías jurídicas que representan “una evolución significativa en el tratamiento del derecho a la vivienda” (GUILLÉN, 2019: 59). En todo caso, tampoco en las publicaciones que han interpretado el art. 47 CE a la luz del concepto de los “principios rectores de la política social y económica” se niega el valor jurídico del derecho. Sí deducen de esta naturaleza, sin embargo, un “amplio margen de discrecionalidad” para cumplir con el mandato derivado del art. 47 CE “sin que la falta de un verdadero derecho subjetivo a una vivienda digna convierta la ley en inconstitucional” (TORNOS, 2014: 2855).

Los temas más recurrentes entre las publicaciones de las últimas dos décadas son las hipotecas, la ejecución hipotecaria y los desahucios. La presencia de estas cuestiones no resulta extraña en la medida en que atraviesan los principales problemas asociados a la vivienda en la última década en España y coinciden, además, con las tendencias globales en la investigación jurídica (*vid.* VOLS *et al.*, 2019). Entre las publicaciones científicas de los últimos dos años destacan, asimismo, la COVID-19 y las moratorias habitacionales implementadas en el marco de su contexto, la ocupación ilegal, o la regulación de los alquileres. La atención de la literatura parece que descansa hoy, con carácter general, en una multiplicidad de nuevos problemas jurídicos relativos a la interpretación del título y sus normas de desarrollo. Desde una perspectiva principalmente cuantitativa, la interpretación que hace el Tribunal Constitucional del derecho a la vivienda como un principio rector de la política social y económica, parece que hasta cierto punto ha sido hoy desplazada por otros debates sobre el contenido del derecho (PONCE, 2017), su exigibilidad y desarrollo (NASARRRE, 2017; CANALS, 2020) o el alcance del mandato constitucional (VAQUER, 2016; PONCE, 2017) y, en definitiva, sobre los problemas jurídicos derivados de las normas de desarrollo de sus garantías.

### **4.3. La vivienda como un derecho social fundamental y sus garantías**

La vivienda es el espacio fundamental en el que se desarrolla la vida humana. Es un refugio frente al peligro, la enfermedad y las inclemencias del clima, un espacio de intimidad y socialización (DOMURATH, 2019: 425; BENITO, 2020: 31-35) y el punto desde el que se organizan todas las iteraciones de la vida diaria. Contar con una vivienda adecuada es precondition necesaria para el disfrute de otros derechos (como la libertad, la seguridad, la intimidad, el trabajo, la educación, etc.) (VAQUER, 2014: 36) y un requisito esencial de la dignidad de la persona (IACONO, 2016: 24-25). Interpretado a la luz de la tesis de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, el derecho a la vivienda ha sido identificado también como un “derecho social fundamental” (QUEIROZ, 2020).

En nuestra opinión, la Constitución reconoce un derecho a la vivienda porque contempla una expectativa de los ciudadanos a la satisfacción de un mínimo vital que es la protección del hogar (PONCE, 2017; QUEIROZ, 2020). En la literatura se ha

relacionado con un haz de derechos subjetivos que se manifiestan como una garantía de acceso, la protección del derecho a permanecer en el hogar sin ser molestado o, incluso también un derecho a la calidad de la vivienda o al realojo en caso de desahucio (LÓPEZ RAMÓN, 2014: 69). Aunque el contenido de este derecho es indeterminado (GARRIDO, 2020: 143-146) y requiere un desarrollo por el poder legislativo (VAQUER, 2014: 35; CANALS, 2020: 105-107) el mandato constitucional de protección es vinculante e ineludible y encierra un “núcleo indisponible, resistente frente a la actividad legislativa” (CARRO, 2008: 378), cuyos límites se definen en relación con el principio de dignidad de la persona (CARRO, 2008: 378-382) interpretada a la luz del derecho internacional (PONCE, 2017: 138; JIMÉNEZ ALEMÁN, 2020: 147). Este núcleo o “contenido mínimo del derecho” tal y como se ha definido en la doctrina internacional (MAXWELL, 2019: 1) o en las decisiones del CEDS<sup>5</sup>, se correspondería con las “líneas rojas del respeto de los derechos fundamentales (vida, dignidad e integridad física y moral, educación...)” (NOGUEIRA, 2015: 58) y comprendería dos funciones.

Por un lado, la de delimitar la actividad del poder legislativo, ejecutivo y judicial, a tenor de lo establecido en el art. 53.3 CE, que vincula con carácter general, toda “la actuación de los poderes públicos”. Los cambios normativos en el plano autonómico municipal y estatal orientados al desarrollo del derecho a la vivienda de la última década pueden entenderse coherentes con este razonamiento. También la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha interpretado el art. 47 CE como un parámetro de control judicial en diversos asuntos, como la revisión de un desahucio administrativo (STS de 18 de febrero de 2002, Recurso núm. 7665/1995, FJ 10º) o la asignación de una vivienda en el marco de un procedimiento de modificación de medidas definitivas (STS de 30 de abril del 2012, Recurso núm. 84/2011, FJ, 3º).

Por otro lado, el contenido mínimo de los derechos sociales debe ser interpretado también, como un parámetro de control constitucional. Es aquí donde la recepción de la doctrina internacional de los derechos fundamentales en conexión con la vivienda ha encontrado su mayor límite. Aunque en recientes pronunciamientos el Tribunal Constitucional ha reconocido el valor jurídico del art. 47 CE como un derecho constitucional (STC 16/2021, de 28 de enero)<sup>6</sup>, estos son de momento escasos en una extendida línea jurisprudencial que sostiene que el precepto encierra un mero principio rector de la política social y económica, continuando la línea definida en la STC 152/1988, de 20 de julio, y reforzada en la más reciente STC 93/2015, de 14 de mayo, que respondía a la primera de las normas que dio inicio al período de activis-

---

<sup>5</sup> El Comité Europeo de Derechos Sociales afirmó en sus Observaciones al Examen sobre los informes presentados por los Estados en virtud de los art. 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que todos los derechos de este instrumento “encierran un contenido mínimo esencial”.

<sup>6</sup> El Tribunal apuntó en aquel asunto que, de igual modo que el ejercicio del derecho fundamental de sufragio y la organización de elecciones (art. 23 CE) habilitan para establecer el censo electoral, también las competencias autonómicas en materia de vivienda y “el derecho de acceso a la vivienda del art. 47 CE legitiman al legislador catalán para establecer el registro de viviendas vacías” (FJ 9º).

mo autónomico para dotar de eficacia el derecho constitucional. En la jurisprudencia del TC parece que pesa más la determinación de los objetivos de política económica del Estado que el desarrollo dogmático del derecho a la vivienda (y su relación con otros derechos, como el de propiedad privada).

Se ha cuestionado la efectividad real del derecho a la vivienda en función de su grado de judicialización directa, una idea que puede despejarse en la medida en que el orden jurisdiccional no es la única garantía de este tipo de derechos e, incluso, puede cuestionarse que esta sea la más adecuada (FERRAJOLI, 2010: 59-65). MAXWELL (2019: 13) cuestiona la adecuación del poder judicial para dirimir los conflictos entre los títulos socioeconómicos y apunta la necesidad de involucrar órganos representativos (*democratic institutions*) en la determinación de los conflictos dada la dificultad de precisar su alcance y contenido. En esta línea, por ejemplo, el análisis elaborado por TUSHNET (2008) entre sistemas basados en una judicialización directa de los derechos sociales (*strong-form judicial review*) y los sistemas de judicialización débil (*weak-form review*), muestra que es precisamente en los segundos donde se registra un mayor grado de éxito en la efectivización real de los derechos sociales. La cuestión es, por lo tanto, de mera determinación de las formas de garantía adecuadas para el derecho a la vivienda. Se puede concluir en síntesis que la judicialización del derecho a la vivienda no es la única ni la principal forma de asegurar su efectividad. Al fin y al cabo, “las personas vulnerables que precisan vivienda asequible no pueden permitirse esperar a que los jueces decidan, ni tienen medios/tiempo/ayuda para decidir si este es el mejor camino hacia un alojamiento digno” (NOGUEIRA, 2020: 241). Con independencia de que se configure el acceso a la jurisdicción ordinaria para el control de determinados derechos, el desarrollo de las garantías de este título puede y, quizás, debe, descansar principalmente en la actividad de prestación de la Administración.

## 5. TENSION ENTRE DERECHOS Y MERCADO: LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE VIVIENDA

Los cambios que se han producido en el plano internacional y doctrinal respecto del hogar y la vivienda como un aspecto de la dignidad esencial para el desarrollo de la personalidad han tenido una recepción muy limitada en la jurisprudencia constitucional. La interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del art. 47 CE como un principio rector de la política económica y social (PONCE, 2017: 136-138) en paralelo a una lectura extensa de las competencias estatales en materia económica habría acotado el desarrollo de las competencias autonómicas (ARIAS MARTÍNEZ, 2019) condicionando en la práctica la intervención en materia habitacional. Especialmente durante los años más duros de la crisis (QUINTIÁ, 2017). El análisis de la serie jurisprudencial permite deducir el peso excesivo de un enfoque económico catalizado a través del art. 149.1.13 CE en detrimento de otro enfoque más orientado a la delimitación del desarrollo de las garantías jurídicas de los derechos.

### 5.1. Resistencias en la jurisprudencia a las políticas autonómicas de vivienda social

El Tribunal Constitucional ha sostenido desde los primeros compases del Estado autonómico una interpretación amplia de las competencias estatales que ha limitado la esfera de intervención autonómica en la vivienda. Esta *ratio* fue fijada ya en la primera sentencia sobre la materia (STC 77/1984) en la cual se configura el criterio de las competencias concurrentes que explica la entrada estatal sobre la planificación autonómica en lo relativo a infraestructuras de interés público estatal. Posteriormente, en la STC 56/1986 afirmaría expresamente que “el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma”. Y, en la STC 166/1987, de 28 de octubre que resolvió el primer conflicto de competencias en materia de vivienda, interpuesto en 1984 por el Gobierno gallego contra el Real Decreto 3350/1983, de 21 de diciembre, desestima la pretensión de la representación autonómica que defendía que la entrada estatal en el sector vivienda debía articularse a través de la “vía de la armonización prevista en el art. 150.3 CE”.

En la posterior STC 152/1988, de 20 de julio, el Alto Tribunal ha desarrollado sus argumentos con mayor profundidad fijando una interpretación favorable a la entrada estatal en el ámbito de las políticas de vivienda social mediante una interpretación amplia del art. 149.1.13 CE que lo habilita para la definición de actuaciones protegibles, la regulación de las formas de protección, la determinación del nivel de protección y la aportación de recursos estatales. Aunque a ojos del Tribunal de Garantías las Comunidades Autónomas “pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia” (STC 152/1988, FJ4º), reconociendo por ejemplo el desarrollo de normas de protección de los consumidores en el mercado de vivienda (STC 71/1982, de 30 de noviembre), con el tiempo ha reconducido estas regulaciones autonómicas a la materia de “consumo”, despejando la relación con el art. 148.1.3 CE (STC 15/1989) cuya presencia es reducida en la serie jurisprudencial.

Coincidiendo con el período de activismo autonómico que sigue al estallido de la crisis habitacional, el Tribunal Constitucional desarrolla una nueva interpretación de la relación entre los art. 149.1.13 CE y 148.1.3 CE que transforma el paradigma de distribución competencial. En la STC 112/2013 que resuelve el conflicto de competencias interpuesto por la Comunidad de Madrid frente al art. 6.1 del Plan estatal de vivienda de 2009-2012 (Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre) que fijaba la duración de las situaciones protegibles, el Alto Tribunal interpretó que no se había producido una invasión de las competencias autonómicas en la medida en que el precepto impugnado no constituía “una regla urbanística, sino una medida básica de política económica que se inserta en la política de vivienda y que encuentra cobertura competencial en el art. 149.1.13 CE” (FJ 5º).

En la STC 93/2015, de 14 mayo, que resuelve el recurso interpuesto frente a la norma andaluza que articulaba la expropiación temporal del uso de las viviendas

procedentes de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el Tribunal de Garantías da un paso adelante y establece un nuevo criterio para la delimitación de las bases de distribución competencial que termina por vaciar las competencias autonómicas de vivienda. Se trata de la tesis según la cual el art. 149.1.13 CE funcionaría como un título que habilita al Estado para definir “la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad” (FJ 17º). La sentencia declara la inconstitucionalidad de las medidas autonómicas por incidir sobre las bases estatales configuradas en la ley medida estatal 1/2013, de 14 de mayo, que habría definido dicha extensión.

Los votos particulares a aquel pronunciamiento advierten el peso excesivo del enfoque económico en la *ratio* sostenida por la mayoría del pleno. En su voto particular, Asua Batarrita, por ejemplo, discrepa “del encuadramiento competencial que ha realizado la Sentencia de las medidas contempladas en la Ley 1/2013, en base a la incidencia económica que tienen en el mercado hipotecario, cuyo correcto funcionamiento es un principio general de ordenación de la economía, y con desprecio de su contenido material”. Igualmente, Xiol Ríos cuestiona la interpretación extensa que hace el Tribunal sobre los conceptos de “bases” y “coordinación” del art. 149.1.13 CE, de manera que “una vez ‘ejercitada’ la competencia estatal de regulación de las bases o planificación de un sector económico de competencia de la comunidad autónoma, la comunidad autónoma queda ‘expropiada’ de esa competencia”.

Este ensanchamiento de las bases de la coordinación de la política económica del Estado se inscribe en un momento de reformas orientadas al adelgazamiento del Estado social. La jurisprudencia constitucional fue interpretada por la literatura como un giro recentralizador (PONCE, 2017) que facilitaba la extensión de este nuevo paradigma a sectores en los que carecía de competencias específicas, para “asegurar una vigencia general a un programa de adelgazamiento que, de otra manera, se vería seriamente dificultado por la capacidad de decisión autonómica” (NOGUEIRA, 2015: 55). El giro interpretativo, de hecho, habría condicionado el desarrollo de normas posteriores a la sentencia que parecen haber querido orillar la interpretación del Tribunal Constitucional (QUINTIÁ, 2017).

Tras el cambio de mayorías de 2018 y la formación de un nuevo Ejecutivo se aprecia una reducción de la litigiosidad y se observa en las sentencias del Tribunal Constitucional una cierta sensibilidad hacia el derecho de vivienda y los desarrollos recientes en la literatura y el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en la STC 16/2021, de 28 de enero, el Tribunal llega a estimar que el establecimiento de “criterios orientadores que puedan contribuir a ordenar el mercado de vivienda”, en alusión a los índices catalanes de precios del alquiler entraría dentro de la competencia autonómica de la vivienda. Por otra parte, se detecta un aparente abandono del criterio sobre los límites de la extensión de la intervención autonómica pues, aunque se invoca apodícticamente en algún asunto, no ha llegado realmente a ser desarrollado en posteriores pronunciamientos. En STC 16/2018, de 22 de febrero, la STC 32/2018, de 12 de abril, o la STC 80/2018, de 5 de julio el Alto Tribunal parece que ha matizado su tesis inicial, convalidado otras medidas autonómicas –in-

cluso con una configuración jurídica similar— por entender que no incidían sobre las determinaciones económicas estatales.

En todo caso, esta tendencia tiene todavía un alcance limitado y se inscribe en una línea de ensanchamiento de las competencias estatales que ha condicionado durante cuarenta años el desarrollo de las políticas autonómicas de vivienda social. Durante toda la serie jurisprudencial ha primado un enfoque económico (catalizado a través del a competencia estatal del art. 149.1.13CE) que ha condicionado el desarrollo de medidas autonómicas de protección de grupos sociales vulnerables, limitando la recepción de los desarrollos del derecho internacional de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

## **5.2. Análisis empírico de la jurisprudencia constitucional**

El análisis jurídico-dogmático de la jurisprudencia combinado con métodos de análisis empírico (estadístico descriptivo y de correlaciones) permite obtener información útil sobre el volumen de la litigiosidad, las tendencias en su evolución o la concreta presencia de ciertos argumentos y la coincidencia entre las posiciones de la representación estatal y el Tribunal. Siguiendo la metodología propuesta, se han analizado las 48 sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado la distribución de competencias en materia de vivienda hasta la actualidad para cuantificar el papel del art. 149.1.13 CE y la existencia de un enfoque orientado a la política económica. Se quiere comprobar si existen tendencias o patrones que expliquen las impresiones derivadas del análisis jurídico de las sentencias sobre el sesgo económico de la jurisprudencia y su impacto en la delimitación de las competencias autonómicas de vivienda.

### *5.2.1. Volumen y tendencias de la litigiosidad*

Se constata un importante incremento de la litigiosidad en el ámbito del sector vivienda durante la pasada década. Un 75 por cien de los recursos analizados son posteriores a 2012 y un 39,58 por cien se han publicado en los últimos cinco años. Solo en el año 2018 se han resuelto tantos recursos como en la primera década del Estado autonómico, aunque a partir de 2018 esta litigiosidad se habría reducido considerablemente.

Se observa también una asociación negativa entre el año de interposición del recurso y el tiempo que tarda el Tribunal Constitucional en resolver los asuntos, de manera que resuelve en menos tiempo los recursos más próximos al presente. Se aprecia, en todo caso, una relación significativa positiva entre el año de interposición del recurso y la invocación del art. 33 CE y de las competencias estatales en materia procesal (art. 149.1.6 CE) por la representación estatal, más frecuentes en los últimos años y una tendencia a resolver en menos tiempo los recursos en los que están

presentes estas últimas y las competencias en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) (Ver Tabla 1).

**Tabla 1**

Correlación de pearson entre el año de interposición del recurso, el tiempo de resolución y la presencia de títulos constitucionales en las alegaciones de la representación estatal

	Año de interposición	Tiempo de resolución	149.1.8 CE	149.1.6 CE	33 CE
Año de interposición	—				
Tiempo de resolución	-.473***	—			
149.1.8 CE	.262	-.348*	—		
149.1.6 CE	.423**	-.497***	.267	—	
33 CE	.412**	-.252	.425**	.059	—

\* $p < .05$  \*\* $p < .01$  \*\*\* $p < .001$

Fuente: elaboración propia.

