

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 2 | 2020

© **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_2_2020
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 (“open first”) 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

Gabriel Doménech Pascual
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

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

Rosario Leñero Bohórquez
Profesora Colaboradora de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

Francisco Velasco Caballero
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Autónoma de Madrid

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Letelier Wartenberg
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

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

Héctor Santaella Quintero
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

Claudia Tubertini
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo
Università di Bologna

Elisenda Malaret i García
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Diego Pardow
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

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

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

Flavio Quezada: <i>Una aproximación crítica a la comparación de derechos administrativos</i>	7
José Esteve Pardo: <i>La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la covid-19</i>	35
Joseba Fernández Gaztea: <i>Concepto y funciones de la tónica jurídica en el Derecho público</i>	51
Dolores Utrilla Fernández-Bermejo: <i>La relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo</i>	73
Jorge García-Andrade Gómez: <i>La regulación de la política macroeconómica: un desafío para el Derecho público</i>	125
M. ^a Amparo Salvador Armendáriz: <i>El principio constitucional de estabilidad presupuestaria en el marco de la macroeconomía: consecuencias y dificultades de su juridificación</i>	161
Comentarios	207

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA COMPARACIÓN DE DERECHOS ADMINISTRATIVOS*

A CRITICAL APPROACH TO THE COMPARISON OF ADMINISTRATIVE LAWS

Flavio Quezada
Universidad de Barcelona

RESUMEN: El presente trabajo se propone elaborar un conjunto de herramientas metodológicas que resulten útiles para la comparación de derechos administrativos, adoptando una perspectiva crítica en un triple sentido: desde el pensamiento crítico, desde el comparatismo crítico y desde una aproximación crítica al derecho administrativo, en tanto objeto de estudio para la comparación. Para seguir este camino se requiere exponer brevemente la discusión epistemológica entre el funcionalismo y el comparatismo crítico; luego aproximarse críticamente a los discursos sobre la convergencia de derechos en el contexto de la globalización neoliberal. Estos pasos permiten justificar la importancia de estas comparaciones como identificar el objeto de comparación. Posteriormente, se elaboran cinco herramientas metodológicas cuya articulación concreta dependerá de los fines específicos de la investigación.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado; Derecho Administrativo; Teoría Crítica; Metodología.

ABSTRACT: The present work aims to develop a set of methodological tools that are useful for the comparison of administrative laws, adopting a critical perspective in a triple sense: critical thinking, critical comparative law and a critical approach to administrative law, as a subject of study for comparison. In order to follow this path, it is necessary to briefly present the epistemological discussion between functionalism and critical comparative law; and then critically approach

* Esta investigación se desarrolló gracias al financiamiento de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de la República de Chile (CONICYT PFCHA/DOCTORADO BECAS CHILE/2018 – 72190220).

the discourses on the convergence of laws in the context of neoliberal globalization. These steps allow us to justify the importance of these comparisons as well as to identify the object of comparison. Subsequently, five methodological tools are developed, the particular articulation of which will depend on the specific purposes of the research.

KEYWORDS: Comparative Law; Administrative Law; Critical Theory; Methodology.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN—2. LA CRÍTICA AL COMPARATISMO TRADICIONAL. 2.1. El funcionalismo de Konrad Zweigert y Hein Kötz. 2.2. La crítica del comparatismo crítico. 2.3. La especificidad de la comparación de derechos administrativos—3. HERRAMIENTAS METODOLÓGICAS PARA COMPARAR DERECHOS ADMINISTRATIVOS. 3.1. El factor biográfico: de la deconstrucción a la reconstrucción de sí. 3.2. Herramientas para la construcción ad hoc de un espacio de comparación. 3.2.1. Herramienta uno: deconstrucción y reconstrucción contextualizada del Derecho extranjero. 3.2.2. Herramienta dos: justificación de la selección de casos. 3.2.3. Herramienta tres: considerar la trampa del lenguaje. 3.2.4. Herramienta cuatro: el tracing de textos. 3.2.5. Herramienta cinco: la conceptualización y la comparación conceptual. 3.3 Los fines de la comparación de derechos administrativos—4. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común en la literatura especializada señalar que el Derecho público, por razones prácticas e históricas, no habría ocupado un lugar central en la producción intelectual del comparatismo. En efecto, se afirmaba que resultaría imposible desarrollar investigaciones comparativas satisfactorias sobre los Derechos públicos, debido a su complejidad y asistematicidad, producto del marcado carácter nacional de un derecho expresión directa de la conflictividad política¹.

Lo anterior usualmente es matizado mediante el argumento histórico que remonta los orígenes del comparatismo a autores griegos clásicos, tales como Heródoto, Platón y Aristóteles², que se habrían ocupado de asuntos que hoy vincularíamos al Derecho político o constitucional, como, en especial, por el rol fundador del Derecho constitucional comparado que se le asigna a Montesquieu³. Sin embargo, en la actualidad, un argumento particularmente influyente, ha sido intentar refutar la incomparabilidad del Derecho público, negando su especificidad nacional, lo cual

¹ Jean RIVERO, “Le droit administratif en droit comparé: rapport final”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 41, núm. 4, 1989, pp. 919-926 (pp. 919-921). François HAUT, “Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 41, núm. 4, 1989, pp. 907-914. Giacinto DELLA CANANEA, “Administrative Law in Europe: A historical and comparative perspective”, *Italian Journal of Public Law*, vol. 2, núm. 2, 2009, pp. 162-211 (pp. 167-169). Janina BOUGHEY, “Administrative law: The next frontier for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, 2013, pp. 55-95 (pp. 57-60).

² Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, Paris, 2010, p. 33. Susana DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo, Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 72.

³ Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 34.

se reflejaría en un fenómeno de convergencia jurídica, sea a nivel global en tanto expresión de la globalización jurídica⁴, como a nivel europeo, en la denominada europeización del Derecho público⁵. En este contexto, sería el Derecho constitucional comparado el que destacaría, por su numerosa producción intelectual en las décadas recientes, que incluso lleva a algunos a afirmar un cierto giro del comparatismo desde el iusprivatismo hacia el iuspublicismo, cuyo centro estaría en dicha área⁶. El correlato de esta afirmación sería el rol secundario, incluso pintoresco, de emprender comparaciones de Derecho administrativo⁷. Así, si bien ya no se trataría de una empresa imposible, sería, a lo menos, de poca relevancia.

El presente trabajo pretende recorrer un camino alternativo a partir de las preguntas que permite formularse el pensamiento crítico y su expresión en el comparatismo, desde esa base teórica, se justificará la posibilidad de comparar Derechos administrativos y su importancia. Se trata de tomar en serio a dicha corriente, no descartarla, de entrada, por ser, supuestamente, demasiado radical. Esta tarea resulta de relevancia, puesto que lo que la caracteriza es seguir nuevos caminos de reflexión, cuestionar los supuestos asentados, desnaturalizar lo que pareciera ser obvio o incuestionable; todo lo cual resulta particularmente importante cuando se trata de aproximarse a la otredad jurídica, ya que normalmente quien utiliza el Derecho extranjero en una discusión jurídica o política interna, como quien emprende comparaciones, “no dice todo lo que hace”⁸, y la posibilidad de que exista tras ello un uso ideológico implícito, consciente o inconsciente, estará siempre presente.

En la reflexión que propone este trabajo, la comparación jurídica implicará un proceso de cuestionamiento tanto del propio comparatista, de la *doxa* dominante en los casos que desea estudiar, como de los discursos elaborados en las discusiones entre comparatistas. Ello permitirá a quien emprenda esta tarea no solo una mejor comprensión del fenómeno jurídico, sino de la propia expresión que adopta en el medio en el cual se desenvuelve.

Cabe precisar que, siguiendo a Rivero, se prefiere la expresión “comparación de Derechos administrativos” y no “Derecho administrativo comparado”, puesto que,

⁴ Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, LGDJ, Paris, 2ª ed., 2010. Jean-Bernard AUBY, “Globalisation et Droit Comparé”, *European Journal of Law Reform*, vol. 8, núm. 1, 2006, pp. 43-52.

⁵ Thorsten SIEGEL, *Europeización del Derecho Público. Marco de condiciones y puntos de interacción entre el Derecho europeo y el Derecho (administrativo) nacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016. Jürgen SCHWARZE, “Towards a Common European Public Law”, *European Public Law*, vol. 1, núm. 2, 1995, pp. 227-239. Jürgen SCHWARZE, “The Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States”, *European Public Law*, vol. 4, núm. 2, 1998, pp. 191-210. Jürgen SCHWARZE, “Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, 2004, pp. 969-984.

⁶ Etienne PICARD, “La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 67, núm. 2, 2015, pp. 317-329 (p. 317).

⁷ *Ibid.*, p. 318.

⁸ Marie-Claire PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 100.

tal como dicho autor explica, “[la] comparación implica pluralismo: el Derecho comparado es la comparación de diversos Derechos”⁹. Esta precisión no solo resultó adelantada para su tiempo, sino que permite, a su vez, evidenciar uno de los argumentos centrales del comparatismo crítico: el hecho o, incluso, el valor de la diferencia.

Así, asumiendo las limitaciones propias de todo proyecto intelectual, como de la reflexión jurídica en particular, se intentará elaborar una propuesta que permita comparar Derechos administrativos de una forma crítica, a lo menos, en tres sentidos: primero, teniendo como trasfondo teórico el pensamiento crítico¹⁰; segundo, adscribiendo al comparatismo crítico; y, tercero, aproximándose críticamente al Derecho administrativo¹¹ en cuanto objeto de comparación. Se asume que tanto el Derecho comparado como el Derecho administrativo son espacios de disputa epistémica entre diversos discursos jurídicos concurrentes, en el sentido que Ponthoreau lo plantea respecto del primero¹² y Caillosse respecto del segundo¹³.

Para desarrollar aquello se seguirá un curso argumental en dos tiempos: primero, se expondrá la discusión epistemológica entre el comparatismo tradicional y el comparatismo crítico, para evidenciar la crítica al comparatismo tradicional; para luego, como consecuencia de lo anterior, presentar una propuesta metodológica. Se cerrará el trabajo con una conclusión que se siga de lo expuesto.

2. LA CRÍTICA AL COMPARATISMO TRADICIONAL

Como explica Rambaud, la denominada escuela funcional del Derecho comparado tiene sus orígenes en destacados juristas alemanes, tales como Rabel, Rheinstein,

⁹ Jean RIVERO, *op. cit.*, p. 925.

¹⁰ Razmig KEUCHEYAN, *Hémisphère gauche, Une cartographie des nouvelles pensées critiques*, La Découverte, 2017, 3ª ed., Paris. Étienne BALIBAR, *La philosophie de Marx*, La Découverte, Paris, 2014. Jaime BASSA, *Constituyentes sin poder, una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*, EDEVAL, Valparaíso, 2018. Michel MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, Paris, 1976. Emmanuel JEULAND, *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, Paris, 2016. François CUSSET, *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & cia et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, La Découverte, Paris, 2005. Henri LEFEBVRE, *Hegel, Marx, Nietzsche (o el reino de las sombras)*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2016. Göran THERBORN, *La ideología del poder y el poder de la ideología*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2015. Jacques DE VILLE, “Rethinking Power and Law: Foucault’s Society must be Defended”, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 24, 2011, pp. 211-226. Zia AKHTAR, “Law, Marxism and the State”, *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 28, 2015 (pp. 661-685).

¹¹ Daniel MOCKLE, “Les approches critiques du droit administratif”, *Les Cahiers de droit*, vol. 57, núm. 3, 2016, pp. 497-526.

¹² Marie-Claire PONTTHOREAU, “Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public”, *L’Actualité Juridique Droit Administratif*, núm.1, 2006, pp. 20-25. En especial en: Marie-Claire PONTTHOREAU, “Global Constitutionalism’. Un discours doctrinal homogénéisant, L’apport du comparatisme critique”, *Jus Politicum*, núm. 19, 2018, pp. 105-134.

¹³ Jacques CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l’administration*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, pp. 231-321. Jacques CAILLOSSE, *L’État du droit administratif*, LGDJ, Paris, 2017, pp. 15-28.

Schlesinger, Zweigert y Kötz¹⁴. Sin embargo, son los dos últimos quienes gozan de mayor influencia en los trabajos comparativos actuales, lo cual puede apreciarse en las abundantes citas que se realizan a su obra, traducida al castellano como “Introducción al Derecho Comparado”, como, en especial, en la aplicación explícita o implícita de sus postulados metodológicos. Esta episteme hegemónica en los círculos académicos del comparatismo ha sido ácidamente cuestionada en sus supuestos implícitos, como en sus consecuencias no evidenciadas, por una corriente crítica cuyos hitos más relevantes pueden remontarse a dos momentos: el trabajo de Frankenberg y la crítica de Legrand. Las posibilidades teóricas abiertas por este embate son asumidas tempranamente por Ponthoreau y luego aquilatadas en su obra más relevante. Cabe advertir que no se abordará un desarrollo acabado ni lineal de la discusión teórico-metodológica del Derecho comparado, puesto que ha sido abordado por otros trabajos en forma detallada¹⁵.

La discusión teórico-metodológica no ha estado ausente en el medio hispanohablante, así, por ejemplo, Tawil, en los parámetros tradicionales explica su utilidad para el derecho público interno desde el medio académico argentino¹⁶; De la Sierra, con una perspectiva bastante actualizada sintetiza los problemas más relevantes en su libro sobre el tema, lo cual es actualizado en un reciente artículo¹⁷; y Velasco, en una perspectiva que bien podría entroncarse con el funcionalismo, desarrolla una metodología comparativa para el derecho administrativo¹⁸.

Esta sección se subdividirá en tres: la primera, que sintetizará la propuesta teórico-metodológica del funcionalismo; la segunda, en la cual se exponen las objeciones realizadas por el comparatismo crítico; y, la tercera, que contiene ciertas consecuencias que se siguen de lo anterior. Estos tres pasos permitirán, en la segunda sección, elaborar una propuesta metodológica.

2.1. El funcionalismo de Konrad Zweigert y Hein Kötz

La obra de Zweigert y Kötz titulada como una simple introducción dista mucho de limitarse a ello, puesto que no solo ahonda en la comparación de diversas insti-

¹⁴ Thierry RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Presses Universitaires de France, Paris, 2017, pp. 24-25.

¹⁵ Béatrice JALUZOT, “*Méthodologie du droit comparé: bilan et prospective*”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, núm. 1, 2005, pp. 29-48. Jaakko HUSA, “*Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility?*”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, núm. 4, 2006, pp. 1095-1117. Hiram CHODOSH, “*Comparing Comparisons: In Search of Methodology*”, *Iowa Law Review*, núm. 84, 1999, pp. 1025-1131.

¹⁶ Guido TAWIL, “*El estudio del derecho comparado y su incidencia en el desarrollo del derecho público interno*”, *AFUDUC*, núm. 13, 2009, pp. 819-830.

¹⁷ Susana DE LA SIERRA, *op. cit.* Susana DE LA SIERRA, “*Límites y utilidades del derecho comparado en el derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económica-financiera*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016, pp. 69-99.

¹⁸ Francisco VELASCO, “*Metodología comparativa para el Derecho administrativo*”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 51-75.

tuciones de Derecho privado, sino que también propone un concepto, funciones y método del Derecho comparado. Parten señalando que se trata de “una actividad intelectual en la que el derecho es el objeto y la comparación el proceso”¹⁹, para luego afirmar que “el Derecho comparado es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo”²⁰. Su propuesta, como se reconoce expresamente, se entronca con aquella fundadora del derecho comparado moderno del Congreso Internacional de París de 1900, el cual apostaba a desarrollar o, más bien, descubrir, un “*droit commun de l’humanité*”. Esta tarea sería deseable, según se señalaba en aquella época, puesto que “si se establecieran principios de derecho generales claros y consistentes, se promovería el comercio internacional y mejorarían los niveles generales de vida, y si los juristas se asomaran más allá de sus fronteras nacionales, los intercambios internacionales se incrementarían”²¹.

A su juicio, se trata de una disciplina que puede presentarse como “una especie de *ciencia pura*”²², que podría deslindarse conceptualmente de otras áreas del derecho, para luego afirmar que se trataría de “una école de la vérité que intensifica y enriquece la ‘oferta de soluciones’ (Zitelmann), pues proporciona al estudioso con talento crítico la oportunidad de hallar la ‘mejor solución’ a las situaciones de su tiempo y de su lugar”²³. Si bien reconocen que “la meta primordial del derecho comparado es el conocimiento”²⁴, le asignan un rol medular a la unificación del derecho²⁵ como mecanismo para reducir los riesgos jurídicos de los negocios internacionales²⁶. En efecto, plantean que si bien antes “los muy entusiastas se proponían unificar las leyes de todo el mundo, hoy es evidente que solo las necesidades específicas de los negocios internacionales pueden justificar la inmensa inversión de energía que se requiere para materializar cualquier proyecto de unificación”²⁷.

De este modo, delimitada conceptualmente la disciplina, explicitados los fines que la justifican e informan, proponen un método para desarrollarla²⁸. El quid de este último está en lo que denominan como “principio de funcionalidad”, según el cual “lo único que puede compararse en el ámbito del Derecho son cosas que cumplan con una misma función”²⁹, añadiendo luego que “los distintos sistemas jurídicos prescriben soluciones idénticas o muy similares, aun en los detalles, a los mismos problemas de la vida, pese a significativas diferencias en historia, estructura

¹⁹ Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, Oxford University Press México, México, 2002, p. 3.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*, pp. 4-5.

²² *Ibid.*, p. 8.

²³ *Ibid.*, p. 17.

²⁴ *Ibid.*, p. 18.

²⁵ *Ibid.*, p. 26.

²⁶ *Ibid.*, p. 27.

²⁷ *Ibid.*, p. 29.

²⁸ Una variante particularmente influyente en: John REITZ, “How to Do Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, pp. 617-636.

²⁹ Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *op. cit.*, pp. 38-39.

conceptual y estilo de operación”³⁰. Ello lleva a otra formulación del principio de funcionalidad, que guiará la comparación antes de iniciarse y la controlará una vez finalizada: la denominada “*praesumptio similitudinis*”³¹. Dicha presunción operará, al comenzar una comparación, como “principio heurístico, pues nos indica a cuáles fuentes debemos recurrir en el Derecho y en la vida jurídica del sistema extranjero a efecto de observar similitudes y sustituciones”³². Luego, una vez finalizada, se constituye en un parámetro de revisión de los resultados: “el comparatista deberá darse por bien servido cuando sus investigaciones en los materiales relevantes lo lleven a la conclusión de que los sistemas comparados obtienen resultados idénticos o similares. Empero, si descubre que hay diferencias significativas o, de hecho, resultados opuestos, deberá tomar esto como una advertencia, por lo que habrá de comprobar si los términos en los que planteó la pregunta original eran funcionales y si, en efecto, ha extendido la red de sus investigaciones suficientemente lejos”³³.

Como puede verse, la finalidad política reconocida expresamente en su propuesta coincide con el método que proponen, de tal manera que condiciona los resultados del trabajo comparativo. Así, si los negocios internacionales requieren uniformidad, el comparatista no solo puede aportarla mediante su trabajo intelectual, sino que estará metodológicamente condicionado para ello por esta “*especie de ciencia pura*”.

2.2. La crítica del comparatismo crítico

La teoría antes expuesta ha sido objeto de diversas críticas, aquellas formuladas por el comparatismo crítico serán expuestas en esta sección. De entrada, puede destacarse que mientras Zweigert y Kötz enfocan su trabajo a lo que denominan derecho privado “más ‘apolítico’”³⁴, los autores críticos se centran sea en la discusión epistemológica del Derecho comparado, como Legrand, o en la comparación de Derechos constitucionales, como Frankenberg y Ponthoreau. Dado que la obra de estos tres autores es abundante y compleja, no se profundizará en todos sus aspectos, sino que solo se expondrán aquellos medulares.

Frankenberg, en un artículo hito en el comparatismo crítico³⁵, propone otra forma de comparar. A su juicio, el comparatismo tradicional estaría dominado por un denominado “complejo de Cenicienta”, según el cual los comparatistas, en el contexto de sus comunidades académicas, se sentirían aislados, subestimados, no adecuadamente apreciados por sus colegas y estudiantes³⁶, lo cual los llevaría a despreocuparse

³⁰ *Ibid.*, p. 44.

³¹ *Ibid.*, p. 45.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Günter FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 26, núm. 2, 1985, pp. 411-455.

³⁶ *Ibid.*, p. 419.

de cuestiones teóricas y metodológicas, y les haría incurrir en lo que denomina “control cognitivo”³⁷. Este último significaría elevar la propia concepción del derecho (*legocentrismo*) a categoría universal desde el cual estudiar lo otro (*etnocentrismo*). Respecto al funcionalismo, en especial, señala que incurrirían en una reificación del “principio de funcionalidad” sin considerar que no es más que un principio analítico que ordena el mundo real³⁸. Todo lo anterior haría que el Derecho comparado refuerce construcciones justificatorias de determinadas realidades, marginalizando o, incluso, silenciando lo “primitivo”, lo “no relevante”, el otro³⁹.

Ante ello, propone pasar desde el etnocentrismo a un *autocriticismo* y del *legocentrismo* a la crítica del Derecho. Lo primero conllevaría a reconocer que el comparatista está necesariamente cargado de conceptos, valores y visiones provenientes de su cultura jurídica local y su propia experiencia biográfica, en lo cual su propio lenguaje, culturalmente arraigado, juega un rol relevante; todo ello debe ser expuesto a una reexaminación autocrítica; en vez de buscar alguna pretendida postura neutral, objetiva o de desinteresado observador, debe mirarse como personalmente involucrado⁴⁰. Por su parte, el *legocentrismo* debería dar paso a un comparatismo que sea capaz de enfrentarse a diversas expresiones del fenómeno jurídico, exponiendo sus deficiencias, contradicciones, componentes ideológicos y visiones que sobre él compiten⁴¹.

Estas críticas a los fundamentos de la *doxa* dominante entre los comparatistas resultan seminales en dos sentidos. Primero, para su propia obra, pues asienta los pilares con los cuales elabora su proyecto intelectual⁴². Segundo, pues sirve de puntapié inicial del comparatismo crítico. Por cierto, dada la relevancia de este artículo, constituye una referencia obligada sobre la teoría y el método del Derecho comparado.

Por su parte, la obra teórica de Legrand es bastante prolífica, destacando su breve pero aguda introducción al Derecho comparado, la cual puede servir tanto de primera aproximación a su trabajo, como de introducción a la disciplina⁴³. Sin embargo, se considerarán especialmente sus dos últimos trabajos, puesto que

³⁷ *Ibid.*, p. 421.

³⁸ *Ibid.*, p. 440.

³⁹ *Ibid.*, p. 455.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 442-445.

⁴¹ *Ibid.*, p. 448.

⁴² En efecto, así se expone en: *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016. Lo mismo en: Günter FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018. El curso hacia esos trabajos se va trazando con ciertos artículos fundamentales en su trabajo, tales como: Günter FRANKENBERG, “Stranger than Paradise: Identity & Politics in Comparative Law”, *Utah Law Review*, núm. 2, 1997, pp. 259-274. Ahí se explica cómo el trabajo académico de los comparatistas constituye también intervenciones políticas, y cómo el pensamiento dominante en el área podría convertirse en una versión posmoderna de imperialismo. Luego, las reflexiones metodológicas que serán incorporadas en el primero de los libros citados en esta nota, se exponen en: Günter FRANKENBERG, “How to Do Projects with Comparative Law. Notes of an Expedition to the Common Core”, *Global Jurist Advances*, vol. 6, núm. 2, 2006, pp. 1-30. Günter FRANKENBERG, “The Innocence of Method-Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act”, *Journal of Comparative Law*, núm. 9, 2014, pp. 222-158.

⁴³ Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999.

en ellos aclara, ilustra y, en cierto sentido, sistematiza su propuesta. En efecto, en su artículo “Negative Comparative Law” se propone delinear lo que denomina una “estrategia de gobernanza epistémica” que sea capaz de dotar de credibilidad la investigación sobre Derecho extranjero y legitimar los estudios de comparación jurídica⁴⁴. Esta propuesta se presenta como alternativa crítica al funcionalismo o, como él lo denomina, “positivismo”. Ocupa dicha denominación puesto que lo acusa de exportar la concepción propia del Derecho interno hacia la episteme con la cual intenta aproximarse a lo foráneo u otredad jurídica⁴⁵. Como puede verse, comparte la tesis del legocentrismo planteada por Frankenberg, aunque luego se distanciará de sus propuestas⁴⁶. Así, emprende una crítica demoledora a la ortodoxia disciplinar; la cual es negativa en un doble sentido: primero, porque niega doce tesis de las visiones tradicionales; y, segundo, porque lo hace desde un análisis dialéctico negativo, inspirado en Adorno⁴⁷. Este autor ha sido catalogado como uno de los principales exponentes de una aproximación culturalista del derecho o diferencialista, denominada “*Law as Culture*”⁴⁸.

Según su primera tesis, el Derecho comparado no puede representar la foraneidad jurídica, todo intento de representación es siempre una representación, es decir, una nueva presentación de la realidad, que realiza una determinada subjetividad comparadora, cruzada por su propio “yo”, y que, por cierto, no es la realidad misma, que permanecerá (resistirá) siempre como un “otro”. Esto no significa, precisa, que el Derecho extranjero no sea accesible a ser pensado, sino que el razonamiento comparador no puede controlar, poseer o conocer la totalidad de la juridicidad foránea, puesto que el “yo” no puede ser, a la vez, el “otro”⁴⁹.

Luego, plantea que tampoco existe alguna pretendida “pureza” del Derecho, incluso, el propio Derecho puesto, teorizado por el positivismo, tiene una “positividad” mucho más profunda que lo que ella muestra. Esto es así, puesto que, desde un análisis etimológico de la palabra “texto” (del latín, “*textor*”: tejedor), cada Derecho como texto es una red inagotable de trazos (“una fábrica de trazos”)⁵⁰ de configuraciones históricas, racionalidades políticas, lógicas sociales, postulados filosóficos, órdenes lingüísticos, prescripciones económicas, presupuestos epistémicos, etc., todo lo cual lo convierte en un “*jurimorphs*”. De ese modo, la tarea del comparatista será escoger “hilos” tras los cuales ir “trazando” la positividad textual⁵¹. Sin embargo, siempre ha-

⁴⁴ Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *Journal of Comparative Law*, vol. 10, 2015, pp. 405-454 (p. 405).

⁴⁵ La mejor explicación de esta crítica en: Pierre LEGRAND, “Jameses at Play: A Tractation on the Comparison of Laws”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, pp. 1-132.

⁴⁶ Así, por ejemplo, en el análisis crítico que suscribe sobre el libro “Comparative Law as Critique” de Günter FRANKENBERG en: Simone GLANERT y Pierre LEGRAND, “Law, Comparatism, Epistemic Governance: There Is Critique and Critique”, *German Law Journal*, vol. 18, núm. 3, 2017, pp. 701-719.

⁴⁷ Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *op. cit.*, pp. 409-411.

⁴⁸ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁹ Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *op. cit.*, p. 412.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 420.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 421-422.

brá un aspecto del texto que será inaccesible, inextricable, inexpresable, indescribible, secreto, tanto para el comparatista mismo como para su lector interno⁵², de manera que no queda más que resignarse a que no logrará desenredar todo⁵³.

Estas dos primeras tesis permiten entender el camino que siguen las diez restantes: (1) no existe, entonces, objetividad en la comparación, (2) ni verdades en la interpretación, (3) ni método universal a emplear, (4) jamás podrá el comparatista genuinamente comprender, en sus propios términos, la otredad jurídica; (5) no hay la igualdad entre los Derechos, (6) ni son posibles los trasplantes jurídicos, (7) no existe algún pretendido Derecho universal, (8) no es posible afirmar que algún Derecho sea mejor que otro, (9) tampoco es posible traducir jurídicamente y (10) no existe globalización jurídica en los términos tradicionalmente entendidos⁵⁴.

En lo que concierne a su tesis sobre el método no solo niega la posibilidad de uno de tipo universal⁵⁵, que no sería más que el tautológico intento de acceder a algo predeterminado de antemano por sus concepciones implícitas⁵⁶, sino que también plantea que el comparatista debe asumir una responsabilidad epistémica por su “*tracing*” del Derecho extranjero, respecto a ese espacio construido en el cual, no siendo Derecho propio ni foráneo, desarrolla sus propias traducciones, transacciones y disputas. De este modo, cada comparación consistirá en una nueva invención, que singulariza el Derecho extranjero, pero que permanece siempre como un evento singular⁵⁷.