Una explicación a estas tendencias, que coinciden con la intensa conflictividad detectada en la literatura entre 2013 y 2015 como respuesta a la iniciativa autonómica de desarrollo del derecho a la vivienda, puede encontrarse en la aproximación meramente formal a los asuntos habitacionales en la última década. Aunque podría apuntarse también a la creciente importancia que el enfoque económico ha ganado en los últimos años. En la medida en que la vivienda se ha convertido en una cuestión prioritaria de la política económica estatal, las normas autonómicas que se interpretan como un desafío a las determinaciones económicas estatales reciben una respuesta más rápida que otros asuntos, por el impacto potencial que puedan tener sobre el tejido económico. En este sentido puede tenerse en cuenta la sintonía entre el enfoque de la STC 93/2015 y los objetivos del Memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera, entre la Comisión Europea y España, de 9 de julio de 2012.

### 5.2.2. *Presencia de títulos competenciales que justifican la entrada estatal en materia de vivienda*

La distribución de los títulos competenciales considerados por el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos es diversa. Mientras que el art. 149.1.13 CE está presente en más de la mitad de los asuntos (56.25 por cien), el art. 149.1.8 CE sobre legislación civil aparece en menos de una tercera parte (27.08 por cien) y los restantes se observan solo en un 20.83 por cien (el art. 149.1.18 CE en un 20.83 por cien) y 12,50 por cien (art. 149.1.1 CE y art. 149.1.11 CE). Entre los motivos de la representación estatal, se observa también una distribución desigual pero distinta a esta. El art. 149.1.13 CE y el art. 149.1.1 CE aparecen, respectivamente, en un 62.5 por cien y 60.42 por cien de los asuntos analizados. Los restantes títulos son alegados en menor medida, pero tienen una mayor presencia que entre los fundamentos jurídicos, alcanzando un 43.75 por cien de las observaciones el art. 149.1.8 CE y los otros dos en casi una tercera parte de ellas.

El análisis de la relación entre los motivos de la representación estatal y los fundamentos jurídicos muestra una relación positiva estadísticamente significativa en la presencia de menciones a competencias en materia económica (art. 149.1.13 CE),  $\chi^2(1, 48) = 26.71, p < .001$ , (Ver Tabla 2). No se encuentran evidencias, en cambio, de la relación entre la presencia de referencias a la garantía de la igualdad en el disfrute de derechos (art. 149.1.1 CE), la legislación civil (art. 149.1.8 CE), las bases de la ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE), o las competencias deducibles del art. 149.1.18 CE.

**Tabla 2**

Relación entre la presencia del art. 149.1.13 CE en las alegaciones de la representación estatal y los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional. Tabla de frecuencias.

Alegaciones	Fundamentos jurídicos				$\chi^2(1, 48)$
	No presente		Presente		
	n	%	n	%	
No presente	17	89.47 %	2	10.53 %	26.71 * $p < .001$
Presente	4	13.79 %	25	86.21 %	

\*Test exacto de Fisher

Fuente: elaboración propia

La coincidencia entre los motivos de la representación estatal y la posición del Tribunal Constitucional en la consideración del art. 149.1.13 CE parece indicativa de su relevancia y coherente con la literatura que apunta que este título ha sido frecuentemente utilizado por el Estado para “llevar a cabo la ordenación básica de sectores (...) respecto a los cuales la Constitución no le reconoce competencia específica alguna” (CARRASCO, 2005: 66).

Sin embargo, siendo la vivienda a ojos de la Constitución un derecho y no un sector económico, es posible sostener que la racionalización jurídica de la distribución competencial podría haberse canalizado a través de las competencias estatales en materia de garantía de la igualdad en el disfrute de los derechos (VAQUER, 2016: 34). Y, aunque la estadística muestra que la representación estatal habría invocado reiteradamente el art. 149.1.1 CE, este ha estado ausente de la fundamentación jurídica de las sentencias. De hecho, aunque la asociación no es significativa,  $\chi^2(1, 48) = 1.26, p < .260$ , observamos que en un 83.33 por cien de las ocasiones en las que el art. 149.1.1 CE fue invocado por la representación estatal, no llegó a ser considerado por el Alto Tribunal. Al mismo tiempo, solo en un 5.56 por cien de los supuestos analizados en los que la representación no lo invoca llega a aparecer en la sentencia (Ver Tabla 3).

**Tabla 3**

Relación entre la presencia del art. 149.1.1 CE en las alegaciones de la representación estatal y los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional. Tabla de frecuencias.

Alegaciones	Fundamentos jurídicos				$\chi^2(1, 48)$
	No presente		Presente		
	n	%	n	%	
No presente	17	94.44 %	1	5.56 %	1.26 $p < .260$
Presente	25	83.33 %	5	16.60 7%	

Fuente: elaboración propia

Una explicación a este patrón podría encontrarse en la interpretación que ha hecho históricamente el Tribunal Constitucional de las competencias estatales, desplazando el art. 149.1.1 CE por el art. 149.1.13 CE. En la STC 152/1988, de 20 de julio, la mayoría del pleno contestó a las alegaciones de la Abogacía del Estado —que invocaba sus competencias para garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos en una interpretación sistemática de estas competencias en relación con el art. 47 CE—, que:

“el art. 47 no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la Constitución), en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por lo que se refiere al art. 149.1.1, este faculta al Estado para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Pero esta función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito” (STC 152/1988, FJ 2º).

Ha mantenido esta idea en sentencias posteriores como la STC 59/1995, de 17 de marzo, la STC 251/2006, de 25 de julio y la STC 93/2015, de 14 de mayo. Frente a la entrada estatal en la materia habitacional como garante de derechos, el Alto Tribunal ha opuesto reiteradamente una interpretación restrictiva del art. 47 CE,

redirigiendo el enfoque de fondo en múltiples pronunciamientos hacia una cuestión económica. Cabe preguntarse entonces si la entrada estatal a través del art. 149.1.13 CE ha sido fruto del propio impulso de los poderes del Estado y su interpretación de las bases de la distribución competencial o, antes bien, resultado de una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional que cuestiona el valor del art. 149.1.1 CE como verdadero título de atribución competencial.

Finalmente, se aprecia también una relación estadísticamente significativa en la mención por ambos órganos de las competencias en materia procesal (art. 149.1.6 CE),  $\chi^2 (1, 48) = 35.65, p < .001$ , (Ver Tabla 4). En todo caso, este título competencial aparece en los fundamentos jurídicos de menos de una tercera parte de las sentencias. Se detecta principalmente en pronunciamientos como el de la STC 93/2015, de 14 de mayo y otros derivados de los recursos interpuestos contra las normas autonómicas de intervención en beneficio de personas vulnerables afectadas por un proceso de ejecución hipotecaria o desahucio aprobadas a partir de 2013.

**Tabla 4**

Relación entre la presencia del art. 149.1.6 CE en las alegaciones de la representación estatal y los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional. Tabla de frecuencias.

Alegaciones	Fundamentos jurídicos				$\chi^2 (1, 48)$
	No presente		Presente		
	n	%	n	%	
No presente	32	100 %	0	0.00 %	35.65 * $p < .001$
Presente	3	18.75 %	13	81.25 %	

\*Test exacto de Fisher

Fuente: elaboración propia

### 5.2.3. Presencia de los art. 33 CE y 47 CE en asuntos relativos a la distribución competencial en materia de vivienda

Analizando la distribución de los art. 33 CE y 47 CE (Ver Tabla 5) se observa la amplia presencia que tiene el derecho de propiedad privada (art. 33 CE) entre las alegaciones formuladas por la representación estatal. Se detecta en más de la mitad de los asuntos, mientras que el derecho a la vivienda aparece en menos de una sexta parte. Así mismo, se observa una asociación entre la invocación del art. 47 CE y las competencias en materia de ordenación de las bases de la economía (art. 149.1.13),  $\chi^2 (1, 48) = 5.36, p < .033$ . Esto podría explicarse, por un lado, por la respuesta estatal a las tensiones entre la propiedad y las medidas en desarrollo de los intereses protegidos por los derechos de vivienda. Si bien, podría explicarse también por la reiterada entrada del Estado en la materia habitacional a través de otros sectores del ordenamiento. La STC 152/1988, de 20 de julio y la más actual STC 93/2015, de 14 de mayo son ejemplos de estas interpretaciones expansivas de competencias estatales

en materia económica con relevancia para la tutela del derecho de propiedad privada que han limitado la esfera autónoma de intervención en materia de vivienda.

Por último, llama la atención también la escasa presencia de ambos títulos entre los fundamentos jurídicos que sostienen la posición del Tribunal Constitucional. Solo se detectan en una tercera (art. 47 CE) y décima parte (art. 33 CE) de los casos analizados. Aunque en ciertas ocasiones sí fueron considerados como un punto desde el que interpretar las bases de distribución competencial (STC 16/2021, de 28 de enero), la ausencia generalizada de referencias a estos preceptos entre la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional podría relacionarse con la primacía de un enfoque económico o de política económica sobre otro orientado a delimitar el desarrollo de las garantías jurídicas de los derechos.

**Tabla 5**

Presencia de la invocación de los derechos de propiedad y vivienda por la representación estatal y el Tribunal Constitucional

Órgano	Art. 33 CE		Art. 47 CE	
	Presente	No Presente	Presente	No presente
Representación estatal	52.08 %	47.92 %	14.58 %	85.42 %
Tribunal Constitucional	10.42 %	89.58 %	31.25 %	68.75 %

Fuente: elaboración propia

### 5.3. El análisis empírico confirma una jurisprudencia anclada en lo económico y poco sistemática

Los resultados del análisis son coherentes con las observaciones que apuntan a la primacía de un enfoque económico en la jurisprudencia. La coincidencia en la invocación del art. 149.1.13 CE en los asuntos expuestos, la ausencia de una justificación basada en el art. 149.1.1 CE y la reducida presencia de los art. 47 CE y 33 CE parecen apoyar esta hipótesis. Por otra parte, siendo escasa la invocación de los art. 47 CE y 33 CE en la serie jurisprudencial, su presencia junto al art. 149.1.1 CE entre los fundamentos jurídicos de pronunciamientos en los que prima otra lógica, centrada en el desarrollo de garantías jurídica de los derechos (STC 16/2021; 37/2022) parece también significativa. Así mismo, la transcendencia del pulso recentralizador que se produce entre 2013 y 2018, en relación con los procedimientos orientados a atender situaciones de vulnerabilidad derivadas de un desahucio puede inferirse también de la distribución del art. 149.1.8 CE en las sentencias.

La lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho de la conexión entre el sector vivienda y el art. 149.1.13 CE, ha llevado a una interpretación según la cual el Estado determina tanto la organización del desarrollo de la vivienda pública como su función económica y social. Esta es la idea que, en la práctica, ha conducido la interpretación de las bases competenciales a lo largo de la serie jurisprudencial. A través de

la determinación de las situaciones protegibles y el control del poder de gasto (STC 152/1988), ha limitado el desarrollo autonómico en este campo, que ha reconducido a la ejecución de las bases estatales o a materias adyacentes, como la protección de los consumidores (índices orientativos del precio de la renta, normas de consumo, la regulación del informe de evaluación del edificio, etc.).

El criterio meramente económico, despegado del contenido jurídico-material de las medidas ha llevado además a importantes paradojas. Sentencias recientes han convalidado medidas autonómicas de configuración jurídica similar a la expropiación forzosa temporal y de uso declarada inconstitucional en la STC 93/2015 por incidir en la política financiera estatal. Para el TC, el “alquiler social obligatorio” de la Comunidad Valenciana o la suspensión temporal del desahucio de Aragón son simplemente constitucionales porque no comportan dicha interferencia. Un criterio que los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y Santiago Martínez-Vares García han criticado como un “apartamiento de la doctrina previa” en su voto particular a la STC 80/2015.

La conexión entre la vivienda y los derechos fundamentales demanda, cuanto menos, una interpretación constitucional que atienda a las implicaciones de las medidas para los derechos de las personas. Sin embargo, no existe en nuestra jurisprudencia constitucional una verdadera sistemática de los títulos de atribución competencial que conecte con el valor jurídico y la tutela de los art. 47 CE y 33 CE. La sustitución del análisis jurídico por valoraciones sobre los objetivos de política económica en el marco de una lógica recentralizadora poco respetuosa con la diversidad territorial y las legítimas diferencias ideológicas habría apartado a las Comunidades Autónomas del desarrollo de las políticas de vivienda pública. Quizá por ello, la iniciativa autonómica de los últimos años ha orillado estas interpretaciones jurisprudenciales con medidas que, articuladas de manera innovadora, han ensanchado la intervención autonómica más allá del desarrollo de vivienda protegida.

## **6. VIEJOS INSTRUMENTOS PARA UN NUEVO DERECHO**

Movidas por un contexto de crisis habitacional y en sintonía con la evolución del tratamiento del hogar en el derecho internacional de los derechos humanos, más de la mitad de las Comunidades Autónomas han reformado en la última década su legislación habitacional reconociendo nuevos derechos a personas en situación de vulnerabilidad y articulando garantías materiales y formales para su tutela (PALEO y QUINTIÁ, 2020). Mediante configuraciones novedosas de instrumentos clásicos, han buscado sortear las limitaciones derivadas de una época de crisis y una interpretación restrictiva de las competencias autonómicas que dejaban poco espacio para la atención de situaciones de emergencia social. Las seguirían de cerca normas municipales y estatales que se inscribieron en un nuevo paradigma de efectivización del derecho constitucional a una vivienda digna.

Las nuevas normas comprenden un abanico amplio de medidas que incluyen: a) nuevas directrices en la planificación y el desarrollo urbanístico orientadas a asegurar la habitabilidad de las ciudades; b) el ensanchamiento de la intervención administrativa para tutelar los derechos habitacionales, principalmente de personas vulnerables; y c) la colaboración público-privada en el desarrollo de vivienda asequible. Se trata de soluciones innovadoras –en algunos casos de naturaleza fronteriza, empujando los límites de la clásica *summa divisio* (VELASCO, 2014)– que plantean, no obstante, algunas dudas sobre su encaje constitucional y su viabilidad y eficacia jurídica.

## 6.1. LA PLANIFICACIÓN DE LAS CIUDADES HABITABLES

Reforzar la relación que se deriva del mandato constitucional del art. 47 CE entre el derecho urbanístico y el derecho a la vivienda ha sido una prioridad en las normas municipales y autonómicas de los últimos años. El hogar se inscribe en una trama compleja de espacios y usos que tienen impacto en la calidad de la vida que se desarrolla en su interior. Conectando con los principios de desarrollo urbano sostenible (art. 3 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre) y la jurisprudencia internacional (STJUE de 30 de enero de 2018 y 22 de septiembre de 2020), durante la pasada década se han introducido regulaciones del uso del suelo que, ensanchando la función social de la propiedad urbana, buscan promover la habitabilidad de las ciudades en un entorno socialmente sostenible.

La regulación del fenómeno de las viviendas de uso turístico<sup>7</sup> ha recibido el aval reciente del Tribunal Supremo en una jurisprudencia sensible a los problemas derivados de la “desertización de las ciudades” (STS 75/2021 de 26 de enero). Estas normas han buscado proteger el uso residencial frente a una explotación turística de la vivienda que en algunas ciudades ha derivado en importantes limitaciones para acceder a este recurso escaso y fundamental para el desarrollo de la persona. Igualmente, las reservas autonómicas para la construcción de vivienda social en suelo urbano consolidado<sup>8</sup> han sido convalidada por el Tribunal Constitucional como un desarrollo autonómico de su competencia en materia de urbanismo y vivienda compatible con la legislación estatal del suelo (STC 16/2021, FJ 8º). Se trata de calificaciones urbanísticas que delimitan la función social de la propiedad urbana de manera coherente con los mandatos de cohesión social y prevención de la segregación que se derivan de los principios de desarrollo urbano sostenible.

---

<sup>7</sup> Un estudio exhaustivo de las normas municipales y autonómicas aprobadas en este ámbito puede encontrarse en los trabajos de DE LA ENCARANACIÓN y BOIX (2018) y AGUIRRE (2019).

<sup>8</sup> Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre que modificó los art. 57 y 100 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña.

## 6.2. Intervención administrativa al servicio de la función social de la vivienda

Las medidas de intervención pública han tenido un papel destacado en la última ola de reformas autonómicas dando forma y efectividad jurídica a los nuevos reconocimientos de derechos habitacionales de personas vulnerables. Se observa el empleo de técnicas clásicas que, con ligeras variaciones (en sus ámbitos subjetivo y objetivo o procedimentales) han orillado las limitaciones impuestas por la jurisprudencia constitucional, promoviendo un ensanchamiento de la interpretación de la función social de la vivienda que ha planteado diversos problemas jurídicos. En este estudio se han seleccionado cuatro tipos por su interés con respecto al derecho de propiedad privada: los nuevos derechos de adquisición preferente, la regulación autonómica del precio del alquiler, la expropiación forzosa articulada al servicio de la función social de la vivienda y las nuevas infracciones administrativas en materia de habitabilidad.

### 6.2.1. *Los nuevos derechos de adquisición preferente*

Los tanteos y retractos administrativos han funcionado históricamente en España como un instrumento de control de los destinos de las viviendas protegidas (MORILLO-VELARDE, 2005: 66-67). Desde la reforma emprendida por la Ley 18/2007, de Cataluña, que expandió su aplicación a las viviendas privadas para satisfacer fines de interés general e introdujo la figura del beneficiario –que, a imagen de la expropiación forzosa, permite intervenir a la Administración en determinadas transacciones inmobiliarias en beneficio de un tercero– son, también, instrumentos de control del mercado habitacional y tutela de grupos sociales vulnerables. En esta línea pueden interpretarse también los nuevos derechos de adquisición preferente que se aplican sobre negocios jurídicos como las transmisiones de viviendas adquiridas en procedimientos de ejecución hipotecaria<sup>9</sup>, las transmisiones de edificios enteros (por remisión del art. 25.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos)<sup>10</sup> o de viviendas no protegidas financiadas con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma<sup>11</sup>.