Por otro lado, Ponthoreau elabora su propuesta metodológica antes de las más recientes intervenciones de Legrand en el debate internacional, pero considera e incorpora su enfoque, al igual que la crítica de Frankenberg. A diferencia de los dos autores anteriores, se posiciona como una observadora de la discusión entre los que denomina enfoques “similaristas” y enfoques “diferencialistas”. Su propuesta asimila la labor comparadora a la interpretación y argumentación, de manera que lo relevante sería explicitar las opciones metodológicas y políticas, y justificarlas de conformidad a los fines de la investigación que se pretenda. Lo anterior supone adquirir conciencia de la subjetividad que compara: asumir que siempre es un “yo” quien emprende esta tarea, con su propia historia y circunstancias. Así, se requiere previamente un proceso de deconstrucción jurídica y, después, uno de reconstrucción, puesto que la subjetividad nunca transita inalterada el proceso de aproximación al otro.

Respecto a la necesidad de justificación, precisa que el comparatista debe explicitar y justificar la elección de los casos como de la comparación misma que emprenda,

⁵² *Ibid.*, p. 424.

⁵³ *Ibid.*, p. 422.

⁵⁴ Esta tesis negativa se encuentra desarrollada previamente respecto a la supuesta convergencia de los derechos europeos en un artículo que gozó de particular difusión dado su carácter polémico: Pierre LEGRAND, “European Legal Systems Are Not Converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 52-81.

⁵⁵ Como el desarrollado en: Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 2, La Méthode comparative, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974.

⁵⁶ Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *op. cit.*, p. 435.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 436.

en especial, si adoptará un enfoque “similarista” (centrándose en la posibilidad de similitudes) o “diferencialista” (mediante una visión profunda del Derecho, que explore lo particular de lo estudiado), del mismo modo, deberá justificar sus criterios de comparación. Este ejercicio argumentativo le permitirá ser autocrítico, con su propia concepción del derecho, incluyendo sus preconcepciones y prejuicios; y, a su vez, crítico con la concepción del derecho dominante en el medio en el cual se haya formado y con los discursos de los comparatistas. Del mismo modo, al evidenciar sus opciones y razones, podrá exponer su representación a la crítica de la comunidad nacional o internacional de comparatistas⁵⁸.

Esta exposición permite sintetizar dos ideas importantes: primero, evidencia que toda comparación siempre es hecha por alguien, lo cual exige preguntarse ¿quién compara?; y, segundo, que existen preconcepciones sobre el fenómeno que se pretende estudiar que es necesario evidenciar para evaluarlas. Ambas consideraciones, a su vez, permiten justificar la pertinencia de preguntarse ¿cuáles son las preconcepciones (subjetivas y compartidas) respecto a la comparación de Derechos administrativos? Aquella pregunta exige detenerse críticamente tanto en el debate sobre la convergencia de Derechos, pues es considerado un supuesto de la comparabilidad de derechos administrativos, como en las visiones formalistas sobre aquellos, pues son las más difundidas.

2.3. La especificidad de la comparación de derechos administrativos

¿Existe una especificidad en la comparación de Derechos administrativos o se trata de una comparación como la de otras manifestaciones del fenómeno jurídico?, es decir, si lo que se pretende comparar impone consideraciones metodológicas particulares. Desde una perspectiva crítica es posible afirmar que el método solo puede aspirar a ser una construcción *ad hoc*, en un doble sentido: primero, para adecuarse a las particularidades de lo comparado; y, segundo, porque deberá, a continuación, elaborarse un método propio para la específica investigación que se pretenda, de modo que resulte funcional a los objetivos que se proponga. Aquello se justificaría tanto desde la filosofía de la ciencia⁵⁹, como desde el Derecho comparado⁶⁰.

En esta sección se explicará el carácter *ad hoc* en su primer sentido, lo cual exige hacerse cargo de dos cuestiones: desprenderse de la necesidad de funda la comparabi-

⁵⁸ Marie-Claire PONTHEOREAU, “Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, núm. 1, 2005, pp. 7-27. También en: Marie-Claire PONTHEOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, 59-171.

⁵⁹ En especial: Alan CHALMERS, ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, Siglo XXI, Madrid, 2015, pp. 152-163. También: Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 4ª ed., 2ª reimp., 2017. Mauricio SUÁREZ, *Filosofía de la ciencia, Historia y Práctica*, Tecnos, Madrid, 2019.

⁶⁰ Pierre LEGRAND, “How to Compare Now”, *Legal Studies*, vol. 16, 1996, pp. 232-242. Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *op. cit.* Mark VAN HOECKE, “Methodology of Comparative Legal Research”, *Law and Method*, vol. 12, 2015, pp. 1-35.

lidad de los Derechos administrativos en su supuesta convergencia y, luego, intentar construir una aproximación que no los reduzca a un puñado de textos de emanación estatal. Lo primero, puesto que la posibilidad e importancia de estas comparaciones no puede fundarse en la interesada lógica homogeneizante del principio de funcionalidad, sea explícito o implícito. Lo segundo, para que la comparación pueda dar cuenta lealmente de la alteridad jurídico-administrativa.

La globalización económica habría dado lugar a un fenómeno denominado “globalización jurídica”, en el cual una de sus expresiones sería una cierta convergencia de Derechos administrativos a través del mundo⁶¹ y, muy especialmente, entre los países de la Unión Europea⁶².

Dicho fenómeno global se explicaría porque las diversas instituciones internacionales que van conduciendo el proceso de globalización económica, de conformidad a los grandes poderes reales transnacionales⁶³, condicionan de facto la producción jurídica al interior de los Estados⁶⁴. Si bien aquello pareciera haberse centrado en el Derecho vinculado de forma más inmediata a los negocios internacionales (*lex mercatoria*⁶⁵), también tendría una expresión en el Derecho administrativo, es lo que Auby denomina una suerte de patrimonio común internacional de Derecho administrativo⁶⁶.

En términos similares explica este fenómeno Chevallier, señalando que diversas instancias internacionales, especialmente el Banco Mundial y la OCDE, condicionan la producción jurídica intraestatal mediante una verdadera doctrina internacional de reforma administrativa: el *New Public Management* que apunta a reducir el peso del Estado y transformar sus métodos de gestión pública⁶⁷. Este movimiento de difusión de nociones, técnicas y prácticas estaría dando lugar a una emergencia progresiva de un Derecho administrativo común, resultado de la hibridación de los sistemas existentes⁶⁸; se trataría de un “fenómeno de hegemonía, que es difundido por mecanismos, explícitos o implícitos, de imposición”⁶⁹.

Lo antes descrito ha servido de fundamento relevante para la comparabilidad de los Derechos administrativos; en otros términos, dejaría de tener actualidad el

⁶¹ Véase *supra* nota núm. 5.

⁶² Véase *supra* nota núm. 6.

⁶³ Jean-Philippe ROBÉ, “Les entreprises multinationales, vecteurs d’un nouveau constitutionnalisme”, *Archives de philosophie du droit*, núm. 56, 2013, pp. 337-361.

⁶⁴ Oriol MIR, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 56.

⁶⁵ Boaventura de SOUSA SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009, p. 94.

⁶⁶ Jean-Bernard AUBY, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁷ Jacques CHEVALLIER, *L’État post-moderne*, LGDJ, Paris, 2017, p. 90.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 97.

⁶⁹ *Ibid.* También en Günter FRANKENBERG, “Remarks on the Philosophy and Politics of Public Law”, *Legal Studies*, núm. 18, 1998, pp. 177-187 (p. 186-187). Manuel BALLBÉ, “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, núm. 174, pp. 215-276.

antiguo lamento de los comparatistas de esta área (históricamente marginal) de carecer de un sustrato común entre los diversos países, a diferencia del Derecho privado construido desde el antiguo Derecho romano, el *ius commune* y el Derecho canónico. El *factum* de la convergencia de Derechos ha sido particularmente bien recibido por el comparatismo administrativo, tan así, que Janina Boughey afirmó que esta área sería la próxima frontera del Derecho comparado⁷⁰, puesto que aquello permitiría “identificar un conjunto de tópicos de Derecho administrativo comunes que deberían atraer la atención de la comparación”⁷¹, con lo cual propone un programa tentativo de futuros desarrollos de comparación administrativa.

Como puede verse, pareciera que el razonamiento funcionalista condiciona el trabajo comparativo en esta área, exagerando el fenómeno de la convergencia, impulsándola y, de esa forma, naturalizando lo que resulta ser el interés de poderes existentes detrás de las instancias internacionales⁷². La ideología constituye la episteme y condiciona el resultado. Por cierto, esta constatación no pretende negar el *factum* de la convergencia, pues resulta evidente que, de leer diversos textos jurídicos a través del mundo, se pueden constatar ciertas tendencias comunes⁷³. Por el contrario, lo que esta crítica propone es no asumir como obvio algo que no lo es y, a la vez, evidenciar lo que subyace a este quehacer académico. Es necesario mirar mucho más allá del simple hecho de su constatación.

Ponthoreau sugiere que, para un conocimiento profundo de este fenómeno jurídico, debería reformularse la tesis de la convergencia alrededor de una alternativa: “convergencia profunda y divergencias superficiales o convergencias superficiales y diferencias profundas”⁷⁴, es decir, la convergencia no permite concluir nada de forma evidente u obvia. Dice mucho menos que lo que se le hace decir. Ante esas alternativas, si se sigue a Legrand, se puede afirmar que estamos más bien ante convergencia superficial (quizás meramente formal o discursiva y, sobre todo, interesada) pues bajo ella subyacen diferencias no solo profundas, sino también irreducibles.

En efecto, ningún Derecho existe en el aire, cada Derecho está localizado. Toda importación jurídica, cualquiera que sea, en cuanto es sintonizado con los intereses y preocupaciones locales, y operacionalizado, es transformado o reconfigurado⁷⁵.

⁷⁰ Janina BOUGHEY, “Administrative law: The next frontier for Comparative Law”, *op. cit.*, p. 55.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Pierre LEGRAND, “The Impossibility of Legal Transplants”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, núm. 2, 1997, pp. 111-124.

⁷³ Francesca BIGNAMI, “Comparative administrative law”, en Mauro BUSSANI y Ugo MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 145-170 (pp. 154-156).

⁷⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, “Trois interprétations de la globalisation juridique, Approche critique des mutations du droit public”, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁵ John BELL, “Researching Globalisation: Lessons from Judicial Citations”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 3, 2014, pp. 961-982. También: John BELL, “The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments”, *Utrecht Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2012, pp. 8-19. John BELL, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2011, pp. 431-460.

Plantear que podría existir una comunicación no distorsionada, de manera que el Derecho extranjero podría traer consigo su foraneidad e implementarla de por sí en cualquier lugar es insostenible⁷⁶. Por ello, “los vehículos de la estructura y hegemonía transnacional, independientemente de cuán poderosos sean, no pueden superar la contingencia radical del mundo y no pueden domesticar las significativas fuerzas centrífugas que continúan, especialmente, informando el *life-in-the-law*, aunque estos vectores se manifiesten fuera de los viejos modelos de soberanía nacional u otros nuevos como las corporaciones multinacionales, los acuerdos comerciales o la integración regional. El hecho es que no existe ningún lugar que pueda ser denominado no-local. [...] Cualquier manifestación de lo jurídico -incluso el más supuestamente ‘global’- debe, en definitiva, ser localizado en el espacio, en algún lugar”⁷⁷. Dicha reterritorialización se debe a que “lo global depende, en último término, de un local *hacer que ocurra*. En este proceso, cuando lo ‘local’ implementa lo ‘global’, lo transforma y lo fuerza a ‘localizarse’. Hay un proceso de traducción/transformación operando”⁷⁸. La noción que mejor describe aquello es la de “glocalización”, puesto que “muestra útilmente el híbrido y complejo ensamblaje entre diseminación global y conocimientos locales. De forma crucial, este concepto implica diferenciación. [...] Insiste en el *being-in-space* del Derecho, en la morada del Derecho”⁷⁹. Por ello, Frankenberg afirma que la pregunta interesante no es realmente si los trasplantes legales son posibles (en sentido estricto, no lo son), sino cómo ocurre la transferencia legal y qué sucede cuando acontece⁸⁰.

Así, ante los discursos sobre la convergencia de derechos, fundados en el *factum* antes descrito, se evidencia toda la relevancia intelectual de los Derechos administrativos: son concretas manifestaciones de lo local; un aspecto propio de la condición de ser otro de cada cultura jurídica; un elemento crucial de su alteridad. En efecto, ellos permiten acceder a un aspecto fundamental de una realidad jurídica local oculto bajo los difundidos discursos sobre la convergencia de los textos constitucionales. Parafraseando a Ginsburg, se puede afirmar que en la actualidad el Derecho administrativo sería más (materialmente)⁸¹ constitucional que las constituciones⁸², fundante de la estatalidad real misma⁸³, incluso, un componente estructural del Derecho⁸⁴.

⁷⁶ Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *op. cit.*, p. 439. También: Joseba GABILONDO, *Globalizaciones. La nueva Edad Media y el retorno de la diferencia*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2019. Boaventura DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, p. 309.

⁷⁷ Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *op. cit.*, p. 445.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 446.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Günter FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies*, *op. cit.*, p. 155.

⁸¹ Marco GOLDONI y Michael WILKINSON, “The Material Constitution”, *The Modern Law Review*, vol. 81, núm. 4, 2018, pp. 567-597.

⁸² Tom GINSBURG, “Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law” en Susan ROSE-ACKERMAN y Peter LUNDSETH, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, pp. 117-127 (p., 117).

⁸³ Jacques CAILLOSSE, *L'État du droit administratif*, LGDJ, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁸⁴ Boaventura DE SOUSA SANTOS, *op. cit.*, pp. 57-62.

Ponthoreau explica ese fenómeno de lo global, el denominado constitucionalismo global, señalando que existe una base empírica innegable, consistente en la difusión mundial de la forma constitucional escrita, en la cual se consagran catálogos de derechos, con un mínimo de inspiración liberal, junto a las bases de una democracia pluralista y el estado de derecho⁸⁵. Sin embargo, aquello poco dice sobre lo que se pretenda estudiar. Nada descarta, y seguramente no será difícil encontrar casos en ese sentido, que esta forma constitucional sea utilizada por ciertas élites gobernantes a efectos de intentar legitimarse ante la comunidad internacional, permitiéndose crear una retórica que oculte su realidad. Por su parte, ese *factum constitucional*, es construido por, y permite construir, discursos doctrinales homogeneizantes que ocultan, niegan o simplemente desplazan otras posibilidades distintas al liberalismo globalmente hegemónico⁸⁶. Es decir, utilizando una metáfora, se impone el uso de determinados lentes que impiden ver todo aquello que no se quiere que sea visto. Por lo tanto, se puede afirmar que un elemento fundamental para aproximarse a una cultura jurídica estaría, precisamente, en el derecho administrativo, pues explicaría la realidad de las relaciones del poder político institucionalizado de cada caso a estudiar, sin caer en la trampa de textos constitucionales homogeneizados⁸⁷.

Así, es posible invertir la idea de que el Derecho administrativo concreta el Derecho constitucional⁸⁸, puesto que, en cierto sentido, ha devenido en el propio Derecho constitucional, puesto que este último, en sus expresiones doctrinales y textuales podría ocultar la realidad o materialidad constitucional. Es decir, una parte fundamental de aquello constitutivo de la alteridad jurídica misma será el Derecho administrativo, de manera que su estudio deja de ser algo secundario o pintoresco y deviene en una tarea crucial del comparatismo.

Sin embargo, lo anterior también implica una pregunta tan desafiante como ineludible: ¿qué entender por Derecho administrativo?, vale decir, ¿qué es aquello que se va a comparar?, la respuesta no es obvia. En efecto, no puede limitarse a una estrecha e ingenua aproximación a determinados textos oficiales que, precisamente, expresan o permiten elaborar los discursos de la convergencia y ocultar la real operación que acontece en el espacio local o doméstico.

⁸⁵ Marie-Claire PONTTHOREAU, 2018, “Global Constitutionalism’. Un discours doctrinal homogénéisant, L’apport du comparatisme critique”, *op. cit.*, pp. 110-113.

⁸⁶ Esta misma sospecha en Thomas FLEINER, “Comparative Constitutional and Administrative Law”, *Tulane Law Review*, vol. 75, 2001, pp. 929-940 (p. 939).

⁸⁷ Tom GINSBURG, *op. cit.* Janina BOUGHEY, *op. cit.*, pp. 70-73. Jacques ZILLER, *Administrations comparées : les systèmes politico-administratifs de l’Europe des Douze*, Montchrestien, Paris, 1993, pp. 12-13. Sabino CASSESE, *La construction du droit administratif*. France et Royaume-Uni, Montchrestien, Paris, 2000, p. 11. Marie-Claire PONTTHOREAU, “Global Constitutionalism’. Un discours doctrinal homogénéisant, L’apport du comparatisme critique”, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁸⁸ Expresión de Friz Werner, citada, explicada y problematizada en Luis ARROYO, “Derecho Administrativo y Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, pp. 145-174 (p. 148).

Explorar intelectualmente estas materias exige plantearse las preguntas fundamentales de la disciplina. Tal como el Derecho comparado debe cuestionarse qué es el Derecho y trabajar con alguna respuesta más o menos tentativa que le permita delimitar el objeto de su estudio; la comparación de Derechos administrativos exige, a su vez, preguntarse qué se entiende por aquella específica expresión del fenómeno jurídico. Ninguna de las respuestas es obvia, pero sí resulta evidente, por lo previamente expuesto, que definiciones puramente formales no otorgan respuestas satisfactorias⁸⁹. En efecto, aquello se debe, principalmente, a dos motivos: primero, a la contingencia histórica del propio Derecho positivo que impide considerarlo como algo a priori o producto del puro intelecto sin interacción con la realidad social que lo genera; como, a su vez, por el hecho que las concepciones formalistas son un producto histórico que se circunscribe en una específica expresión del fenómeno jurídico, propio de la modernidad occidental y el (su) Estado moderno⁹⁰. En otros términos, proyectar las concepciones formales del Derecho (logocentrismo/eurocentrismo), adquiridas en la formación jurídica hegemónica en los medios continentales, como lentes desde los cuales observar el derecho en el mundo, se constituirá en un obstáculo para el genuino intento de comprensión del otro.

Lo anterior exige que la comparación de Derechos administrativos sea capaz de construir concepciones materiales funcionales a los objetivos de la comparación, como de una investigación en particular⁹¹. De este modo, si se trata de realizar estudios comparados de tradiciones jurídicas históricamente más vinculadas, sería posible elaborar un concepto más restringido de Derecho administrativo, mientras que si se trata de comparaciones más heterogéneas probablemente se requerirá uno más amplio. Así, por ejemplo, casos más próximos como serían Francia, España e Italia podrían contar con un concepto relativamente restringido y con un mayor grado de abstracción⁹², mientras que comparar Ruanda, Vietnam, Hungría y Bolivia requeriría un concepto más amplio.

Lo anterior, por cierto, no excluye la pertinencia de explorar un concepto operatorio o funcional a cualquier comparación en general, lo cual exigiría reconocer la contingencia histórica de la idea de Derecho público⁹³, pues tanto el término como su contenido son expresiones del desarrollo histórico del Derecho occidental⁹⁴ y su

⁸⁹ Marie-Claire PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, *op. cit.*, pp. 55, 97-100.

⁹⁰ Alejandro NIETO, *Crítica de la Razón Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2007. Michel MIAILLE, *op. cit.*, p. 347, 371 y p. 376.

⁹¹ Así lo hacen, de forma *ad hoc*, Janina BOUGHEY, *op. cit.*, p. 56. Francesca BIGNAMI, "From expert administration to accountability network: a new paradigm for comparative administrative law", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011, pp. 859-907.

⁹² Oriol MIR, "El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional", *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 47-87. Luciano PAREJO, *El Concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.

⁹³ Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del derecho público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 13.

⁹⁴ Didier BLANC, "Les naissances du droit public, Pour une généalogie en forme de trilogie", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, núm. 6, 2017, pp. 1561-1579.

delimitación ha dependido de cada experiencia histórica particular⁹⁵. La plausibilidad del resultado estará en su capacidad explicativa de lo que se pretende estudiar. Es decir, sería posible construir un meta-concepto comparativo⁹⁶ que remita a algo con cierto sentido. Si bien emprender dicha tarea requiere una investigación propia, sería posible adelantar que de pagarse el costo de excluir la comparación diacrónica de fenómenos no-modernos, se podría ganar en precisión de un concepto que, haciéndose cargo de la “mundialización del Estado”⁹⁷, sea capaz de comparar sus diversas expresiones locales.

Finalmente, para ejemplificar lo previamente desarrollado, considérese el caso de los Derechos latinoamericanos, ilustradores no solo por su heterogeneidad, sino, especialmente, por encontrarse en los márgenes de la globalización. En el contexto de la clásica clasificación de familias jurídicas de René David⁹⁸, se les consideró un simple apéndice del Derecho occidental, sea en su vertiente continental (mayoritariamente) o anglosajona. Serían, en términos de Zweigert y Kötz, “sistemas legales afiliados” por imitar “sistemas originales”, y, por ello, “carecerán de esa mezcla de originalidad y equilibrio para resolver problemas que caracteriza al sistema legal significativo”⁹⁹.

Sin embargo, en este caso, el funcionalismo evidencia graves problemas, por resultar ciego a lo que pretende explicar. En efecto, donde vería convergencia, en realidad, no hay más que una retórica que utiliza las categorías jurídicas importadas desde los lugares que se perciben como centros de producción intelectual¹⁰⁰. Bajo ello se desenvuelven realidades diversas y lógicas complejas¹⁰¹ que el comparatista requiere comprender para acercarse lealmente a esa otredad, las cuales dotan a los Derechos latinoamericanos de sus respectivas particularidades, cuyas interacciones permitirían, incluso, afirmar que se trata de un espacio jurídico con identidad propia¹⁰². Esto ha llevado a algunas de las más recientes formulaciones de clasificaciones macrocomparativas a considerarla una tradición distinta¹⁰³, o, incluso, como un espacio de posibilidades jurídicas alternativas¹⁰⁴.

⁹⁵ Francisco VELASCO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 49-75.

⁹⁶ Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, pp. 51-66. Michel TROPER, “L'histoire du droit, le droit comparé et la théorie générale du droit”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 67, núm. 2, 2015, pp. 331-340.

⁹⁷ Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, Presses Universitaires de France, Paris, 6ª ed., 2019, p. 194.

⁹⁸ Thierry RAMBAUD, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁹⁹ Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁰ César RODRÍGUEZ, *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2011, p. 15.

¹⁰¹ Diego LÓPEZ-MEDINA, “The Latin American and Caribbean legal traditions, Repositioning Latin America and the Caribbean on the contemporary maps of comparative law”, en Mauro BUS-SANI y Ugo MATTEI (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 344-367.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Ugo MATTEI, “Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 5-44.

¹⁰⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, “Global Constitutionalism’. Un discours doctrinal homogénéisant, L'appart du comparatisme critique”, *op. cit.*, pp. 131-133.

Dicha ceguera no solo ha tenido proyección en el quehacer académico, sino que también ha repercutido negativamente en las diferentes realidades locales¹⁰⁵, en una especie de alienación jurídica: se habla sobre un Derecho que existe en los discursos doctrinales, en los textos de sentencias, en los manuales, más o menos sistematizado según las lógicas positivistas hegemónicas, pero que ocultan la juridicidad profunda que se requiere comprender para realizar trabajos comparativos con plausibilidad explicativa¹⁰⁶.

Así, habiendo problematizado la especificidad de la comparación de Derechos administrativos, se está en condiciones de avanzar en la construcción de herramientas que permitan desarrollar una investigación concreta.

3. HERRAMIENTAS METODOLÓGICAS PARA COMPARAR DERECHOS ADMINISTRATIVOS

Como se explicó previamente, cada investigación deberá elaborar su propio “método” (*ad-hoc*) adecuado a los fines que pretenda¹⁰⁷, por ello, esta propuesta se presenta como una de tipo abierta, flexible y provisional. Se trata de un conjunto de “herramientas metodológicas” a elección de quien pretenda acercarse a Derechos administrativos para compararlos. Aquellas deben permitir elaborar un discurso razonado, razonable y fundado¹⁰⁸, posible de ser sometido a crítica¹⁰⁹, en el cual se expliciten las diversas opciones que se vayan adoptando. En suma, se trata de un discurso argumentativo¹¹⁰ sobre interpretaciones y, por lo tanto, aunque no da a conocer las cosas por sí mismas, sí lo que el comparatista ha adquirido, en forma de una exposición idónea¹¹¹. Dichas herramientas permiten elaborar un espacio de comparación propio de cada comparatista, el cual opera de forma singular en cada una de sus investigaciones.

Para estructurar el carácter *ad hoc* de esta propuesta, se procederá en tres momentos que coinciden con las preguntas propias de la tarea de comparar derechos. Efectivamente, dicha labor usualmente ha conllevado tres interrogantes¹¹²: ¿qué comparar? ¿cómo hacerlo? y ¿para qué? Sin embargo, se debe añadir una cuarta: ¿quién com-

¹⁰⁵ Jorge ESQUIROL, “The Failed Law of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, pp. 75-124.

¹⁰⁶ Sherally MUNSHI, “Comparative Law and Decolonizing Critique”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, pp. 207-236.

¹⁰⁷ Jaakko HUSA, *op. cit.*, p. 1115.

¹⁰⁸ Ponthoreau señala que debe tratarse de “un discurso argumentativo razonable”. Marie-Claire PONTTHOREAU, “Droits étrangers et droit comparé: des champs scientifiques autonomes?”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 67, núm. 2, 2015, pp. 299-315 (p. 311).

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 309.

¹¹⁰ Marie-Claire PONTTHOREAU, “Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique”, *op. cit.*, p. 19.

¹¹¹ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *op. cit.*, p. 286.

¹¹² Etienne PICARD, *op. cit.*, p. 320.

para? Mientras la primera pregunta se intentó responder previamente, se pasará a la segunda de ellas (métodos), lo cual, a su vez, dependerá de la tercera respuesta (fines) -el carácter *ad hoc* del método, en su segundo sentido-. Todo lo anterior, a su vez, estará cruzado por la última respuesta (subjectividad).

3.1. El factor biográfico: de la deconstrucción a la reconstrucción de sí

Toda comparación está cruzada por la subjectividad de quien la emprende¹¹³, tanto por los datos personales de su biografía, como por su formación; en especial, por el medio en el cual se educó y se desenvuelve. Aquello requerirá un reexamen autocrítico, para tomar distancia y descentrarse (Frankenberg), un proceso de deconstrucción y reconstrucción, de introspección sobre sí mismo (Ponthoreau), un retorno sobre sí (Legrand). Como explica Ponthoreau, “no se trata estrictamente de una destrucción de los conocimientos adquiridos, sino de un reexamen minucioso de aquello que ha sido aprendido durante la formación jurídica a fin de reconstruirlo, tomando conciencia que no se razona necesariamente de la misma manera”¹¹⁴.

Para llevar adelante un proceso de este tipo, resultará necesario cuestionarse todo lo que sea posible cuestionar, no asumir como obvio nada. Así, al menos resultaría necesario reflexionar sobre los sesgos cognitivos¹¹⁵, la cultura en la cual se ha formado y, en ella, la específica cultura jurídica, para, posteriormente, cuestionar sus supuestos y categorías asentadas. Como explica Legrand, “los juristas son ellos mismos productos culturales situados, de una sociedad dada que operan en una coyuntura espacio-temporal bien precisa”¹¹⁶; puesto que el Derecho “se distingue por su participación en una tradición que constituye su horizonte, es decir, una estructura preindividual metastable interiorizada, estructurada y estructurante (en el sentido que ella deviene una disposición mental, una disposición profunda que orienta la relación a sí mismo). A partir de lo cual, cada individuo dentro del Derecho está marcado por una socialización que hace que no sea completamente dueño de su pensamiento y de sus acciones”¹¹⁷. “Es la tradición -nuestra comunidad histórica, nuestra morada (nuestro “palacio ancestral”, para hablar como Benjamin) la que constituye el trasfondo y, entonces, la condición de posibilidad de conocimiento del jurista, de sus juicios de

¹¹³ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *op. cit.*, p. 309.

¹¹⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, “Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique”, *op. cit.*, 12.

¹¹⁵ Acá será de utilidad aproximarse a la teoría de los sesgos cognitivos: Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science, New Series*, vol. 185, núm. 4157, 1974, pp. 1124-1131. Arturo MUÑOZ, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación”, *INDRET Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2011, pp. 1-39.

¹¹⁶ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *op. cit.*, p. 282.

¹¹⁷ Pierre LEGRAND, “Sur l’analyse différentielle des juriscultures”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, núm. 4, 1999, pp. 1053-1071 (p. 1055).

valor y de sus opiniones críticas”¹¹⁸; por cierto, no se trata de “colocar la autoridad de la tradición por sobre la razón, sino de recordar que la razón se inscribe siempre dentro de un marco histórico y comunicacional, y rechazar las aberraciones de una razón que se cree soberana en relación al tiempo”¹¹⁹.

Una consecuencia de esta constatación debiera ser el cuestionamiento de los supuestos epistemológicos e ideológicos hegemónicos en la tradición¹²⁰ que se formó el jurista y, en particular, en su aproximación al Derecho administrativo también deberá realizar un cuestionamiento similar¹²¹, en especial, de los discursos doctrinales dominantes: ¿cómo operan?, ¿cuáles son sus supuestos?, ¿siempre ha sido así?, ¿debe necesariamente ser así?, etc. De este modo, sus teorías sobre qué es el Derecho, qué es el poder, qué es el poder político, el Estado, el sistema político, la dominación, la burocracia, etc., no pueden darse por obvias y deben ser cuestionadas. Así, podrá constatar cómo, en los medios dominados por paradigmas formalistas o idealistas, no sería extraño constatar que los administrativistas no discuten realmente sobre sus genuinos desacuerdos, *i. e.* sus contrapuestas visiones sobre el mundo que proyectan en sus trabajos “dogmáticos”, mientras participan de la conflictividad social constitutiva de la estatalidad misma.

De este autoanálisis, debiera surgir una reconstrucción explicitada. Obviamente, no se trata de realizar una teorización de cada una de dichas inabarcables problemáticas, sino simplemente cuestionarse, revisar otras aproximaciones y explicitar sintéticamente el resultado, sea mediante una simple referencia, sea mediante conceptos funcionales a su trabajo u otros mucho más ambiciosos intelectualmente. Por otro lado, también resultaría de utilidad explicitar los intereses personales como los condicionantes materiales de la investigación, sea como simple acto de honestidad intelectual para su medio, sea para explicar eventuales proyecciones en su trabajo.

En síntesis, el Derecho comparado, en tanto crítica, además de cumplir una función subversiva de los discursos dominantes sobre el Derecho, cumpliría también una de tipo autosubversión-permanente, pues luego de imponer preguntas complejas, permite ampliar las perspectivas, enriquecer los propios discursos jurídicos y luchar contra las costumbres de pensamiento anquilosantes¹²².

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1056.

¹²⁰ Mark VAN HOECKE y Mark WARRINGTON, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, pp. 495-536. Aplicando esta categoría al ámbito europeo en: Mark VAN HOECKE y François OST, “Legal doctrine in crisis: towards a European legal science”, *Legal Studies*, vol. 18, núm. 2, 1998, pp. 197-215. Emmanuel JEULAND, *op. cit.*, pp. 382 y 386.

¹²¹ Régis PONSARD, “Pour une épistémologie de la science du droit administratif?”, en VVAA, *Les Méthodes en droit administratif*, DALLOZ, Paris, 2018, pp. 99-132. Sabino CASSESE, *Culture et politique du droit administratif*, DALLOZ, Paris, 2008. La explicación sobre cómo opera la ideología administrativa en: Jacques CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, pp. 543-545.

¹²² Horatia MUIR-WATT, “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, núm. 3, 2000, pp. 503-527 (p. 506).

3.2. Herramientas para la construcción ad hoc de un espacio de comparación

La autosubversión explicada anteriormente dará paso a la construcción de un espacio de comparación propio del comparatista, desde el cual trabajar la investigación que emprenda sobre Derechos administrativos. Para ello, se proponen cinco herramientas, las cuales deberían ser evaluadas con vistas a los fines concretos del trabajo de comparación que se desarrolle.

3.2.1. *Herramienta uno: deconstrucción y reconstrucción contextualizada del Derecho extranjero*

El Derecho extranjero es el supuesto del Derecho comparado; estos dos saberes, aunque distintos, se relacionan: comparar supone aproximarse al otro-jurídico, pero en los propios términos de su alteridad. Por ello, su comprensión no corresponde solamente a una acumulación de datos¹²³, ni a un lineal período de tiempo “observando” y luego otro “escribiendo”, se trata, más bien, de un ir y venir reflexivo tanto del Derecho positivo (las relaciones entre los textos jurídicos), luego de aquel en su específica cultura jurídica y, aquella, en la cultura/sociedad en la cual se inserta. Por cierto, esta contextualización no es una cuestión del todo o nada, sino de grado, y aquel deberá ser adecuado (*ad hoc*) a los objetivos de la investigación¹²⁴. Se trata de construir una visión lo más leal posible del Derecho administrativo foráneo.

En este proceso, el principal riesgo es que el jurista deforme aquella realidad en la cual no se encuentra¹²⁵, por ello se aconseja la “inmersión”¹²⁶, puesto que la cultura de una sociedad (y que condiciona su cultura jurídica y Derecho positivo) no se limita a manifestaciones textuales, sino que es algo que “se vive”.

Finalmente, junto con mirar con recelo las clasificaciones de familias de Derechos, por no adecuarse a las particularidades del Derecho público¹²⁷, será crucial el estudio del respectivo sistema político en el cual se encuentra el caso a estudiar. Ziller plantea que para comprender una administración resulta necesario conocer el funcionamiento de su sistema político, tanto porque es difícil delimitarlo del sistema administrativo, como porque aquel produce las políticas públicas que este aplica¹²⁸.

¹²³ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 305.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 307.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 306.

¹²⁶ Marie-Claire PONTTHOREAU, “Global Constitutionalism’. Un discours doctrinal homogénéisant, *L'apport du comparatisme critique*”, *op. cit.*, p. 127.

¹²⁷ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 43.

¹²⁸ Jacques ZILLER, *op. cit.*, pp. 12-13.

3.2.2. Herramienta dos: justificación de la selección de casos

Para construir un discurso razonable y con utilidad explicativa, aquel debe ser justificado. Por ello no puede evadirse la pregunta ¿por qué estos casos? Ponthoreau, desde el trabajo de Hirschl¹²⁹, plantea cuatro posibles razones para seleccionar casos, y que permitirían justificar preliminarmente su elección, de manera que no se trate de simple arbitrariedad, imaginación o intuición¹³⁰. Así, podrían escogerse los que pareciesen ser (i) los casos más similares posibles; (ii) los más diferentes posibles; o bien, (iii) escoger un caso del cual examinar similitudes y diferencias para ofrecer una comprensión compleja de su realidad jurídica; o (iv) seleccionar los casos singulares¹³¹. Por cierto, se tratará de una aproximación preliminar fundada en las fuentes preliminares que justificaron una investigación, puesto que el abanico de lecturas y fuentes siempre podrá reconfigurar el trabajo¹³².

De este modo, por ejemplo, se podría justificar un estudio sobre las relaciones entre el Derecho administrativo de Francia y el de España, pues es un lugar común afirmar sus similitudes fundadas en la decisiva influencia del primero sobre el segundo. Sin embargo, aquello solo se trata de un punto de partida cuyo objetivo sería precisamente cuestionarlo, tal como lo hace Neyrat¹³³.

3.2.3. Herramienta tres: considerar la trampa del lenguaje

Si bien el problema lingüístico (la trampa del lenguaje)¹³⁴ es parte de la contextualización, requiere tratarse como tópico especial, por uno de sus problemas medulares: la traducción. Con todo, este asunto es más amplio que aquella, puesto que incluso en casos que comparten un mismo idioma se generan problemas de comunicabilidad de categorías jurídicas. El espacio latinoamericano sería un buen ejemplo, como se explicó.

Respecto a la traducción, cuando se pretende estudiar un Derecho extranjero que utiliza una lengua distinta a la del comparatista, “resulta necesario al comparatista iniciar su investigación armado de una teoría de la traducción la cual, por sí sola, le dará la ocasión de resolver, aunque imperfectamente, las trampas que le tiende la imbricación del Derecho y la lengua”¹³⁵. De manera que una aproximación a las

¹²⁹ Ran HIRSCHL, “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005, pp. 125-155.

¹³⁰ Marie-Claire PONTTHOREAU, “Droits étrangers et droit comparé: des champs scientifiques autonomes?”, *op. cit.*, p. 310.

¹³¹ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, pp. 78-82.

¹³² *Ibid.*, p. 81.

¹³³ Anna NEYRAT, *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers. Les cas de la France et de l'Espagne*, L'Harmattan, Paris, 2019.

¹³⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, pp. 90-94.

¹³⁵ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *op. cit.*, p. 311.

teorías de la traducción resultará ineludible, para estos efectos resulta útil la sintética exposición de De la Sierra¹³⁶.

3.2.4. Herramienta cuatro: el *tracing* de textos

Si bien la textualidad no será la única fuente a considerar, la positividad textual es una forma relevante para aproximarse al fenómeno jurídico e, incluso, desde ella es posible desarrollar toda una contextualización cultural. En efecto, la positividad de los textos jurídicos es mucho más rica que lo que pareciera verse a primera vista, como explica Legrand, “hay estratos de un Derecho que su positividad de superficie disimula pero que resultan esenciales para una rica comprensión de aquella positividad misma”¹³⁷. “Para realmente conocer el estado del Derecho en un contexto dado, es, entonces, imperativo analizar sus cimientos culturales”¹³⁸, se trata de “los vínculos entre el Derecho y la lengua, entre el Derecho y el orden social, económico o político, entre el Derecho y la historia, entre el Derecho y las tradiciones filosóficas y morales que son ancladas en un territorio dado”¹³⁹. Esos caminos pueden ser explorados a través del texto, mediante el “*tracing*” que propone Legrand. Aquello consiste en un proceso de “deshebrar” el texto tal como si fuese un tejido: cada nudo llevará a otro, pues cada palabra es toda una manifestación histórico-cultural, tanto como la textualidad misma. Aunque ese proceso resultará siempre subjetivamente inabarcable (desde esta perspectiva, los textos no tendrían principio ni fin, ni una estructura necesaria en sí), no obstará a que dicha experiencia, concreta e irrepetible, permita elaborar un discurso que represente ese viaje por los hilos del texto.

Así, por ejemplo, que el famoso *arrêt* Blanco de 1873 incluya la expresión “*le service public*” y que, a ese texto, respecto a esa expresión, se le haya hecho decir un discurso teórico-doctrinal construido décadas después, dice mucho más sobre la sociedad francesa y cómo su derecho administrativo ha operado en el siglo xx, que sobre el particular problema “dogmático” del régimen jurídico de la responsabilidad del Estado o el verdadero origen del Derecho administrativo francés¹⁴⁰.

Lo anterior tiene dos consecuencias, primero, el comparatista, siguiendo el “*tracing*”, va tras la diferencia, lo que hace al otro su calidad de tal. Segundo, toda comparación será necesariamente interdisciplinaria, puesto que exigirá una pluralidad de aproximaciones, “como un proceso de dominio de préstamos recíprocos, entre las diversas *sciences de l’homme*, de conceptos, de problemáticas y de métodos para

¹³⁶ Susana DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo*, pp. 106-111.

¹³⁷ Pierre LEGRAND, “Comparer”, *op. cit.*, p. 291.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 281.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 282.

¹⁴⁰ Thomas PERROUD, Jacques CAILLOSSE, Jacques CHEVALLIER y Danièle LOCHAK (dirs.), *Les grandes arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, Paris, 2019, p. 40-62. Charles BOSVIEUX-ONYEKWLU, “Revenir sur une légende en sociologie: l’arrêt Blanco et le mythe de la ‘naissance’ du droit administratif français”, *Droit et Société*, núm. 101, 2019, pp. 159-178.

lecturas renovadas de la realidad social”¹⁴¹. “La práctica de la comparación se hace indisciplinada, es decir, interdisciplinaria -ella interviene entre disciplinas diversas- en cuanto comprende que todo pensamiento disciplinado amenaza de oscurecer en un dogmatismo hipostasiado”¹⁴².

Con todo, también podría avanzarse hacia una transdisciplinarietà como propone Husa, en la cual personas con diferentes competencias y conocimientos conformen grupos de investigación, integrados por abogados, historiadores, sociólogos, cientistas políticos, lingüistas y antropólogos. Esto aseguraría, según precisa el mismo autor, la utilización de diversos métodos y metodologías. De este modo se evitan aproximaciones marcadas por el formalismo de los abogados, sin incurrir en el imposible que una sola persona se forme en todas dichas disciplinas¹⁴³.

3.2.5. *Herramienta cinco: la conceptualización y la comparación conceptual*

Parte importante de la razonabilidad del espacio de comparación que se construya en una investigación estará dado por una adecuada utilización de la conceptualización. Su precisión y justificación sería crucial. En efecto, si el lenguaje jurídico, incluyendo aquel empleado en los discursos doctrinales del Derecho comparado, no es más que una variante del lenguaje natural, entonces será su precisión la que podrá dotarlo de rigurosidad y mejor comunicabilidad¹⁴⁴.

En esta materia, resultan imprescindibles los trabajos de Silvia Díez¹⁴⁵, Oliver Brand¹⁴⁶ y, en especial, de Reinhart Koselleck¹⁴⁷. La primera, puesto que problematiza la conceptualización como asunto metodológico en el Derecho público; el segundo porque estudia la conceptualización como herramienta del comparatista en el contexto de la discusión teórico-metodológica reciente; el tercero, como fundador de una corriente, teoriza el estudio histórico de los conceptos, particularmente útil para comparar nociones, categorías o conceptos que se usan en los discursos jurídicos de los casos de estudio.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 292.

¹⁴² Pierre LEGRAND, “Sur l’analyse différentielle des juriscultures”, *op. cit.*, p. 1060.

¹⁴³ Jaakko HUSA, *op. cit.*, p. 1116.

¹⁴⁴ Pascal RICHARD, “Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, núm. 4, 2005, pp. 899-920.

¹⁴⁵ Silvia DIEZ, *op. cit.* También: Marcos VAQUER, “La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, pp. 3005-3023.

¹⁴⁶ Oliver BRAND, “Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Law Studies”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, núm. 2, 2007, pp. 405-466.

¹⁴⁷ Reinhart KOSELLECK, *historia/Historia*, Trotta, Madrid, 3ª ed., 2016; y Reinhart KOSELLECK, *Historia de conceptos. Estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social*, Trotta, Madrid, 2012.

Es importante destacar que estas propuestas son compatibles con aceptar que los conceptos son constructos que cumplen ciertas funciones (su valor operatorio, es decir, descriptivo, explicativo o heurístico), y que ellas son los que los dota de mayor o menor plausibilidad. Nunca son “puros”, sino siempre sesgados por quien lo elabora -sujeto situado históricamente- y, por lo mismo, contingentes. Se trata de mejores o peores propuestas, que deben resultar útiles para la comparación que se emprenda. Un ejemplo de construcción conceptual desde la historicidad e históricamente situada, es el binomio *iuspublicidad y iusprivacidad* de Velasco¹⁴⁸.

En este punto se debe tener presente la advertencia de Ponthoreau respecto a la construcción conceptual: “puesto que lo real no existe más que a través de la construcción del investigador, es necesario ser consciente de que no solamente esta construcción resulta una opción del *concepteur*, sino también que este último no puede deformarla (puesto que ella no existe *en sí*), mas sí modelarla a su gusto. La finalidad de los modelos oscila entre la explicación y la descripción sin que sus autores sean siempre suficientemente claros sobre los objetivos que buscan. El modelo, puede entonces, asumir una función de legitimación”¹⁴⁹.

3.3. Los fines de la comparación de derechos administrativos

Como se explicó, la razonabilidad de la propuesta argumentativa del comparatista estará condicionada por los objetivos que se plantee, los cuales deberían ser explicitados y justificados. Es decir, el espacio de comparación que se construye el investigador será el que delimite el “espacio de pertinencia” (Legrand)¹⁵⁰, en el cual, por cierto, no puede haber todo (Ponthoreau)¹⁵¹, sino aquello explicitado y justificado en los objetivos de la comparación que se pretenda realizar. De este modo, si bien pareciera razonable hacerse cargo de los problemas presentados el explicar las herramientas metodológicas, la específica forma en la cual se articulen aquellas, debiera constituir el específico marco metodológico con el cual el comparatista se enfrente a la investigación de Derechos administrativos. De este modo evitará simplemente yuxtaponer Derechos positivos, o meramente contrastarlos, para dar lugar a una comparación que sea capaz de aproximarse al fenómeno administrativo real que acontece en el caso que haya decidido estudiar, y en él intentar evidenciar lo que lo identifica o caracteriza.

Si bien cada investigación debe justificarse en fines específicos que la doten de sentido y la articulen, aquellos pueden reflexionarse, a partir de razones, más o menos generales, que actualmente gocen de pertinencia, considerando la larga discusión que sobre la pregunta “¿para qué?” ha desarrollado la teoría del Derecho comparado. Una síntesis de aquel debate, haciéndose cargo de las implicaciones del comparatismo crí-

¹⁴⁸ Francisco VELASCO, *Derecho público más derecho privado*, op. cit., pp. 76-80.

¹⁴⁹ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 192.

¹⁵⁰ Pierre LEGRAND, “Comparer”, op. cit., p. 285.

¹⁵¹ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 72.

tico, se encuentra en la obra de Ponthoreau¹⁵². Trasladando dicha reflexión respecto a los Derechos constitucionales a los Derechos administrativos, se podría afirmar que los objetivos de este comparatismo serían, a lo menos, tres:

Primero, permite desarrollar una aproximación crítica del fenómeno administrativo y su manifestación jurídica, lo cual no solo permitirá comprender de forma más leal y profunda al otro, sino que también el Derecho administrativo propio. Esto es así, puesto que seguir el camino del comparatismo crítico implica un proceso autodeconstructivo que, a su vez, conlleva otro deconstructivo de la propia juridicidad doméstica; de ello se sigue su rearticulación o representación mediante un discurso que siempre será dinámico, pues irá cambiando a medida que se avancen las investigaciones. De esta manera, se podrá realizar no solo una contextualización sociojurídica más pertinente del otro; sino que del propio Derecho administrativo doméstico. En otros términos, se vuelve un campo de estudio desde el cual siempre será posible aportar perspectivas nuevas. Así, el Derecho administrativo se vuelve mucho más apasionante.

En segundo lugar, dicho discurso deberá articular las diferencias y similitudes que identifique de los casos que se estudie. Esta articulación permitirá identificar rasgos superficiales y, en especial, la específica expresión que adopta la estatalidad moderna en aquellos. Podrá evidenciar los paradigmas que subyacen a los discursos de los administrativistas, cuáles son sus implicancias y cómo la realidad social específica se proyecta en ellos. Acá, los textos jurídicos oficiales podrán ser solo un punto de partida, ni sus contenidos serán obvios, ni lo que de ellos se diga tampoco. Ser capaces de entender, en los casos que se escojan, la específica política del Derecho administrativo¹⁵³ como su historicidad¹⁵⁴ permitirá que el comparatismo sirva de contrapeso a los intereses globales homogeneizantes¹⁵⁵ y se constituya en un ejercicio respetuoso de comprensión del otro.

Tercero, se renueva la perspectiva sobre los trasplantes o injertos jurídicos, pues su operatividad real mostrará que las lógicas domésticas siempre se imponen, aunque los discursos jurídicos a su respecto no lo evidencien, incluso aunque los términos utilizados sean similares o se traduzcan con una misma palabra. Así, por ejemplo, pueden salir a la luz las implicancias de los discursos sobre la regulación y su impacto en la denominada potestad reglamentaria según la comprensión que de ella se da en España¹⁵⁶ o Francia¹⁵⁷. Del mismo modo, se vuelven particularmente problemáticas

¹⁵² *Ibid.*, pp. 87-171.

¹⁵³ Jacques CAILLOSE, *La constitution imaginaire de l'Administration*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁴ Sabino CASSESE, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁵ Marie-Claire PONTTHOREAU, "Global Constitutionalism". Un discours doctrinal homogénéisant, *L'apport du comparatisme critique*, *op. cit.*, p. 125. Pierre LEGRAND, "Comparer", *op. cit.*, p. 295. Pierre LEGRAND, "Sur l'analyse différentielle des juriscultures", *op. cit.*, p. 1064 y 1067.

¹⁵⁶ Elisenda MALARET, "Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea pública: la regulación económica", *Diritto Pubblico*, núm. 2, 2008, pp. 535-586 (p. 554).

¹⁵⁷ Pierre-Laurent FRIER y Jacques PETIT, *Droit Administratif*, LGDJ, Paris, 11^a ed., 2017, p. 21, 160-163 y 434.

ecuaciones de nociones como las de “*service public* = servicio público = *public utilities* = *servizio pubblico* = servicio de interés general”; o el dualismo jurisdiccional colombiano como mero “viaje y aterrizaje” de una idea francesa¹⁵⁸.

Finalmente, todo lo anterior cobra también una importante consecuencia práctica. Cuando se impulsan reformas administrativas o las llamadas “modernizaciones” del Estado, normalmente se presentan como un argumento a favor de determinadas opciones ciertas fórmulas de derechos extranjeros, lo cual, en medios como el español o el latinoamericano, por su especial receptividad a las construcciones jurídicas foráneas¹⁵⁹, genera el riesgo de la instrumentalización política de la otredad. Así, el comparatismo crítico, al ser capaz de evidenciarlo o denunciarlo, permite conectar las exigencias democráticas con el quehacer de la academia jurídica. Esto es así, pues, si bien no resulta exigible al debate público los estándares de la investigación comparatista que se desarrolla en las universidades, permitirá plantearse preguntas de trascendencia ética y política: ¿por qué esos casos y no otros?, ¿qué organismo internacional avala la reforma?, ¿qué particularidades domésticas configurarían la práctica jurídica de aquella?, ¿permite aquello que se alcancen los objetivos que el legislador democrático se ha impuesto?, ¿qué hace realmente un jurista cuando explica ante legisladores casos de Derecho extranjero?, etcétera.

4. CONCLUSIÓN

En cierto sentido, el comparatismo crítico de Derechos administrativos pretende seguir la senda de Tocqueville. En su clásica obra *El Antiguo Régimen y la Revolución*, evidenciaba que los discursos jurídicos se apartaban de la realidad social e impedían comprender lo que realmente acontecía¹⁶⁰, así, detalla cómo aquellos imposibilitaban ver la línea de continuidad entre la burocracia prerrevolucionaria y la que el liberalismo adjudicará como origen del Derecho administrativo moderno¹⁶¹. A su juicio, aquello jamás podría ser comprendido por alguien que no haya visto más que la realidad francesa¹⁶². En resumen, el camino de conocer al otro (realidad ajena), permite conocerse mejor a sí (realidad propia): los horizontes de reflexión se expanden.

De este modo, siguiendo el camino trazado en la introducción, se justificó la posibilidad de comparar Derechos administrativos prescindiendo de discursos homogeneizantes precondicionados epistémicamente, aportando así una crítica (sustanti-

¹⁵⁸ Juan Pablo SARMIENTO, *Surgimiento de la dualidad de jurisdicciones en Colombia*, Editorial Universidad del Norte, Barranquilla, 2012.

¹⁵⁹ Silvia DÍEZ, *op. cit.*, p. 185. Diego LOPEZ-MEDINA, *op. cit.*, pp. 344-353. Juan Carlos FERRADA, “Los principios estructurales del Derecho administrativo chileno: un análisis comparativo”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 221-222, año LXXV, 2007, pp. 99-136.

¹⁶⁰ Alexis de TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza Editorial, Madrid, 3ª ed., 2018, p. 123.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 114.

¹⁶² *Ibid.*, p. 64.

vo) crítica (adjetivo) desde la cual problematizar la globalización neoliberal. Luego, también se señaló su importancia, puesto que aquellos Derechos, en la actualidad, expresan la específica forma en la cual la estatalidad moderna se expresa en lo local, la cual constituye un rasgo clave para la comprensión de la alteridad jurídica. Después, se propuso un conjunto de herramientas metodológicas desde las cuales construir un discurso razonable y razonado, susceptible de ser sometido a crítica, sobre la representación que puede hacer(se) un comparatista de un Derecho administrativo particular.

Realizar un esfuerzo de esta naturaleza tiene, además de las consecuencias políticas y éticas ya explicadas, otras de índole intelectual: exige cuestionar los fundamentos del Derecho administrativo como disciplina (incluso, los fundamentos de aquellos). Siendo una tarea que solo la Universidad, por sus fines propios, puede desarrollar, permite así recuperar su histórico rol subversivo al anquilosamiento de la reflexión: temas se abren o reabren a posibilidades no vistas, ocultas u olvidadas.

En definitiva, para no caer víctima de intereses ocultos o reificaciones de los supuestos, resulta necesario tomarse en serio el Derecho comparado o, más bien, la comparación de Derechos, que, si bien no puede aportar todas las respuestas, ayuda a plantear buenas preguntas.

LA APELACIÓN A LA CIENCIA EN EL GOBIERNO Y GESTIÓN DE LA CRISIS DE LA COVID-19

THE APPEAL TO SCIENCE IN THE GOVERNMENT AND MANAGEMENT OF THE COVID-19 CRISIS

José Esteve Pardo

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Barcelona

RESUMEN: La crisis del COVID-19 ha hecho muy visible un reto que el derecho ya tenía planteado: la decisión en situaciones de incertidumbre científica. Son dos las estrategias que se estaban desarrollando y que están presentes en esta crisis. Una con orientación científica y otra sobre referencias internas del derecho. Para que estas estrategias ofrezcan apoyos sólidos a la decisión son condiciones la procedimentalización e institucionalización, sin apelar genéricamente a la ciencia. La proporcionalidad y provisionalidad de las medidas, abiertas a constante revisión, también son condiciones inexcusables. La crisis del COVID-19 muestra que no está bien articulada la relación entre el sistema jurídico y el científico. Algo que sería necesario introducir también en la Constitución mirando al futuro.

PALABRAS CLAVE: relaciones ciencia y derecho; procedimentalización; institucionalización; incertidumbre científica; proporcionalidad; principio de precaución; reforma constitucional.

ABSTRACT: The COVID-19 crisis has made very visible a challenge that law and politics have already posed: the legal decision in situations of scientific uncertainty. Two strategies were being developed and are present in this crisis. One with a scientific orientation and the other on internal legal references. Both strategies will be fulfilled with procedural and institutional conditions, without generically appealing to science. The proportionality and provisional nature of the measures, which must be open to constant review, are also inexcusable conditions. The COVID-19 crisis shows that the relationship between the legal and scientific systems is not well articulated. This should be also introduced into the Constitution looking to the present future.

KEYWORDS: science law relationship; procedural conditions; scientific uncertainty; proportionality; institutionalisation; precautionary principle; constitutional reform.

SUMARIO: 1. LAS REGULACIONES Y DECISIONES EN ENTORNOS DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA. LOS DIFERENTES TIEMPOS DE LA CIENCIA Y EL DERECHO.— 2. CONOCIMIENTO MEDIO Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EXPERTO EN LA CRISIS DE LA COVID-19.—3. LAS ESTRATEGIAS DESARROLLADAS POR EL DERECHO PARA DECIDIR EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA.—4. LA ESTRATEGIA EXTERNA, CIENTIFICISTA, DE DECISIÓN EN LA INCERTIDUMBRE. 4.1. Las exigencias y puntos de conexión con el derecho de las medidas de excepción. Proporcionalidad y provisionalidad. 4.2. La crisis de la COVID-19 y las medidas de excepción al régimen general, constitucional. La generalización de las relaciones especiales de sujeción. 4.3. La necesaria conexión temporal y la restauración del Derecho. Provisionalidad y constante revisión de las medidas de excepción.—5. LA ESTRATEGIA INTERNA DE DECISIÓN SOBRE CERTEZAS Y REFERENCIAS CONSTRUIDAS, DE FICCIÓN. 5.1. Presunciones procedimentales e institucionales para articular las decisiones en entornos de incertidumbre científica. 5.2. Las exigencias, y déficits, procedimentales institucionales en la crisis de la COVID-19. 5.3. Una nueva evidencia de la desconexión constitucional con la ciencia.—6. A MODO DE CONCLUSIÓN. SOBRE LA NECESIDAD DE REINSTAURAR LA CONEXIÓN DE LA CIENCIA CON EL DERECHO.

1. LAS REGULACIONES Y DECISIONES PÚBLICAS EN ENTORNOS DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA. LOS DIFERENTES TIEMPOS DE LA CIENCIA Y EL DERECHO

Rasgo característico y determinante de la crisis producida por la expansión del COVID-19 es la espesa incertidumbre que se cierne sobre un riesgo de extrema gravedad para la salud. El muy agudo problema de la decisión por las instancias políticas, administrativas, en incluso judiciales, en entornos de incertidumbre científica estaba ya planteado hace más de una década en términos preocupantes, tanto por su creciente entidad como por la escasa —o inadecuada— atención que merecía¹. Desde hace un tiempo se advertía en efecto una tendencia que ya parece irreversible: la frecuente adopción de decisiones por instancias públicas (legisladores, gobiernos, tribunales, administraciones) en situaciones de reconocida incertidumbre científica.