En la medida en que se trata de figuras importadas del derecho civil, se puede argumentar que estas nuevas regulaciones autonómicas chocan con la competencia estatal en materia de legislación civil (MARTÍN VALDIVIA, 2019). No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia reciente (STS de 20 de julio del 2000), los derechos de

---

<sup>9</sup> Art. 65 Ley 3/2015, de 18 de junio, de País Vasco; art. 73 y 74 Ley 1/2018, de 26 de abril de Andalucía; art. 125 Ley 11/2019 de 11 de abril de Extremadura; art. 3 Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre, de Cataluña; art. 26quater Decreto-ley 3/2020, de 27 de febrero de las Islas Baleares; art. 10 Decreto-ley, de 5 junio de la Comunidad Valenciana.

<sup>10</sup> 26ter Decreto-ley 3/2020, de 27 de febrero de las Islas Baleares; art. 137.18 Ley 5/2020, de 29 de abril, de Cataluña; art. 10 Decreto-ley, de 5 junio de la Comunidad Valenciana.

<sup>11</sup> Art. 35 Ley 11/2019, de Extremadura.

adquisición preferente son una potestad de la Administración (MORILLO-VELARDE, 2005: 61) que admite la regulación administrativa autónoma (STC 156/1999, de 26 de octubre y STC 207/1999 de 11 de noviembre). De manera que la competencia para definir los retractos administrativos derivaría de las competencias sectoriales sobre las que se configuren los concretos derechos de adquisición preferente.

Puede apuntarse también que el Tribunal Constitucional ha reconocido la prevención del “fraude en las transacciones” y “la generación de bolsas de vivienda protegida”, como fines del tanteo y retracto administrativos que justificarían la imposición de limitaciones sobre el derecho de uso de la propiedad por su fuerte vínculo con los art. 9.2 y 47 CE (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4º). En este sentido, conviene advertir que para un sector de la doctrina civilista esta institución no constituye un derecho real sino una “limitación del *ius disponendi*” (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2019: 47). Desde esta perspectiva, los derechos de adquisición preferente pueden entenderse como una limitación a la libertad de pacto amparada por una interpretación amplia del contrato en relación con la función social de la propiedad.

### 6.2.2. *La entrada autonómica en la regulación del precio de la renta*

Ante el incremento exponencial de las rentas del último lustro se aprobó en Cataluña la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, que permitía a la Generalitat la declaración de zonas de mercado tenso sobre las que se aplicaba un límite máximo para pactar el precio de la renta, ajustado en función del índice catalán de referencia de precios del alquiler introducido un año antes (Decreto-ley 17/2019, de 23 de diciembre) y matizado por una serie de criterios que lo excluían o modulaban<sup>12</sup>.

El legislador catalán estableció así un control de los precios más intenso que el previsto en la regulación estatal del art. 19 LAU que, limitando los incrementos durante el tiempo de vigencia del contrato a una revisión anual que no puede exceder de la evolución del IPC, permite pactar libremente la renta inicial. Esto planteó dudas tanto competenciales (NASARRE, 2020; PONCE, 2020) como de eficacia y proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad privada (DOMÉNECH, 2021), sintonizando en este último sentido, con una larga línea de debate en la literatura internacional<sup>13</sup>.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los preceptos que restringían la libertad de pacto por interferir en las competencias estatales para de-

<sup>12</sup> Art. 6 a 13 Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de Cataluña.

<sup>13</sup> El control de la renta se asocia con externalidades negativas como la reducción de la oferta de viviendas, la degradación de los inmuebles o la asignación ineficiente de los recursos escasos (KHOLODILIN, 2020). No obstante, la literatura muestra también que estos efectos dependen en gran medida del tipo de regulación y del contexto institucional y económico en el que se implementan (KETTUNEN y RUONAVAARA, 2020).

terminar las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8 CE), interpretadas en relación con los principios de unidad de mercado y la planificación general de la actividad económica (STC 37/2022, FJ 4.c). Sí estimó, en cambio, la constitucionalidad de los preceptos que configuran la declaración de zonas de mercado tenso. Una decisión que junto con la previa convalidación del índice catalán de referencia (STC 16/2021) puede interpretarse como el reconocimiento de una esfera autonómica para adaptar la regulación estatal del precio de las rentas. Lo cual puede ser especialmente relevante respecto de la eventual aprobación del proyecto, en tramitación actualmente, de ley de vivienda estatal que incorpora una regulación similar en algunos puntos.

Una interpretación competencial que reconduzca la regulación de todos los ángulos del contrato de alquiler a la competencia estatal en materia de legislación civil, a nuestro entender, tiene una importante derivada substantiva, pues refuerza una interpretación del contrato y de la propiedad de la vivienda que se construye frente a los intentos autonómicos de desarrollar su función social. Por un lado, parece desconocer la importancia que la inversión pública y las políticas de vivienda tienen en la conformación del mercado de la vivienda, por otro, el papel que desempeña el actual mercado privado del alquiler para muchas personas en situación de emergencia social, fruto de una política pública de desatención del parque público y fomento de la propiedad. Como han apuntado algunas voces de la literatura alemana que se han pronunciado al hilo de la Sentencia de 15 de abril de 2021 del Tribunal Constitucional Federal que declaró la inconstitucionalidad de la ley berlinesa que imponía un tope máximo al precio de las rentas (*Mietendeckel*), por entender que invadía las competencias de la Federación en materia de legislación civil<sup>14</sup>, esta interpretación de orden competencial asienta también una separación artificial entre el mercado privado de arrendamiento (regido por el derecho civil) y las viviendas sociales (regidas por el derecho administrativo) que no se corresponde con la realidad social actual (WIHL, 2021).

En cualquier caso, nuestro Tribunal Constitucional no llegó a profundizar en las implicaciones de estas medidas para la garantía del derecho de propiedad o el derecho a la vivienda, limitándose a declarar apodícticamente que el Estado puede modular las bases de las obligaciones contractuales para adecuarlas a “los principios rectores de la política económica y social y, en particular, el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada consagrado en el art. 47 CE, en conexión con la función social de la propiedad privada” (STC 37/2022, FJ 4c). La ausencia de conexión en nuestra jurisprudencia constitucional con las cuestiones substantivas de los derechos de vivienda y propiedad dificulta la evaluación jurídica de este tipo de medidas. No obstante, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos concluir que una configuración dinámica y temporal como

---

<sup>14</sup> La comparación con el caso alemán puede resultar de interés en la medida en que su sistema de distribución competencial ha atribuido la competencia en materia de vivienda a los *Länder* y ha declarado la competencia en materia de derecho civil como una competencia “concurrente” (y, por ello, reservada a la Federación en lo que haya sido legislado por esta).

la prevista en la norma catalana puede permitir dimensionar el grado de la intervención sobre el derecho de propiedad<sup>15</sup>, respetando su contenido esencial<sup>16</sup> siempre que se distribuyan de manera adecuada los costes de las políticas habitacionales entre la sociedad<sup>17</sup>.

La eficacia de la Ley 11/2020 está todavía discutida. La evidencia empírica señala que la regulación se ha asociado a una reducción del precio de la renta en las áreas controladas (MONRÀS y GARCÍA-MONTALVO, 2022; KHOLODILIN *et al.*, 2022; BOSCH y LOPEZ, 2022). Pero se divide entre los estudios que observan también una reducción de la oferta del alquiler y de la construcción de nueva vivienda (MONRÀS y GARCÍA-MONTALVO, 2022; KHOLODILIN *et al.*, 2022) y los que observan, en cambio, un incremento en la cantidad de los contratos de alquiler firmados durante ese período (BOSCH y LOPEZ, 2022). En todo caso, puede ser relevante apuntar que KHOLODILIN *et al.* (2022) han detectado un crecimiento exponencial del precio de las rentas tras la revocación de la regulación que no se habría correspondido con un aumento correlativo de la oferta.

### 6.2.3. *El incumplimiento de la función social de la propiedad como nueva causa expropiandi*

Un aspecto destacado de las medidas expropiatorias de las últimas normas autonómicas es su variedad tipológica y la fuerte conexión con un entendimiento amplio de la función social de la propiedad. La potestad expropiatoria se configura para asegurar el cumplimiento de los nuevos derechos autonómicos en relación con la vivienda, pero al mismo tiempo es también producto de una idea amplia de las obligaciones que tienen los propietarios de viviendas sobre el entorno social en el que se inscriben.

La expropiación temporal del uso de la vivienda vacía por incumplimiento de su función social, introducida en 2013 por el legislador navarro (art. 2 Ley 24/2013)

---

<sup>15</sup> Siguiendo el criterio establecido en pronunciamientos como el del asunto *Mellacher y otros* (STEDH de 19 de diciembre de 1989), puede entenderse que las regulaciones temporales, que escalan la intervención en función de diversas variables y atienden a la evolución de los precios de mercado como las previstas en la norma catalana son delimitaciones de la función social de la propiedad sobre la vivienda que guardan un equilibrio justo entre los fines de interés general perseguidos y los derechos individuales.

<sup>16</sup> El contenido esencial de la propiedad ha sido identificado por el TEDH con una renta que exceda los costes de mantenimiento de la vivienda (*Hutten-Czapska vs. Polonia*, STEDH de 19 de junio de 2006), de manera que el propietario pueda obtener una rentabilidad económica del arrendamiento. Este margen de beneficio es posible bajo límites revisados y ajustados conforme a la evolución del mercado de la vivienda.

<sup>17</sup> Según el TEDH “el interés general de la comunidad (...) exige una distribución justa de la carga social y financiera implicada” (STEDH de 10 de julio de 2014, *Statileo vs. Croacia*), de manera que los controles de rentas que prevean mecanismos de compensación y se inscriban en un contexto institucional complejo que no repercute exclusivamente sobre los propietarios el coste de las políticas habitacionales, pueden ser compatibles con el derecho de propiedad.

conecta con una previsión similar de la ley 18/2007 de vivienda de Cataluña derogada en 2011, que a su vez se puede relacionar con medidas similares del derecho comparado como la *Empty Dwelling Management Order* del derecho inglés y galés. Esta modalidad expropiatoria fue incorporándose luego a la legislación vasca<sup>18</sup>, balear<sup>19</sup> y finalmente reintroducida al derecho catalán<sup>20</sup>. Con carácter general, se produce sobre el inmueble que ha incumplido una obligación de ocupación (que entronca con la delimitación de la función social en las normas autonómicas), previa declaración administrativa o inscripción en un registro de viviendas desocupadas.

Paralelamente, el legislador andaluz introdujo la popular y contestada expropiación temporal del uso de la vivienda habitual del deudor hipotecario (Decreto-ley 6/2013), que pretendía suspender temporalmente el desahucio de personas en situación de vulnerabilidad y que fue declarada inconstitucional por incidir en las competencias estatales en materia económica (STC 93/2015). Tras la declaración de inconstitucionalidad, otras Comunidades Autónomas han explorado técnicas de intervención con las que lograr un resultado similar que, paradójicamente, han sido convalidadas por el TC, como la obligación impuesta a algunos propietarios de ofrecer un “alquiler social” al deudor hipotecario que se encuentra en situación de vulnerabilidad antes de ejercitar una acción de desahucio<sup>21</sup> (STC 80/2018).

Más allá de la cuestión competencial, uno de los problemas que plantea este “alquiler social obligatorio” es que se configura como una delimitación de la función social de “quien no es propietario” (SALA I ROCA, 2020: 45). Efectivamente, estas medidas suponen un adelantamiento de las medidas de intervención administrativa en una interpretación amplia de la función social de la vivienda. Si bien es cierto que se imponen sobre aquellos que ejercitan una acción derivada del derecho de propiedad privada. Este ensanchamiento de la función social de la propiedad puede entenderse mejor en relación con la propuesta teórica de la *progressive property theory*, según la cual, los valores de dignidad, seguridad y libertad que representa el derecho de propiedad exigen cierta “atención a los efectos de la reivindicación y el ejercicio de los derechos de propiedad sobre los demás” (ALEXANDER *et al.*, 2009: 743-744). En el marco de una relación asimétrica, cuando el ejercicio de dicha acción puede representar un daño importante a la dignidad de una persona vulnerable este razonamiento puede ser relevante.

#### 6.2.4. *La tutela de la habitabilidad de la vivienda*

Mantener la vivienda en una situación adecuada para la habitabilidad es, junto a la nota de dignidad, un requisito que acompaña el derecho a la vivienda. Por ello,

<sup>18</sup> Art. 59 Ley 3/2015, del País Vasco.

<sup>19</sup> Art. 45 Ley 5/2018, de 19 de junio, de las Illes Balears.

<sup>20</sup> Art. 15 Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de Cataluña.

<sup>21</sup> Disposición Transitoria Segunda Ley 24/2015, de 29 de julio, de Cataluña y art. 12 Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Comunidad Valenciana.

algunas leyes autonómicas se han apoyado recientemente en la potestad sancionadora para tutelar situaciones de privación extrema de las condiciones de salubridad de la vivienda. Fundamentalmente, han reproducido el régimen de infracciones que había previsto la Ley 18/2007, de Cataluña frente a situaciones de desocupación continuada, sobreocupación e infravivienda con algunas variaciones en la definición de los tipos.

La infracción que establecía la ley catalana por incumplimiento de una obligación de mantener ocupada la vivienda<sup>22</sup>, por ejemplo, se introdujo en la ley navarra de 2013 pero exclusivamente respecto de personas jurídicas<sup>23</sup> y, después, en la ley valenciana de 2017 sobre viviendas adquiridas en un procedimiento de ejecución hipotecaria instados por entidades financieras y sus filiales<sup>24</sup>. En la legislación balear se prevé también como una infracción grave el incumplimiento de la obligación que tienen los grandes tenedores de informar a la Administración de la situación de desocupación<sup>25</sup>, pero no recoge como infracción la desocupación en sí. La explicación a estas diferencias con el régimen catalán puede encontrarse quizás en la expansión de la doctrina de la función social de la propiedad y la imposición de mayores obligaciones a los grandes tenedores que se consolidó recientemente en la jurisprudencia constitucional (STC 16/2018).

Asimismo, algunas CCAA sancionan la sobreocupación<sup>26</sup> o las llamadas infraviviendas<sup>27</sup>. No obstante, mientras que en algunas leyes el tipo sancionador exige la concurrencia de un aprovechamiento económico (como la catalana y la extremeña), la mayor parte prevé como injusto jurídico la mera situación de sobreocupación e infravivienda. Entendemos la proporcionalidad de este régimen cuando se aplica sobre personas que, aprovechando una situación de vulnerabilidad, obtienen un provecho económico, pero quizá no sobre personas que se exponen a ellas voluntariamente buscando sortear una situación de necesidad. Por ello, las normas que han introducido definiciones generales podrían ser, a nuestro juicio, matizadas para perseguir exclusivamente las situaciones que aprovechan una situación de vulnerabilidad habitacional para obtener un lucro económico

### **6.3. Colaboración público-privada para desarrollar vivienda asequible**

No sorprende que en un contexto de crisis habitacional marcado por la escasez de vivienda social y una importante reducción de la inversión pública en la materia

---

<sup>22</sup> Art. 123.1.h) Ley 18/2007, de Cataluña.

<sup>23</sup> Art. 66.1 Ley 10/2010, de 10 de mayo, de Navarra.

<sup>24</sup> Art. 33.3.b) Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Comunidad Valenciana.

<sup>25</sup> Art. 87.ab) Ley 5/2018, de las Illes Balears.

<sup>26</sup> Art. 124.1.h) Ley 18/2007, de Cataluña; Art. 83.d) Ley 3/2015, de País Vasco; art. 88.m) Ley 5/2018, de las Illes Balears.

<sup>27</sup> Art. 123.1.j) Ley 18/2007, de Cataluña; art. 83.d) Ley 3/2015, de País Vasco; art. 88.m) Ley 5/2018, de las Illes Balears; art. 94 de la Ley 11/2019, de Extremadura.

se hayan impulsado proyectos para la promoción de vivienda asequible articulados mediante convenios administrativos con particulares o la contratación pública responsable. Se observan dos tipos novedosos de colaboración público-privada que se pueden distinguir por los sujetos implicados, el objeto perseguido y el procedimiento mediante el cual se articulan: los convenios de cesión de viviendas vacías y la cesión temporal de suelo público a entidades sin ánimo de lucro para el desarrollo de vivienda social.

La mayor parte de las nuevas leyes autonómicas han habilitado a la Administración para concertar convenios de cesión temporal del uso de viviendas vacías, con el fin de destinarlas a aprovechamiento público<sup>28</sup>. Esta regulación da seguridad jurídica a la implementación de programas que venían desarrollándose con éxito en otras Comunidades Autónomas<sup>29</sup>. La aparente celebración *solvendi causa* de algunos de los acuerdos firmados al amparo de estas habilitaciones generales, que se han articulado mediando una contraprestación económica que simula un arrendamiento, pueden despertar dudas sobre su naturaleza convencional. Pero, examinados integralmente los ángulos de la relación jurídica (causa, objeto y fin) no hay duda de que estos instrumentos encajan en el ámbito jurídico del convenio. Se trata de una colaboración para cumplir con fines de interés general como la conservación del entorno construido y facilitar el acceso a la vivienda —en relación con su función social—, que difícilmente podría articularse como un contrato de arrendamiento administrativo (art. 124 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas) o una subvención (art. 2 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones).

Por otro lado, en las ciudades de Donostia<sup>30</sup> y Barcelona<sup>31</sup> se ha ensayado también la constitución de un derecho de superficie sobre suelo público a precio inferior al de mercado en favor de cooperativas de vivienda y asociaciones sin ánimo de lucro para desarrollar vivienda social. Durante un período de 75 y 99 años, respectivamente, las entidades sociales se comprometen a construir y gestionar nuevas unidades convivenciales bajo las directrices de la Administración y mediando el abono de un canon. Después, las construcciones revierten al patrimonio público. Esta práctica se

---

<sup>28</sup> Art. 44 Ley 1/2010, de 8 de marzo, introducido por la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de Andalucía; Art. 59quater Ley 6/2015, de 24 de marzo, de Murcia; Art. 20 Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Comunidad Valenciana; Art. 26, 28 y 30 Ley 5/2018, de las Illes Balears; Art. 124.e) Ley 11/2019, de Extremadura

<sup>29</sup> En este sentido, el programa Bizigune de 2002, hoy vigente en la regulación del Decreto 466/2013, de 23 de diciembre.

<sup>30</sup> Expediente (007/2018) de contratación que tiene por objeto la “promoción concertada de 116 VPO en derecho de superficie” en Donostia en “régimen de cesión de uso”. ([https://www.contratacion.euskadi.eus/w32-kpeperfi/es/contenidos/anuncio\\_contratacion/expjaso16380/es\\_doc/adjuntos/resolucion\\_definitiva1.pdf?rand=60130](https://www.contratacion.euskadi.eus/w32-kpeperfi/es/contenidos/anuncio_contratacion/expjaso16380/es_doc/adjuntos/resolucion_definitiva1.pdf?rand=60130))

<sup>31</sup> Tras una convocatoria en 2016 de un concurso para la cesión de un derecho de superficie siguiendo las reglas del art. 71 de la Ley 33/2003, el *Ajuntament* de Barcelona ha formalizado en 2020 un Convenio Marco para la constitución de un derecho de superficie mediante un procedimiento de adjudicación directa. ([https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/conveni\\_per\\_la\\_provisio\\_dhabitatges\\_destinats\\_a\\_lloguer\\_asequible\\_i\\_cesso\\_del\\_dret\\_dus.pdf](https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/conveni_per_la_provisio_dhabitatges_destinats_a_lloguer_asequible_i_cesso_del_dret_dus.pdf))

inspira en modelos regulatorios del derecho comparado como las *housing associations* (BURÓN y GONZÁLEZ, 2021), donde este tipo de entidades gestionan vivienda social por delegación o, en colaboración, con el sector público. Ahora bien, dejando a un lado que la estructura jurídica de estos acuerdos podría interpretarse como un contrato de concesión –lo que, entre otras cosas aparejaría unos límites temporales de la cesión del suelo que exceden los que se han establecido en ambas ciudades– existen diferencias importantes en las técnicas e instrumentos empleados en el País Vasco y Cataluña para llevarlos a cabo.

En el País Vasco el derecho de superficie se ha constituido siguiendo el procedimiento ordinario de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, mediando la incorporación de cláusulas sociales en los criterios de adjudicación de un contrato público (art. 1.3 LCP). En Barcelona, en cambio, se ha formalizado de manera directa, sin publicidad ni concurrencia, mediante la formalización de un Convenio entre el *Ajuntament* y los representantes de cooperativas y asociaciones de vivienda. Esta fórmula asegura la participación de dichas entidades en el proceso, pero plantea problemas importantes en relación con las normas en materia de competencia del Derecho de la UE pues la asignación directa del derecho de uso del suelo a precios inferiores a los de mercado podría ser considerada una ayuda de Estado a la luz del art. 107 TFUE.

La compatibilidad del Convenio con las normas en materia de competencia depende entonces de la concurrencia de los requisitos del art. 106.2 TFUE, interpretados de acuerdo con la Directiva SIEG de 11 de enero de 2012 (2012/C 8/02). El problema deriva de la interpretación limitada que esta hace de la vivienda social como un servicio de interés económico general, pues la limita a los servicios prestados a personas con recursos escasos o en situación de vulnerabilidad. En la medida en que el legislador catalán ha declarado la actividad de prestación de vivienda como un servicio de interés económico general (art. 4 Ley 18/2007) y el referido Convenio se acota a la prestación de servicios de vivienda social para personas inscritas en el registro de demandantes de vivienda protegida, podemos entender que este encontraría amparo en el art. 106.2 TFUE a la luz de decisiones como la dictada en relación con las asociaciones de vivienda holandesas (*woningcorporaties*) [C (2009) 9963 final. Ayudas de Estado Núm. E 2/2005 y N 642/2009]. Ahora bien, el modelo quizá no sería directamente replicable en otras CCAA ni, por ejemplo, serviría para implementar otras actuaciones de alcance más universalista.

## 7. CONCLUSIONES

El creciente reconocimiento en los tratados de la vivienda como un derecho humano y un aspecto de la dignidad se ha acompañado también de una delimitación amplia de su contenido y alcance en la jurisprudencia internacional y las resoluciones y decisiones de órganos de interpretación y control de los tratados. Nuestra doctrina ha sido sensible a estos cambios y en los últimos años se observa también, a la luz

de una revisión bibliográfica, un extendido tratamiento del art. 47 CE como un derecho constitucional. Aunque existen importantes debates jurídicos todavía sobre el alcance del mandato constitucional y sus formas de garantía, desde una perspectiva cuantitativa, el derecho a la vivienda se encuentra más presente que nunca en el plano doctrinal. Futuras investigaciones que profundicen en los argumentos jurídicos sostenidos en nuestra doctrina permitirán dimensionar mejor el alcance de estas tendencias.

El análisis empírico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional confirma las impresiones de la literatura sobre una recepción limitada de esta evolución en la interpretación del derecho a la vivienda. El tratamiento de la vivienda como un sector económico y no como un derecho, apoyado en una línea jurisprudencial poco sistemática y un enfoque anclado en consideraciones económicas, ha favorecido una interpretación amplia de las competencias estatales para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), ensanchando así la esfera de intervención estatal en el sector de la vivienda, en detrimento de la acción social autonómica. Si bien es cierto que, en algunas sentencias recientes, se aprecia una creciente sensibilidad al valor jurídico del art. 47 CE.

Movido por un contexto de crisis habitacional y en sintonía con los cambios producidos en el plano doctrinal, se ha producido también en las últimas décadas un impulso legislativo que ha buscado el desarrollo de garantías jurídicas del derecho a la vivienda, en conexión con una interpretación amplia de la función social de la propiedad, para proteger los derechos de grupos sociales vulnerables. El análisis de las medidas desarrolladas en la última época muestra una tipología variada que incluye normas de planificación urbanística, medidas de intervención administrativa puestas al servicio de la función social de la vivienda y una emergente actividad de colaboración con particulares para desarrollar vivienda a precios asequibles. Un aspecto destacable de estos desarrollos es el empleo de técnicas e instrumentos administrativos clásicos que, configurados de manera novedosa (con una nueva delimitación de sus ámbitos subjetivo y objetivo o del procedimiento) han intentado superar las divisiones tradicionales entre derecho público y privado ensanchando la intervención pública a las relaciones entre particulares para buscar la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Generalmente, las medidas han impuesto una limitación temporal y proporcionada del derecho de propiedad, en conexión con fines de interés general como la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables, la prevención de la especulación inmobiliaria o el desarrollo urbano sostenible que han sido convalidadas por la jurisprudencia reciente. La ampliación de la función social de la vivienda que han promovido estas normas entronca directamente con un entendimiento más amplio del derecho a la vivienda. Se aprecia, no obstante, cierto margen de mejora en la configuración de algunas normas (especialmente entre las de tipo expropiatorio y sancionador o las basadas en la constitución de convenios administrativos con entidades sin ánimo de lucro para el desarrollo de vivienda social) para corregir algunos obstáculos que pueden limitar su alcance y eficacia material.

En síntesis, el análisis jurídico contrastado con métodos de análisis empírico que se presenta en este trabajo confirma una evolución significativa de la interpretación del derecho a la vivienda en la última década que ha cristalizado en un entendimiento más amplio de su conexión con los derechos fundamentales. La doctrina ha construido un derecho constitucional a la vivienda que se ha empezado a concretar a través de garantías jurídicas formales y materiales, abriendo un camino que no se puede ya cerrar.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Josep María AGUIRRE I FONT, “La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: Soluciones a través del urbanismo”, *REALA. Nueva Época*, núm. 15, 2021, pp. 14-41. <https://doi.org/10.24965/reala.i15.10916>
- Concepción ARENAL, *El pauperismo*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 1999, (Original publicado en 1897).
- Antonia ARIAS MARTÍNEZ, “Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional”, *REALA. Nueva Época*, núm. 11, 2019, pp. 106-121. <https://doi.org/10.24965/reala.v0i11.10602>
- Borja BARRAGUÉ CALVO & Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El análisis interdisciplinar del derecho público”, en José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual & Luís Arroyo Jiménez (Eds.), *Tratado de derecho administrativo. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 495-560.
- Juan Carlos BENITO SÁNCHEZ, *Securing housing for all in diverse european societies: Applying international and european antidiscrimination law to the housing context*, Tesis doctoral, UC Louvain, Lovaina, 2020.
- Víctor BETHENCOURT, “Como medir el ordenamiento jurídico”, en Beltrán PUENTES COCIÑA & Andrei QUINTIÁ PASTRANA (Eds.) *El derecho ante la transformación digital. Oportunidades, riesgos y garantías*. Atelier, Barcelona, 2019.
- Jordi BOSCH & Jordi LOPEZ, “Impacte de la Llei 11/2020 en el mercat de lloguer a la demarcació de Barcelona: Avenç de resultats”, *Observatori Metropolità de l’Habitatge de Barcelona. Laboratoris continuïtat*, núm. 06/2022, 2022.
- Omar BOUAZZA ARIÑO, “Crónica Jurídica”, *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 190, 2019, pp. 743-748.
- Javier BURÓN CUADRADO Eduardo GONZÁLEZ DE MOLINA, “Colaboración público-comunitaria: Una nueva solución para generar más vivienda asequible”, *Documentación Social. Revista Para Pensar La Intervención Social*, núm. 7, 2021.
- Dolors CANALS i AMETLLER, “La efectividad de la regulación normativa del derecho a una vivienda digna y adecuada: Una crítica desde el análisis social del derecho”, en Natalia PALEO MOSQUERA (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 97-136.
- María del Mar CARAZA CRISTÍN, “Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 85, 2013, pp. 353-387. <https://doi.org/10.46735/raap.n85.1000>
- José Luís CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (Ed.), *Derechos fundamentales y otros estudios: En homenaje al prof. dr. lorenzo martin-retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 373-394.

- Koldo CASLA, Sonia OLEA-FERRERAS, Guillem FERNÁNDEZ-EVANGELISTA & María José ALDANAS, *El sistema público de vivienda en el estado español. Sin estrategia ni fundamentación en los derechos humanos*. Fundación FOESSA, 2019.
- José CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*. Reus, Madrid, 1947.
- Christian CORTÁZAR & José DE LA FUENTE, “Los científicos españoles publicamos demasiada morralla”, *El Confidencial*, 2021. En: [https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribunal/2021-06-16/ciencia-morralla-espana-investigadorespublicaciones\\_3132811](https://blogs.elconfidencial.com/tecnologia/tribunal/2021-06-16/ciencia-morralla-espana-investigadorespublicaciones_3132811)
- Elena COSTAS, Cristina FERRER & Juli PONCE (2022). *El impacto de los trámites administrativos en el acceso a las prestaciones sociales. Una perspectiva conductual*. Informe de la Taula d’entitats del Tercer sector social de Catalunya, 2022.
- Ana María DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL & Andrés BOIX PALOP (Eds.) *La regulación del alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *La vivienda protegida y el alquiler social en España. Separata del volumen II del Informe anual 2018*. Defensor del pueblo, 2019.
- Silvia DÍEZ SASTRE & José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Metodología del derecho administrativo”, en José María, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL & Luís ARROYO JIMÉNEZ (Eds.), *Tratado de derecho administrativo. Introducción*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 443-494.
- Luís María DÍEZ-PICAZO, “¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 26, núm. 78, 2006, pp. 63-75.
- Luís María DÍEZ-PICAZO & Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil: Posesión, propiedad, el registro de la propiedad. derechos reales en general. Volumen 3, tomo 1* (10ª ed.). Tecnos, Madrid, 2019.
- Irina DOMURATH, “Housing as a ‘Double irritant’ in EU law: Towards an SGEI between markets and local needs”, *Yearbook of European Law*, vol. 38, núm. 1, 2020 pp. 400-447. <https://doi.org/10.1093/yel/yez012>
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Cómo destrozarse las posibilidades de alquilar”, *Valenciaplaza*, 2021. En: <https://valenciaplaza.com/como-destrozar-posibilidades-alquilar>
- Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2010.
- Esperanza FERRANDO NICOLAU, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1992, pp. 305-324.
- Rosa María GARCÍA TERUEL, “Spanish law of residential leases: Historical developments and current regulation and trends”, *Revista Electrónica de Derecho*, núm. 3, 2017, pp. 1-23.
- Rosa María GARCÍA TERUEL & Sergio NASARRE AZNAR “Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, vol. 98, núm. 789, 2022, pp. 183-223.
- Andrea GARRIDO JUNCAL, *Los servicios sociales en el s. XXI. nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- Marta GINEBRA Lucía DELGADO & Guillem DOMINGO, *L’evolució dels desnonaments 2008-2019: De l’emergència a la consolidació d’una crisi habitacional*, Editorial Observatori de Drets Econòmics, Socials i Culturals – Àrea d’habitatge i dret a la ciutat. Observatori DESC, Barcelona 2020. En: <http://observatoridesc.org/ca/evolucio-dels-desnonaments-2008-2019-l-emergencia-consolidacio-d-cri-si-habitacional>
- María Luísa GÓMEZ JIMÉNEZ, “El acceso a una vivienda digna”, en María Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Ed.), *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 165-194.
- Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO, “La nueva política de vivienda en España y su incidencia en el Plan 2018-2021”, *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Ardurularitzarako Euskal Aldizkaria*, núm. 115, 2019, pp. 53-102. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.115.2019.02>
- Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945.
- Jessie HOHMANN, *The right to housing. law, concepts, possibilities*. Hart Publishing, Londres, 2014.

- Geneviève IACONO, “Las frágiles bodas del principio de dignidad y del derecho a la vivienda” *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 61-62, 2016, pp. 20-25.
- Ángel Aday JIMÉNEZ ALEMÁN, “Un derecho no tan débil: La movilización jurídica ante la hipermercantilización de la vivienda”, en Natalia PALEO MOSQUERA (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda: Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 137-159.
- Hanna KETTUNEN, & Hannu RUONAVAARA, “Rent regulation in 21st century Europe. Comparative perspectives”, *Housing Studies*, vol. 36, núm. 9, 2020, pp. 1446-1468.
- Konstantin KHOLODILIN, “Long-term, multicountry perspective on rental market regulations”, *Housing Policy Debate*, vol. 30, núm. 1, 2020, pp. 1-22. <https://doi.org/10.1080/10511482.2020.1789889>
- Konstantin KHOLODILIN, Fernando A. LÓPEZ, David REY BLANCO & Pelayo GONZÁLEZ ARBUÉS, “Lessons from an aborted second-generation rent control in Catalonia”, *Discussion Papers DIW Berlin*, núm. 2008, 2022, pp. 1-40.
- Arturs KUCS, Zane SEDLOVA, & Liene PIERHUROVICA, “The right to housing: International, European, and national perspectives”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerriol*, núm. 64, 2008, pp. 101-123.
- Fernando LÓPEZ RAMÓN, “El derecho subjetivo a la vivienda”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, vol. 34, núm. 102, 2014, pp. 49-91.
- Fernando LÓPEZ RAMÓN, “El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda”, *Revista de Administración Pública*, núm. 212, 2020, pp. 297-308.
- Salvador María MARTÍN VALDIVIA “La errática estrategia urbanística en andalucía: El resultado de una política a impulsos (sobre las leyes reguladoras de los derechos de adquisición preferente y el suelo no urbanizable de 2018)”, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 43, 2019, pp. 21-45.
- Inmaculada MATEO-RODRÍGUEZ, Laura MICCOLI, Antonio DAPONTE-CODINA, Julia BOLÍVAR-MUÑOZ, Cecilia ESCUDERO-ESPINOSA, M. Carmen FERNÁNDEZ-SANTAELLA, Jaime VILA-CASTELLAR, Humbelina ROBLES-ORTEGA, José Luis MATA-MARTÍN & Mariola BERNAL-SOLANO, “Risk of suicide in households threatened with eviction: The role of banks and social support”, *BMC Public Health*, vol. 19, núm. 1250, 2019, pp. 1-13. <https://doi.org/10.1186/s12889-019-7548-9>
- Douglas MAXWELL, “Broadening the human rights discourse, realising socio-economic rights, and balancing rights to property: Moving beyond the rhetoric of socio-economic rights and Scottish land reform”, *Public Law*, núm. 1, 2019, pp. 121-145.
- Manuel MEDINA GUERRERO, “Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 261-282. <https://doi.org/10.5944/trc.36.2015.16068>
- Joan MONRÀS & José GARCÍA-MONTALVO, “The effect of second generation rent controls: New evidence from Catalonia”, *Universitat Pompeu Fabra Economics Working Papers*, núm. 1836, 2022, pp. 1-27.
- Elisa MOREU CARBONELL, “Activismo social y derecho a la vivienda”, en Judith GIFREU I FONT, Martín BASSOLS COMA y Ángel MENÉNDEZ REXACH (Eds.), *El derecho de la ciudad y el territorio: estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016.
- José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ, “Los retractos legales a favor de las administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 165, 2005, pp. 53-85.
- Sergio NASARRE AZNAR “Cuestionando algunos mitos del acceso a la vivienda en España, en perspectiva europea”, *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 35, núm. 1, 2017, pp. 43-69. <https://doi.org/10.5209/CRLA.54983>
- , “El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos”, *Hay derecho*, 2020. En: <https://www.hayderecho.com/2020/10/28/control-renta-arrendamientos-urbanos-vivienda-cataluna-riesgo-excluir/>
- Sergio NASARRE AZNAR, María Olinda GARCÍA & Kurt XERRI, “¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda?: Una comparativa legal Portugal-españa-malta”, *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 16, 2014, pp. 188-217.