Lo que mayormente origina esta situación tan contradictoria y compleja es la diferente secuencia, el creciente desfase de los tiempos de la ciencia y el Derecho, al menos el Derecho en el que nos hemos formado y en el que seguimos instalados. Un Derecho, todo un sistema jurídico, atado a las certezas, tal como impone su para-

¹ Me ocupé de él en *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2009, hacia el que me permito remitir el desarrollo de algunas ideas que aquí se apuntan.

digma de seguridad jurídica, y orientado todo él a la decisión, con mecanismos tan popularmente conocidos para hacerla efectiva como el silencio administrativo.

Pero hace ya tiempo que la ciencia está muy lejos del paradigma de las certezas y la seguridad, que todavía se mantiene en el Derecho. Inicialmente –sobre todo en su época dorada, desde el siglo XVII hasta principios del XX– la ciencia deslumbró con las certezas y leyes que descubría, impresionando hondamente a los juristas, que mirándose en el espejo de la ciencia, se afanaron en construir un Derecho cierto sobre el paradigma de la seguridad jurídica. Pero ya en el pasado siglo la ciencia constata, a medida que avanza, la inmensidad de los espacios que desconoce². Cambió por ello su lenguaje, que dejó de ser el de las certezas para utilizar más el contenido de las probabilidades³.

También los tiempos de la ciencia difieren ostensiblemente de los que son propios del Derecho, sobre todo porque a la ciencia no le corresponde decidir. Lo suyo es obtener conocimiento y transmitirlo a las instancias decisorias. Y los tiempos que requiere la adquisición de esos conocimientos y certezas no coinciden en absoluto con los que impone el Derecho, fijando plazos en no pocas ocasiones, para adoptar decisiones.

Lo está comprobando ahora el gran público, el conjunto de la sociedad española, cuando, tal como establece la Constitución en su art. 116.2 y la Ley 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, cada quince días ha de decidirse si se prorroga el estado de alarma en medio de una reconocida incertidumbre científica sobre la situación y previsiones de la pandemia de COVID-19. La ciencia requiere de un tiempo distinto, más dilatado, y desde luego no sujeto a plazos, para ampliar y consolidar sus conocimientos.

2. CONOCIMIENTO MEDIO Y CONOCIMIENTO CIENTÍFICO EXPERTO EN LA CRISIS DE LA COVID-19

En las últimas décadas, las decisiones en entornos de incertidumbre se habían incrementado de manera muy considerable por el creciente desajuste entre los tiempos de la ciencia y los del Derecho, un desfase provocado por un desarrollo tecnológico muy dinámico que, por su constante innovación, suscita continuas incógnitas sobre sus posibles efectos, obligando al sistema jurídico, con ritmos decisorios mucho más breves, a la adopción de decisiones sin el deseable conocimiento científico. El último capítulo en el que nos encontrábamos de la serie de novedades tecnológicas

² No son solo las teorías de la relatividad de Einstein o el principio de incertidumbre de Heisenbergs y los avances de la física cuántica los que marcan ese giro a la incertidumbre, es la complejidad del mundo real, que los avances de la ciencia han hecho más visible, lo que lleva a los científicos a cambiar su posición. Lo constata de manera categórica el premio Nobel de química Ilya PRIGOGINE, en su ensayo *El fin de las certidumbres*, Taurus, Madrid, 1997.

³ El que primeramente captó ese cambio de lenguaje de la ciencia fue Karl POPPER en *La lógica de la investigación científica* (1934), Taurus, Madrid, 2003, véase en especial su capítulo VIII sobre la probabilidad, pp. 137 y ss.

con efectos inciertos, para el que se nos congregaba a opinar y debatir en diferentes foros, era el de la robótica y la inteligencia artificial que parecía iba a liberarnos de nuestras cargas. La COVID-19 ha convertido a este y a otros episodios recientes de un progreso tecnológico eufórico en capítulos de la historia. Esta crisis no nos llega, como en los casos ordinarios hasta ahora, de una manipulación tecnológica por nuestra parte, sino de un proceso natural, por así decirlo, en el que –por lo que parece, esta es otra de las incertidumbres– no ha habido, en principio, intervención decisoria humana⁴. Pero lo cierto es que ha venido a plantear en unas magnitudes inéditas el mismo problema de fondo: el de la decisión y regulación jurídica en una situación de reconocida incertidumbre científica.

No es la del COVID-19 la incertidumbre a la que estábamos habituados los últimos años y a la que veníamos ajustando las herramientas reguladoras y decisorias para operar en ella, la incertidumbre que generan nuevas tecnologías sobre sus posibles efectos negativos para la salud y el medio ambiente, tecnologías que habían sido objeto de investigación y pruebas con arreglo a procedimientos y protocolos bien pautados. Sobre el conocimiento experto adquirido en esas investigaciones, voluntarias o normativamente impuestas, se desplegaban las tres fases de la regulación de riesgos: la decisión sobre el riesgo permitido, la gestión de ese riesgo (una fase volcada también en la adquisición de conocimientos) y el tratamiento de las responsabilidades por los daños y perjuicios que de las anteriores fases pudieran derivarse.

Nada que ver con la pandemia de COVID-19 que inopinadamente se presenta sin conocimiento experto significativo, sin fase de investigación y prueba, cancelada por completo la fase de decisión sobre la aceptación del riesgo. Encaramos así primeiramente el riesgo en su segunda fase, la de su gestión, como de manera bien elocuente expresa el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma *para la gestión* de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Una gestión que puede acabar encarándonos con los entornos característicos de las decisiones sobre riesgos que tienden a ser optativas, sin opción al riesgo cero. En este caso la opción entre el riesgo para la salud, que reclama unas medidas sanitarias muy estrictas, y los riesgos que de esas medidas se derivan para la economía, el equilibrio social y la propia salud.

El conocimiento experto del que se carece sobre la COVID-19 ha de adquirirse entonces en plena epidemia, en vivo. El planeta se ha convertido así en el mayor laboratorio conocido, en el primer laboratorio global en el que, sin un periodo de análisis previo, se están adquiriendo los conocimientos sobre el virus para poder combatirlo y doblegarlo. Un conocimiento todavía primario, basado sobre todo en evidencias que por lo demás son cuestionadas en sus exactas magnitudes: hay personas fallecidas, aunque no se sabe con certeza cuántas lo han sido a causa del virus; hay personas infectadas, pero menos aún se sabe cuántas son. No se ha conseguido todavía, por lo que parece, un conocimiento cualificado más allá de lo evidente, más allá del co-

⁴ Esta es, por lo demás, otra de las incertidumbres que afectan a esta crisis y que está por investigar de manera objetiva y transparente.

nocimiento medio que concurre en cualquier persona mínimamente formada. No se dispone del conocimiento experto del que se derivaría la adopción de medidas basadas en avances científicos y tecnológicos significativos, como pudieran ser una vacuna o nuevos fármacos que mostraran su efectividad.

Las medidas más generalizadas que se han adoptado en los primeros meses de la crisis son primarias y elementales, fundadas en el más elemental conocimiento medio, adquirido y popularizado sobre todo por las gripes: la manera de evitar el contagio es el distanciamiento físico entre las personas. A escala europea la medida es todavía más primaria, primitiva: el cierre de fronteras. Medida muy gravosa y particularmente lamentable, por defraudar abiertamente el proyecto europeo, la del cierre de fronteras. Lo preocupante es que no parece conocerse otras. Se advierte así también un gran desconocimiento de la terapia normativa, ejecutiva y económica, a escala nacional y europea, para tratar una crisis como esta.

La pandemia de COVID-19 nos ha igualado en el desconocimiento, en la ignorancia. Nunca se nos han mostrado tan cercanos los premios Nobel de economía o biología al leer en la prensa sus análisis y vaticinios, en los que exhiben un conocimiento no muy superior al de cualquier persona con una mínima información, muy dispersa e imprecisa por lo demás. Tampoco hace falta ser una autoridad en psicología para advertir que los niños soportan peor el confinamiento doméstico y decidir como una de las primeras medidas para aliviarlo la de permitir su salida controlada. Ha sido frecuente la apelación al conocimiento experto –apelación genérica y sin identificación alguna sobre lo que habremos de volver–, cuando lo que se extrae del mismo es lo que se alcanza con un conocimiento medio y el más elemental sentido común. Así se advierte, por ejemplo, en el preámbulo del Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorrogaba, por segunda vez, el estado de alarma: «los modelos desarrollados por los expertos, tanto nacionales como internacionales, muestran que una adecuada gestión de la fase de desescalada de las medidas de control y contención aplicadas resulta crucial para lograr vencer la epidemia».

3. LAS ESTRATEGIAS DESARROLLADAS POR EL DERECHO PARA DECIDIR EN SITUACIONES DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

Desde finales del pasado siglo, el Derecho, el sistema jurídico, comenzaba a desarrollar estrategias para decidir en la incertidumbre científica. Estrategias que creo advertir se despliegan en las dos direcciones posibles.

Una estrategia es interna, de reordenación y adaptación del sistema jurídico, con sus propias herramientas, para encarar la incertidumbre y poder resolver en ella. Es toda una línea estratégica, con diversas manifestaciones, que atiende prioritariamente a las referencias y certezas construidas –no halladas, como le corresponde a la ciencia– del propio sistema jurídico y que pueden prevalecer sobre los datos y aportaciones de la ciencia.

La otra estrategia, externa, se orienta a conectar el sistema y la actuación de los órganos con facultades decisorias a los dictados y valoraciones de la ciencia. Una línea estratégica, pues, con una marcada orientación científicista, al atenerse a lo que muestra el conocimiento científico, que puede ser muy limitado e incierto. Con esta estrategia se traslada la decisión o la fijación de las principales referencias a lo que establezca la ciencia o el estamento experto, lo que plantea toda una serie de cuestiones, y objeciones, que no se pueden tratar aquí. Una fórmula muy extendida ya en muchas normas es la remisión “a la mejor tecnología disponible” para determinar las obligaciones, que el desarrollo tecnológico habrá de concretar, de operadores muy diversos.

De manera más o menos consciente, más o menos explícita, estas estrategias se están desplegando en la crisis de la COVID-19. Reparar en ellas puede por ello resultar muy ilustrativo, también para detectar las contradicciones y posibles mejoras y ajustes en su desarrollo. Comencemos por esta segunda estrategia. La estrategia externa, científicista.

4. LA ESTRATEGIA EXTERNA, CIENTIFICISTA, DE DECISIÓN EN LA INCERTIDUMBRE

Entre otras fórmulas y expedientes, tiene sin duda en el llamado principio de precaución su instrumento más característico. Se trata en primer lugar de un principio encuadrado en esta estrategia, pues está exclusivamente concebido con el objetivo de ofrecer a los poderes públicos un fundamento, una plataforma, para decidir en situaciones de acreditada incertidumbre científica.

Es un principio que se adscribe a la línea marcadamente científicista, puesto que el presupuesto para su invocación y aplicación lo constituye la incertidumbre científica en torno a un riesgo que afecta gravemente a la salud o al medio ambiente. Es científicista porque se asume la constatación de la situación de incertidumbre y riesgo para la salud y el medio ambiente que por parte de la ciencia se manifiesta. Una ciencia que, conviene destacarlo ya, no se expresa con una única voz. Son manifestaciones que pueden estar muy localizadas en un estudio científico o en un análisis por un laboratorio que, con mucha frecuencia, pueden encontrar opiniones diversas y contrarias, sobre todo cuando se plantean situaciones de incertidumbre⁵. Con esta puntualización, sobre la que se habrá de volver más adelante, es en cualquier caso la ciencia, con su conocimiento experto, la que alerta de riesgos que pueden no resultar accesibles al conocimiento medio y es a esas apreciaciones científicas, expresadas en

⁵ Una diversidad que arranca de la libertad de investigación científica y se complica con las expectativas e intereses económicos que en muchos casos se ciernen sobre ella y condicionan las posiciones. Sobre el estado actual de la ciencia e investigación científica: Mercè DARNACULLETA GARDELLA, “Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general”, *Actas del XIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2018; y Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA, *Creación científica e innovación tecnológica: una aproximación desde el Derecho público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

términos probabilísticos, a las que se atiende prioritariamente cuando se apela al principio de precaución.

4.1. Las exigencias y puntos de conexión con el derecho de las medidas de excepción. Proporcionalidad

Se trata de un principio de extraordinaria potencia porque permite excepcionar el régimen jurídico aplicable, como pueda ser el que regula la autorización y comercialización de un producto, que queda del todo excepcionado cuando se decide su retirada del mercado por el riesgo que genera para la salud sobre el que la ciencia alerta. El principio de precaución, al excepcionar el régimen jurídico vigente, conduce a una situación de anomia en la que la única referencia que se reconoce para modular y dimensionar esas medidas de excepción es la que aporta otro principio, muy en boga también, el principio de proporcionalidad. Este principio, el de proporcionalidad, es entonces la única conexión que resta con el Derecho, con el orden jurídico, la única referencia para medir y controlar las actuaciones de las autoridades.

Como no podía ser de otra forma, el principio de proporcionalidad ha sido ya objeto de atención durante esta crisis como principal referencia para modular la magnitud e intensidad de las medidas que se están adoptando en la crisis de la COVID-19, y en la misma línea se apela también a la idea de ponderación. Pero la proporcionalidad y la ponderación requieren un cierto conocimiento, unas mínimas certezas básicas desde donde tomar sus mediciones. En esta crisis la proporcionalidad tiene un trazado muy primario: desde el más elemental conocimiento medio, desde la constatación de una situación de extrema gravedad y riesgo, posiblemente la más grave desde las grandes hecatombes bélicas, con la evidencia de la saturación del sistema sanitario, se han adoptado unas medidas extremas que conllevan una limitación máxima de derechos.

Es cierta, es evidente, la magnitud de los daños y de los riesgos. Ello ya justifica en lo sustancial las medidas adoptadas. Es cierto también que pueden plantearse dudas sobre la efectividad de las medidas ante la falta de evidencia científica. Pero justamente ahí, la operativa propia del principio de precaución habilita, ante la duda, la adopción de medidas que pueden ser muy gravosas por cuanto comportan la excepción del régimen jurídico vigente.

4.2. La crisis de la COVID-19 y las medidas de excepción al régimen general, constitucional. La generalización de las relaciones especiales de sujeción

Pero cuestión distinta es la del marco legal en el que esas medidas se adoptan⁶. Un marco que ha de mantener su conexión con el Derecho, con el orden consti-

⁶ Un pronto, y certero, análisis de las medidas adoptadas en la primera fase de esta crisis es el de Susana DE LA SIERRA, "Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica

tucional. Se consideran admisibles en estos casos las medidas que excepcionan un régimen jurídico sectorial al que, por ejemplo, se ajustó rigurosamente una empresa para producir y comercializar un producto que ahora, en aplicación del principio de precaución, se retira del mercado.

Otra cosa es la excepción de un régimen general, básico, de enunciado constitucional, articulado fundamentalmente en torno a unos derechos y libertades fundamentales, también a unos deberes, afirmados con carácter general y básico⁷. Ahí son admisibles las excepciones puntuales, pero no la desconexión total del sistema jurídico y constitucional, que conduciría a situar a los ciudadanos en la situación propia de las relaciones especiales de sujeción. Unas relaciones que, según su caracterización clásica, marcan un espacio que no está dominado por la ley, por el Derecho, y en el que solo rigen las órdenes de la Administración⁸. Los sujetos que se presentaban como ejemplo de personas sujetas a una relación especial de sujeción eran los presos, la población reclusa. Hoy podemos constatar la generalización de estas dos notas.

Primera, la privación de libertad, la reclusión del conjunto de la población en un régimen próximo al arresto domiciliario. Es una caracterización que se acerca más a la realidad que la del confinamiento, pues este es una condena penal –o gubernativa en sistemas dictatoriales– que conlleva la localización forzosa del penado en un territorio limitado, normalmente insular, en el que podía moverse libremente⁹.

Pero se da también la nota más característica de las relaciones especiales de sujeción que las sitúan fuera de la legalidad, del Derecho, y que es la exclusión, el desplazamiento, del imperio de la ley para imponerse en su lugar la orden de los agentes, tal como se prevé en el desarticulado e inconsistente régimen sancionador configurado en torno al estado de alarma. En principio rigen las leyes que no han sido formalmente derogadas, entre ellas la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece los principios básicos –el de la tipicidad entre ellos y destacadamente– de la potestad sancionadora de la Administración y, por supuesto, los arts. 24 y 25 de la Constitución que no han sido excepcionados en ningún momento. Pero el régimen sancionador de la crisis se acaba concretando, al menos en un primer momento, en

jurídica internacional y comparada”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

⁷ En esa distinción entre los tratamientos sectoriales y las medidas con incidencia en el estatus general de derechos repara también Alba NOGUEIRA LÓPEZ, “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril, 2020.

⁸ Esta era la caracterización de esta categoría en su genuina formulación, como es bien conocido, por Paul LABAND y Otto MAYER, que este último sintetiza en su tratado *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3.^a ed., (1924), edición facsímil, Duncker & Humblot, Berlín, 1969. Mayer todavía maneja ahí el concepto de súbdito (*Untertan*) y no el de ciudadano.

⁹ Parece que la caracterización legal más reciente del confinamiento es preconstitucional y se encuentra en el Código Penal de 1973, en cuyo art. 87 se establece que “Los sentenciados a confinamiento serán conducidos a un pueblo o distrito situado en la Península o en las islas Baleares o Canarias, en el cual permanecerán en libertad, bajo la vigilancia de la autoridad”.

torno a las órdenes de los agentes¹⁰, que es a los propios agentes a los que corresponde definir su contenido sin exigencia formal alguna, con lo que se desvanece todo rastro del principio de tipicidad.

No procede desde luego detenerse aquí en el régimen sancionador y en otros aspectos jurídicos sensibles del estado de alarma en el que estamos inmersos. Pero en esta aproximación a las relaciones entre la ciencia y el Derecho que están en su base y trasfondo no se puede en modo alguno pasar por alto que el test de proporcionalidad ha de aplicarse no solo a las medidas adoptadas para combatir la epidemia, el distanciamiento y la reducción de contactos entre las personas, sino también a las medidas instrumentales para hacerlas efectivas, como es la potestad sancionadora tal como está regulada, planteando también, como el test de proporcionalidad requiere, si no serían posibles otras medidas o esas mismas con otra configuración legal.

4.3. La necesaria conexión temporal y la restauración del Derecho. Provisionalidad y constante revisión de las medidas de excepción

Por lo demás, en la correlación entre ciencia y Derecho que se articula en torno al principio de precaución, que utilizamos aquí como guía, hay un momento final, en la cola de este principio, que últimamente recibía una gran atención: las medidas que se adopten de acuerdo con él, medidas que pueden ser gravosas y de excepción, no pueden consolidarse y petrificarse; son medidas con una marcada vocación de provisionalidad –mientras concurra la situación de riesgo– de la incertidumbre congénita a cualquier riesgo, que las justifica. Son por tanto medidas sujetas a constante revisión con un objetivo fundamental e inequívoco: reducir la incertidumbre. Porque es la incertidumbre la que desborda las previsiones legales y la que se erige así en presupuesto para la aplicación de un principio que puede habilitar medidas de excepción.

En la crisis sanitaria de la COVID-19 estas exigencias pueden concretarse en los dos frentes que aquí contemplamos.

Primero en el científico, dando prioridad a todas las actuaciones y medidas que amplíen el conocimiento de la epidemia: en su certero diagnóstico (sobre todo mediante la realización de pruebas y test), en su prevención y en los medios terapéuticos que resulten efectivos.

¹⁰ El art. 10.1 de la Ley 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, contiene una referencia genérica a lo dispuesto en las leyes: “El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. En esa indefinición se está aplicando la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, particularmente su art. 36.6, que señala como sanción grave la “la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones”, con lo que establece la sujeción a las órdenes de los agentes como referencia (nota característica de las relaciones de sujeción especial) en una situación de anomia generalizada.

En segundo lugar, en el plano legal, porque las medidas excepcionales que se adopten han de tener esa marcada vocación de provisionalidad. Provisionalidad que es una nota esencial de cualquier modalidad del estado de excepción y en la que coinciden todas sus exposiciones, desde los planteamientos constitucionales hasta los puramente filosóficos¹¹.

Provisionalidad que, como no podía ser de otro modo, está por lo demás categóricamente afirmada en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En su art. 6.2. se prescribe respecto al estado de alarma “que no podrá exceder de quince días. Solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga”. Es la segunda vez que se declara el estado de alarma¹², pero es la primera que se prorroga de manera reiterada, y ello nos coloca en una situación inédita que nunca había sido considerada siquiera. Porque lo que ordinariamente se contempla en cualquier legislación que la prevea es una sola prórroga o, en las formulaciones más extremas, la fijación de un término máximo de prórroga, tal como se establece, por ejemplo, para la prisión provisional.

Son ya varias las prórrogas del estado de alarma que se han concedido, sin que se haya apuntado, ni insinuado siquiera, en el horizonte legal un plazo límite. Un estado de alarma que, por su grave y generalizada afectación a los derechos fundamentales, así como por la profunda alteración del orden competencial, comporta una sustancial modificación de la Constitución si no está bien definida y explícitamente afirmada su provisionalidad, con unos límites temporales claros o con una reducción progresiva y pautada de las medidas que con mayor intensidad alteran el orden constitucional.

5. LA ESTRATEGIA INTERNA DE DECISIÓN SOBRE CERTEZAS Y REFERENCIAS CONSTRUIDAS, DE FICCIÓN

Los procedimientos cientificistas de decisión en la incertidumbre, de los que es una muestra el principio de precaución, se han instaurado en tiempos muy recientes. Se adscriben por ello a lo que difusamente se percibe como un Estado postindustrial,

¹¹ Entre estos últimos, el del filósofo Giorgio AGAMBEN, *Estado de excepción*, Pre-Textos, Valencia, 2003, que analiza la teoría general del estado de excepción, cuyo núcleo “es precisamente el hacer posible la articulación entre estado de excepción y orden jurídico” (p. 52), algo que era significativa y peligrosamente matizado por Carl Schmitt, que entendía que el estado de excepción había de insertarse en un orden, aunque no necesariamente un orden jurídico. Las posiciones de Schmitt se expresaron a principio de los años veinte del pasado siglo –antes, por tanto, de su lamentable deriva hacia el nazismo– en sus libros *La dictadura* (1921), Revista de Occidente, Madrid, 1968; y *Teología política* (1922), Trotta, Madrid, 2009. Una exposición sobre nuestro régimen constitucional en P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹² Se declaró el 4 de diciembre de 2010 para hacer frente a una huelga de controladores que provocó el cierre del espacio aéreo.

posmoderno, al Derecho de la segunda modernidad, de la modernidad reflexiva, u otras expresiones y concepciones similares. Con ello parece reconocerse que el problema de la decisión jurídica en situaciones de incertidumbre es un problema reciente, ligado a la complejidad científica y tecnológica de la sociedad postindustrial. Desde luego la incertidumbre se ha expandido con el reciente desarrollo tecnológico, pero, mucho antes, el Derecho tuvo que enfrentarse con ella y alumbrar fórmulas para decidir en encrucijadas envueltas en la más completa incertidumbre.

Son fórmulas, estrategias, internas del Derecho, autorreferenciales, podríamos decir. No se decide desde el acercamiento a las certezas que la ciencia vaya alcanzando, como se pretende en las estrategias y procedimientos cientificistas de decisión, sino que se decide sobre certezas construidas –no halladas, como en la ciencia– por el propio sistema jurídico, por la propia legalidad.

5.1. PRESUNCIONES PROCEDIMENTALES E INSTITUCIONALES PARA ARTICULAR LAS DECISIONES EN ENTORNOS DE INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA

La fórmula básica de la estrategia interna, autorreferencial, es la que se monta sobre las presunciones, con la que operaba ya con toda normalidad el Derecho romano. Si un centurión no regresaba con César de una de sus campañas bélicas y no había ninguna noticia cierta sobre él, se generaba entonces una total incertidumbre sobre su vida. Los juristas romanos no se plantearon realizar una investigación para alcanzar la certeza de si el centurión estaba vivo o si había fallecido. Lo que pretendían era resolver los problemas jurídicos que en torno a esta incertidumbre se suscitaban. ¿Había enviudado su esposa? ¿Heredaban sus hijos? ¿Se promovía a otro oficial para ocupar su puesto en el ejército? Estas eran las cuestiones a resolver. Para ello los juristas construyeron una certeza. Una certeza ficticia y convencional. Una presunción construida con el solo objeto de apoyar sobre ella la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas. Si en tres años no se tenía noticia alguna del centurión, se le daba por fallecido con las consecuencias jurídicas que de ello se derivaban en el plano familiar, patrimonial o militar.

Las presunciones han vuelto y se han expandido, insertadas ahora en las leyes que regulan espacios dominados por la incertidumbre. Por ejemplo, en la legislación de matriz europea sobre la responsabilidad medioambiental. La frecuentemente compleja cuestión –inaccesible no pocas veces a un conocimiento científico cierto– de la causación del daño se resuelve en un primer momento con la presunción que la atribuye a la instalación “apropiada” para producirlo. Pero en muchos casos esa empresa podrá a su vez liberarse de esa presunción inicial desfavorable con una contrapresunción: si acredita su previa sujeción a un programa de gestión ambiental o a una ecoauditoría. Se va progresando de ese modo para tomar decisiones con el apoyo

en certezas construidas, presunciones y contrapresunciones, y no en certezas halladas, certezas científicas, que no las hay, por hipótesis, en situaciones de incertidumbre¹³.

Esas presunciones que se están construyendo para, apoyándose en ellas, adoptar decisiones en entornos de incertidumbre científica, vienen a ser, en lo sustancial, de dos tipos: presunciones procedimentales y presunciones institucionales.

Las presunciones procedimentales son las que resultan de la tramitación de un procedimiento, que no necesariamente tiene que ser, ni mucho menos, un procedimiento administrativo. Puede ser perfectamente un procedimiento o expediente de impulso y tramitación privada como es, acabamos de verlo, un programa de gestión medioambiental o una ecoauditoría. Lo determinante es que la legislación otorgue a la superación de ese expediente el valor de una presunción legal. Por ejemplo, se presume que se cumple con los requerimientos científicos y técnicos. Una presunción que, como todas, podrá ser destruida, en no pocas ocasiones, por otra presunción legal de signo contrario.

Pero en los crecientes y debatidos espacios de incertidumbre científica están proliferando también las presunciones institucionales. Es un modo, también convencional, de superar la incertidumbre que deriva sobre todo de la diversidad de posiciones que se registran en el estamento científico, en la república de la ciencia. Para articular entonces una decisión superando la posible dispersión del panorama científico puede presumirse, si no la certeza, sí la autoridad de un órgano, de una institución, cuyos informes y opiniones se toman como fundamento por las instancias constitucionalmente habilitadas para tomar las decisiones.

Podrá ser que, al cabo de un tiempo, se compruebe que la decisión no fue acertada, que se apoyó en la opinión del órgano al que se le presumía autoridad y que esa opinión se ve ahora, desde el más elevado nivel de conocimiento en que nos encontramos, claramente errónea. Podría ser también que, como consecuencia de esa decisión, se hubieran producido daños que las víctimas no tuvieran deber alguno de soportar y que hubiera de indemnizarlas. Pero no podrá cuestionarse el proceder de la autoridad competente si hizo lo que legalmente tenía que hacer: atenerse a la presunción de autoridad que la norma reconoce al órgano del que ha de recabar opinión científica.

No se les puede pedir a los órganos políticos o administrativos competentes el don de la profecía para que acierten en sus decisiones cuando estas se adoptan en un entorno de reconocida incertidumbre, por lo que la propia ciencia no está en condi-

¹³ Las presunciones, como ficciones que son, nos aproximan al territorio de la literatura: se construye un relato que no tiene por qué coincidir con la realidad. Esta aproximación literaria, muy distinta por tanto de la científicista, a la decisión jurídica en la incertidumbre la trato en *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, op. cit., pp. 127 y ss. También en mi artículo “De la ciencia a la literatura: el camino del derecho ante la incertidumbre”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, vol. III, pp. 2193 y ss. Ilustrativa al respecto resulta la obra clásica de Jeremy BENTHAM, *Teoría de las ficciones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

ciones de pronunciarse. Lo que sí resulta exigible es que esas decisiones se atengan a unas ciertas referencias institucionales y procedimentales para reforzar la legitimidad de sus decisiones y no tanto su acierto científico.

5.2. LAS EXIGENCIAS, Y DÉFICITS, PROCEDIMENTALES INSTITUCIONALES EN LA CRISIS DE LA COVID-19

Pero para que esa presunción efectivamente opere, y la decisión fundada en ella encuentre cobertura, es necesario cumplir con unas mínimas exigencias procedimentales e institucionales, que son las que mantienen la conexión con la legalidad y el sistema jurídico. Es necesario así que ese órgano al que se atribuye la presunción tenga un perfil institucional bien trazado y definido en cuanto a su composición, sus cometidos, su modo de actuar –pudiendo si fuera el caso recabar informes o estudios de expertos muy especializados– y otros aspectos más materiales y prosaicos de funcionamiento, atribuyéndole los medios necesarios para desarrollar su labor. Un mínimo reglamento orgánico parece imprescindible, no por afán reglamentista sino por una elemental exigencia de institucionalización –también de transparencia– sobre la que apoyar las decisiones. La decisión, y la responsabilidad, corresponden a los órganos a los que la Constitución y las leyes atribuyen tal competencia. Pero, para apoyar sus decisiones en entornos de incertidumbre científica, ese órgano político o administrativo articula su contacto con la ciencia a través de un órgano, instituto, comité científico, previamente definido e institucionalizado.