- Alba NOGUEIRA LÓPEZ, “Vulnerabilidad administrativa: Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda”, en N. PALEO MOSQUERA (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 213-244.
- , “ODS, vivienda y ciudades sostenibles e inclusivas. actualizar el estado del bienestar en tiempos de COVID. La agenda 2030: Implicaciones y retos para las administraciones locales”, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 101-119.
- OBSERVATORIO DE VIVIVENDA Y SUELO, *Boletín especial vivienda social 2020*, Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, Madrid, 2020.
- Natalia PALEO MOSQUERA & Andrei QUINTIÁ PASTRANA, “Las políticas de vivienda desde una perspectiva multinivel: Un análisis comparado de la legislación autonómica”, en N. PALEO MOSQUERA (Ed.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 309-350.
- Montse PAREJA-EASTAWAY & Teresa SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “El alquiler privado como vivienda social en España”, *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, núm. 189, 2016, pp. 383-397.
- Montse PAREJA-EASTAWAY, & Ignacio SAN MARTÍN, “General trends in financing social housing in Spain”, *Urban Studies*, vol. 36, núm. 4, 1999, pp. 699-714.
- Gerardo PISARELLO, “El derecho a la vivienda: acoso, derribo, resistencias”, *Información y debate. Revista de Jueces para la democracia*, núm. 77, 2013, pp. 14-22.
- Juli PONCE SOLÉ, “El derrumbe de un mito: la vivienda es un derecho subjetivo constitucional y legalmente reconocido y exigible judicialmente”, *Revista institucional de la defensa pública*, vol. 7, núm. 11-12, 2017, pp. 122-174.
- , *El derecho de la Unión Europea y la vivienda*, McGraw-Hill, Madrid, 2019.
- , “¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I)”, *Hay derecho*, 2020. En: <https://www.hayderecho.com/2020/10/03/es-constitucional-la-ley-catalana-que-limita-el-precio-de-los-alquileres-ii/>
- Cristina QUEIROZ, *Direitos fundamentais sociais. funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Petrony, Lisboa 2020.
- Andrei QUINTIÁ PASTRANA, El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y re-centralización. *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Ardunalaritzarako Euskal Aldizkaria*, núm. 109-I, 2017, pp. 225-267. <http://doi:10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.07>
- Andrei QUINTIÁ PASTRANA, Alba NOGUEIRA LÓPEZ & Beltrán PUENTES COCIÑA, “Construcción, vivienda y economía circular”, en Alba NOGUEIRA LÓPEZ, & Xavier VENCE DEZA (Ed.), *Redondear la economía circular: del discurso oficial a las políticas necesarias*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 235-255.
- Raquel RODRÍGUEZ ALONSO & Mario ESPINOZA PINO, *De la especulación al derecho a la vivienda*, Traficantes de sueños, Madrid, 2018.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Una vez más sobre las declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales en los estatutos de autonomía)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 13, 2009, pp. 14-164.
- Richard RONALD, *The ideology of Home Ownership*, Palgrave Macmillan, Londres, 2008.
- Carles SALA I ROCA, *El derecho de propiedad y los límites de la función social en el alquiler de viviendas. evolución del concepto de propiedad y análisis de su transformación en el marco jurídico español y europeo*, Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona, Barcelona, 2020.
- Joaquín TORNOS MAS, “El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad”, *Revista Vasca de Administración Pública / Herri-Ardunalaritzarako Euskal Aldizkaria*, núm. 99-100, 2014, pp. 2853-2871.
- , “Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad” *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. nuevas políticas en el marco del servicio público de alojamiento*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 147-164.
- Carme TRILLA, & Jordi BOSCH, “*El parque público y protegido de vivienda en España: un análisis desde el contexto europeo. Serie: Documento de Trabajo núm. 197/2018*”, Fundación alternativas, Madrid, 2018.

- Mark TUSHNET, *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare righst in comparative constitutional law*. Princeton Uiversity Press, New Jersey, 2008.
- Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La eficacia y efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid, 2011.
- , “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: Algunas propuestas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 48, 2014, pp. 34-39.
- , “Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica”, en Marcos VAQUER CABALLERÍA, Juli PONCE SOLÉ & Rafael ARNAIZ RAMOS (Eds.), *Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2016, pp. 13-60.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Michel VOLS, Alex BELLOIR, Mareike HOFFMAN & Andrew ZUIDEMA, “Common trends in eviction research: A systematic literature review”, en Michel VOLS, & Christoph U. SCHMID (Eds.), *Houses, homes and the law*, Eleven, La Haya, 2019, pp. 1-89.
- Tim WIHL, “Zur nichtigkeit des berliner mietendeckels. erste anmerkungen zu einem eklatanten fehrlurteil“, *Verfassungsblog*, 2021. En: <https://verfassungsblog.de/zur-nichtigkeit-des-berliner-mietendeckels/>



## DEMOCRACY AND EXECUTIVE POWER: ADMINISTRATIVE POLICYMAKING IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

### DEMOCRACIA Y PODER EJECUTIVO: LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS ADMINISTRATIVAS EN PERSPECTIVA COMPARADA

SUSAN ROSE-ACKERMAN

Henry R. Luce Professor of Law and Political Science, Emeritus  
Yale University  
Professorial Lecturer  
Yale Law School

**ABSTRACT:** This essay on executive rulemaking procedures in the US, the UK, France, and Germany examines how administrative and constitutional law interact when the executive makes policy under delegated authority. Given their differing constitutional structures and legal frameworks, the political incentives for policymaking accountability differ. The US is a separation-of-powers presidential system. Germany and the UK are parliamentary systems with and without written constitutions. The common law underpins the UK's unwritten constitution. France has a strong president with a relatively weak parliament. The US separation of powers generated statutory requirements for notice-and-comment rulemaking. The legislatures in the German and UK parliamentary systems have little incentive to enact such constraints on their own cabinets. The French system lacks required procedures as well. However, even if political incentives suggest that sitting politicians will have little interest in such reform, the need for greater accountability to the public remains. This essay, drawing on the author's recent book *Democracy and Executive Power*, describes these cross-country differences and argues for ways to produce more democratically responsible executive policymaking. Those concerned about the future of representative democracy should include reform of executive rulemaking procedures in their list of priorities. Structural issues linked to the openness and accountability of regulatory bodies and cabinet departments should not be ignored in the heat of day-to-day crises that soak up the headlines.

**KEYWORDS:** Administrative law; executive rulemaking; public participation; government policy-making; public accountability; US; UK; Germany; France; Latin America; Spain.

**RESUMEN:** Este artículo examina los procedimientos de elaboración de reglamentos gubernamentales en los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia y Alemania, a fin de analizar cómo interactúan el Derecho administrativo y el Derecho constitucional cuando el poder ejecutivo formula políticas públicas a través de normas reglamentarias. Los incentivos presentes en el marco de la formulación de esas políticas a propósito de la rendición de cuentas al público son distintos en cada uno de esos ordenamientos como consecuencia de los diferentes marcos constitucionales y legislativos presentes en ellos. El estadounidense es un sistema presidencialista en el que rige el principio de separación de poderes. Alemania y el Reino Unido son sistemas políticos parlamentarios, pero, mientras que el primero descansa sobre una Constitución escrita, el segundo carece de una y es además un sistema de common law. Francia tiene un presidente fuerte y un parlamento relativamente débil. En los Estados Unidos el principio de separación de poderes ha dado lugar a una serie de exigencias que se materializan en el procedimiento de elaboración de reglamentos conocido como notice-and-comment. Las asambleas legislativas de los regímenes parlamentarios de Alemania y del Reino Unido tienen pocos incentivos para someter a exigencias semejantes a sus gobiernos. El sistema francés también carece de procedimientos semejantes. Sin embargo, por más que los incentivos políticos sugieran que los políticos habrán de tener poco interés en una reforma semejante, garantizar una mejor rendición de cuentas al público sigue siendo algo muy necesario. Este artículo, que tiene su origen en el libro *Democracy and Executive Power*, recientemente publicado por su autora, analiza esas diferencias desde una perspectiva comparada y sugiere diversas vías para incrementar la legitimidad democrática de la formulación de políticas públicas por parte del poder ejecutivo a través de la elaboración de normas reglamentarias. La reforma de los procedimientos de elaboración de reglamentos es una tarea necesaria desde la perspectiva del futuro de la democracia representativa. Los problemas estructurales relacionados con la apertura y la rendición de cuentas de las autoridades reguladoras y los departamentos sectoriales no pueden quedar ocultos como consecuencia del fragor de las crisis cotidianas que acaparan los titulares.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho administrativo; potestad reglamentaria; participación pública; políticas públicas; rendición de cuentas; Estados Unidos; Reino Unido; Alemania; Francia; América Latina; España.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCTION.— 2. FOUR CASE STUDIES.— 3. RULEMAKING.— 4. INDEPENDENT PUBLIC AGENCIES.— 5. COST-BENEFIT ANALYSIS AND IMPACT ASSESSMENT.— 6. PUBLIC PARTICIPATION AND CONSULTATION.— 7. JUDICIAL REVIEW.— 8. SPAIN AND LATIN AMERICA.— 9. A REFORM AGENDA.— 10. CONCLUSIONS.— 11. BIBLIOGRAPHY.

## 1. INTRODUCTION<sup>1</sup>

Executive branch officials in representative democracies must be technically competent and personally honest when they exercise delegated authority. Going further, in implementing broad policy mandates, they have an ongoing responsibility to citizens, who are the ultimate judges of their performance. If officials remain aloof and unresponsive to public concerns and unwilling to listen to input from citizens

---

<sup>1</sup> I am grateful to two anonymous referees for their comments on an earlier draft.

and organized interests, their policy choices may lack democratic legitimacy even if they conform to the formal law on the books. The so-called “chain of legitimacy” from voters to parties to a sitting government to bureaucrats is insufficient as a check on public power.<sup>2</sup> This essay and the book *Democracy and Executive Power*, from which it derives, (ROSE-ACKERMAN, 2021), argue that executive branch policymaking is desirable and inevitable but ought to be publicly accountable through procedures that include public consultation and reason-giving. It posits a key role for administrative law in enhancing the democratic pedigree of delegated power through public participation in bureaucratic policymaking with the judiciary enforcing these requirements without becoming policy-makers themselves.

I elaborate on the above claim, drawing on the experiences of democratic systems with presidential and parliamentary constitutional structures. The case studies in my book concern the US, the UK, Germany, and France—two parliamentary and two presidential systems. Readers wanting fuller documentation should consult my book and its accompanying references. I also briefly introduce a forthcoming article with Edgar Melgar that reviews executive rulemaking procedures in the presidential systems in Latin America (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022).

Public policymaking in democracies requires discretion and judgment inside government ministries, independent agencies, and quasi-public bodies. Political appointees work with bureaucrats to make policy under statutes that delegate authority either explicitly or through vague language requiring interpretation. Some constitutional structures permit the executive to make binding choices in specified policy areas without legislative input. Bureaucrats’ technical expertise and programmatic experience are centrally important. However, giving discretion to technocrats, full stop, is insufficient in a representative democracy. Complex policies that rely on an official’s claims to esoteric knowledge are unlikely to convince a skeptical public. Even if the bureaucracy’s analysis is easily understandable, the general public will not necessarily agree with its policy prescriptions. Some will bear the costs; others may want a distribution of benefits skewed toward the poor or other worthy groups; still others may disagree on the weight given to aesthetic or cultural values. Even if analysis settles some disputes over facts, technocratic methods cannot resolve disagreements over values. Fairly managing the distribution of gains and losses is necessary for broad public acceptance.

Administrative law, broadly understood, can help legitimate these choices in the eyes of citizens. In other words, administrative law should go beyond a focus on good administration and the protection of individual rights. Rather, I argue, that it ought also to seek to further the democratic legitimacy of executive policymaking outside of the legislature (ROSE-ACKERMAN, 2021; see also, BARNES, 2021; DELLA CANANEA, 2016: 97-98, 110-116).

---

<sup>2</sup> Susan ROSE-ACKERMAN, *Democracy an Executive Power: Policymaking Accountability the US, the UK, Germany and France*, Yale University Press, New Haven, 2021, pp. 3-4. . On the *Legitimationskette* (chain of legitimacy) see Böckenförde, 1992.

Citizens must agree on an institutional framework for making public-policy choices, with the understanding that they will not always obtain their preferred outcomes. Majority rule in the legislature is one option that produces legally enforceable norms legitimized by the democratic process. Once a statute delegates authority to a government ministry or agency, however, new legitimacy issues arise. Technocratic methods, such as cost-benefit analysis, balance gains and losses, but these evaluations differ from majority rule. A policy may pass a cost-benefit test but fail to obtain broad popular support. Democratic legitimacy requires that the contesting normative frameworks be transparent to the public, not hidden in esoteric language. Even for an agreed set of facts, there are alternative ways of aggregating costs and benefits to produce a policy recommendation. These options depend not on science, but on competing views of the public good and on the proper role of the state in society.

A citizen's support for a party or candidate at election time based on a broad, diverse platform may bear only a weak relationship to his or her views of particular executive decisions made months or years after the election. The ongoing policy problems facing incumbent governments need a stronger connection to the public than a paragraph in a composite platform issued during an election, which may be several years in the past. Public input into executive policymaking can invite participants to consider the broader merits of policy options, not only their own individual interests. Such considered evaluations of alternatives are a central link between citizens and officials in the administration and contribute to the democratic legitimacy of both plenary executive actions and its implementation of legislative policy mandates. Thus, I defend administrative procedures that require bureaucracies to reach beyond official circles and consult broadly with the public.

The need to balance technocratic knowledge with public accountability is a fundamental requirement for any nation struggling to sustain a credible democracy, regardless of its geographic location. Comparative scholarship is particularly valuable in this regard. It can enable reformers to look beyond a country's inherited legal traditions and consider a richer array of options. This is especially important when existing frameworks were inherited from a colonial or authoritarian past. Although each country confronts special problems, the successes and failures of other national efforts are an essential resource for self-conscious choice.

My comparative enterprise asks reformers from different legal traditions to challenge their own preconceptions of the role of public law in representative democracy—that is, to unpack “the law” and distinguish between substantive and procedural aspects. The serious pursuit of political accountability will challenge the status quo and the political-economic interests of favored groups. Successful reform requires the mobilization of political will, not reliance on the inexorable effects of pre-existing legal traditions or worldwide forces.

## 2. FOUR CASE STUDIES

The four case studies in my book represent different forms of representative democracy—two presidential systems (the US and France) and two parliamentary systems (the UK and Germany). France, with both a directly elected president and a prime minister, may appear to be a hybrid, but, in practice, it has a strong president. Two countries, the US and UK, have a common-law background, while France and Germany are rooted in civil law. The book examines the diverse ways each country manages the relationship between administrative law and citizens' input into bureaucratic policymaking (ROSE-ACKERMAN, 2021: 6-10, 33-45). The cases raise four interrelated issues.

First, why is executive-branch policymaking necessary? Shouldn't democratic legislatures resolve all the policy issues in the text of statutes? If the executive has plenary power in some areas, does that imply an obligation to seek public input before taking action?

Second, even if policymaking within the bureaucracy is a practical reality, how can it operate consistently with democratic principles? How ought policymakers balance expert knowledge with openness to public input? It is all very well to call for public participation, but who should participate, when should participation occur, and how should governments organize consultations? Can administrative law help to frame the answers to these questions, or are they purely political choices?

Third, there are many ways to organize executive-branch institutions and associated agencies and commissions. How can these organizational choices encourage public input and promote bureaucratic competence? Can private bodies fulfill some policymaking functions, and if so, should they conform to the participatory and transparency practices of public agencies?

Fourth, how can public law monitor and control policymaking without limiting the exercise of political judgment? What role should courts play in enforcing the requirements of administrative law? How should judicial oversight interact with systems of political accountability inside the executive branch?

The answers to these questions in the United States differ fundamentally from those given in the United Kingdom, Germany, and France, each with a different public-law tradition. Despite important differences, the three European cases resemble each other in generally avoiding American-style competition between the legislative majority and the executive. They rely heavily on bureaucratic expertise and place greater confidence in the public-service ethic of the professional staff. None of them has legal provisions, such as the notice-and-comment procedures of the US Administrative Procedure Act (APA), that mandate public consultation and reason-giving in the production of rules with the force of law.<sup>3</sup> However, even in the US, much policy

---

<sup>3</sup> Administrative Procedure Act, US Code, Ch. 5, II (1946).

is made outside of the notice and comment process and has de facto authority.<sup>4</sup> At the same time, national courts in my European cases play a significant oversight role, and European Union law imposes additional constraints on national executives in Member States.

The German and French constitutions interact with an idealized view of the law, distinct from policy or politics—terms that cannot be distinguished in either language (*politique* in French and *Politik* in German). Their civil-law traditions affect the interpretation of their written constitutions and result in different but related approaches to executive rulemaking.

Conventional German administrative law focuses on the administrative act (*Verwaltungsakt*), a term that refers to a public measure taken by a state authority to regulate an individual case under public law.<sup>5</sup> Germany has a strong civil service that plausibly ensures the citizenry of its seriousness in pursuing the public interest. Here, the chain-of-legitimacy model has achieved maximum credibility—moving from the voters to political parties to elected representatives to the prime minister and cabinet to the bureaucracy. A separate hierarchy of administrative courts considers the legality of administrative acts and related material. Within this overarching structure, public participation in administrative rulemaking may seem unnecessary or downright pernicious. Under the German Constitution or *Grundgesetz*, the courts seek to protect the fundamental rights of individuals, but they have seldom self-consciously furthered policymaking accountability to the citizenry in the making of general rules. Some German scholars recognize the limits of this model, and civil-society activism is pushing officials, as well as some scholars and jurists, to take public participation seriously. Especially in the environmental area, the European Union has allied with those seeking more public input into national policy (EIFERT, 2014; VOßKUHLE & WISCHMEYER, 2017; RUFFERT, 2007; WENDELL, 2019; ROSE-ACKERMAN, 2021: 53-60).

As in Germany, French public law also refers to administrative acts, but defines them more broadly to include general regulations (*actes administratifs réglementaires*). Law and politics are deeply intertwined, with the Conseil d'État acting as both a higher administrative court and an advisor to the government that reviews proposed statutes and rules. Its members are elite generalists who move in and out of government ministries and independent agencies. French law takes a significantly different view of bureaucratic discretion than German law. The French Constitution rejects strict parliamentary government and establishes a strong presidency. Voters directly elect the president to a five-year term, and he or she can dissolve the National Assembly and call a new parliamentary election without resigning (French Constitution, art. 6). The president nominates the prime minister, subject to approval by the National Assembly, but so long as the president has a parliamentary majority,

---

<sup>4</sup> For the importance of what she calls “fuzzy law” in both the US and the UK see Margit COHN, *A Theory of the Executive Branch: Tension & Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2021..

<sup>5</sup> § 35 sentence 1VwVfG, [https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/\\_\\_\\_35.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/___35.html).

an ally will hold that post. Civil servants implement statutory law, working under a thin layer of political appointees. France, like Germany, has no general statute governing rulemaking procedures (CHEVALLIER, 2011; ROSE-ACKERMAN & PERROUD, 2013; ROSE-ACKERMAN, 2021: 60-71).

The British Westminster government, with first-past-the-post voting rules, usually vests the prime minister with a stable majority in the House of Commons. Even if the parliamentary opposition and some backbenchers object to particular bureaucratic decisions, the prime minister can implement government policy choices by issuing statutory instruments (SIs) that have the force of law. Most SIs require parliamentary approval by both houses, but with the same party or coalition controlling both the House of Commons and the government, approval is generally pro forma. The House of Lords seldom votes against an SI, apparently recognizing its lack of democratic legitimacy (FOX & BLACKWELL, 2014; ROSE-ACKERMAN, 2021: 47-53). The British constitutional tradition is skeptical both of judicial supervision of executive policymaking and of the democratic value of public participation in government policymaking. At present, the exceptions on both counts involve the violation of rights, the regulation of privatized utilities, and environmental policies with broad societal effects. The polarizing debate over Britain's exit from the European Union (Brexit) tested the premises of the Westminster model. Yet, it has not challenged the reliance on SIs. To the contrary, bureaucratic discretion is filling many gaps in the law opened up by Britain's departure from the EU (ROSE-ACKERMAN, 2021: 48-51).

In contrast, United States public law seeks to ensure the political accountability of executive rulemaking to the American public, as well as to those directly affected. Under its version of the separation of powers, the president's party may fail to control one or both houses of Congress. This results in partisan competition between the House, the Senate, and the president for effective control over bureaucratic decisions. Even when a single party controls all three institutions, the electoral system gives each member of Congress an individual constituency with priorities that need not match those of the president or the leaders of the House and Senate. Thus, legislation typically involves compromises that generate vague language and inconsistent provisions. As a consequence, implementing departments and agencies have broad discretion to interpret their responsibilities. The US Administrative Procedure Act (APA, 5 U.S.C. §§ 551-559, 701-706) creates a framework if the administration wishes its rules to be treated as legally binding by the courts. It requires administrators to provide public notice, open-ended hearings, and reason-giving before issuing legally binding rules and provides for judicial review. The US system has many flaws, including the use of workarounds to avoid the APA's requirements. However, there remains much to learn from America's successes and failures as democratic reformers elsewhere seek better ways to connect bureaucratic policymaking to their citizens' concerns (ROSE-ACKERMAN, 2021: 72-83; ROSE-ACKERMAN, EGIDY & FOWKES, 2015; FARBER, HEINZERLING & SHANE, 2018; SHANE, 2009; STRAUSS, 2007; WAGNER, 2016).

Regulatory law reform in any of these cases requires a clear focus on a number of key decision points. I highlight five. Begin with the internal structure of the executive: (1) its rulemaking procedures and their relation to the decree power of the executive, and (2) the autonomy permitted to quasi-independent public regulatory agencies and quasi-private bodies. Next consider policymaking techniques: (3) cost-benefit analysis and impact assessment and (4) public participation and consultation. Finally incorporate, (5) the role of judicial review in monitoring the operation of the overall regime.

### 3. EXECUTIVE POLICYMAKING

Many administrative procedure statutes cover decisions in individual cases but do not constrain the production of either rules with the force of law or executive decrees and guidance documents. Constitutional principles may view procedural restrictions as inapplicable to executive policymaking because it is a political not a legal activity. For example, the German Basic Law or *Grundgesetz* (art. 80(1), s. 2) requires statutory delegations to list their “content, purpose, and scope,” but it does not govern rulemaking procedures. German administrative-procedure law (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG) only deals with “administrative acts,” a term that omits regulations, that is, secondary norms, and guidelines. The recently enacted French administrative procedure code is mostly a restatement of existing case law and does not include a general right of public participation in rulemaking (CUSTOS, 2017). The UK rulemaking process inside the government is similarly unconstrained. In all three countries, however, the legislature must approve some secondary norms, and some substantive statutes require the government to hold public hearings and organize other forms of participation.

The lack of general procedural constraints not only results from each country’s legal tradition; it also depends upon the distribution of power. The powerful US Congress supported a statute placing procedural checks on executive rulemaking, and the president accepted this check on his power, at least in part, for political reasons. Many democracies, especially outside Europe and the British Commonwealth, have strong presidents with weak legislatures, whose members are not strong or well organized enough either to resist policy delegation or to demand policymaking accountability from the executive. France comes the closest to this model in my study, but outside Europe there are more extreme examples of strong elected presidents (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022). Furthermore, to the extent that presidents use patronage and other individualized benefits to control legislators, neither branch will want accountable and transparent policymaking. The combination of a strong chief executive, a weak legislature, and political alliances built on personal ties or even outright payoffs produces executive policymaking that is unaccountable to the electorate (PRADO, 2017). The executive may find it politically expedient to consult with key stakeholders or even with the general public. In the absence of a legal mandate, officials will do so only in their own interest.

In any policy area, organized advocacy is important both to educate the public and to provide clear and useful input to the executive. The law ought to make it easy to register as a not-for-profit advocacy organization, subject to disclosure rules to limit the creation of for-profits in disguise. Banging on pots and pans in Argentina (*cacerolazos*) or wearing yellow vests (*gilets jaunes*) in France can help raise awareness of particular issues both among the citizens and inside government. But they are insufficient. Lasting impact requires hard work both to master technical details and to mobilize people to testify at hearings and monitor the actions of the executive, including bringing court challenges. Institutional survival requires resources, but non-governmental organizations (NGOs) should not be beholden to incumbent governments or opposition parties. Tax exemptions for both donors and organization provide incentives for donations. Other options include earmarking certain public funds to support NGOs, but with the allocation made by a body that operates independently of the government.

The notice-and-comment procedure of the US Administrative Procedure Act (APA §553) provides one model. The APA requires agencies to post draft rules publicly and mandates a hearing open to anyone with an interest in the subject at hand. Final rules must include a public statement that explains the statutory basis of the rule and justifies the outcome. Rules are subject to judicial review for conformity with the underlying statute, the constitution, and APA procedures (APA §§701-706). The US system is imperfect, and even its strong points have been undermined by executive and agency efforts that limit its impact. The rise of what Peter Shane (2009) calls “presidentialism” is undermining the policy role of cabinet departments. Furthermore, the US model may be difficult to transfer to other political systems. In using US practice as a guide to reform, I both recognize its practical limitations and acknowledge that differences in political structure and in the organization of society can undermine its applicability. Nevertheless, it expresses an important goal: public participation in executive policymaking needs to be taken seriously in all polities. The goal is to complement, not override, the role of political parties.

Assuring the democratic legitimacy of executive-branch policymaking is especially important in democracies either where the head of government has significant plenary power or where the legislature is weak, divided, and poorly institutionalized. A legislature may have few staff resources and many inexperienced members. As a result, chief executives may face few effective checks and may issue decrees with minimal legal constraints. Even if decrees require eventual parliamentary approval, that process is pro forma in some presidential systems and is unlikely to matter much in parliamentary ones. Decrees give the chief executive and the cabinet a first-mover advantage. Heads of government, whether presidents or prime ministers, are unlikely to propose constraints on their power. Conversely, if there are no binding procedures for public input or for government transparency and reason-giving, legislative backbenchers and opposition party leaders may push for legislative vetoes over executive rules—in the form of either an up-or-down vote or a report-and-wait requirement, as in the UK. In a presidential system, where different parties may control differ-

ent institutions, such oversight may seem especially attractive given the difficulty of covering all the relevant issues in statutes. In this second case, legislative oversight is an alternative to the lack of public input into regulatory drafting. In practice, the legislature often provides little effective check on the executive. In the worst case, a fractious, divided legislature engages in patronage appointments, private payoffs, and illegal political party financing to follow the lead of the president.

Cutting across these differences, environmental policymaking stands out as an exception where many polities accept or mandate public participation in executive policymaking. In my European cases, a specialized treaty supports civil-society input and has constitutional status in France. However, its rulemaking provisions are quite weak.<sup>6</sup> The European Union's Environmental Impact Assessment (EIA) procedures require the preparation of strategic environmental impact assessments and public consultation for major projects. The process mandates "social consultation with all interested subjects, not only with those who can prove their legal interest."<sup>7</sup> This broadening of consultation makes it possible for civil-society groups to participate. Freedom-of-information acts may also facilitate the involvement of civil society although they may be vague about how the participation process should be structured. Public input has a functional justification in the environmental area beyond the formal law. In this technically complex area, executive implementation is necessary, but it implies that the government has a public responsibility to hear from concerned groups and citizens, over and above votes in periodic elections. Many environmental harms and benefits extend broadly across society, so free-rider problems mean that the government cannot rely on aggrieved individuals to hold it to account.

Rulemaking processes that permit the participation of civil-society advocacy groups can help to move executive policymaking in a more democratically accountable direction that complements the statutory law. The chain of legitimacy back to the voters is a key anchor for any representative democracy, but it is an insufficient check. Public law needs to incorporate public input and to require executive policymakers to give public reasons for their choices.

#### 4. INDEPENDENT PUBLIC AGENCIES

The tension between technocracy and democracy arises prominently in "independent agencies" that challenge the conventional separation of powers. Such agencies first were established in the US, but variants are now common; in Europe, they often arose in connection with the privatization policies of the EU.

---

<sup>6</sup> UN Economic Commission for Europe, Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), 25 June 1998, <http://www.unece.org/env/pp/treatytext.html> (accessed May 31, 2022).

<sup>7</sup> The directives are 2014/52/EU (for Environmental Impact Assessment, revising an earlier directive) and 2001/42/EC (for SEA),

These agencies aim to deal with technically complex issues via insulation from day-to-day political pressures. Yet, their decisions often have important political consequences. Unless labeled as a court, a truly independent body does not satisfy the chain of legitimacy in a parliamentary regime. Hence, for both political and conceptual reasons, such agencies in Europe usually are nominally under a cabinet minister, lack rulemaking authority, and concentrate on case-by-case adjudication. Nevertheless, some operate with almost as much independence as their US counterparts. At the same time, the independence of US regulatory commissions is currently under attack. Cross-country comparisons help to highlight the tensions generated by different constitutional traditions and rationales for agency independence. The difficulties that have arisen in my case-study countries occur throughout the world and provide insights that may be applicable elsewhere (ROSE-ACKERMAN, 2021: 86-106).

Many democracies arose in political-economic systems with extensive state ownership. Democratic governments have sometimes privatized parastatals or, at least, overseen their incorporation as private-law entities with substantial residual state ownership. Some formerly public firms now operate as private firms, subject only to antitrust, environmental, labor, and health and safety rules. Many privatized or quasi-private firms are natural monopolies or operate in markets with serious imperfections. Then, states usually create industry-specific regulatory agencies with a degree of independence from both the firms and the state.

Even if a president has no power to interfere in an agency's day-to-day operation, he or she may choose a pliable official as its head or stack its board with allies. My case studies provide a guide to features that promote independence: multi-member commissions with rotating membership, fixed terms that are not coterminous with that of the government or president, independent funding, and appointment processes that ensure political balance and/or require relevant expertise. These provisions help avoid too close a link to the politicians in control of the core executive, but they may open up the body to the excessive influence of the regulated industry. To limit that result, the procedural constraints of administrative law, such as a transparent notice-and-comment process, can help, so long as the agency's activities are of interest to public-interest groups and members of the business community distinct from the regulated firms. These might include, for example, the users of electricity and gas for the public-utility regulator, the users of the internet for the communications commission, and freight suppliers for railroads and trucking.

To understand the difficulties, consider Argentina and the Philippines, both presidential systems that carried out extensive privatizations of public utilities. Following US and European models, they created specialized regulatory agencies that are independent of the rest of government and embody considerable industry-specific expertise. At the same time, both countries gave their presidents emergency powers that permitted them to take over nominally independent agencies. Presidents used these for their own political purposes (ROSE-ACKERMAN, DESIERTO & VOLOSIN, 2011).

In general, either the core executive or the regulated industry or both can undermine the supposed benefits of independence. There are ways to limit those risks through the design of the agency itself, but if the risk of political capture is very high, there is an alternative. Rather than trying to limit the influence of the regulated industry, the government could outsource that responsibility to private or quasi-public bodies explicitly controlled by the industry or profession. These bodies are set up to serve the interests of a particular industry or profession and must be regulated to limit the risk of outright capture. At first, the regulatory role of these bodies seems a paradoxical solution to the problem of capture, but it can be the least-bad option. The government may lack the needed specialists in, say, engineering, law, accountancy, or medicine and be unable to attract elite practitioners to sit on a commission. Then, professional self-regulation can seem viable. The risks are obvious, but the dangers of assigning regulatory tasks to poorly trained and motivated government officials may outweigh the risks of relying on self-interested private firms. The implementing statutes should impose strong procedural constraints on these bodies, similar to the requirements of US notice-and-comment rulemaking, to ensure that the public, customers, and suppliers have a voice. These bodies essentially create customary law; those who challenge the rules have a high burden of proof. The risk for any polity is that they act only in the interest of regulated entities, upholding monopoly power and becoming so entrenched that the state lacks regulatory control over the industry or profession (ROSE-ACKERMAN, 2021: 106-119).

Another alternative is what Mariana Mota Prado and Michael Trebilcock (2019) call “institutional bypasses.” The government permits the creation of new regulated financial or other markets without closing down an existing regulatory structure that the established elites have captured. Individuals and firms can choose their preferred market. A good example here is the Novo Mercado, a Brazilian alternative to the existing stock market with rules that provide better protection to minority stockholders. The two markets operate in parallel, but, over time, investors and firms may shift to the new option. This is not a general solution for problems such as environmental pollution where it would produce a race to the bottom, but for financial markets with well-informed participants, it could be way to work around otherwise entrenched interests.

The puzzle of how to combine expertise with political accountability is particularly acute for regulatory agencies where the regulated industry is politically powerful. The industry may lobby for a body that is not dependent on the cabinet, believing that it will be better off dealing with a regulator that is not beholden to politicians. In other situations, firms may prefer a politically dependent agency that will bow to the wishes of politicians who benefit from industry payoffs—bribes, future employment, or campaign contributions.

## 5. COST-BENEFIT ANALYSIS AND IMPACT ASSESSMENT

Governments should measure and weigh the costs and benefits to individuals when making policy. Most of the steps in a cost-benefit analysis (CBA) require input from technical experts, but governments ought not to leave the final policy choices to technocrats with no special claims either to make value choices or to represent the voting public. Policy choices are not purely technical exercises. CBA attempts to express all costs and benefits in monetary terms, applies a discount rate to the future stream of gains and losses and adds them up to find the option with the largest net monetary gain. The technique has no objective way to incorporate distributive concerns; yet they are de facto an aspect of any CBA exercise. The choice of a discount rate is a similarly vexed exercise, based on how one values the future versus the present (ROSE-ACKERMAN, 2021: 122-145).

Technocratic choices that fail to take account of public sentiment and value choices can result in a backlash that public officials cannot neutralize with the claim that the government's decision was backed up by solid analysis. For example, riots erupted in 2019 when the Chilean government raised transit fares by a small amount based on the recommendation of an expert committee that pointed to the increase in the price of diesel fuel and the fall in the exchange rate against the US dollar. The facts were not in doubt, but the government believed that the imprimatur of experts was sufficient (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022). In Germany, the planned rebuilding of the train station in Stuttgart triggered protests that the police put down in an excessively aggressive fashion. The railroad claimed that it had complied with all the needed procedures, but the public was not satisfied. In France, an increased gasoline tax, meant to combat climate change, led to the yellow vests' (*gilets jaunes*) protests. These examples are lessons for those in emerging democracies who think that technocratic solutions are sufficient. At the same time, it is important to make realistic estimates of the costs of public programs, and responsible politicians must make difficult choices. However, they need to take the time to explain these choices and, if possible, to involve the public early in the debate.

## 6. PUBLIC PARTICIPATION AND CONSULTATION

How can the executive, including regulatory agencies, balance expertise with accountability to citizens? Transparent procedures combined with public reasons are a necessary part of the answer; they allow citizens to know what the government is doing and how it justifies its actions. As a result, individuals, watchdogs, and the media can critique government actions, and both incumbents and political opponents can use that information at election time. However, after-the-fact review may come too late to affect contemporary policy choices. If expertise is essential, the ballot box is an imperfect instrument for connecting citizens to policy outcomes.