Por las mismas, son necesarias unas mínimas referencias procedimentales que pauten la solicitud de informes, su publicación en su caso, o la accesibilidad a los mismos. La complejidad, el conocimiento experto, no tendría que ser un impedimento a la transparencia. Con toda normalidad se exigen ya desde hace un tiempo estudios científicos acompañados de una versión inteligible para el gran público y su conocimiento medio, como sucede, por ejemplo, con los estudios científicos que están en la base de las evaluaciones de impacto ambiental.

Todas estas exigencias no garantizan desde luego el acierto científico de la decisión que se toma en situación de reconocida incertidumbre, pero sí que contribuyen muy decisivamente a otorgarle legitimidad. Legitimidad procedimental¹⁴ y legitimidad institucional. Tienen, por tanto, muy escasa consistencia para apoyar en ellas las decisiones y ordenaciones –sobre todo si son extremas, como las que se aplican a la gestión de la crisis sanitaria de la COVID-19– las apelaciones abiertas, *in genere*, a la ciencia, a la opinión de los científicos, cuando la ciencia, sobre todo en entornos de incertidumbre, registra una gran diversidad de opiniones. No se trata tanto entonces de formar comités científicos representativos, con presencia en ellos de las diferentes posiciones. No. Lo que la operativa de la presunción institucional requiere es que

¹⁴ Que analizó y desarrolló de manera célebre Niklas LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

se identifique, o se forme, un órgano integrado por expertos muy cualificados para extraer de él la necesaria presunción de autoridad científica para dar cobertura a las decisiones políticas o administrativas en situaciones de incertidumbre.

Se apeló genéricamente a la ciencia por las altas instancias gubernamentales al declarar el estado de alarma el 14 de marzo. Pero ni en ese momento, ni antes, desatada ya la crisis que mostraba una extraordinaria gravedad, se había identificado una instancia científica –que muy bien podría encontrarse en la organización ordinaria de la Administración– sobre la que se apoyaban las decisiones. Un comité científico fue creado de manera un tanto informal a los pocos días de la declaración del estado de alarma. Pero es necesario marcar con mayor rigor el perfil institucional y el procedimental, estableciendo unas mínimas pautas, para dotar de mayor cobertura y legitimidad las regulaciones y decisiones de los órganos políticos y administrativos en su conexión con el estamento científico, pues lo cierto es que se sigue apelando, para justificar incluso normas con rango de ley, a “las recomendaciones de los expertos en el ámbito epidemiológico”¹⁵, sin mayor precisión identificadora.

En la fase final de corrección de pruebas de este texto, se ha prorrogado por cuarta vez el estado de alarma y no existe todavía una definición institucional y procedimental de la actuación del comité de expertos al que, desde las instancias gubernamentales, se dice haber encomendado el asesoramiento, o predeterminación en realidad, de las decisiones en esta crisis. Insisto en que no resulta por supuesto exigible, ni al Gobierno ni a los propios expertos, el acierto científico de sus decisiones en una situación tan asimétrica, compleja, errática e incierta. Pero sí que es ineludible, y resulta por ello exigible, dotar a esas decisiones de la legitimidad que otorgan la sujeción a un mínimo procedimiento, aunque se ciña a los trámites mínimos en la relación entre Gobierno y comité de expertos; un mínimo diseño institucional y de identificación de los expertos (que podrían perfectamente recabar informes de otros); y un mínimo de transparencia en los informes y datos. El estado de alarma, reiteradamente prorrogado, ya nos aleja del régimen de libertades, de garantías y de legitimidades en las intervenciones públicas. No puede apelarse a la ciencia, en abstracto, para alejarse más aún de esas exigencias.

5.3. Una nueva evidencia de la desconexión constitucional con el conocimiento científico

Esta crisis ha puesto de manifiesto así, una vez más, aunque ahora con mayor visibilidad, otro desfase entre la ciencia y el Derecho: el que se está abriendo en la

¹⁵ Así en el preámbulo del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. En el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma, se dice que “los modelos desarrollados por los expertos, tanto nacionales como internacionales, muestran que una adecuada gestión de la fase de desescalada de las medidas de control y contención aplicadas resulta crucial para lograr vencer la epidemia”.

propia Constitución de 1978¹⁶, desconectada por completo de la ciencia al carecer de elementos de articulación para integrar el conocimiento experto en regulaciones y decisiones, políticas y administrativas, en los crecientes entornos de riesgo, complejidad e incertidumbre que se generan. Un desfase que se observa tanto en el plano procedimental como en el institucional en los que ahora reparamos, en una Constitución que atiende a criterios muy tradicionales para concentrar su atención en determinados órganos y su protección en determinadas decisiones¹⁷.

En el plano procedimental, en el modo operativo de la decisión y en la relevancia que se le atribuye, llama la atención la fórmula de la reserva de ley, tan presente y reiterada en el texto constitucional para las regulaciones de órganos consultivos y en ningún caso prevista para decisiones tan relevantes como las que recaen sobre la aceptación o rechazo de riesgos que no solo es que preocupan particularmente a la sociedad¹⁸, sino que pueden afectar a las generaciones futuras, como son muchas relacionadas con la energía, la nuclear particularmente. La atención a esas generaciones que están por venir en constituciones recientes, o recientemente reformadas¹⁹, es una muestra de esa nueva sensibilidad. Por el contrario, no parece que comprometa ni que afecte a las generaciones futuras la organización del Consejo de Estado y de otros órganos y el tratamiento de otras cuestiones formales para las que la Constitución establece una rigurosa reserva de ley orgánica.

También se ha hecho visible la falta de un criterio o principio que decante y oriente las decisiones en situaciones de incertidumbre cuando están comprometidos bienes relevantes como la salud o el medio ambiente. Podría ser el principio de precaución, presente ya en varias constituciones recientes, o cualquier otro criterio.

En el plano institucional se hace también llamativa la previsión por la Constitución de órganos que operan fundamentalmente con un conocimiento jurídico y legal, en algún caso económico, sin apuntar a ninguno cualificado por su autoridad científica.

¹⁶ Se llamaba la atención sobre ello en un análisis y debate compartido con un científico eminente en José ESTEVE PARDO y Javier TEJADA PALACIOS, *Ciencia y derecho: la nueva división de poderes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013.

¹⁷ Apuntando esta necesaria adaptación, recientemente Dolors CANALS AMETLLER, “Incidencias del avance tecnológico en el Derecho público (elaboración, práctica, docencia e investigación)”, en Beltrán PUENTES COCIÑA y Andrei QUINTIÁ PASTRANA (dirs.), *El derecho ante la transformación digital*, Atelier, Barcelona, 2020.

¹⁸ Ilustrativa resulta al respecto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, a partir del caso *Kalkar* en la década de los noventa, en el que se estableció que la autorización de una central nuclear debe realizarse mediante ley y no por decisión gubernativa.

¹⁹ Así, por ejemplo, la introducción del art. 20.a en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en virtud de la reforma de 1 de agosto 2002, que afirma la responsabilidad del Estado ante las generaciones futuras en la protección de la naturaleza.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN. SOBRE LA NECESIDAD DE REINSTAURAR LA CONEXIÓN DE LA CIENCIA CON EL DERECHO

Cada prórroga del estado de alarma, cada día que transcurre en él, nos aleja un poco más de la órbita constitucional, nos aleja del Derecho podría decirse, de la legalidad, para introducirnos en espacios de anomia cada vez más amplios y situarnos en la órbita de las relaciones especiales de sujeción, allí donde solo rigen las órdenes de la Administración y las de sus agentes.

Las necesarias relaciones con la ciencia, el necesario acopio de conocimiento experto, no puede ser una vía de alejamiento de las referencias constitucionales, desconociendo presupuestos básicos de legitimidad de las decisiones públicas. Es por ello necesario y urgente mantener o recuperar la conexión con el Derecho y sus principios legitimadores en las dos estrategias de decisión en la incertidumbre que hemos advertido, y que pueden desplegarse simultáneamente, sobre todo en crisis de grandes magnitudes.

En la estrategia externa, científicista, en la que las decisiones están muy determinadas por la ciencia, es fundamental la proporcionalidad para dimensionar las medidas (también particularmente las instrumentales y accesorias) y la provisionalidad, que las sujeta a revisiones continuas al filo del avance en el conocimiento y la correlativa reducción de la incertidumbre.

En la estrategia decisoria interna, montada sobre certezas construidas y convencionales, la conexión con el sistema jurídico y la consiguiente legitimidad se consigue sobre todo con la institucionalización y la ordenación procedimental. Son referencias, elementos de conexión con el Derecho que no son muy visibles en este régimen de excepción, al que tampoco se le advierte –por el momento, y debería vislumbrarse desde los primeros momentos– el horizonte de la provisionalidad propio de la excepcionalidad.

CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA TÓPICA JURÍDICA EN EL DERECHO PÚBLICO*

CONCEPT AND FUNCTIONS OF LEGAL TOPICS IN PUBLIC LAW

Joseba Fernández Gaztea

Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Navarra

RESUMEN: En torno a la tónica jurídica se siguen planteando los interrogantes de qué es, cuál es la naturaleza de su objeto material –los tónicos–, y en qué puede ser de utilidad al Derecho. La primera parte de este artículo tiene por objeto el concepto de tónica jurídica y de tónicos jurídicos. La segunda se apoya en las conclusiones de la primera para sugerir cuatro funciones de la tónica en el Derecho público.

PALABRAS CLAVE: tónica; tónica jurídica; tónicos jurídicos, Derecho público.

ABSTRACT: The questions of what is legal Topics, what is the nature of its material object (topics), and in which way can it be useful to the law, continue to be raised. The object of the first section of this article is the concept of legal Topics and its object, legal topics. The second one takes advantage of the conclusions of the first to suggest four functions of Topics in public law.

KEYWORDS: topics; legal Topics; public law.

* Este artículo es fruto de la comunicación presentada en el Seminario de Teoría y Método STEM que tuvo lugar en la Universidad de Navarra el 29 de noviembre de 2019. La investigación previa se llevó a cabo en la biblioteca de la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster con el apoyo financiero de una beca generosamente concedida por la fundación Karina und Erich Schumann Stiftung.

En el texto se abrevia la palabra editor con ed.; director con dir.; ibidem con *ibid.*; página con p.; *opus citatum* con *op. cit.*, y; volumen con vol.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONCEPTO DE TÓPICA JURÍDICA: 2.1. La tóptica. 2.2. La tóptica jurídica. 2.3. La indeterminación de la tóptica: 2.3.1. La indeterminación de la tóptica: los tópicos. 2.3.2. La indeterminación de la tóptica: la tóptica como intento por explicar el proceso de razonamiento en el ámbito de lo plausible y discutible.—3. LAS FUNCIONES DE LA TÓPICA JURÍDICA: 3.1. Auxilio para entender la racionalidad de la norma positiva. 3.2. Nexo entre los distintos elementos de una unidad jurídica plural. 3.3 Apoyo para la innovación y argumentación jurídicas. 3.4. Función pedagógica.—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Después de *Topik und Jurisprudenz*¹ de Viehweg la tóptica jurídica es un tópico metodológico ineludible. Veinte años desde que la retórica y la tóptica se recuperaran para las ciencias sociales, solo el número de escritos en lengua alemana dedicado a ambas rondaba los 2.200². Como indica un artículo reciente de esta publicación, la tóptica sigue siendo de interés.³

De entre todas las preguntas en torno a la tóptica, las más fundamentales son susceptibles de más reflexión porque no han recibido respuesta concluyente; así se desprende de la literatura. Estas preguntas son *qué es la tóptica y para qué sirve*: el concepto y las funciones de la tóptica⁴. Con este artículo se quiere analizarlas desde una perspectiva jurídico-pública: tratar el concepto y funciones de la tóptica jurídica en el Derecho público.

2. EL CONCEPTO DE TÓPICA JURÍDICA

2.1. La tóptica

La tóptica es, esencialmente, una técnica de búsqueda de premisas para la argumentación. Comprende también el estudio de la naturaleza de esas premisas y el uso que se hace de ellas⁵. Se desarrolla por medio de la discusión y no de la deducción,

¹ Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck, München, 1953.

² Robert JAMISON y Joachim DYCK, *Topik, Argumentation*, Frommann-Holzboog, Stuttgart/Bad Cannstatt, 1983. Este libro consiste en un largo catálogo de escritos que en sí mismo es testimonio de la gran cantidad de bibliografía académica que entre los años 1960 y 1980 se ocupó de la materia. Adviértase que este catálogo incorpora referencias de obras que se ocupan de la tóptica más allá del Derecho; por ejemplo de la tóptica en la literatura o en la ciencia política. El número exacto de referencias listadas es de 2.185.

³ Silvia DÍEZ SASTRE, “La tóptica como método en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 363-396.

⁴ “There are just two serious questions about loci, (1) what is a locus, and (2) what is it good for”, en Sten EBBESEN, “The Theory of loci in Antiquity and the Middle Ages”, en Klaus JACOBI (ed.), *Argumentationstheorie – Scholastische Forschungen zur den logischen und semantischen Regeln korrekten Folgerns*, E. J. Brill, Leiden/New York/Köln, 1993, pp. 15-40 (p. 29).

⁵ Este esquema de triple significado de la tóptica como, (i) técnica de búsqueda de premisas, (ii) teoría sobre la naturaleza de estas premisas, y (iii) teoría sobre el uso de estas premisas, está tomado de

razón por la cual se entiende por tópica, también, una investigación que discurre por el cauce de la dialéctica y el consenso, y no de la deducción sistemática a partir de primeras verdades⁶.

Es en el campo de las ciencias de la razón práctica donde la tópica es de utilidad⁷. Es decir, la tópica está al servicio del conocimiento del obrar humano para orientar su conducta. Su objeto son proposiciones plausibles –no demostrables– y, en consecuencia, discutibles. Las premisas objeto de la tópica no son, por tanto, apodícticas⁸: no sirven para elaborar un razonamiento analítico basado en proposiciones verdaderas de por sí –como sí sirven las de la lógica formal–, sino para elaborar un razonamiento dialéctico⁹ por medio de entimemas (silogismos en los cuales o bien no se enuncian todas las premisas, o bien se parte de premisas verosímiles o plausibles). Como el resto del arte e investigaciones aristotélicas, en su origen la tópica se dirige a la consecución de un bien¹⁰.

De entre aquellas premisas que son objeto de la tópica, algunas se tienen por generalmente aceptadas, y, precisamente, por esa generalidad de su aceptación se las figura como lugares compartidos o comunes a los interlocutores: *loci* o *topoi*. Son los tópicos. Se ha afirmado que este término abarca “cualquier dato comunicativo que comparten los intercomunicantes en un momento dado, en un colegio cualquiera”¹¹. Pueden ser un tópico, entre otros, un concepto, una tesis normalmente aceptada, un principio, una descripción, un argumento, o una regla.

Todo indica que el origen de la tópica se encuentra en la dialéctica y retórica aristotélicas¹²; las evidencias de investigaciones anteriores al estagirita son más bien frágiles¹³. Sería Cicerón quien trataría de poner al servicio del jurista las ventajas de una

Manuel ATIENZA, *Las razones del Derecho – Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 57.

⁶ Manuel Jesús RÓDRIGUEZ PUERTO, “Tópica y humanismo jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, pp. 363-383 (p. 364).

⁷ ARISTÓTELES, *Tratados de lógica (Órganon) I*, Gredos, Madrid, 1982 (traducción de Miguel Candel Sanmartín y José Montoya), pp. 89-92.

⁸ Cecilia Ana LERTORA MENDOZA, “La tópica en la lógica jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 18, 1975, pp. 203-222 (p. 207).

⁹ ARISTÓTELES, 1982: 90.

¹⁰ La idea de que todo arte e investigación se dirige a un bien es aristotélica. Véase ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea – Ética Eudemia, Libro I*, Gredos, Madrid, 1993 (traducción de Julio Pallí Bonet y José Ignacio García Armendáriz).

¹¹ Francisco PUY MUÑOZ, “Tópica jurídica y retórica jurídica: un ensayo de distinción”, *Ars Iuris*, vol. 31, 2004, pp. 271-303 (p. 281). Véase también la definición de este autor en Francisco PUY MUÑOZ, *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago de Compostela, 1984, pp. 807-808.

¹² Particularmente importantes son tres de sus obras: *Tópicos* (una de las obras recopiladas en el denominado Órganon), *Retórica*, y también parte de su *Metafísica*. Véase el comentario a este respecto en Niels Jørgen GREEN-PEDERSEN, *The Tradition of the Topics in the Middle Ages – The Commentaries on Aristotle's and Boethius' "Topics"* Philosophia Verlag, München/Wien, 1984, p. 13.

¹³ Ferdinand SCHUPP, “Zur Geschichte der Beweistopik in der älteren griechischen Gerichtsrede”, *Wiener Studien*, vol. 45, 1926, pp. 17-28, y EBBESEN, 1993: 13.

tópica aristotélica reelaborada¹⁴, y después Boecio quien por medio de *In Ciceronis Topica y De differentiis topicis* haría de nexo principal entre la tópica de Cicerón y la tópica medieval, dominando así la obra de Boecio la teoría de la argumentación¹⁵ en la Europa medieval desde aproximadamente el año 1050 hasta el siglo xv, momento en el cual la tópica aristotélica ya estaba extendida por las universidades¹⁶.

Durante la Baja Edad Media se seguía empleando la tópica como herramienta de búsqueda de conocimiento¹⁷, para quedar después relegada a un segundo plano con la progresiva asimilación de los postulados cartesianos. En este nuevo escenario, autores como Vico sostuvieron la conveniencia del empleo de la tópica¹⁸. Después de la Segunda Guerra Mundial, se empezó a hacer referencia a una resurrección de la tópica en materias como la ciencia política, la sociología, la teoría literaria, la filosofía o la jurisprudencia¹⁹. En la década de los setenta del siglo xx la incapacidad de llegar a un acuerdo sobre su contenido la relegó a un segundo plano²⁰.

¹⁴ Manfred FUHRMANN, “Die zivielrechtlichen Beispiele in Ciceros Topik”, en Thomas SCHIRREN y Gert UEDING (eds.), *Topik und Rhetorik*, Max Niemeyer, Tübingen, 2000, pp. 51-66. Una explicación de los conceptos fundamentales de la *Topica* de Cicerón en Alejandro GUZMÁN BRITO, “Dialéctica y retórica en los ‘topica’ de Cicerón”, en Alfonso CASTRO SÁENZ y Fernando LLANO ALONSO (eds.), *Cicerón – El Hombre y los Siglos*, Comares, Granada, 2016, pp. 267-304. Se conoce más bien poco de la literatura escrita en el período que transcurrió entre Aristóteles y Cicerón, de la cual destacan las citas de la obra de Teofrasto contenidas en el comentario de los Tópicos de Aristóteles de Alejandro de Afrodisias. Véase GREEN-PEDERSEN, 1984: 37.

¹⁵ Heine HANSEN, “Boethius’ De topicis differentiis, Commentaries on”, en Henrik LAGERLUND (ed.), *Encyclopedia of Medieval Philosophy – Volume 1 – A-L*, Springer, New York, 2011, pp. 176-177 (p. 176).

¹⁶ Un estudio detallado de los autores y comentarios que dominaron la tópica medieval hasta el empleo de Aristóteles en las universidades europeas se encuentra en GREEN-PEDERSEN, 1984. Se han de tener presentes conclusiones más recientes que indican que la introducción de los tópicos ciceronianos en la Europa medieval no fue obra exclusiva de Boecio. Fueron también relevantes, por ejemplo, los comentarios de Marciano y Casiodoro al comentario de los tópicos de Cicerón de un autor cuya obra no nos ha llegado: Mario Victorino; también lo fueron los comentarios a los tópicos de Cicerón de Isidoro de Sevilla, o la obra de Alcuino de York. Una explicación detallada, en Fiorella MAGNANO, “Cicero’s Lists of Topics from Antiquity to the Early Middle Ages”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, vol. 22, 2015, pp. 85-118.

¹⁷ En relación con la tópica de esta etapa histórica, véase RODRÍGUEZ PUERTO, 2001; Günter FRANK, “Traditionsfähigkeit antiken Wissens in der Frühen Neuzeit – Zur Überlieferung der aristotelischen Ethica”, en Thomas FRANK, Ursula KOCHER y Ulrike TARNOW (eds.), *Topik und Tradition – Prozesse der Neuordnung von Wissensüberlieferungen des 13. bis 17. Jahrhunderts*, V&R unipress, Göttingen, 2007, pp. 175-190, y SCHIRREN y UEDING, 2000: 91-272.

¹⁸ Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964 (traducción de L. Díez Picazo Ponce de León), pp. 25-29; Juan VALLET DE GOYTISOLO, “La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 206-207, 1976, pp. 77-136, y Ramón BELTRÁN CALFURRAPA, “La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 39, 2012, pp. 587-606 (pp. 593-594).

¹⁹ ATIENZA, 1997: 50.

²⁰ DÍEZ SASTRE, 2020: 366, número marginal 5.

En esta última versión de la tópica se quiso ver una expresión actualizada del modo tradicional de contrastar la verdad en Occidente. Desde esta perspectiva, la tópica contemporánea se habría originado en la Antigüedad clásica y persistido en la Europa medieval hasta bien entrado el siglo XVIII, período en el cual se le puso entre paréntesis hasta pasada la Segunda Guerra Mundial por influencia del racionalismo cartesiano, la filosofía crítica de Kant y el positivismo²¹.

No obstante la continuidad de este relato, es necesario advertir que no se pueden obviar las cesuras acaecidas a lo largo de los siglos precedentes sin arriesgar caer en cierta imprecisión²². En particular, hay que apuntar que la tópica del siglo XX se desarrolló en el seno de una red conceptual distinta a la de la tópica aristotélica o medieval²³. Se debe tener presente, por ejemplo, que la tópica de Viehweg surgió sobre el fundamento de una doctrina –la filosofía de Heidegger y su círculo hermenéutico²⁴– que no había formado parte de contextos conceptuales anteriores como fueron el clásico y medieval.

2.2. La tópica jurídica

En el contexto particular de la Alemania de la posguerra, Viehweg procedió como se había hecho en los campos de la política, la sociología, la teoría literaria y la filosofía, y trasladó al Derecho el nuevo planteamiento tópico de Curtius²⁵. Propuso rescatar la tópica clásica para la jurisprudencia partiendo de la constatación de que el Derecho comienza a partir de problemas concretos –aporías–, y no de un sistema²⁶. Estos problemas requieren una solución para el caso, y ésta se encuentra a través de un proceso dialógico que necesita del auxilio de los tópicos. En tanto que en cada supuesto las circunstancias marcan un punto de inicio único y distinto, la utilidad para el Derecho del sistema y del proceder deductivo parece desvanecerse.

²¹ Franz WIEACKER, “Theorie des Rechtes und der Rechtsgewinnung”, en Dieter SIMON (ed.), *Franz Wieacker – Ausgewählte Schriften – Band 2*, Metzner, 1983, pp. 81-100 (p. 82).

²² Una aproximación a la historia conceptual en Reinhart KOSELLECK, *Futuro pasado*, Barcelona, 1993, y; Elías José PALTÍ, “From Ideas to Concepts to Metaphors: the German Tradition of Intellectual History and the Complex Fabric of Language”, en Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (ed.), *Political Concepts and Time – New Approaches to Conceptual History*, Cantabria University Press – McGraw-Hill Interamericana de España, 2011, pp. 45-72.

²³ El término “red conceptual” es propio de la historia conceptual o *Begriffsgeschichte* y se debe entender desde esta.

²⁴ Jochen BUNG, *Subsumtion und Interpretation*, Nomos, Baden-Baden, 2004, pp. 138-142. Véase también WIEACKER, 1983: 92.

²⁵ Señala Atienza que es particularmente relevante su obra *Europäische Literatur und lateinisches Mittelalter*. Véase ATIENZA, 1997: 50.

²⁶ “La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema”, en VIEHWEG, 1964: 129.

Las propuestas de Viehweg se pueden considerar, sobre todo, como un rechazo del uso de la lógica formal en el Derecho²⁷ vinculado a una revitalización de la retórica²⁸. Estas propuestas y su desarrollo posterior no llegan a conformar una metodología jurídica o una teoría de la argumentación jurídica²⁹, pero —apunta Díez Sastre— sí que tienen un valor metodológico nada despreciable por el hecho de que introducen una perspectiva cuyas explicaciones debe tener en cuenta una metodología jurídica que aspire a ser completa³⁰. La centralidad de esta obra de Viehweg es tal, que no es inusual que en los textos las referencias a la tópica jurídica sean en realidad referencias a cómo entiende este autor la tópica jurídica³¹.

Viehweg presentó lo que era una tesis innovadora llamada a corregir los excesos del positivismo³² a la que se le achacó un cierto grado de indefinición en sus términos y el hecho de que estaba desconectada de la realidad de la aplicación concreta del Derecho entonces vigente³³. Preguntas como, cómo opera la tópica jurídica bajo la supremacía de la ley; qué se ha de entender por tópico jurídico, o qué instancia de control supervisa las soluciones a las que llega la tópica, quedaron sin respuesta. La propuesta de Viehweg no causó indiferencia: mientras unos la acogieron positivamente, otros la rechazaron³⁴. Entre nosotros le dedicó atención a la novedad Díez-Picazo, quien publicó una traducción de *Topik und Jurisprudenz* a nuestro idioma con prólogo de García de Enterría³⁵. Una década después García Amado analizó críticamente el razonamiento del alemán en su tesis doctoral³⁶. Otros autores españoles también se ocuparían de la tópica jurídica³⁷.

²⁷ En este sentido, Luis RECASÉNS SICHES, “La tópica y jurisprudencia de Theodor Viehweg”, *Diánoia*, vol. 9, 1963, pp. 291-311 (p. 291).

²⁸ Bernard E. JACOB, “Ancient Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics: A Review Essay on the Translation of Viehweg’s “Topics and Law””, *Northwestern University Law Review*, vol. 89, 4, pp. 1622-1677.

²⁹ ATIENZA, 1997: 61.

³⁰ DÍEZ SASTRE, 2020: 384, número marginal 52.

³¹ Véase a este respecto el comentario de Puy Muñoz sobre el título del estudio en español más completo de la tópica jurídica de Viehweg (Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Teorías de la topica jurídica*, Universidad de Oviedo – Civitas, Madrid, 1988), en Francisco PUY MUÑOZ, “Una crítica de la tópica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, pp. 467-473 (p. 467).

³² Puede verse en la tópica jurídica una propuesta alternativa a la de los dos extremos que son el positivismo racionalista y el relativismo. Véase GARCÍA AMADO, 1988: 26.

³³ Uwe DIEDRICHSEN, “Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz”, *NJW*, vol. 19, 16, 1966, pp. 697-705 (p. 702).

³⁴ El listado de autores que han desarrollado las propuestas y el listado de sus detractores o aquellos que las han acogido con escepticismo es largo. Un largo listado de los primeros en WIEACKER, 1983: 82, nota a pie de página 5. Un largo listado de los segundos en *ibid.*, p. 89, nota a pie de página 25.

³⁵ VIEHWEG, 1964.

³⁶ Fruto de su trabajo doctoral publicó: GARCÍA AMADO, 1988.

³⁷ Destaca, por ejemplo, Puy Muñoz. En la doctrina administrativista, véase por ejemplo la mención a las tesis de Viehweg al hilo de un análisis metodológico de la doctrina constitucional alemana en Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “Sobre el comentario constitucional: técnica y método”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 121, 1962, pp. 137-168 (pp. 139, 146 y 147).

De modo paralelo a lo que se ha indicado respecto a la tónica en el apartado inmediatamente anterior, la tónica jurídica sería un tipo específico de tónica que tendría por objeto no premisas para cualquier argumentación, sino premisas para que el jurista elabore sus argumentos. La tónica jurídica se ocuparía también del estudio del uso y naturaleza de estas premisas –los lugares comunes o tópicos jurídicos–. Al igual que ocurre con los tópicos, el tópico jurídico se expande hasta englobar realidades tan diversas como, entre otras, los principios generales, las reglas, los dictados del sentido común, las máximas, los brocados, los refranes jurídicos, los adagios, los cánones de interpretación, los conceptos jurídicos o los estándares valorativos. Con esta noción amplia, no es desatinado plantear que la ley y el resto de normas sean un tópico más³⁸.