The limitations of transparency and reason-giving suggest that executive policy-making ought to engage the public directly when policies are still under discussion inside the executive. In my book, I explore a variety of techniques for public participation and argue that most are poorly suited to large polities facing technically complex problems (ROSE-ACKERMAN, 2021: 146-183). My interest is in public participation as an input into policymaking processes that government bodies organize. For technically complex and society-wide issues, grassroots participatory systems can have only a limited effect, even under ideal circumstances. Procedures should ensure adequate participation and transparency, but it cannot mimic village-level engagement. Central-government policymaking is necessary and cannot be made in a decentralized manner.

In recent decades, active public engagement has spearheaded national social and legal transformations. Social movements have generated fundamental shifts in public attitudes toward women, racial and religious minorities, and sexual orientation. These transformations typically take many years and include many different individuals and institutions (BARVOSA, 2018). The chain of legitimacy operates, but it is insufficient. In a democracy whose citizens have diverse views on substantive policy and basic values, unanimous consent is not the goal. Generally, there will be both losers and winners, but the state can institute processes that citizens accept as legitimate even if they do not always get the outcome that they prefer.

If CBA sets the stage within which public participation occurs, the process must overcome its limits. That implies that participation must be open to those at the bottom of the income ladder, and officials need to address fears of intimidation in an open and straightforward fashion. Long-standing patron-client relationships between politicians and local elites, on the one hand, and ordinary citizens, on the other, may make open-ended citizen participation difficult to institutionalize. The public administration should create a space for independent, issue-oriented citizen involvement.

Some of the most interesting experiments in public participation come from middle-income countries, some emerging from non-democratic pasts (ROSE-ACKERMAN, 2021: 157-168), including some in Latin America (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022). The most prominent examples are participatory budgeting in Brazil (POGREBINSCHI, 2013) and deliberative polls organized by James Fishkin and his associates throughout the world (FISHKIN, 2009). Here, I wish only to suggest the importance of understanding and replicating these and other exercises in citizen involvement under different conditions.

## 7. JUDICIAL REVIEW

Rulemaking processes do not always further democratic accountability, even if the law on the books is adequate. Strategic actors can hijack the process; hence, the losers need avenues of appeal to argue that the government has not followed its own proce-

dures or has acted lawlessly. Here is where the judiciary can help to promote accountable executive-branch policymaking, even though the courts are the least democratic of the branches. Administrative courts review for unbiased and honest administration in dealing with individual cases. Nevertheless, their isolation from day-to-day politics can permit them to provide impartial review of executive policymaking, as well as violations of individual rights. Judicial review can focus on procedures that encourage public input, on officials' public reasons, and on the consistency of executive rules with underlying substantive statutes and constitutional provisions.

In providing oversight, the courts walk a tightrope. Judges should set the parameters for government policymaking and monitor its agents' performance, without meddling in politics. A good balance is not easy to achieve. Each country's legal structure determines which issues are appropriate for judicial review and which should be left to the discretion of politically responsible institutions. My book's case studies reveal marked differences in the oversight role of courts. The comparative analysis provides a grounded sense of institutional possibilities, as well as assessing their strengths and weaknesses (ROSE-ACKERMAN, 2021: 184-243).

Generalist courts in the US and UK decide disputes involving executive rulemaking. The advantages are their broad perspective and their independence from the public administration. However, these virtues have potential downsides. Judges may fail to recognize the distinctive features of the administrative process—in particular, the political/policy aspects of rulemaking. In practice, both countries have introduced some specialization within their judiciaries. Thus, the US federal appellate court in the District of Columbia hears a large share of challenges to executive-branch rules. The UK recently established a specialized section of the High Court to hear appeals from tribunals covering particular policy areas.

In contrast, in France and Germany specialized administrative courts are the main locus of judicial oversight. Judges are career public officials who are close to the civil service in training. This knowledge has both benefits and costs. These judges have the expertise to evaluate the actions of the administration, but they may not have a sufficiently critical perspective. In essence, the debate over the value of specialized administrative courts repeats the controversy over the merits and disadvantages of specialized expertise that arises in executive policymaking itself.

Courts have intrinsic limits as monitors. They cannot set their own agendas; they only intervene in response to litigation. They manage their caseloads by refusing to accept certain kinds of cases by refusing jurisdiction, by judging ripeness and timing, and by limiting standing. Some courts permit public-interest standing, while others insist that plaintiffs suffer individualized harm. As to timing, courts can pause agency proceedings to resolve judicial challenges, hear a case after the rule takes final form, or hear complaints only after the agency has applied the rule to a particular case. Each aspect of review has different implications for the effectiveness of judicial monitoring.

The judicial role is shaped by each country's stance on the inherent prerogatives of the executive branch. How much information must the executive disclose? Is

agenda-setting a purely executive function, or can plaintiffs use lawsuits to force the government's hand? Should the internal organization of the bureaucracy and government contracting practices be subject to judicial review? May the courts impose limits on executive orders if they are not based on statutory grants of authority? If legislation creates an institution not contemplated in the explicit constitutional text, is the innovation constitutionally acceptable?

Judicial review can make corruption and other types of self-dealing harder to hide by forcing review both of the process and of the substantive outcome. Courts should check that agencies have correctly followed procedures and that the result complies with legislative purposes or constitutional principles. However, courts are constrained by the laws on the books. Requiring notice and an ability to comment may have little effect if agencies are not required to give reasons and are not subject to judicial oversight.

Judicial review of executive policymaking procedures only makes sense if the judiciary itself is competent and has an adequate budget; review can be counterproductive in states with weak, underfunded, or corrupt courts. Judicial independence is necessary but not sufficient. Taken alone, it risks impunity. A corrupt judiciary can undermine reforms and override legal norms. When dealing with such courts, the wealthy and the corrupt are confident that a well-placed payoff will resolve any legal challenges they face. An honest government administration will be difficult to establish if the judiciary is venal. In practice, no country has an entirely independent judiciary. Some accountability to the government and the citizens is consistent with a well-functioning judiciary, and it acts as a check on judicial corruption and other forms of self-dealing.

Even in the best of cases, judges may need additional training in the social sciences, policy analysis, and public administration to decide public-law disputes. If traditional legal training is formalized and legalistic, lawyers may lack the tools to carry out reviews of executive policymaking procedures at the intersection of the technical and political spheres. Outside of some US law schools, lawyers receive little training in fields relevant to the review of public-law cases, including those who become judges on administrative courts.<sup>8</sup> Judges may need to call on outside advisors to complement their legal training, or (as in the US) hire as clerks recent law graduates with the relevant expertise. For example, if called upon to resolve a legal challenge to an environmental rule or standard, judges need at least a rudimentary understanding of the social and technical issues at stake. The courts' goal is not to judge the science directly but to be sure that the agency has acted consistent with democratic mandates.

A judiciary that is competent and not captured by the executive, nevertheless, may be unable to act because restrictive rules of standing and jurisdiction limit its docket, especially cases that challenge rulemaking processes. In addition, lawyers

---

<sup>8</sup> See Thomas PERROUD, "Les études d'impact dans l'action publique en France: Perspective critique et propositions", *Politiques et management public*, Vol. 35, 2018, pp. 215-242. On the situation in France.

who bring public-interest cases without wealthy named plaintiffs may be unable to earn a living. There may be relatively few public-interest law firms, and these may be poorly funded and unable to reach financial settlements that could finance future suits. Most challenges may come from business firms and trade associations—biasing the caseload of the courts. In Europe and elsewhere, the courts require the loser to pay both sides' legal and court fees. This discourages frivolous lawsuits, but it also discourages risky suits that test the limits and meaning of vague statutory and regulatory language. A lawsuit brought to improve the clarity of the law usually has social benefits to many not directly involved in the lawsuit. Hence, there is a public interest in encouraging such suits. Two-sided fee-shifting can discourage such risky suits, as can rules where each side pays its own fees. One response, embodied in some US environmental laws, is one-sided fee shifting, where the public-interest plaintiff does not have to pay the government's legal fees if it loses, but the government pays the plaintiff's legal fees if it wins.<sup>9</sup> These provisions provide an incentive to test the law's interpretation without opening up the plaintiffs to large liabilities if they lose.

Establishing an effective system of judicial review of executive policymaking is a complex undertaking where the basic competence and honesty of the judiciary interact with the nature of judicial review. Review is, however, necessary to further the policymaking accountability of the executive ministries and regulatory agencies.

## 8. SPAIN AND LATIN AMERICA<sup>10</sup>

Moving beyond the in-depth case studies in my recent book, I pause briefly to consider the related cases of Spain and Latin America, drawing on the overview of Latin America in Rose-Ackerman and Melgar (2022). Although Spanish administrative law draws on the public law of Germany and France, its legal framework for executive policymaking arose in 1958, during the authoritarian Franco period and included procedures for drafting and issuing regulations. However, in practice, executive degree-laws, not based on statutory delegations, were of central importance.<sup>11</sup> The 1975 transition to democracy made Spain especially attuned to the dangers of unilateral executive action. However, Spain's 1978 democratic constitution, article 86.1, gives the Government limited authority to issue emergency "Royal Decree-Laws" with force of law and without an authorizing statute. Under article 86.2, the decree-law must be ratified by the Congress within 30 days to remain in force. In March 2022, for example, the Government issued a decree-law on matters relating the effect of the war in Ukraine on the Spanish labor force, arguing that immediate

---

<sup>9</sup> See the US Clean Water Act 33 C. W. A § 1365.

<sup>10</sup> Javier Barnes and Edgar Melgar provided comments on the Spanish case and its relationship to Latin American public law. I remain responsible for errors and my over-simplification of a complex and fluid reality.

<sup>11</sup> According to Javier Barnes, although the APA of 1958 introduced rulemaking as a legal option, executive decree—laws were more important and generated much fear.

action was needed.<sup>12</sup> Thus, although the executive's decree authority is much more restrictive than under the Franco regime and is limited in subject matter, Royal Decree-Laws permit broad executive discretion.

At the same time, the 1978 Constitution, Section 105.a, requires the law to make provision for: "The hearing of citizens, directly, or through the organizations and associations recognized by the law, in procedures for rules and regulations affecting them." Two principal statutes implement these constitutional provisions. First, APA 50/1997 dealt with the rulemaking process.<sup>13</sup> After 1998, other statutes broadened the scope of judicial review so that regulations may face court challenges. Second, section 133 of the Spanish Administrative Procedure Law 39/2015 implements the constitutional text and elaborates on the nature of the required consultation.<sup>14</sup> Under that provision, much of the consultation process should be open to anyone, but these procedures can be omitted, "if serious reasons of public interest" justify doing so. Apparently, the public administration itself makes that finding. Nevertheless, unlike my other European cases and most Latin American countries, the constitution's explicit mention of consultation with citizens recognizes the importance of assuring the democratic legitimacy of executive rulemaking, over and above links through the electoral connection.<sup>15</sup> These developments place Spain in what Javier Barnes calls the "second-generation" of administrative procedure, that is, one that includes consultation processes but where the procedures remain part of a centralized top-down regulatory process "not based on a wide vision of cooperation between agencies, regulated parties, and the public" (BARNES, 2017: 312, BARNES, 2010: 336).

Latin America shares a legal culture with Spain and Portugal, but its constitutional forms are similar to the US presidential system. In addition, some regulatory bodies imitate US regulatory commissions, established as these countries privatized their public utilities, such as electricity and telecoms. They represent a distinct set of cases, not examined in *Democracy and Executive Power*. Their national presidents

---

<sup>12</sup> Royal Decree Law 06/2022, Summarized in "Government Approves Restrictions for Layoffs, Employment Measures for Specific Sectors, and an Increase to the Guaranteed Minimum Income", Garrigues, March 30, 2022, [https://www.garrigues.com/en\\_GB/new/spain-royal-decree-law-62022-government-approves-restrictions-layoffs-employment-measures](https://www.garrigues.com/en_GB/new/spain-royal-decree-law-62022-government-approves-restrictions-layoffs-employment-measures).

<sup>13</sup> That act supplemented APA 30/1992, which replaced the 1958 act and covered aspects of the administrative process except rulemaking.

<sup>14</sup> Article 133 foresees three different forms of participation in the procedure for the adoption of an administrative rule: (i) the 'consulta pública' on a concept note is open to any 'person potentially affected', (ii) the 'información pública' on a draft is also open to anybody, and (iii) the 'audiencia pública' on a draft is addressed to the individuals or groups specifically concerned. There are exceptions to the duty to carry out these participatory procedures (Article 133.4). An administrative document discussing the results is mandatory after the 'consulta pública' (Article 26.3 of the Public Sector Act 40/2015), and after the 'información pública' (Article 83.3 APA 39/1995). I am grateful to one of the anonymous referees for this elaboration. In addition, other sectorial laws (such as urban or town planning) as well as local or regional administrations have analogous rulemaking procedures for their respective fields. I do not deal with these here, but they also deserve comparative study.

<sup>15</sup> Other constitutional provisions also recognize the right of citizens, individually or collectively to petition (Art. 29.1) and to have access to public information (Art. 105(b)).

generally have independent decree power co-existing with relatively weak or divided legislatures. To some extent, these strong executives reflect not just the US model but also the model of the strong Spanish executive in spite of its parliamentary structure.

Across Latin America, administrative law structures differ by country, but overall, there are only weak legal requirements, if any, for notice, hearings, and public reason-giving when the executive branch issues regulations with legal force. A few countries, such as Argentina, adopted APAs that closely tracked the Spanish 1958 APA; within the last decade, the Dominican Republic and El Salvador enacted statutes with provisions similar to the notice-and-comment provisions of the US APA. In practice, these statutes apparently have had little practical significance. However, there are two important exceptions: environmental policymaking, familiar to me from my European cases, and the distinctive position of indigenous groups with consultation rights established by section 169 of the *Indigenous and Tribal Peoples Convention* for public projects that will affect these groups (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022).<sup>16</sup>

The judiciary provides varying degrees of oversight in Latin America (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022, on Spain see MIR, 2021). Many countries have separate administrative courts (*jurisdicción contencioso-administrativa*) building on European models such as France, Germany and Spain. In addition, in most countries, the *amparo*, process evaluates the effects of policies on individuals, based on their constitutional rights. Although the process enforces substantive rights codified in statutory or constitutional law or international treaties, the courts may add their own procedural requirements. Although traditionally used to enforce individual rights, some Latin American legal systems recognize a collective *amparo*, and the courts hear cases brought by groups, for example, a community affected by a mining project or a class of people affected by the same medical problem (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022).

The Spanish constitution recognizes a right to *amparo* (Art. 161(1)(b)), and “any natural or legal person with a legitimate interest” can seek its protection (Art. 162(1)(b)). However, this constitutional right is not the usual route for challenging regulations because it requires exhaustion of legal remedies. According to Javier Barnes, the *amparo* process generally concerns rulings by other courts that have not remedied the violation of a fundamental right. Instead, the channel for judicial review of administrative actions is the contentious-administrative jurisdiction, and there are two forms of judicial challenges, both individual and collective: direct, against the regulation itself, or indirect, against the administrative act applying the regulation. The contentious-administrative jurisdiction, therefore, may annul a regulation for material or substantive reasons, as well as for procedural reasons.

---

<sup>16</sup> International Labor Organization, *Indigenous and Tribal Peoples Convention*, 1989 (No. 169), [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55\\_TYPE,P55\\_LANG,P55\\_DOCUMENT,P55\\_NODE:REV,en,C169,/Document](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,en,C169,/Document).

Some argue that political considerations are relevant in the selection of justices for Latin American constitutional or supreme courts and other courts with a role in the oversight of the government. Even with nominal independence and terms that overlap those of the president, chief executives have frequently determined Supreme Court composition upon taking office. As in the US, prosecutors are presidential appointees in some countries, although in others they are independent and appointed on merit. In contrast to the US and similar to Spain, France, and Germany, most judges are civil servants with lifetime career paths. They may be apolitical but they often have low budgets and few staff to handle caseloads effectively.

One response has been the creation of judicial councils (*consejos de la magistratura*) charged with selecting judges on merit, but this has had mixed results. One commentator suggests that councils might work better if they were required to operate transparently and to develop participatory processes that consult with concerned citizens (POPKIN, 2005). Some of the same issues relating to accountability and public legitimacy arise with the courts as with the executive rulemaking procedures themselves.

In spite of these weaknesses, our review of the administrative law of rulemaking in Latin America reveals clear movement in the direction of more public accountability (ROSE-ACKERMAN & MELGAR, 2022). Procedures for consultation, however, seldom express broadly democratic goals that involve citizens qua citizens. At the same time, courts have enforced consultation rights, and the growth of such processes could be a first step toward a broadened democratic involvement in executive policymaking.

Reforms of Spanish administrative rulemaking procedures parallel developments in Latin America. Both the Spanish Constitution and the 2015 amendments to its administrative procedure act recognize a right to public participation including the right to a hearing and public access to information. Two years earlier, Spain, after many Latin American countries, enacted a law on transparency and freedom of information.<sup>17</sup> Granted, the provisions in Iberian and Latin American law do not amount to requirements for notice-and-comment procedures, as embodied in the US APA (BARNES, 2017), but they could serve as a base on which to build toward enhanced citizen participation in executive rulemaking procedures.

---

<sup>17</sup> Act 19/2013 on Transparency, Access to Public Information and Good Governance, [https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/AdministracionElectronica/Act-19-2013\\_on\\_transparency\\_access\\_to\\_public\\_information\\_and\\_good\\_governance.pdf](https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/AdministracionElectronica/Act-19-2013_on_transparency_access_to_public_information_and_good_governance.pdf). The Mexican Freedom of Information Act, dates from 2002, and is particularly well institutionalized. Several Latin American countries, including Brazil, Chile, and Colombia, as well as Mexico, rank above Spain in a 2016 list prepared by RTI, <https://www.rti-rating.org/country-data>.