2.3. La indeterminación de la tónica

Como se apuntaba en la introducción, y como se puede deducir de los apartados anteriores, si se examina con detenimiento el concepto mismo de tónica se capta que la tónica adolece de una indeterminación –falta de precisión– susceptible de corrección. En el núcleo de la observación se encuentra el hecho de que el mismo objeto material de la tónica –los tópicos– es muy difícil de aprehender. En tanto no se entienda con claridad qué es un tópico, no se puede entender qué es la tónica.

Ocurre así también con la tónica jurídica, razón por la cual todavía se plantea qué es un tópico jurídico y qué es la tónica jurídica³⁹. Junto a estas dos preguntas han ido planteándose otras más que tienen que ver con su aplicación práctica y que tampoco han recibido respuesta clara. Por ejemplo: ¿cómo encaja la tónica jurídica en el sistema de fuentes?; ¿cómo se compatibiliza tónica jurídica y principio de legalidad?; ¿cómo se compatibiliza la tónica jurídica con la idea de sistema jurídico?, o ¿cómo se resuelve un caso práctico haciendo uso de la tónica jurídica? Es difícil dar en la literatura con respuestas claras, a lo que hay que añadir que se han identificado pocos ejemplos reales en los cuales la tónica jurídica tenga relevancia práctica. Con carácter excepcional se pueden mencionar el intento de Kriele por concretar normas de Derecho constitucional no codificado⁴⁰, o la sugerencia de López-Jacoiste de usar una perspectiva tónica para tratar de resolver controversias que se susciten en torno a los daños generados por una violación de derechos de la personalidad⁴¹.

Este considerable grado de indeterminación sugiere que lo primero sea analizar una vez más qué es un tópico para entender mejor qué son la tónica y la tónica jurídi-

³⁸ Entiende García Amado que esta idea transluce en Viehweg a pesar de que este último no explicitara esta idea. Véase Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Tónica, Derecho y método jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 04, 1987, pp. 161-188 (p. 174).

³⁹ El problema de indefinición del contenido de los tópicos ya presente en los clásicos sigue sin solución clara. Así se deduce de la explicación de García Amado sobre el intento de la literatura alemana de aclarar esta indefinición. Véase GARCÍA AMADO, 1988: 126-133.

⁴⁰ WIEACKER, 1983: 84.

⁴¹ José Javier LÓPEZ JACOISTE, “Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1986, pp. 1059-1120.

ca; solo con una respuesta satisfactoria a ambas preguntas se puede intentar responder el resto. Se adelanta ya, antes de razonarlo en el apartado siguiente, que se considera aquí que la noción de tópico es irremediablemente amplia –amplísima–, y que la tópica y las funciones que esta pueda desempeñar tienen que ver con un intento por entender el intelecto humano en su proceso de alcanzar conclusiones en el terreno de lo plausible y discutible; un intento que se apoya en la metáfora del lugar común, pero que, por el hecho mismo de partir de una metáfora, debe entenderse también como una invitación a continuar investigando. La extrema apertura del término tópico –toda premisa plausible válida para la argumentación– es un rasgo inherente al concepto, y no es algo sobrevenido, como reflejaba ya su formulación aristotélica.

2.3.1. *La indeterminación de la tópica: los tópicos*

Los textos de Aristóteles no ofrecen una respuesta concluyente a la pregunta de qué es un tópico; el filósofo no se entretuvo en ello⁴². Se deduce que los tópicos, como premisas que son, se empleaban de herramienta en el método del razonamiento probable de la dialéctica puesto que ofrecían argumentos para el enjuiciamiento de las afirmaciones del contrincante⁴³; pero no con carácter exclusivo, puesto que Aristóteles se refería también a otros elementos argumentales o *stoicheion* y empleaba ambos términos (*topos* y *stoicheion*) indistintamente⁴⁴.

Su amigo y sucesor Teofrasto definió *topos* como un principio (*arche*) o elemento (*stoicheion*) del cual se pueden deducir principios particulares⁴⁵. Siglos después, Temistio identificó *topos* con axioma y así definió el primero empleando la definición del segundo (apunta Ebbesen que Temistio presumiblemente identificó *topos* también con un cuasi-axioma⁴⁶). Cicerón concibió un tópico como *sedes argumenti*, lugar en que residen los argumentos –su base o fundamento⁴⁷–, y así lo hizo también Boecio⁴⁸. Para este segundo el tópico se fundamenta en una proposición que es evidente de por sí –*maxima propositio*– y a partir de la cual se pueden deducir y contrastar proposiciones particulares que radican en diferencias específicas –*locus differentia*–⁴⁹.

⁴² Lo más parecido a una definición está en su *Retórica*, 1403 a) 18-19: “Y llamo aquí elemento a lo mismo que lugar común, porque elemento y lugar común son nociones en donde quedan comprendidos muchos entimemas”. Véase William M. A. GRIMALDI, “Studies in the Philosophy of Aristotle’s Rhetoric”, *Hermes – Zeitschrift für Klassische Philologie*, Einzelschrift 25, 1972, pp. 115-116, y Wilhelmus Antonius DE PATER, “La fonction du lieu et de l’instrument dans les Topiques”, en Gwilym Ellis Lane OWEN (ed.), *Aristotle on Dialectic – The Topics – Proceedings of the Third Symposium Aristotelicum*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 164-186 (p. 164).

⁴³ GUZMÁN BRITO, 2016: 276.

⁴⁴ EBBESEN, 1993: 20.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁷ Marco Tulio CICERÓN, *Tópicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 2006 (traducción de Bulmaro Reyes Coria), p. 3.

⁴⁸ HANSEN, 2011: 176.

⁴⁹ *Ibid.*

El contenido de un tópico es, de hecho, amplísimo, puesto que se refiere a todo elemento de carácter formal o material que alimenta el razonamiento de una discusión⁵⁰; ya sean estos elementos inherentes o extrínsecos al propio objeto de discusión⁵¹, ya formen parte de un argumento elaborado por el dialogante o externo a él⁵². Cualquiera de estos puede ser un tópico. Como se ha apuntado, pueden ser un tópico, entre otros, un concepto (por ejemplo, la noción de persona), una tesis normalmente aceptada (por ejemplo que democracia y respeto a los derechos humanos están vinculados), un principio (por ejemplo, es preferible lo posible a lo imposible), una descripción (por ejemplo, el Sol es el cuerpo celeste de mayor masa del sistema solar), un esquema argumental (por ejemplo, la especie presentará las características del género al que pertenece) o una regla (por ejemplo, se sanciona a todo aquel que robe).

Complementariamente, toda discusión incurre inevitablemente en uno o varios tópicos⁵³. Desde su origen los tópicos no se han adscrito a una única disciplina: Aristóteles los empleó como esquemas formales para una discusión en el marco de la dialéctica, y también como auxilio para la creación de silogismos retóricos⁵⁴; Cicerón los usó tanto para la dialéctica como para la retórica⁵⁵.

Este carácter extremadamente amplio del objeto de los tópicos se da también en los tópicos jurídicos (los lugares en los que residen los argumentos jurídicos; los elementos de una argumentación jurídica). Como se indicaba en el segundo apartado del artículo, en principio pueden ser un tópico jurídico los principios generales, las reglas, los dictados del sentido común, las máximas, los brocardos, los refranes jurídicos, los adagios, los cánones de interpretación, los conceptos jurídicos o los estándares valorativos. También una ley. Bajo esta perspectiva, son un tópico: la buena fe, el interés, el concepto de acto administrativo, la unidad de propósito del Estado, el principio de separación de poderes, el de interdicción de la arbitrariedad, el art. 1255 del Código Civil, la teoría del órgano o la regla *volenti non fit iniuria*. En vano actuaría quien intentara redactar un catálogo exhaustivo de tópicos jurídicos⁵⁶. Con razón se puede elevar otra vez la objeción de que, en realidad, *casi todo es un tópico*⁵⁷; a lo que se le uniría la objeción de que no existen ni parámetros para diferenciar los más plausibles de los menos, ni relación de jerarquía que los ordene.

⁵⁰ GRIMALDI, 1972: 119.

⁵¹ Esta distinción entre los tópicos inherentes o intrínsecos y extrínsecos al objeto de discusión es de Cicerón. Véase CICERÓN, 2006: 3.

⁵² Esta distinción entre argumentos propios y externos al orador es de Aristóteles.

⁵³ CICERÓN, 2006: 25.

⁵⁴ GUZMÁN BRITO, 2016.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Gerhard STRUCK, *Topische Jurisprudenz – Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1971, p. 20.

⁵⁷ Como apuntaba Larenz parece que desde la tópica de Viehweg, un tópico es toda idea o punto de vista que pueden desempeñar en absoluto un papel, sea de la clase que sea, en las discusiones. Véase GARCÍA AMADO, 1988: 126.

Procede, entonces, preguntarse si se puede definir con más precisión qué son un tópico y un tópico jurídico, o si bien se debe asumir que no se puede especificar más allá de que los tópicos son proposiciones plausibles para la argumentación de naturaleza muy diversa.

Se entiende aquí que la respuesta es más bien la segunda. Lo que el propio Aristóteles no hizo⁵⁸ (explicar con precisión qué es un tópico y acotarlo a un tipo limitado de proposiciones), no se ha hecho después. Así como la explicación de Aristóteles de qué es un tópico se ha calificado de confusa⁵⁹, también lo es la de autores posteriores que han sido claves para la tónica. Sirven de testimonio las sistematizaciones de los tópicos de de Cicerón⁶⁰ y Boecio⁶¹. La imprecisión del tópico subsiste, como evidencia el que se haya escrito que nadie ha sido capaz de definir de modo claro y breve qué es un *topos*⁶².

En el caso de los tópicos jurídicos, la doctrina no los ha definido con precisión⁶³. Es cierto que la diferenciación entre tópicos formales (estructuras de razonamiento de función analítica que no contienen una solución material) y materiales (aforismos, máximas o reglas ampliamente extendidas por su capacidad persuasiva que sí que contienen soluciones materiales) esclarece el hecho de que en una argumentación jurídica se puede recurrir a premisas argumentales de muy distinta índole, y que ello permite entender mejor el empleo que se hace de los tópicos en el Derecho⁶⁴; pero es cierto también que a la pregunta de qué es un tópico jurídico no queda más que responder con una respuesta abierta: que son proposiciones plausibles para la argumentación jurídica. En el caso del tópico jurídico ocurre como con el resto de tópicos y su objeto se ensancha de tal modo que sume a la tónica en un grado de indeterminación alto.

2.3.2. *La indeterminación de la tónica: la tónica como intento por explicar el proceso de razonamiento en el ámbito de lo plausible y discutible*

El concepto de tópico y su extremada elasticidad están íntimamente vinculados con el propósito o misión de la tónica.

De la literatura especializada se deduce que la tónica en su origen aristotélico tenía por misión ser disciplina al servicio de la dialéctica, la cual se desenvuelve en el campo de lo probable, como complemento que se consideraba del conocimiento

⁵⁸ GRIMALDI, 1972. Son particularmente importantes a este respecto las referencias de la nota a pie de página número 16. Véase también DE PATER, 1968: 164.

⁵⁹ GRIMALDI, 1972:16.

⁶⁰ GUZMÁN BRITO, 2016.

⁶¹ HANSEN, 2011:116.

⁶² Véase la referencia a Józef Maria BOCHENSKI, *Formale Logik*, Karl Alber, Freiburg/München, 1956 en DE PATER, 1968: 164, nota a pie de página número 2.

⁶³ DÍEZ SASTRE, 2020: 375, número marginal 30.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 375-376.

cierto (por ejemplo, como el que proporciona la metafísica)⁶⁵. La tópica era prope-
deútica y disciplina instrumental de la *scientia* aristotélica⁶⁶.

Es plausible, en consecuencia, entender la tópica como un intento por desentra-
ñar los mecanismos con los que nuestro entendimiento razona cuando de realidades
discutibles –no evidentes de por sí– se trata. Este intento que es la tópica ha desvela-
do que en ese complejo proceso elaboramos nuestro razonamiento con proposiciones
de muy distinta naturaleza, que gozan de inicio de cierta plausibilidad y que actúan
como asideros o puntos de apoyo para nuestro razonamiento. A su vez, se puede
entender la tópica, también, como una invitación a tratar de sortear las limitaciones
implícitas en comparar tácitamente un complejo proceso intelectual con el tránsito
físico por los puntos de un mapa cartografiado. Es decir, cabe considerar que la
tópica está lastrada por el hecho de que descansa sobre una metáfora de capacidad
explicativa limitada –el “lugar común”–, y que esta carencia es en sí misma una señal
que indica que es necesario superar dicha metáfora.

De la primera idea del párrafo anterior se puede colegir el hecho de que no hay
opción de elegir si se argumenta por medio de tópicos, sino que se hace. Para el De-
recho, supone afirmar que se puede abogar por una u otra metodología jurídica, una
u otra teoría de la argumentación jurídica, pero que no se puede esquivar el hecho
de que en todo caso recurrimos a tópicos a la hora de pensar, de hablar, y, por tanto,
de razonar jurídicamente. Desde este punto de vista, tanto el jurista que se dedica al
nivel fundamental (filósofo, teórico del Derecho), el dogmático-científico⁶⁷, como el
que desempeña su actividad pegado al caso⁶⁸ recurre involuntariamente a tópicos, sin
perjuicio de que parta de una concepción positivista del Derecho, elabore sus con-
ceptos desde la premisa de la unidad del sistema, o interprete las normas respetando
una rigurosa regla de jerarquía. Contemplada de este modo, la tópica juega un papel
en todas las declinaciones del actuar del jurista.

Este razonamiento aclara por qué una argumentación tópica no es incompatible
con la interpretación de normas jurídicas dotadas de primacía sobre otras, con la

⁶⁵ GRIMALDI, 1972:116-117. Véase también Friedrich SOLMSEN, “Dialectic without the Forms”, en Gwilym Ellis Lane OWEN (ed.), *Aristotle on Dialectic – The Topics – Proceedings of the Third Symposium Aristotelicum*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 49-68 (pp. 52-54).

⁶⁶ GRIMALDI, 1972: 116-117.

⁶⁷ Una referencia expresa al hecho de que la tópica asiste a la dogmática jurídica en el momento de acordar las definiciones básicas en LERTORA MENDOZA, 1975: 211.

⁶⁸ Una referencia expresa al hecho de que la tópica asiste al jurista que se ocupa de la técnica jurídica, de la decisión concreta, en Gregorio ROBLES, “La decisión en el Derecho y la tópica jurídica”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, vol. 6, 1983, pp. 101-138 (p. 117).

idea de sistema⁶⁹, con la construcción dogmática⁷⁰, con la creación de la norma de conducta⁷¹, con la aplicación de la norma de control por medio de un razonamiento de carácter subsuntivo⁷², ni con la existencia de axiomas jurídicos⁷³. Concuere bien con lo que se ha identificado como tópica de primer grado⁷⁴, y conecta la tópica jurídica con otras tópicas. La tópica de las ciencias de la literatura⁷⁵, la política, la economía, la sociología o de la teoría de la comunicación compartirían con la tópica jurídica el hecho de que todas –cada una en su campo específico– constituyen una aproximación al proceso intelectual sobre el cual se desarrolla la disciplina.

Ciertamente no corresponde aquí contrastar la idea de que pensamos y argumentamos tópicamente de modo inevitable; más bien es tarea de la filosofía del lenguaje, la teoría del conocimiento y la neurociencia⁷⁶. No obstante, sí que se puede constatar que la literatura especializada que se ocupa de cómo procede nuestro pensamiento al interpretar la ley –aun a pesar de no ofrecer una respuesta clara⁷⁷–, reconoce la

⁶⁹ GARCÍA AMADO, 1987: 155. Más recientemente, Sobota defiende también que tópica y sistema jurídico son compatibles. Si bien se refiere a un sistema jurídico alejado de lo que la dogmática habitualmente entiende por sistema (ella se refiere a un sistema dinámico construido desde los tópicos jurídicos), se refiere a un sistema. Véase Katharina SOBOTA, “System and flexibility in law”, *Argumentation*, vol. 5, 3, 1991, pp. 275-282 (p. 277).

⁷⁰ La construcción dogmática no consiste en la elaboración de un sistema cerrado, ni impide la discusión; de hecho, la dogmática se nutre de la discusión entre lo conocido y lo desconocido, lo cual equivale a admitir que cabe elaboración dogmática a partir de una discusión que recurra a tópicos. Véase Eberhard SCHMIDT-ABMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 4.

⁷¹ La diferencia entre la norma de conducta y la norma de control está explicada en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo – Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016. En este texto el autor abre la puerta al empleo de la tópica en la creación de la norma de conducta; así se entiende aquí cuando se hace referencia al empleo de normas de interpretación tópicas en este proceso. Véase *ibid.*, p. 126.

⁷² Propone Hwang la tópica como puente para salvar la distancia que existe entre el texto literal de la norma y la aplicación judicial. Señala que la tópica es en este aspecto compatible con la teoría de Kelsen en tanto que ambas reconocen al juez cierta libertad a la hora de interpretar; su explicación es que la teoría pura de Kelsen apodera al juez y el pensamiento tópico le obliga a pensar desde el caso. Véase Shu-Perng HWANG, “Rechtsbindung durch Rechtsermächtigung. Ein topisches Verständnis der Reinen Rechtslehre zur Erläuterung des Verhältnisses von Richterbindung und Richterfreiheit”, *Rechtstheorie*, vol. 40, 1, 2009, pp. 43-70.

⁷³ BUNG, 2004: 139.

⁷⁴ La tópica de primer grado se refiere a la invención, la búsqueda de premisas, mientras que la de segundo grado se refiere a tópicos ya elaborados. Véase Díez SASTRE, 2020: 374, número marginal 28.

⁷⁵ Un estudio sobre los tópicos en la literatura, en Peter JEHN (ed.), *Topos Forschung – Eine Dokumentation*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972.

⁷⁶ Calboli apunta la sugerencia de Chomsky de acudir a la neurología para entender la verdadera relación entre tópica y sistema. Véase Gualtiero CALBOLI, “Die Topik in Jurisprudenz und Rhetorik”, en Thomas SHIRREN y Gert UEDING (eds.), *Topik und Rhetorik*, de Gruyter, Berlin/Boston, 2000, pp. 555-565. (p. 561). Se refiere este último a Noam CHOMSKY, *Language and Thought*, Moyer Bell, 1993.

⁷⁷ Véase Kristina KASTENDIECK, *Der Begriff der praktischen Vernunft in der juristischen Argumentation: Zugleich ein Beitrag zur Rationalisierung und ethischen Legitimation von rechtlichen Entscheidungen*.

intervención de un mecanismo intelectual preexistente que proporciona los primeros lugares comunes necesarios para todo ejercicio de interpretación jurídica. Sugerencias como que nuestro lenguaje está impregnado de tópicos⁷⁸ o que la tópica es meditación prelógica⁷⁹ se alinean con esta apreciación. Equivalen a afirmar que el discurso jurídico opera condicionado por el hecho de que lo elaboramos a través de un razonamiento y lenguaje que se sirve siempre de lugares comunes.

Desde esta perspectiva se puede valorar la tópica jurídica como una admonición a no pasar por alto el hecho de que el método jurídico descansa sobre la base de nuestro particular modo de razonar y que este mecanismo hace acto de presencia en todos los niveles de conocimiento jurídico y se expresa siguiendo un patrón tópico y retórico. Bastaría analizar en detalle un texto jurídico para constatarlo. Por ejemplo, en una sentencia se tendrían que poder identificar tanto el carácter retórico como tópico del texto en armonía con el hecho de que el tribunal que la dicta lo haga respetando escrupulosamente el principio de legalidad. El análisis que llevó a cabo Sobota concuerda con esta suposición. Por medio de un ejercicio que consistía en desgranar y analizar frase por frase la argumentación sobre la que un tribunal había dictado su fallo, esta autora destapó la estructura retórica que el tribunal había empleado al aplicar la ley del caso (ley del *Land* reguladora de los cuerpos o fuerzas del orden público)⁸⁰.

En segundo lugar, la consideración de la tópica como intento de explicar el proceso de razonamiento en el ámbito de lo plausible y discutible da pie a reflexionar sobre la segunda cuestión que se planteaba en la introducción: qué funciones corresponden a la tópica en el Derecho público. Esto es objeto de la sección siguiente.

3. LAS FUNCIONES DE LA TÓPICA JURÍDICA

3.1. Auxilio para entender la racionalidad de la norma positiva

Entendida la tópica jurídica como afirmación de que el razonamiento jurídico se desarrolla necesariamente a través del uso de lugares comunes y como el análisis de estos lugares comunes, debe ser considerada como una herramienta idónea para explicar el razonamiento subyacente a las normas positivas.

gen unter Unsicherheitsbedingungen, vol. 14, Berlin-Verlag Spitz/Berlin, 2000; Hans-Joachim KOCH, "Sprachphilosophie Grundlagen der juristischen Methodenlehre", en Robert ALEXI, Hans-Joachim KOCH, Lothar KUHLEN y Helmut RÜBMAN (eds.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 123-133.

⁷⁸ BUNG, 2004: 142.

⁷⁹ GARCÍA AMADO, 1988: 175.

⁸⁰ En el supuesto de estudio el Tribunal Superior Administrativo de Münster había dictado su fallo en una sentencia que tenía por objeto una reclamación en la cual el interesado había solicitado que la autoridad administrativa le dispensara refugio en invierno invocando para ello la § 14 de la OBG o ley reguladora de los cuerpos o fuerzas del orden público. Los resultados de su análisis confirman el patrón retórico de la argumentación de la sentencia. Véase Katharina SOBOTA, "Rhetorische Muster der Rechtsgewinnung am Beispiel einer Entscheidung des OVG Münster", en *Topik und Rhetorik*, de Gruyter, Berlin/Boston, 2000, pp. 521-540.

Siguiendo la lógica de la tópica, la norma positiva debe descansar sobre una racionalidad que se nutre de lugares comunes o tópicos y, por tanto, la identificación y análisis de esos tópicos deben servir de guía para entender el sentido de esa norma positiva. La relación entre tópicos y norma positiva se podría figurar como la que existe entre falsilla y texto: los tópicos funcionan de referencia invisible al texto positivo, de patrón inadvertido de su racionalidad. La tópica sería el instrumento adecuado para descubrir los asideros del razonamiento de la norma positiva que constituyen los tópicos sobre los cuales se ha diseñado.

Por ejemplo, a través de la tópica se puede analizar la racionalidad detrás de las expresiones positivas del principio de legalidad (arts. 9.1, 53.1, 97.1, 103.1 CE) con la ayuda de tópicos jurídicos, como son algunos recogidos en la tradición anglosajona (en las obras de Bracton *—nihil aliud potest rege, nisi id solum quod de iure potest—* for *the King can only act according to the law—*, y Blackstone *—rex debet esse sub lege, quia lex fecit regem—* *The King should be subject to the law, because the law makes the king—*)⁸¹.

También por medio de la tópica se puede examinar la racionalidad detrás de los derechos de defensa del ciudadano en el procedimiento administrativo⁸² (derecho a ser notificado de actos que sean relevantes para su situación jurídica, el derecho a acceder a su expediente administrativo, a ser oído, a poder aportar prueba y a formular alegaciones). En este caso puede ser de interés para el análisis, por ejemplo, el tópico del que se sirvió el Dr. Bentley al impugnar una decisión del canciller de la Universidad de Cambridge que le había desprovisto de sus títulos académicos sin haberle dado la oportunidad de responder a sus acusadores, de acuerdo con el cual, hasta a Adán y Eva se les preguntó y escuchó antes de que se les desterrara del paraíso⁸³. También serían de interés la regla de escuchar antes que decidir y otras reglas tópicas como *nemine damnatur sine audiatur; nemo damnatus nisi auditus vel vocatus; audiatur et altera pars, o audi alteram partem*⁸⁴; todas ellas parte de lo que el Tribunal Supremo ha denominado un eterno principio de justicia⁸⁵.

A la aproximación tópica de estos ejemplos se le podría oponer que contraviene el principio de legalidad en tanto que asume que el tópico jurídico precede a la ley positiva (primero tópico y después ley). A su vez, a esta objeción se le podría replicar que

⁸¹ Véase Rafael DOMINGO OSLÉ (dir.), Javier ORTEGA y Beatriz RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Principios de Derecho Global – Aforismos jurídicos comentados*, Cátedra Garrigues y Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 195-196, párrafo 576.

⁸² Esta denominación en Raymond ODENT, *Les droits de la défense devant les juridictions administratives*, Études et documents du Conseil d'État, Paris, 1953, pp. 50-65. La referencia está extraída de Mariano BACIGALUPO SAGGESE y José Ramón PARADA VÁZQUEZ, "Artículo 105 – Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en Óscar ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 525-545.

⁸³ La explicación de este caso, en Allan Randolph BREWER-CARIAS, *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 171-172.

⁸⁴ Las manifestaciones de este principio son numerosas. Su historia es muy rica. Véase DOMINGO OSLÉ, 2003: 50-51, párrafo 66.

⁸⁵ STS de 15 de noviembre de 1934; extraída de *ibid.*

supremacía o rango y racionalidad en realidad son cuestiones distintas y compatibles si se admite que existe racionalidad jurídica más allá del texto de la norma positiva. De hecho –seguiría la réplica– el mismo Derecho positivo le reconoce a los principios generales del Derecho un carácter informador del ordenamiento en el art. 1.4 del Código Civil, en la medida en que cabe interpretar esta disposición en el sentido de que es la propia ley positiva la que se abre a relacionarse con una racionalidad jurídica externa que está reflejada en los criterios o juicios de valor que una sociedad profesa en un momento histórico concreto⁸⁶.

La disyuntiva entre ambas alternativas (aceptar o rechazar un análisis tópico de la ley) deja entrever que la tónica se funda y desenvuelve sobre una concepción del Derecho que admite la compatibilidad entre la norma positiva y una racionalidad jurídica extra-positiva. En el caso de que, por el contrario, se entendiera que lo jurídico y su lógica tienen su única sede en la norma positiva, la cuestión sobre la racionalidad jurídica y la supremacía se respondería en el sentido de que la ley prima y contiene en sí todo lo jurídico, también toda racionalidad jurídica; acudir a una lógica jurídica que se sitúe en tópicos no explicitados en la ley es salirse de los mismos límites de lo jurídico y no aporta elementos de análisis para un examen jurídico. Desde esta concepción del Derecho la tónica no podría desempeñar la función de auxilio interpretativo que se ha sugerido.

3.2. Nexos entre los distintos elementos de una unidad jurídica plural

La segunda función de la tónica está relacionada con la constatación de que los tópicos son lugares *comunes*, *compartidos*; también entre distintos ordenamientos jurídico-públicos.

Por medio de un razonamiento abstracto que los hechos corroboran, se concluye sin dificultad que entre ordenamientos jurídicos existen algunos lugares o tópicos comunes y otros que son propios y particulares de cada ordenamiento; de lo contrario los ordenamientos en cuestión no se diferenciarían los unos de los otros. Por esta razón, en el momento que se identificaran los tópicos particulares de un ordenamiento, simultáneamente, se estarían también perfilando su identidad particular dentro de un conjunto de ordenamientos.

Esta obviedad es relevante porque convierte a la identificación y análisis de tópicos jurídicos –particulares y comunes– en vía útil para perfilar los distintos elementos

⁸⁶ En su comentario a este artículo Díez Picazo descarta una interpretación positivista de los principios generales del Derecho. Entiende que “no es posible ni legítimo restringir de este modo la idea de principios jurídicos” (en alusión a la interpretación positivista de los mismos). Prosigue: “Al lado de ellos [los principios generales positivos] existen también los criterios o juicios de valor que sobre la forma de resolver los conflictos de intereses y sobre la forma de organizar el ordenamiento, profesa en un determinado momento histórico una determinada sociedad”. Véase Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, “Artículo 1”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo Salvador CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil – Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 10, párrafo 2.

de una unidad jurídica plural. Un ejemplo de tal unidad jurídica plural es la que representan las propuestas recientes de elaborar un *ius publicum europaeum*; entendiéndose por este no el ordenamiento jurídico de la UE, sino el conjunto de distintos ordenamientos que conviven en el territorio de Europa (ordenamientos nacionales, de la UE, EFTA y EEA, del Consejo de Europa)⁸⁷.

Si se secunda la iniciativa de elaborar un ordenamiento jurídico tal, no a partir de la voluntad de los soberanos, sino más bien sobre la base de un orden público común que convive con ordenamientos individuales de perfil propio, la elaboración a partir de tópicos es recomendable; de hecho, inevitable. La definición del estándar mínimo llamado a constituir ese orden público común⁸⁸ requiere interpretar, comparar y sistematizar⁸⁹, lo que necesariamente exige entender en su profundidad los tópicos de los distintos ordenamientos europeos (valores, principios y conceptos)⁹⁰. Esto ocurre en toda comparación entre ordenamientos⁹¹, y ha sido clave en el método particular del cual se ha servido el TJUE para elaborar el Derecho de la UE.

Los tópicos servirían de núcleos a partir de los cuales definir el núcleo de la unidad jurídica que se trata (en este caso el *ius publicum europaeum*) y de entender el modo en el que cada ordenamiento particular se relaciona con los elementos de esa unidad plural. Los tópicos serían útiles para definir las particularidades de las soluciones de cada uno de los ordenamientos, lo que también llevará en ocasiones a relativizar esas soluciones nacionales puesto que en ocasiones los ordenamientos esencialmente ofrecen la misma respuesta a través de distintas fórmulas.

Esto sirve para una multitud de casos; por ejemplo, si se quisiera definir y elaborar para ese *ius publicum europaeum* el contenido del derecho de asilo, respecto del cual ya se ha apreciado que existen divergencias entre ordenamientos nacionales europeos, si bien menos relevantes de lo que pueda aparentar⁹².

⁸⁷ La referencia es al proyecto que lidera A. von Bogdandy desde el instituto de investigación Max Planck y que está explicado en Armin VON BOGDANDY, "The Idea of a European Public Law", *MPIL Research Paper Series*, 2017-04. Esta idea de un espacio jurídico europeo más allá del Derecho de las Comunidades Europeas (después la UE) no es nueva, más bien lo contrario. Se encuentra ya en autores como von der Groeben o Mosler. Véase Hermann MOSLER, "Begriff und Gegenstand des Europarechts", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28, 1968, pp. 481-502.

⁸⁸ La identificación entre orden público y mínimo estándar en MOSLER, 1968: 497.

⁸⁹ Philipp DANN, "Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law", *German Law Journal*, vol. 6, 11, 2005, pp. 1453-1474 (p. 1454).

⁹⁰ Así se entendía respecto al orden público de las Comunidades en Hermann MOSLER, "Der «Gemeinschaftliche Ordre Public» in europäischen Staatengruppen", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 21, 3, 1968, pp. 523-535 (p. 525).

⁹¹ Hans-Wolfram DAIG, "Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht", en Herbert BERNSTEIN, Ulrich DROBNIG y Hein KÖTZ (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, pp. 395-416 (pp. 406-407). Véase también Jaakko HUSA, "Überlegungen zu einer Theorie der Rechtsvergleichung als Rechtsphilosophie", *Rechtstheorie*, vol. 40, 2009, pp. 473-492 (pp. 479 y 486).

⁹² Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 48-50.

A través de los tópicos sobre los que descansa el derecho de asilo se podría comenzar, primero, por definir su núcleo. Una definición posible es entender que en todos los ordenamientos europeos, sobre la base de un deber de preservar la dignidad humana (el tópico de la dignidad humana), los Estados miembros han adquirido el compromiso de otorgar protección a aquellas personas que conforme a Derecho internacional cualifiquen como refugiado (el tópico del concepto internacional de refugiado), lo que supone inmunizar a las personas protegidas de la jurisdicción del Estado que persigue (el tópico de la jurisdicción de un Estado). Los tópicos de la dignidad humana, el concepto internacional de refugiado, y la jurisdicción del Estado formarían parte de ese núcleo que es parte del ordenamiento común. En segundo lugar, a partir de ese mismo núcleo se empezaría a identificar tópicos particulares en cada uno de los ordenamientos hasta llegar a completar la panorámica de tópicos o contenido común y nacional-particular. Entre las muchas particularidades se detectarían, por ejemplo, que mientras en España el art. 13.4 CE encomienda a la ley la regulación de lo que se entiende es un derecho subjetivo al procedimiento de asilo y a la protección si se estima la solicitud, en Alemania, en cambio, se entiende que el ejercicio de ese derecho subjetivo está regulado en el art. 16.a) de la Ley Fundamental.

3.3. Apoyo para la innovación y argumentación jurídicas

Los tópicos, y por tanto la tópica, están llamados a servir de puntos desde los cuales imaginar nuevas soluciones desde lo que ya ha sido generalmente aceptado (los tópicos existentes).

Se ha manifestado que existe una relación entre tópica y memoria⁹³, tópica y fantasía⁹⁴, y también entre tópica y creatividad⁹⁵; en este sentido se ha subrayado la semejanza estructural que existe entre el razonamiento tópico y el proceso de abducción de Peirce⁹⁶. Los tópicos actúan de lugares de recuerdo⁹⁷, de repositorio de experiencias y verdades acumuladas desde el cual la imaginación propone soluciones distintas.

⁹³ Anselm HAVERKAMP, Renate LACHMANN y Reinhart HERZOG (eds.), *Memoria – vergessen und erinnern*, Fink, München, 1993. Véase también Stefan GOLDMANN, “Topik und Memoria in Sigmund Freuds Traumdeutung”, *Deutsche Vierteljahrschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, vol. 72, 1 Supplement, 1998, pp. 157-173.

⁹⁴ Esta relación entre tópica y fantasía se explica en Georg BRAUNGART, “Topik und Phantasie”, en Thomas SCHIRREN y Gert UEDING (eds.), *Topik und Rhetorik*, Max Niemeyer, Tübingen, 2000, pp. 307-320.

⁹⁵ Nicola ERNY, “Kreativität und Methode: Ein Vergleich zwischen Charles S. Peirces Begriff der Abduktion und der Methodenkonzeption von Giambattista Vico”, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 53, 1999, pp. 51-76.

⁹⁶ Entiende este autor que el proceso de *abduction* o *abductive inference* es un tercer modo distinto al razonamiento deductivo o inductivo. Por medio de este nuestro pensamiento da con una primera hipótesis aclaratoria al investigar un problema. Se ha visto una semejanza estructural entre este proceso creativo de la primera hipótesis aclaratoria y el pensamiento tópico de Vico. Véase *ibid.*

⁹⁷ GOLDMANN, 1998: 160.

También en el ámbito estrictamente jurídico los tópicos son el lugar mismo de invención⁹⁸. Es decir, se inventa para enfrentarse a una nueva problemática empleando los tópicos jurídicos que la memoria nos habilita, razón por la cual se ha sugerido emplear un pensamiento tópico para salvar la distancia entre el ordenamiento jurídico y los nuevos valores de una sociedad por medio de la innovación⁹⁹.

Lejos de ser irrelevante, la innovación contribuye a la labor de argumentar a favor de nuevas soluciones que sean racionales y razonables. En este sentido, la oportunidad que ofrece la tópica de que se innove para alcanzar estas nuevas soluciones en el marco de un ordenamiento jurídico-positivo no hace sino reforzar la posibilidad de más argumentación en el seno de ese ordenamiento. Esto tiene un efecto positivo en el grado de implantación del Estado de Derecho, tal como ha explicado MacCormick: a mayor discusión jurídica argumentada, más Estado de Derecho¹⁰⁰.

3.4. Función pedagógica

Lo anterior invita a concluir que la tópica encierra también un potencial pedagógico. El que la tópica sea útil como herramienta de análisis de la racionalidad de la norma positiva, como instrumento para la comparación entre ordenamientos, y como apoyo a la innovación argumental, trae consigo el que sea de interés como medio de estudio y aprendizaje del Derecho. El análisis a través de tópicos jurídicos debería ayudar al estudiante a familiarizarse con el contenido del Derecho, entender su racionalidad interna, comparar sus distintas manifestaciones y estimularle a seguir argumentando. No sin fundamento, la tópica estaba integrada en la tradición pedagógica dialéctico-argumentativa que unió la *disputatio* clásica y medieval¹⁰¹.

4. CONCLUSIONES

Una alternativa para reducir el grado de indefinición que rodea a los conceptos de tópica y tópica jurídica es indagar en el propio objeto material de la tópica: los tópicos. El ejercicio revela que las nociones de tópico y tópico jurídico (premisa plausible para la argumentación) son irremediabilmente abiertas o amplias. Esto no es algo que trajera la nueva formulación de la tópica jurídica de la segunda mitad del siglo xx, sino que ya estaba presente en la formulación aristotélica y ha subsistido hasta hoy.

Se entiende aquí que esta indeterminación del concepto de tópico está íntimamente relacionada con el hecho de que la tópica es un intento por entender y explicar cómo razona el intelecto cuando de realidades no evidentes de por sí se trata. En el

⁹⁸ BRAUNGART, 2000: 307.

⁹⁹ WIEACKER, 1983: 88-89.

¹⁰⁰ Neil MACCORMICK, "Retórica y Estado de Derecho", *Isegoría*, vol. 21, 1999, pp. 5-21.

¹⁰¹ EBBESEN, 1993: 17.

desempeño de esta misión, la tópica descansa sobre la metáfora aristotélica del lugar común, lo cual revela las carencias explicativas de la metáfora, invitando así a seguir investigando en esta dirección.

Así entendida, la tópica jurídica subraya que todo razonamiento jurídico –de cualquier nivel– descansa sobre una estructura tópica y recurre inevitablemente a tópicos jurídicos. De aquí se sigue que la tópica jurídica puede desempeñar cuatro funciones en el ámbito del Derecho público: puede ser un auxilio para entender la racionalidad de la norma positiva; puede operar de nexo entre los distintos elementos de una unidad jurídica plural; puede servir de apoyo para la innovación y argumentación jurídica, y puede desarrollar una función pedagógica, tal como ya hizo en la Antigüedad clásica y Edad Media.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea – Ética Eudemia*, Gredos, Madrid, 1993 (traducción de Julio Pallí Bonet y José Ignacio García Armendáriz).
- , *Tratados de lógica (Órganon) I*, Gredos, Madrid, 1982 (traducción de Miguel Candel Sanmartín y José Montoya).
- Manuel ATIENZA, *Las razones del Derecho – Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Mariano BACIGALUPO SAGGESE y José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Artículo 105 – Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en Óscar ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 525-545.
- Ramón BELTRÁN CALFURRAPA, “La tópica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 39, 2012, pp. 587-606.
- Józef Maria BOCHENSKI, *Formale Logik*, Karl Alber, Freiburg/München, 1956.
- Armin VON BOGDANDY, “The Idea of a European Public Law”, *MPIL Research Paper Series*, 2017-04.
- Georg BRAUNGART, G., “Topik und Phantasie”, en Thomas SHIRREN y Gert UEDING (eds.), *Topik und Rhetorik*, de Gruyter, Berlin/Boston, 2000, pp. 307-320.
- Allan Randolph BREWER-CARIAS, *Principios del procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 1990.
- Jochen BUNG, *Subsumtion und Interpretation*, Nomos, Baden-Baden, 2004.
- Gualtiero CALBOLI, “Die Topik in Jurisprudenz und Rhetorik”, en SHIRREN, T. y UEDING, G. (eds.), *Topik und Rhetorik*, de Gruyter, Berlin/Boston, 2000, pp. 555-565.
- Noam CHOMSKY, *Language and Thought*, Moyer Bell, 1993.
- Hans-Wolfram DAIG, “Zu Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, en Herbert BERNSTEIN, Ulrich DROBNIG y Hein KÖTZ (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, pp. 395-416.
- Philipp DANN, “Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law”, *German Law Journal*, vol. 6, 11, 2005, pp. 1453-1474.
- Wilhelmus Antonius DE PATER, “La fonction du lieu et de l’instrument dans les Topiques”, en Gwilym Ellis Lane OWEN (ed.), *Aristotle on Dialectic – The Topics – Proceedings of the Third Symposium Aristotelicum*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 164-186.
- Uwe DIEDRICHSEN, “Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz”, *NJW*, vol. 19, 16, 1966, pp. 697-705.

- Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, “Artículo 1”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo Salvador CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil – Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- Silvia Díez SASTRE, “La tópica como método en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 363-396.
- Rafael DOMINGO OSLÉ (dir.), Javier ORTEGA y Beatriz RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, *Principios de Derecho Global – Aforismos jurídicos comentados*, Cátedra Garrigues y Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- Sten EBBESEN, “The Theory of loci in Antiquity and the Middle Ages”, en Klaus JACOBI (ed.), *Argumentationstheorie – Scholastische Forschungen zur den logischen und semantischen Regeln korrekten Folgerns*, E. J. Brill, Leiden/New York/Köln, 1993, pp. 15-40.
- Nicola ERNY, “Kreativität und Methode: Ein Vergleich zwischen Charles S. Peirces Begriff der Abduktion und der Methodenkonzeption von Giambattista Vico”, *Zeitschrift für philosophische Forschung*, vol. 53, 1999, pp. 51-76.
- Günter FRANK, “Traditionsfähigkeit antiken Wissens in der Frühen Neuzeit – Zur Überlieferung der aristotelischen Ethica”, en Thomas FRANK, Ursula KOCHER y Ulrike TARNOW (eds.), *Topik und Tradition – Prozesse der Neuordnung von Wissensüberlieferungen des 13. bis 17. Jahrhunderts*, V&R unipress, Göttingen, 2007.
- Manfred FUHRMANN, “Die zivilrechtlichen Beispiele in Ciceros Topik”, en Thomas SCHIRREN y Gert UEDING (eds.), *Topik und Rhetorik*, Max Niemeyer, Tübingen, 2000, pp. 51-66.
- Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “Sobre el comentario constitucional: técnica y método”, *Revista de estudios políticos*, vol. 121, 1962, pp. 137-168.
- Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 04, 1987, pp. 161-188.
- *Teorías de la topica jurídica*, Universidad de Oviedo – Civitas, Madrid, 1988.
- Stefan GOLDMANN, “Topik und Memoria in Sigmund Freuds Traumdeutung”, *Deutsche Vierteljahrsschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte*, vol. 72, 1 Supplement, 1998, pp. 157-173.
- Niels Jørgen GREEN-PEDERSEN, *The Tradition of the Topics in the Middle Ages – The Commentaries on Aristotle’s and Boethius’ ‘Topics’*, Philosophia Verlag, München/Wien, 1984.
- William M. A. GRIMALDI, “Studies in the Philosophy of Aristotle’s Rhetoric”, *Hermes – Zeitschrift für Klassische Philologie*, Einzelschrift 25, 1972.
- Alejandro GUZMÁN BRITO, “Dialéctica y retórica en los «topica» de Cicerón”, en Alfonso CASTRO SÁENZ y Fernando LLANO ALONSO (eds.), *Cicerón – El Hombre y los Siglos*, Comares, Granada, 2016, pp. 267-304.
- Heine HANSEN, “Boethius’ De topicis differentiis, Commentaries on”, en Henrik LAGERLUND (ed.), *Encyclopedia of Medieval Philosophy – Volume 1 – A-L*, Springer, New York, 2011, pp. 176-177.
- Anselm HAVERKAMP, Renate LACHMANN y Reinhart HERZOG (eds.), *Memoria – vergessen und erinnern*, Fink, München, 1993.
- Jaakko HUSA, “Überlegungen zu einer Theorie der Rechtsvergleichung als Rechtsphilosophie”, *Rechtstheorie*, vol. 40, 2009, pp. 473-492.
- Shu-Perng HWANG, “Rechtsbindung durch Rechtsermächtigung. Ein topisches Verständnis der Reinen Rechtslehre zur Erläuterung des Verhältnisses von Richterbindung und Richterfreiheit”, *Rechtstheorie*, vol. 40, 1, 2009, pp. 43-70.
- Bernard E. JACOB, “Ancient Rhetoric, Modern Legal Thought, and Politics: A Review Essay on the Translation of Viehweg’s ‘Topics and Law’”, *Northwestern University Law Review*, vol. 89, 4, pp. 1622-1677.
- Robert JAMISON y Joachim DYCK, *Topik, Argumentation*, Frommann-Holzboog, Stuttgart/Bad Cannstatt, 1983.
- Peter JEHN (ed.), *Topos Forschung – Eine Dokumentation*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1972.
- Kristina KASTENDIECK, *Der Begriff der praktischen Vernunft in der juristischen Argumentation: Zugleich ein Beitrag zur Rationalisierung und ethischen Legitimation von rechtlichen Entscheidungen unter Unsicherheitsbedingungen*, vol. 14, Berlin-Verlag Spitz/Berlin, 2000.

- Hans-Joachim KOCH, “Sprachphilosophie Grundlagen der juristischen Methodenlehre”, en Robert ALEXU, Hans-Joachim KOCH, Lothar KUHLEN y Helmut RÜßMANN, (eds.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 123-133.
- Reinhart KOSELLECK, *Futuro pasado*, Barcelona, 1993.
- Cecilia Ana LERTORA MENDOZA, “La tópica en la lógica jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 18, 1975, pp. 203-222.
- José Javier LÓPEZ JACOISTE, “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 4, 1986, pp. 1059-1120.
- Neil MACCORMICK, “Retórica y Estado de Derecho”, *Isegoría*, vol. 21, 1999, pp. 5-21.
- Fiorella MAGNANO, “Cicero’s Lists of Topics from Antiquity to the Early Middle Ages”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, vol. 22, 2015, pp. 85-118.
- Hermann MOSLER, “Begriff und Gegenstand des Europarechts”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 28, 1968, pp. 481-502.
- “Der «Gemeinschaftliche Ordre Public» in europäischen Staatengruppen”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 21, 3, 1968, pp. 523-535.
- Raymond ODENT, *Les droits de la défense devant les juridictions administratives*, Études et documents du Conseil d’État, Paris, 1953.
- Elías José PALTI, “From Ideas to Concepts to Metaphors: the German Tradition of Intellectual History and the Complex Fabric of Language”, en Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN (ed.), *Political Concepts and Time – New Approaches to Conceptual History*, Cantabria University Press – McGraw-Hill Interamericana de España, 2011, pp. 45-72.
- Francisco PUY MUÑOZ, *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago de Compostela, 1984.
- “Una crítica de la tópica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, pp. 467-473.
- “Tópica jurídica y retórica jurídica: un ensayo de distinción”, *Ars Iuris*, vol. 31, 2004, pp. 271-303.
- Luis RECASÉNS SICHES, “La tópica y jurisprudencia de Theodor Viehweg”, *Diánoia*, vol. 9, 1963, pp. 291-311.
- Gregorio ROBLES, “La decisión en el Derecho y la tópica jurídica”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca*, vol. 6, 1983, pp. 101-138.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo – Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Manuel Jesús RODRÍGUEZ PUERTO, “Tópica y humanismo jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001, pp. 363-383.
- Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- Thomas SCHIRREN y Gert UEDING (eds.), *Topik und Rhetorik*, Max Niemeyer, Tübingen, 2000.
- Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik: eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- Ferdinand SCHUPP, “Zur Geschichte der Beweistopik in der älteren griechischen Gerichtsrede”, *Wiener Studien*, vol. 45, 1926, pp. 17-28.
- Katharina SOBOTA, “System and flexibility in law”, *Argumentation*, vol. 5, 3, 1991, pp. 275-282.
- “Rhetorische Muster der Rechtsgewinnung am Beispiel einer Entscheidung des OVG Münster”, en *Topik und Rhetorik*, Max Niemeyer, Tübingen, 2000, pp. 521-540.
- Friedrich SOLMSEN, “Dialectic without the Forms”, en Gwilym Ellis Lane OWEN (ed.), *Aristotle on Dialectic – The Topics – Proceedings of the Third Symposium Aristotelicum*, Clarendon Press, Oxford, 1968, pp. 49-68.
- Gerhard STRUCK, *Topische Jurisprudenz – Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit*, Athenäum, Frankfurt am Main, 1971.
- Juan VALLET DE GOYTISOLO, “La jurisprudencia y su relación con la tópica en la concepción de Giambattista Vico”, *Revista de estudios políticos*, vol. 206-207, 1976, pp. 77-136.
- Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck, München, 1953.
- *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964 (traducción de L. Díez Picazo Ponce de León).
- Franz WIEACKER, “Theorie des Rechtes und der Rechtsgewinnung”, en Dieter SIMON (ed.), *Franz Wieacker – Ausgewählte Schriften – Band 2*, Metzner, 1983, pp. 81-100.

LA RELACIÓN JURÍDICA EN EL SISTEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO¹

THE LEGAL RELATIONSHIP IN THE SYSTEM OF ADMINISTRATIVE LAW

Dolores Utrilla Fernández-Bermejo

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: En el presente estudio se examina el rol desempeñado por la teoría de la relación jurídico-administrativa tanto en el Derecho administrativo vigente como en su tratamiento dogmático, y se mantiene la tesis de que la ciencia del Derecho administrativo español debe incorporar a la parte general de la disciplina una teoría renovada de la relación jurídico-administrativa, como herramienta dirigida a posibilitar un adecuado análisis del ordenamiento administrativo desde la perspectiva de sus sujetos. Se justifica que la renovación de esta parte del sistema de Derecho administrativo, decantando sus problemas regulatorios típicos de las relaciones jurídico-administrativas y desarrollando una tipología de sus concreciones más características, puede constituir un instrumento valioso para diseñar, interpretar, aplicar y explicar el Derecho administrativo de manera

¹ Trabajo finalizado el 18 de septiembre de 2020. Este artículo constituye una versión preliminar de un estudio en curso de elaboración. Sus líneas iniciales fueron presentadas por la autora en el Seminario de Teoría y Método (STEM) celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela el 25 de mayo de 2018. Agradezco a los colegas que participaron en el Seminario sus valiosos comentarios y críticas, que han sido tenidos en cuenta en la presentación de la presente versión del trabajo.

Abreviaturas utilizadas: CE (Constitución Española de 1978); LGS (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad); LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); LPACAP (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas); LRJAP (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); STJCE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas); STJUE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); TRLSRH (Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre).

más adecuada a sus presupuestos europeos, constitucionales y sectoriales. Por último, se identifican algunos de los elementos estructurales y metodológicos centrales que deberían integrarse en una futura agenda de investigación destinada a acometer esta tarea de reconstrucción sistemática en el plano del Derecho administrativo general.

PALABRAS CLAVE: relación jurídico-administrativa; Derecho administrativo general; posiciones jurídicas subjetivas; funciones administrativas; multipolaridad.

ABSTRACT: This paper explores the role performed by the theory of the legal relationship both in administrative law and in its theoretical treatment. It argues that Spanish administrative law scholars should incorporate a renewed theory on the legal relationship into the general part of the discipline, as a tool facilitating the analysis of administrative law from the perspective of its subjects. Identifying and developing a typology of the regulatory problems characteristic of legal relationships governed by administrative law can – so the argument goes–, be a useful source of criteria to design, interpret, enforce, and explain administrative law in full coherence with its European and constitutional foundations, as well as with its sector-based manifestations. Lastly, the paper isolates some of the central structural and methodological elements that should be included into a future research agenda aimed at renewing this part of the system of general administrative law.

KEYWORDS: legal relationship; general administrative law; subjective legal positions; administrative functions; multipolarity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ESTADO DE LA CUESTIÓN: 2.1. Presencia central en el Derecho administrativo. 2.2. Relegación en la ciencia del Derecho administrativo. 2.3. Reacciones.—3. RELEVANCIA CIENTÍFICA: 3.1. Argumentos en contra: 3.1.1. Impronta iusprivatista y liberal de la figura. 3.1.2. Inutilidad científica. 3.2. Argumentos a favor: 3.2.1. El rol central y las recientes transformaciones de la perspectiva subjetiva. 3.2.2. Las carencias de la perspectiva objetiva.—4. AGENDA DE INVESTIGACIÓN: ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y METODOLÓGICOS: 4.1. Planteamiento. 4.2. Estructura: 4.2.1. En el nivel superior del sistema. 4.2.2. En el nivel intermedio del sistema. 4.3. Funciones: 4.3.1. Dogmática. 4.3.2. Práctica o de almacén. 4.3.3. Orientadora. 4.3.4. Integradora. 4.3.5. Heurística y comunicativa. 4.3.6. Complementaria y renovadora. 4.4. Materiales: 4.4.1. De alcance general. 4.4.2. De alcance sectorial: 4.4.2.1. La actividad prestacional del Estado social. 4.4.2.2. La autorregulación regulada. 4.4.2.3. La actividad de regulación y supervisión económica. 4.4.2.4. La adjudicación administrativa de recursos escasos. 4.4.2.5. Los daños legítimos.—5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico regula relaciones entre sujetos de Derecho. En efecto, la mayoría de las normas de Derecho objetivo, cualquiera sea la rama del ordenamiento en que convencionalmente se encuadren, regulan en última instancia la posición jurídica de uno o varios sujetos en relación a otros. Se ha señalado por ello que el Derecho «no impone conductas a los individuos sino en razón de su dimensión social o

relacional»². El Derecho público no constituye una excepción a esta situación, como tampoco lo hace su parcela más acabada, el Derecho administrativo.

Desde hace largo tiempo, sin embargo, *la construcción científica del Derecho administrativo en España* –sobre todo por lo que respecta a su parte general– *ha relegado a un segundo plano la perspectiva subjetiva* (esto es, la dimensión relativa a las posiciones jurídicas correlativas de los sujetos que interactúan bajo normas de Derecho administrativo) para centrarse, de manera prioritaria, en su dimensión objetiva o formal. Dicho sea con todas las cautelas que exige cualquier generalización, la narrativa de la ciencia del Derecho administrativo español es una centrada en el lenguaje del Derecho objetivo, más que en el del derecho subjetivo y del resto de posiciones jurídicas de los sujetos disciplinados por esta rama del ordenamiento³.

Frente a este escenario de partida, en las páginas siguientes se mantiene la tesis de que *la ciencia del Derecho administrativo español debe acometer la tarea de incorporar a la parte general de la disciplina una teoría renovada de la relación jurídico-administrativa, como herramienta dirigida a posibilitar un adecuado análisis del ordenamiento administrativo desde la perspectiva de sus sujetos*. Esta afirmación se sustenta, a su vez, en dos premisas. La primera de ellas es que complementar la construcción científica del Derecho administrativo a través de la perspectiva subjetiva es una exigencia derivada de la concepción constitucional y europea del ciudadano, así como de la propia Administración. La segunda es que esa complementariedad es irrenunciable como medio para superar las insuficiencias que una construcción doctrinal predominantemente objetiva o formal presenta para dar acabada respuesta a las necesidades de protección de los derechos individuales y de eficacia de la actuación administrativa en la satisfacción de los intereses generales.

Esta contribución pretende *justificar la tesis recién expuesta*, así como *aportar algunos elementos estructurales y metodológicos útiles para la renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa en el plano del Derecho administrativo general*. Esta delimitación del objeto y la finalidad del estudio debe matizarse desde las cuatro perspectivas siguientes.

En primer lugar, y a efectos de claridad expositiva, conviene aclarar el sentido con que en este estudio se emplean las nociones de «perspectiva subjetiva», «teoría de la relación jurídico-administrativa», y «teoría de las posiciones jurídicas subjetivas». Los dos primeros conceptos se emplean como nociones paralelas, pero que operan en distintos planos. La *aproximación subjetiva* es una perspectiva de análisis, esto es, un ángulo de observación que contempla al ordenamiento desde la posición de los sujetos que interactúan bajo su disciplina. Por su parte, la *teoría de la relación jurídico-administrativa* se concibe en este trabajo como el instrumento teórico-metodológico necesario para acometer el análisis del Derecho administrativo en clave o perspectiva

² Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 23-24.

³ En sentido similar, Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 95-96.

subjetiva. Esta teoría incluye, entre otros extremos, la llamada *doctrina de las situaciones jurídicas subjetivas*, que es solamente una de sus partes (por cierto, la más desarrollada hasta ahora). En otras palabras: una relación jurídica es una conexión entre sujetos que detentan posiciones jurídicas subjetivas, pero no es solamente esto, sino que constituye también la estructura en las que esos sujetos interaccionan y modifican su posición a lo largo del transcurso de su interacción.

En este punto resulta necesario realizar dos precisiones adicionales, ambas referidas al alcance con que se maneja la noción de «subjetividad» o «perspectiva subjetiva». Por una parte, debe aclararse que este concepto se emplea aquí por oposición al análisis o *perspectiva objetiva*, que alude al interés por el estatuto jurídico de la Administración pública considerado en relación con el ordenamiento jurídico o Derecho objetivo⁴. La perspectiva objetiva es, por tanto, un enfoque analítico en el que las nociones centrales son las de legalidad y control⁵, y en el que los sujetos que interactúan con la Administración no son contemplados prioritariamente como partes activas de dicha interacción, sino como meros objetos de la actuación administrativa.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que la perspectiva subjetiva se concibe aquí como un ángulo de observación del Derecho administrativo políticamente neutro sin que, por lo tanto, quepa identificar esta forma de análisis con una defensa de postulados liberal-individualistas. La contemplación de las normas administrativas en clave subjetiva –articulada técnicamente a través de la teoría de la relación jurídica– es útil para incorporar al sistema de Derecho administrativo las posiciones jurídico-subjetivas de los distintos sujetos (tanto privados como públicos) sometidos a normas administrativas. Además, es una herramienta que permite optimizar la manera en que cada una de esas posiciones se despliega, con independencia de su respectivo contenido último (interés general o interés individual). En otras palabras: la aproximación en clave subjetiva al Derecho administrativo no solo puede servir para proteger mejor al ciudadano frente a los excesos del poder, sino también para mejorar el ejercicio por parte de la Administración de las funciones que le son propias.