## 9. A REFORM AGENDA

All democracies face the same basic challenges if they seek to institutionalize accountable executive policymaking processes. Constitutional and administrative law must confront the difficulties of balancing competence, public participation, and government accountability. These are not challenges that the judiciary can confront on its own. A constitutional or statutory framework is necessary. Every country must make its own diagnosis, but several pervasive problems reoccur that suggest directions for reform related especially to the issuance of executive rules with the force of law. These suggestions arise from the overall analysis in Rose-Ackerman (2021). They involve:

- (1) Procedures for issuing rules and policy documents that balance competence and democratic values;
- (2) Better civil-service training and integrity;
- (3) Laws that facilitate the establishment and accountability of civil-society groups;
- (4) Balanced oversight of independent agencies and quasi-private regulatory bodies;
- (5) Experimentation with alternative routes to public participation in executive policymaking;
- (6) Judicial review of the democratic efficacy of the administrative process, supported by standing for non-governmental advocacy groups; and
- (7) Improved legislative capacity to evaluate delegated authority.

First, administrative-law reform may need to limit executive decree powers, especially as the drafting capacity of the legislature improves. As the US example demonstrates, placing procedural constraints on the issuance of rules with the force of law may lead to circumvention of these procedures through case-by-case implementation and the use of instruments, not subject to notice and comment. Presidents, ministers, and regulatory commissions, instead, may issue executive orders, guidance documents, policy statements, or memoranda. These are familiar workarounds in the US, and they could spread to other governments newly subject to notice-and-comment procedures. Thus, administrative-procedure acts should set explicit limits on efforts at circumvention. They should provide for their use in clearly defined areas and forbid them in others.

At the same time, the law of administrative procedures ought to reflect the time and trouble of using these procedures. There is no value in red tape for its own sake. Some reforms can succeed through internet portals; others require face-to-face interactions. We need more and better research on alternatives that combine modern technology and human interaction. Sometimes simply streamlining and clarifying procedures is sufficient to improve government functioning. If citizens and business-

es know what they need to do to comply with the rules, streamlining can increase both the competence and the public acceptability of public policies. However, administrative reforms of that sort cannot solve underlying policy problems. The state can make compliance with rules easy and quick, but if the policies that they reflect do not incorporate public concerns or even acknowledge public discontent, the population may resist them, sometimes violently. Simplicity of implementation is only one value.

Second, the quality and honesty of the bureaucracy set the background conditions for executive policymaking. The civil service needs officials trained in policy analysis based on economics, social science, and the technocratic knowledge at the heart of their offices' mandates (for example, meteorology for the weather bureau, statistics for the census bureau, the effects of toxic chemicals for the regulation of pesticides and food additives). Some officials may have few technical qualifications beyond party loyalty and patronage links; others may be competent technocrats who lack an understanding of the operation of government and its interactions with the public. These contrasting concerns have been central to the field of public administration. Bureaucracies operate in a political context, and career officials need to be aware of the connections between their professional expertise and the shifting political imperatives of periodic elections. Most officials will need to balance their specialized training with deference to political appointees at the top of their agencies. In extreme cases, they will face sharp tensions between professional and technocratic norms and political pressures.

The fundamental background conditions for an effective civil service are limits on conflicts of interest and the prevention of corrupt inducements. These conditions also ought to apply to political appointees and to private contractors. Tension exists between the government's ability to tap into private-sector expertise and the worry that experts have political biases that will compromise their impartiality. There is no easy way to resolve this tension, but the public sector can mitigate it in several ways. Thus, those who leave government for the private sector may be restricted from private-sector work related to their previous government service. Furthermore, rulemaking procedures that promote democratic accountability also help make bureaucratic actions more transparent and act as a check on official self-dealing. Policies that limit conflicts of interest can also limit corruption, but more direct anti-corruption policies are necessary both to reduce the economic rents in public programs and to discipline and suspend the corrupt.

Third, the law should make it inexpensive and easy to establish civil-society advocacy groups, at the same time as it requires transparency about their finances and backers. Nonprofit organizations (NGOs) that are "for-profits in disguise" are a risk if reporting requirements are lax and taxes on for-profit firms are high. In turn, public authorities must not deny licenses to NGOs for political reasons.

Fourth, the policymaking roles of independent government agencies raise distinctive issues. Are these agencies too independent of central political control or not independent enough? Their constitutional status may be in question. In the US,

the judiciary has upheld the constitutionality of independent agencies and allowed them to make rules with the force of law in the same way as cabinet departments. The parliamentary systems of the UK and Germany limit the policymaking role of agencies, although many have de facto rulemaking power. In France, such agencies adjudicate individual cases. They do not make rules, although the relevant ministries consult them. The tripartite separation of powers into legislative, executive, and judicial does not accord well with the functional requirements of modern government. Independence from both the core executive and the legislature, constrained by judicial oversight, is a pragmatic response to certain kinds of regulatory challenges in the modern state. Both wealthy countries and middle-income democracies have implemented such institutional reforms, especially in Latin America in connection with the privatization of public utilities. The key point is not so much the need for independent expertise, which government can obtain through consulting contracts. Rather, the primary justifications are the value of insulating regulators from day-to-day political imperatives and from the ministry that makes economic decisions as part owner of the firm, even after privatization. Politicians may seek to favor their constituents and donors. The relevant ministries may resist regulatory policies that increase competition but lower the profits of regulated firms. The arguments against independence focus on the possibility of a rogue agency captured by some portion of the regulated industry or by an interest group. These risks imply that the participation of nonpartisan, civil society and of affected groups is especially important when independent or quasi-independent agencies issue rules with the force of law. Independence may promise impartial, expert agency actions, but it needs to include input from ordinary citizens.

Fifth, both government ministries and civil-society groups should be given incentives to experiment with alternative ways of encouraging public participation in policymaking, and funds should be available to test alternative routes to public involvement. Analysts should measure effectiveness not by asking the participants if they are “satisfied” with the process but rather by looking at the impact of the process on the administration’s policy choices. Within my framework, the goal is not to have “the public” make rules and regulations by itself. Rather, rulemaking ought to be the responsibility of cabinet departments and independent agencies operating under delegated authority. But these bodies ought to seek input, not just from regulated entities and technical experts but also from citizens and organized advocacy groups. Furthermore, once this input has been provided, the public body ought to issue a public statement of reasons that tells the electorate what policy it has chosen and why. The judiciary can review this decision if someone brings a case, but only to check the procedures used and the rule’s consistency with the statute and the constitution. It should not second-guess policy choices but rather focus on the democratic legitimacy of the outcome and the process.

One model that seems worth developing merges some aspects of American-style notice-and-comment rulemaking with lessons from participatory experiments elsewhere. The key features would include the following steps:

- A preliminary technocratic exercise by a public agency that produces a set of feasible options;
- An open-ended public website for the provision of input on these options, with comments posted on-line;
- A sifting process that consolidates the agency's options with the public comments to isolate the key points of contention;
- Selection of a limited-sized group that represents a cross-section of those with an interest in the policy;
- A moderated discussion among the group members either to reach a consensus recommendation or to produce a report laying out areas of disagreement.

With that information in hand, the agency then decides on its course of action and issues a rule along with a statement of reasons. To the extent that analysts use CBA or impact assessment, these studies would enter the process up front when the agency drafts the options, but before public consultation occurs. This proposal is just a sketch, not a blueprint. It combines elements of existing systems to bring together expertise and public input. If the political will exists, it could operate in both wealthy and middle-income countries.

Sixth, laws that require public participation may mean little in practice unless those excluded from the administrative process have access to the courts. The courts can review not just the administration's acceptance of outside input but also the extent to which government agencies take it into account. Such oversight risks converting the courts into policymakers, but it is possible to craft doctrines of review that stress, first, the proper use of procedures, and second, the consistency of executive rules with statutory mandates or constitutional grants of authority. The argument for the judicial review of procedures is precisely that it distances the courts from substantive policymaking and stresses the connection between the government and bureaucracy, on the one hand, and the citizenry, on the other.

Seventh, legislative capacity to review statutory delegation needs strengthening in many countries. This could involve better staff support for members, parties, and committees, as well as non-partisan training programs for new members at the start of each session. Such training is especially important in a separation-of-powers polity, such as the US, where bills are both drafted and modified inside the legislature, rather than presented to it by the cabinet as an almost finished product. Better legislative capacity could also help members of parliament to push back against unilateral efforts by the cabinet to impose statutory drafts on the legislature without providing for adequate evaluation and discussion of their consequences. Controversial efforts to achieve open-ended delegations to the government would then be subject to more intelligent debate both inside and outside the legislature. Laws could still pass in the heat of a political moment, but, at least, the legislature would have the capacity to raise informed questions about government initiatives.

Some may challenge a rule as a violation of individual rights, and such review is an important part of the judiciary's responsibility. Nevertheless, rights review should not prevent the courts from acting as a backstop to help promote the democratic accountability of government policymaking. Because policymaking in the executive is the only realistic option in a modern democratic policy, the law should empower the courts to check on the responsible use of such power. This may be a difficult task for legally trained judges with little in-depth knowledge of substantive policy, and that weakness suggests caution. It explains why judges may review procedures and defer to well-justified policy choices. If a policy choice is reflected in rules, however, the judiciary should be careful not to impose procedures that mimic those used in the courts themselves—procedures that do not acknowledge the mixture of technical knowledge and democratic responsiveness necessary in a representative democracy seeking to respond competently to the challenges of governing a regulatory/welfare state.

## 10. CONCLUSIONS

Administrative law and constitutional law interact whenever policymaking occurs outside the legislature under statutory delegation or executive prerogatives. Law constrains the exercise of both pure political expediency and technocratic expertise, but it is not independent of the political and policy context. Law regulates the democratic structure of government with enforcement by the courts, but the political incentives for policymaking accountability differ across constitutional structures. All four of my case study countries have professional bureaucracies and competent courts, but their constitutional structures have had a strong influence on the democratic accountability of policymaking within the government in each country. Other wealthy and middle-income countries, such as Spain and Portugal and the Latin American democracies, seeking technically competent and democratically acceptable delegated policymaking, face similar challenges. The variety of constitutional frameworks helps explain the differences in administrative policymaking practices and the role of the courts. It does not excuse them. Even if the political incentives embedded in certain constitutional structures suggest that sitting politicians will have little interest in reform, the need for reform remains. I have presented some general options for more democratically responsible executive policymaking, and I hope that they will generate debate both in countries with few procedural constraints on rulemaking and in the US, where rulemaking procedures need reform. The US notice-and-comment process may be losing some of its standing as a protector of democratic legitimacy in an atmosphere of distrust of government. The process itself can leave out important voices, and public officials, elected presidents included, are finding routes to policymaking that lack even the imperfect protections of the APA. Those concerned about the future of representative democracy should include rulemaking reform in their list of priorities along with a critical examination of other ways in which policies take

form. Structural issues linked to the openness and accountability of regulatory bodies should not be ignored in the heat of day-to-day crises that soak up the headlines.

Public participation in executive policymaking interacts with each state's constitutional structure in different ways. The incentives for making policymaking accountable to the public differ between alternative forms of parliamentary and presidential government. Formalistic theories of the separation of powers are insufficient; they place government activities too rigidly into predetermined boxes. In spite of cross-country differences, citizen agitation for more effective public input into major government decisions is commonplace.

My analysis leads to a paradoxical conclusion. Although American politics is riven by inter-branch conflicts, the implications for the law of bureaucratic rulemaking have been generally salutary. I argue that notice-and-comment rulemaking under the APA comes closest to the democratic ideal of public involvement in delegated policymaking. Although under pressure from presidential overreaching and subject to justified criticism for failing to live up to its promise, the APA, at least, does confront the political and technocratic values at stake in rulemaking.

In most democracies, civil-society organizations are pushing the courts and other oversight institutions to encourage public input into the actions of public bureaucracies. Much of this activity, especially outside the US, focuses on the violation of individual rights. However, a deeper look at these developments suggests an enhanced concern with the democratic status of executive policymaking. Reformers elsewhere can learn from studying the interactions between courts, government monitors, and civil-society watchdogs. These reformers may face very different levels of institutional capacity and public involvement, but the imperfections of even established democracies should promote critical and creative thinking about institutional design.

Representative democracies need to go beyond elections, representative legislatures, and the establishment of political parties. Executive policymaking should have a legal basis that accepts its necessity and gives it democratic legitimacy through structures of policymaking accountability—that is, transparency, public input, and reason-giving, with judicial review of process. These procedures ought to be a priority for reformers in any country that is rethinking the connection between its administrative-law system and constitutional structures that entrench democratic institutions.

## 11. BIBLIOGRAPHY

- Javier BARNES, "Administrative Procedure", in Peter CANE, Herwig C.H. HOFMANN, Eric C. IP & Peter LINDSETH (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 831-855.
- Javier BARNES, "Three Generations of Administrative Procedure", in Susan ROSE-ACKERMAN, Peter LINDSETH & Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2nd ed., Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 303-318.

- Javier BARNES, "Towards a Third Generation of Administrative Procedure", in Susan ROSE-ACKERMAN & Peter LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, pp. 336-356.
- Edwina BARVOSA, *Deliberative Democracy Now: LGBT Equality and the Emergence of Large-Scale Deliberative Systems*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- Ernest-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt-am-Main, 1992.
- Jacques CHEVALLIER, "De la Administration démocratique à la démocratie administrative", *Revue Française d'Administration Publique*, Vol. 137-138, 2011, pp. 217-227.
- Margit COHN, *A Theory of the Executive Branch: Tension & Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Dominique CUSTOS, "The 2015 French Code of Administrative Procedure: An Assessment", in Susan ROSE-ACKERMAN, Peter LINDSETH & Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 284-301.
- Giacinto della CANANEA, *Due Process of Law beyond the State: Requirements of Administrative Procedure*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Martin EIFERT, "Conceptualizing Administrative Law—Legal Protection versus the Regulatory Approach", in Herman PÜNDER & Christian WALDHOFF (eds.), *Debates in German Public Law*, Hart, Oxford, 2014, pp. 203-218.
- Daniel FARBER, Lisa HEINZERLING & Peter M. SHANE, "Reforming 'Regulatory Reform': A Progressive Framework for Agency Rulemaking in the Public Interest", *Issue Brief*, 2018. <https://www.acslaw.org/wp-content/uploads/2018/10/Oct-2018-APA-Farber-Heinzerling-Shane-issue-brief.pdf> (accessed May 30, 2022).
- James S. FISHKIN, *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Ruth FOX & Joel BLACKWELL, *The Devil in the Details: Parliament and Delegated Legislation*, Hansard Society, London, 2014.
- Oriel MIR, "Administrative Procedure and Judicial Review in Spain", in Giacinto della CANANEA & Mads ANDENAS (eds.), *Judicial Review of Administration in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Thomas PERROUD, "Les études d'impact dans l'action publique en France: Perspective critique et propositions", *Politiques et management public*, Vol. 35, 2018, pp. 215-242.
- Thamy POGREBINSCHI, "The Squared Circle of Participatory Democracy: Scaling up Deliberation to the National Level", *Critical Policy Studies*, Vol. 7, 2013, pp. 219-241.
- Margaret POPKIN, "Participación ciudadana en la reforma de la justicia", in Centro Nacional para Tribunales Estatales: Fundación para el Debido Proceso Legal (ed.), *Sociedad civil y reforma judicial en América Latina*. Due Process of Law Foundation, Washington DC, 2005, pp. 23-32.
- Mariana Mota PRADO, "Assessing the Theory of Presidential Dominance: Empirical Evidence of the Relationship between the Executive Branch and Regulatory Agencies in Brazil," 181-197.
- Mariana Mota PRADO & Michael J. TREBILCOCK, *Institutional Bypasses: A Strategy to Promote Reforms for Development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Susan ROSE-ACKERMAN, *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability the US, the UK, Germany, and France*, Yale University Press, New Haven, 2021.
- Susan ROSE-ACKERMAN & Edgar MELGAR, "Hyper-Presidential Administration: Executive Policymaking in Latin America", *Arizona Law Review*, Vol. 64, n. 2, forthcoming Winter 2022.
- Susan ROSE-ACKERMAN & Thomas PERROUD, "Policymaking and Public Law in France: Public Participation, Agency Independence, and Impact Assessment", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 19, 2013, pp. 225-312.
- Susan ROSE-ACKERMAN, Diane DESIERTO & Natalia VOLOSIN, "Hyper-Presidentialism: Separation of Powers without Checks and Balances in Argentina and the Philippines", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, 2011, pp. 101-88.

- Susan ROSE-ACKERMAN, Stefanie EGIDY & James FOWKES, *Due Process of Lawmaking: The United States, South Africa, Germany, and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Matthias RUFFERT, “The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project”, in Matthias RUFFERT (ed.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier, Munich, 2007, pp. 3-52.
- Peter SHANE, *Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 2009.
- Ernesto STEIN, Mariano TOMMASI, Koldo ECHEBARRÍA, Eduardo LORA & Mark PAYNE, *The Politics of Policies: Economic and Social Progress in Latin America*, Inter-American Development Bank and The David Rockefeller Center for Latin American Studies at Harvard University, Washington DC, 2005.
- Peter STRAUSS, “Overseer or ‘the Decider’? The President in Administrative Law”, *George Washington Law Review*, Vol. 75, 2007, pp. 696-760.
- Andreas VOSSKUHLE & Thomas WISCHMEYER, “‘Neue Verwaltungsrechtswissenschaft’ against the backdrop of Traditional Administrative Law”, in Susan ROSE-ACKERMAN, Peter LINDSETH & Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 85-101.
- Jessica WALSH, *A Double-Edged Sword: Judicial Independence and Accountability in Latin America*, International Bar Association, Human Rights Institute, London, 2016.
- Wendy WAGNER, “Participation in the US Administrative Process”, in Francesca Bignami & David Zaring (eds.), *Elgar Research Handbook on Comparative Law and Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, pp. 109-128.
- Matthias WENDEL, *Verwaltungsermessens als Mehrebenenproblem*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

[www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/](http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/)