En segundo lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, *se utiliza aquí la noción de relación jurídico-administrativa en sentido muy amplio*. Se alude con ella a la idea ordenadora que encapsula el conjunto dinámico de posiciones jurídico-subjetivas recíprocas, tanto positivas como negativas, en que suelen encontrarse típicamente, dependiendo del contexto, los sujetos que interactúan entre sí bajo la disciplina de normas de Derecho administrativo. Como se indicará más adelante, precisamente uno de los pasos esenciales para la renovación de esta parte del Derecho administrativo general consiste en el replanteamiento del propio concepto de relación jurídico-

⁴ Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho administrativo*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 315.

⁵ Concretamente, se trata de un enfoque basado en una «comprensión formal y asocial del principio de legalidad», en expresión de Antonio ESTEBAN DRAKE, *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 196.

administrativa. En tanto que noción científica, esta habrá de formularse atendiendo primariamente a su finalidad⁶. De ello se deriva, por de pronto, que no se trata aquí de postular la formulación de una teoría lógico-formal de la relación jurídica equiparable a la existente en el Derecho privado, ni de defender una vuelta al individualismo propio de épocas pasadas, ni tampoco de negar la esencia política del Derecho público. Se trata, antes bien, de justificar la necesidad de (y ofrecer algunos elementos iniciales para) la reconstrucción sistemática de una teoría general de la relación jurídico-administrativa que se adapte a los parámetros normativos, institucionales y políticos vigentes del Derecho administrativo español y que, por lo tanto, sea útil para racionalizar y guiar la producción, interpretación, aplicación y explicación del Derecho positivo.

En tercer lugar, a pesar de la anunciada amplitud con que se manejará aquí la noción de relación jurídico-administrativa, *quedan excluidas de consideración a los efectos de este estudio aquellas en las que no intervienen sujetos privados, sino únicamente Administraciones públicas y/o sus órganos (relaciones inter- e intraadministrativas)*. Se trata esta de una opción metodológica fundada en dos consideraciones. De una parte, este último tipo de relaciones encuentra ya un notable grado de desarrollo y actualización dogmática en el Derecho de la organización administrativa, entendido en sentido amplio. De otro lado, las relaciones jurídico-administrativas en que interviene al menos un sujeto privado plantean problemas regulatorios típicos y en buena medida diferentes a los que suscitan aquellas otras. Tales cuestiones, en fin, son lo suficientemente complejas y variadas como para que su tratamiento desde la parte general obligue a realizar un considerable esfuerzo de abstracción, con la consiguiente pérdida de precisión analítica, que se vería agudizada si el objeto de estudio se extendiese también a las relaciones inter- e intraadministrativas. Esta delimitación se realiza sin perjuicio de que el tratamiento científico de la relación jurídico-administrativa, en el sentido aquí propuesto, deba tener en cuenta (y ser susceptible de comunicación teórica con) la teoría de las relaciones inter- e intraadministrativas, en tanto que manifestaciones específicas de una figura común.

En cuarto lugar, se aspira aquí a *presentar, de manera ordenada y contextualizada, solamente los argumentos que justifican la necesidad de renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa en la parte general del sistema de Derecho administrativo, así como a identificar algunos de los elementos centrales que habrán de tenerse en cuenta en dicha tarea*. Significa esto que, lógicamente, con esta contribución (que forma parte de un trabajo más amplio en curso de elaboración) no se pretende ofrecer un marco completo y acabado para la reconstrucción de este segmento de la parte general de la disciplina. Un intento de similares características resultaría poco realista, como mínimo por los siguientes tres motivos. De una parte, por la inmensidad de la tarea, intensificada por el hecho de haber sido largamente preterida, con contadas

⁶ Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018, marg. 240, pp. 332 ss.

excepciones, por parte de la doctrina española contemporánea. Esta circunstancia obliga a trabajar con un volumen de material normativo, jurisprudencial y doctrinal considerablemente mayor que en otras áreas de la parte general cuya teoría se ha decantado históricamente de forma más gradual e ininterrumpida. De otro lado, porque la relación jurídico-administrativa se encuentra presente, con relevantes diferencias y matices, en todos y cada uno de los distintos ámbitos sectoriales del Derecho administrativo, de manera que los sectores de referencia a tener en cuenta (y, por tanto, el volumen de fenómenos a sistematizar) crece también por esta vía. A todo ello se añade, en fin, que una construcción dogmática de este tipo es relativa en función del momento histórico y lugar en que se realice. Por lo tanto, no puede acometerse de una vez y para todas, sino que debe ser necesariamente revisada, corregida y actualizada de forma periódica.

El objeto y finalidad del estudio, así delimitados, encuentran reflejo en la *estructura del trabajo*. Este examina, en primer lugar, el rol desempeñado por la relación jurídico-administrativa en el Derecho administrativo vigente, así como en el tratamiento dogmático de la disciplina (*infra* 2). Sobre esta base, se justifica la relevancia científica de la figura (*infra* 3) y se proponen de manera sintética algunos de los elementos estructurales y metodológicos centrales que deberían integrarse en una futura agenda de investigación destinada a incorporar, en la parte general del Derecho administrativo, una teoría renovada de la relación jurídico-administrativa (*infra* 4).

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

2.1. Presencia central en el Derecho administrativo

La idea de relación jurídica, entendida como posición jurídica correlativa de los sujetos que interactúan bajo normas de Derecho administrativo, *subyace a los elementos centrales de esta rama del ordenamiento positivo en la parte general y encuentra una presencia particularmente intensa y detallada en la parte especial*. Esta presencia se manifiesta, en ocasiones, de manera expresa. Con mayor frecuencia, sin embargo, la misma se encuentra implícitamente en la base de construcciones positivas y teóricas de carácter objetivo o formal, esto es, pretendidamente alejadas de la idea de relación jurídica y centradas prioritariamente en la actuación del poder administrativo y en su control.

Sin ánimo de exhaustividad, pueden aportarse *algunos ejemplos extraídos de la parte general* que son representativos de lo que acaba de indicarse. Interesa ahora únicamente dejarlos apuntados; sobre algunos de ellos se volverá con mayor detalle después. En un primer plano de abstracción, la correlatividad de situaciones subjetivas a que remite la idea de relación jurídica ha sido tradicionalmente una noción relevante para definir el propio *concepto de Derecho administrativo*. Así se deriva de las variadas propuestas de delimitación de esta rama del ordenamiento como aquella que tiene por objeto la regulación del estatuto y de las relaciones jurídicas de las Admi-

nistraciones públicas⁷. La noción también subyace a los *conceptos de administrado o ciudadano* (entendido como sujeto privado que establece relaciones jurídicas con una Administración pública)⁸ y a la delimitación positiva y dogmática de los conceptos de *acto administrativo*⁹ y *reglamento*¹⁰ (en este caso, sobre todo, por oposición a las meras circulares e instrucciones internas¹¹): es rasgo común de todas estas nociones el utilizar como rasgo definitorio el tipo de efectos que cada una de ellas implica desde el punto de vista de las situaciones jurídicas de otros sujetos.

Asimismo, conviene recordar que las posiciones jurídicas correlativas de Administración y ciudadano han servido históricamente para definir y regular el régimen del *acto administrativo* y, sobre todo, del *procedimiento administrativo*¹², institución que simboliza como pocas la posición del ciudadano ante la Administración y que se ha articulado tradicionalmente como mecanismo de defensa de aquel frente a esta¹³.

⁷ En España, entre otros: Manuel COLMEIRO, *Derecho administrativo español. Tomo primero*, 4.ª ed., Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876, p. 7; José GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho administrativo. Principios y legislación española. Tomo I*, 5.ª ed., C. Bernejo Impresor, Madrid, 1933, p. 60; Carlos GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo I*, 8.ª ed., EISA, Madrid, 1962 [edición a cargo de E. Martínez Useros], pp. 27-28; Manuel CLAVERO ARÉVALO, *Estudios de Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo-Civitas, Madrid, 1992, p. 45; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 17.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 445; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, 13.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 445.

⁸ Joaquín TORNOS MAS, “Lección 1. Los ciudadanos y su posición jurídica”, en Tomás CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 13-30 (p. 17).

⁹ En Alemania, Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrechts. Band I*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, p. 94: «declaración autoritaria que determina el derecho del súbdito en el caso concreto». En Francia, Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11.ª ed., Sirey, París, 1927, p. 256: «toda declaración de voluntad emitida por una autoridad administrativa en forma ejecutoria, es decir, en forma que implica la ejecución de oficio a fin de producir un efecto jurídico respecto a los administrados». En España, la presencia es muy clara, por ejemplo, en Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo. Exposición doctrinal y estudio del Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929, p. 15: «toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas». En sentido similar, por ejemplo, Antonio ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, 26.ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1964, pp. 95 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2015: 589.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2015: 203 ss.

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, 2017: 189-191. Como es sabido, la ausencia de efectos jurídicos sobre terceros es la regla general en el caso de las instrucciones o circulares internas, lo cual explica que (a diferencia de los reglamentos, sometidos al principio de publicidad propio de las normas jurídicas: art. 9.3 CE) solo sean de necesaria publicación oficial cuando «se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse» (art. 6 LRJSP).

¹² Cfr. por ejemplo el preámbulo de la LPACAP, que utiliza los conceptos de relación jurídica *ad intra* y *ad extra* para clasificar el material normativo antes recogido en la LRJAP entre, respectivamente, las nuevas LRJSP y la LPACAP. Objeto de esta última es, según el propio preámbulo, «la regulación de las relaciones *ad extra* de las Administraciones con los ciudadanos».

¹³ Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, § 6/119); José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración*

En coherencia con ello, el concepto de interesado en el procedimiento depende de la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo (art. 4 LPACAP); los vicios de forma y procedimiento adquieren relevancia invalidante, fundamentalmente, cuando producen indefensión (art. 48.2 LPACAP); existe obligación de motivar cuando se limitan derechos subjetivos o intereses legítimos, o cuando el acto es, por diversos motivos, desfavorable para el interesado (art. 35 LPACAP); el régimen de revisión de oficio y revocación de los actos encuentra límites diversos en función de la existencia o no de efectos favorables para los interesados (arts. 106 a 110 LPACAP); los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos dependen del tipo de obligación impuesta por aquellos (arts. 97 a 104 LPACAP), etcétera.

Otro tanto sucede con el diseño del *control jurisdiccional contencioso-administrativo*, lugar donde la teoría de las posiciones jurídicas subjetivas alcanza su significado práctico más profundo. En este ámbito, cabe recordar que la protección de derechos subjetivos e intereses legítimos es el fundamento mismo de la jurisdicción (arts. 24.1 y 117.4 CE); que la titularidad de tales posiciones es la llave de acceso a la tutela judicial (arts. 24.1 CE y 19.1 LJCA)¹⁴; que la constelación de intereses en conflicto y su adecuada ponderación determina el régimen de las medidas cautelares (cfr. especialmente el art. 130 LJCA), así como de los términos en que hayan de producirse las relaciones entre tutela primaria (restitución) y tutela secundaria (resarcimiento)¹⁵; o, más en general, que de la teoría de las posiciones jurídicas subjetivas existente en cada ordenamiento dependen las funciones y efectos del control jurisdiccional, que pueden moverse en un espectro cuyos extremos ideales son la jurisdicción meramente objetiva, de un lado, y la jurisdicción plena, de otra parte¹⁶.

Un último ejemplo que merece la pena destacar ahora, y que se retomará después, es el de las *clases o tipos de actividad de la Administración*. La doctrina tradicional de los tipos administrativos, que tras someterse a sucesivos ajustes sigue vigente en buena medida entre nosotros, se formó en su momento en atención a las diferentes clases de relación jurídico-administrativa trabadas entre Administración y ciudadano según que la actuación realizada por el poder público consistiese bien en ordenar

del Estado Social, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 128; Javier BARNÉS VÁZQUEZ, “Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en Javier BARNÉS VÁZQUEZ (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 15-69, p. 15.

¹⁴ Este diseño se encontraba ya presente en la Ley de la Jurisdicción de 22 de julio de 1894, cuyo art. 1 fijaba como requisito indispensable que las actuaciones administrativas impugnadas vulnerasen “un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo”. Sobre esto, Jaime GUASP DELGADO, “El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, pp. 11-23.

¹⁵ Silvia DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012; Silvia DÍEZ SASTRE, “La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 205-243.

¹⁶ En general, sobre esto, MEDINA ALCOZ, 2016.

coactivamente actividades privadas, bien en fomentar esta, o bien en prestar un servicio público¹⁷. Se ha dicho por ello que la doctrina de los tipos administrativos se apoya sobre posiciones dogmáticas fundamentales que determinan la relación entre el particular y la Administración, a la luz de la función o tarea desarrollada en cada caso por esta y de las consiguientes necesidades de protección del individuo¹⁸.

Como se ha señalado antes, la perspectiva subjetiva se encuentra presente de manera particularmente intensa en distintos ámbitos del *Derecho administrativo sectorial* y de su construcción teórica. Con frecuencia, las normas administrativas contienen enumeraciones y definiciones de las posiciones jurídicas activas y pasivas recíprocas que corresponden a la Administración y a los sujetos que se relacionan con ella en sectores materiales concretos, y/o se basan en tales posiciones subjetivas para diseñar las formas y medios de actividad administrativa. Son buenos ejemplos de ello el Derecho urbanístico¹⁹, la normativa sobre vivienda²⁰, el Derecho medioambiental²¹, el Derecho de las prestaciones sanitarias²², o muy especialmente, el Derecho tributario, donde la regulación positiva y el tratamiento teórico de la relación jurídico-tributaria ha alcanzado un nivel de perfeccionamiento considerablemente elevado²³.

La enumeración podría prolongarse mucho más, tanto en el plano general como sectorial, e incluso desbordando los márgenes de lo que tradicionalmente se ha entendido como Derecho administrativo en el paradigma del Estado-nación. Baste con mencionar ahora el que probablemente sea el ejemplo más paradigmático proveniente del Derecho de la Unión Europea: la vinculación del *efecto directo de las normas europeas* con la necesaria existencia de una obligación clara, precisa e incondicional, cuyo (in)cumplimiento afecte a la esfera de intereses de sujetos determinados²⁴.

2.2 Relegación en la ciencia del Derecho administrativo

A pesar de cuanto acaba de indicarse, *la narración y construcción científica contemporánea del Derecho administrativo tiende a relegar la dimensión subjetiva para adoptar*

¹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007.

¹⁸ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 148.

¹⁹ Probablemente el ejemplo más claro de ello sean los arts. 11 y ss. TRLSRH, que delimitan las facultades, deberes y cargas de los propietarios de cada tipo de suelo.

²⁰ Un ejemplo particularmente ilustrativo es el contenido en los arts. 12 y 13 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, por la función social de la vivienda en la Comunitat Valenciana.

²¹ Me refiero fundamentalmente al derecho de acceso a la información ambiental, a la participación en la toma de decisiones, y al acceso a la justicia, cuyo reconocimiento en el Convenio de Aarhus (1998) ha transformado de manera formidable esta parte del Derecho administrativo europeo y nacional.

²² Cfr. por ejemplo los arts. 10, 15, 67, 83, y 90.6 LGS.

²³ Por todos, *vid.* José Luis PÉREZ DE AYALA, *Dinámica de la relación jurídica tributaria en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1997.

²⁴ Así, desde la seminal STJUE de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, *Van Gend en Loos* [1963]. Al respecto, por todos, Herwig C. H. HOFMANN y Catherine WARIN, “Identifying individual rights in EU law”, University of Luxembourg Law Working Paper, núm. 4, 2017, 23 pp.

una perspectiva objetiva o formal, esto es, centrada de manera muy acusada sobre la actuación administrativa, su eficacia y su control. Lo expresa claramente Esteve Pardo al indicar que «hasta tiempos recientes, la sociedad ha sido mero sujeto pasivo de la acción administrativa y por ello ha pasado inadvertida en los análisis y caracterizaciones del Derecho administrativo que lo concentraban exclusivamente en las Administraciones públicas»²⁵.

Lo recién señalado es válido no solo para España, sino también para otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –aunque, en ellos, la perspectiva subjetiva en el tratamiento teórico del Derecho administrativo nunca llegó a ser relegada con la misma intensidad, o bien lleva ya años siendo objeto de renovado interés científico–. Esta tendencia compartida a la objetivación del Derecho administrativo y de su tratamiento científico no es casual. Por el contrario, es *consecuencia estructural del proceso de creación y evolución histórica del Derecho administrativo continental* y, en concreto, del momento histórico en que este adquirió tintes profundamente autoritarios y antiliberales. Esta idea se desarrollará con mayor detalle en un epígrafe posterior de este trabajo (*infra*, 3.1.1). Baste por ahora con constatar que, en la actualidad, la objetivación de la ciencia del Derecho administrativo encuentra justificación renovada en la cláusula de Estado social²⁶, y que se manifiesta incluso en los planteamientos doctrinales más vanguardistas e influyentes, como la llamada «nueva ciencia del Derecho administrativo» alemana (*neues Verwaltungsrechtswissenschaft*). En efecto, los autores enmarcados en esta comunidad científica consideran que su actividad debe enfocarse a la reconstrucción sistemática del Derecho objetivo, considerado como instrumento de actuación y dirección para el logro de metas públicas políticamente seleccionadas (*Handlungs- und Steuerungsinstrument*). En el seno de esta orientación, el individuo tiende a ser contemplado no en sus relaciones jurídicas con la Administración, sino como mero factor instrumental cuya relevancia depende de su conexión con la eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines²⁷.

Esta prolongada tendencia a la objetivación del Derecho administrativo y de su ciencia ha conducido a la *casi total desaparición y en el absoluto desfase de la teoría de la relación jurídico-administrativa en la construcción científica del Derecho administrativo general*. En concreto, en España la relación jurídico-administrativa apenas ha sido aún objeto de desarrollo teórico. Y la única de sus partes que sí ha recibido atención –la doctrina de las situaciones jurídicas de ciudadano y Administración– no se ha renovado en la parte general de la disciplina, sino que, en el mejor de los casos, sigue tratándose en este plano a través de las construcciones heredadas, formalizadas durante el siglo XIX y, tras una intensa evolución, bien asentadas en nuestra doctrina

²⁵ José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho administrativo*, 6.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 50.

²⁶ MEDINA ALCOZ, 2016: 236.

²⁷ Johannes MASING, “Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht”, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHL (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I. Methoden. Masstäße. Aufgaben. Organisation*, 2.ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 437-542 (pp. 440-446).

y legislación positivas desde mediados del siglo xx. La ciencia española del Derecho administrativo sigue teniendo pendiente la labor de adecuar esta construcción a sus actuales presupuestos de Derecho constitucional y europeo, así como a los desarrollos presentes en el Derecho administrativo sectorial²⁸.

Un repaso a la literatura jurídica de manual corrobora esta situación. *Las obras contemporáneas españolas dedicadas al análisis y exposición del Derecho administrativo general relegan la contemplación de esta rama del ordenamiento en clave subjetiva y, por ello, propician un tratamiento meramente residual, testimonial y descriptivo a la teoría de la relación jurídico-administrativa.* En muchas de estas obras, el tema ha desaparecido o, cuanto menos, ha dejado de ser objeto de atención monográfica²⁹. A veces, bajo este rótulo (u otros similares) se aborda en realidad, ya sea principal o únicamente, el concepto positivo de ciudadano y/o de administrado, o bien la posición general de este ante la Administración, normalmente en los términos de la normativa general sobre procedimiento³⁰. En el mejor de los casos, se limitan a reproducir de manera más o menos escueta las construcciones tradicionales acerca del concepto de derecho público subjetivo y de otras posiciones jurídico-subjetivas³¹. Además, allá donde las obras generales se detienen en este tema, lo hacen (prácticamente sin excepción) como introducción a la actividad de la Administración y su control, o bien al hilo del tratamiento de figuras nucleares de la disciplina que se explican desde una perspectiva objetiva (señaladamente, el contencioso-administrativo entendido como mecanismo de control de la Administración y de garantía del cumplimiento del Derecho objetivo). Esta situación contrasta vivamente, por cierto, con algunas de las principales sistematizaciones doctrinales realizadas por la doctrina española anterior, que reservaban un papel central a la teoría de la relación jurídica entre ciudadano y Administración³².

²⁸ En sentido similar, MEDINA ALCOZ, 2016: 28.

²⁹ Por ejemplo, no dedica atención separada al tema de la relación jurídico-administrativa, ni a las posiciones jurídico-subjetivas del ciudadano ante la Administración, en ninguno de los capítulos comprendidos en los catorce tomos de su *Tratado* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 4.ª ed., BOE, Madrid, 2015. Tampoco lo hacen otros autores como José BERMEJO VERA, *Derecho administrativo básico. Parte General*, 9.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009; Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Sistema de Derecho administrativo, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012; Ramón MARTÍN MATEO y Juan José DíEZ SÁNCHEZ, *Manual de Derecho administrativo*, 29.ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012; Luis MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, 5.ª ed., Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (I, II, y III)*, 26.ª ed., UNED Ediciones Académicas, Madrid, 2017; Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho administrativo. Parte general*, 2.ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.

³⁰ Así, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, 28.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2017; Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017; o Tornos Mas, 2009.

³¹ Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO (dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales. Fuentes y Organización*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2017; Sánchez Morón, 2017.

³² La relación jurídica de Derecho administrativo, o al menos la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, es objeto de atención específica en Manuel COLMEIRO, *Derecho administrativo español. Tomo primero*, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid-Santiago, 1850, p. 281, quien define la “ma-

Ciertamente, la valoración precedente debe matizarse desde al menos dos puntos de vista. Por una parte, existen excepciones: algunas obras generales contemporáneas otorgan un lugar muy relevante a la relación jurídico-administrativa (así, el manual de Entrena Cuesta)³³ o cuanto menos a la más clásica de sus partes: la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas (en particular, los *Fundamentos* de Santamaría Pastor³⁴, el *Tratado* de Garrido Falla³⁵, y el *Curso* de García de Enterría y Fernández³⁶). Aunque desde una perspectiva netamente distinta, la relación entre Estado y sociedad ocupa también una posición central en las *Lecciones* de Esteve Pardo³⁷. De otro lado, debe tenerse en cuenta la finalidad fundamentalmente didáctica y descriptiva de las obras generales que han sido citadas, que impone sobre ellas severas limitaciones en

tería administrativa³ como los deberes y los derechos de la Administración en cuanto a las personas, y en esa clave examina los diferentes ámbitos de actividad administrativa. También se aborda la cuestión con cierto detalle en Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, *Tratado General de Derecho Administrativo. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 1958; José LuíS VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo I*. Servicio de Publicaciones del SEU del DU, Madrid, 1955; José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Vol. 1*, Sección de Publicaciones del SEU de Salamanca, Salamanca, 1961; García Oviedo, 1962, quien dedica buena parte del primer tomo de su *Derecho administrativo*, casi íntegramente, a la “doctrina de las relaciones entre Administración y administrados”, tema que divide entre la consideración subjetiva –donde incluye la teoría de las posiciones jurídico-subjetivas de ciudadano y Administración (pp. 175-187)– y la consideración objetiva (donde incluye las formas y clases de actividad administrativa); y Royo-Villanova, 1964. Por el contrario, el rol de la figura es residual, o bien inexistente, en Adolfo POSADA HERRERA, *Tratado de Derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898; Fernando MELLADO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Tipografía de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1894; Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 8.ª ed., Imprenta Española, Madrid, 1914; y Gascón y Marín, 1933.

³³ Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo. Volumen II/1: Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*, 12.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 153 ss. También destaca la importancia de la relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo actual Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas: un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 315-318.

³⁴ En efecto, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, dedica un capítulo entero a las estructuras subjetivas (pp. 825-957), y se ocupa en concreto de las situaciones jurídicas subjetivas (pp. 874-904), aunque incluye también aquí elementos de teoría general de la organización administrativa (pp. 905 ss.). La sistematización se mantiene, aunque reducida en extensión, en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, 3.ª ed., Iustel, Madrid, 2015.

³⁵ Con notoria influencia de la doctrina extranjera, principalmente italiana, Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I (Parte General)*, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 281-349; Fernando GARRIDO FALLA (con Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ), *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 514-542.

³⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 14.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 17-102.

³⁷ ESTEVE PARDO, 2016, toma como eje ordenador del Derecho administrativo general las nuevas relaciones entre Estado y sociedad (*rectius*: el nuevo *reparto* de funciones entre ambos), pero para fijarse no en sus relaciones jurídicas, sino en la realización de actividades públicas por sujetos privados y en la correlativa expansión del ámbito de aplicación del Derecho administrativo.

cuanto a su extensión y profundidad en el tratamiento de los temas. En cualquier caso, sí parece posible extraer la conclusión de que, *en términos generales, la ciencia española contemporánea del Derecho administrativo parece no otorgar a la relación jurídico-administrativa un rol relevante a la hora de acometer las sistematizaciones y exposiciones generales de la disciplina*. Así lo confirma el hecho de que tampoco existan, por el momento, monografías dedicadas al estudio de esta figura en cuanto tal.

2.3. Reacciones

Existen ya algunas reacciones frente a la situación que acaba de ser descrita. En España, varios autores han señalado durante los últimos años la necesidad de acudir a la perspectiva subjetiva para abordar el tratamiento dogmático de determinados modos de actuación administrativa que desbordan los márgenes de la dogmática objetiva tradicional³⁸. En esta línea, algunos han comenzado ya la tarea de revisar la entera teoría de la relación jurídica de Derecho administrativo³⁹, la doctrina de las situaciones jurídico-subjetivas del ciudadano⁴⁰, o han destacado la utilidad ordenadora de la construcción de una tipología de relaciones jurídico-administrativas⁴¹.

Un proceso de revitalización similar, aunque considerablemente más intenso, ha tenido comienzo varias décadas atrás en el que probablemente sea el país que mayor influencia académica despliega sobre el Derecho administrativo español contemporáneo: *Alemania*. Debido –fundamentalmente– a la configuración tuitiva de derechos de su contencioso-administrativo, la aproximación subjetiva al Derecho administrativo nunca llegó allí a quedar relegada de la misma manera que entre nosotros⁴². Sin embargo, el tratamiento teórico de la relación jurídico-administra-

³⁸ Así, recientemente, Dolores CANALS I AMETLLER, “Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, 2013, pp. 127-155; Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015; PAREJO ALFONSO, 2016; José María BAÑO LEÓN, “Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 47-64.

³⁹ Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Actuaciones administrativas sin procedimiento (relaciones jurídicas en el Estado de Derecho)*, en prensa.

⁴⁰ MEDINA ALCOZ, 2016.

⁴¹ Por ejemplo, desde la perspectiva del reparto competencial sobre la legislación de procedimiento administrativo, Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La codificación del procedimiento administrativo en España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.

⁴² Albert BLECKMANN, *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I. Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 127. Por ejemplo, la relación jurídico-administrativa y la teoría del derecho público subjetivo ocupan un lugar nuclear en las clásicas exposiciones de Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 2.ª ed., Springer, Berlín, 1929, pp. 179-205; Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Labor, Barcelona, 1933 [trad. de la 8.ª edición alemana por S. Álvarez Gendín], pp. 107-182, especialmente pp. 122-145); Adolf MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935

tiva constituye un fenómeno relativamente reciente, cuyos inicios suelen datarse en 1965⁴³. A partir, fundamentalmente, de las reuniones de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1971 en Ratisbona y de 1986 en Múnich, la figura de la relación jurídico-administrativa y su potencial dogmático comenzaron a ser objeto de intensa discusión doctrinal⁴⁴. Como consecuencia de ello, desde la década de 1990 es habitual la presencia de estudios específicos sobre la relación jurídico-administrativa en los manuales y tratados contemporáneos de Derecho administrativo general alemán⁴⁵. Este renovado interés se ha plasmado, además, en el desarrollo de un buen número de explicaciones sistemáticas de figuras generales y sectoriales del Derecho administrativo alemán enfocadas desde una perspectiva subjetiva⁴⁶.

[edición al cuidado de J. L. Moreno Pérez], pp. 171-184; y Ernst FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958 [5.ª ed. alemana, trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge], pp. 252-276.

⁴³ Matthias JESTAEDT, “Rechts als Relation. Skizzenhafte Anmerkungen zur Rechtsverhältnislehre”, en Katharina GRÄFIN VON SCHLIEFFEN (ed.), *Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 211-224 (p. 212).

⁴⁴ Véase sobre todo Hans H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Mohr, Tübingen, 1965; Wilhelm HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Mohr, Tübingen, 1968; Wilhelm HENKE, W., “Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 28, 1970, pp. 149-185; Peter HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenaem, Königstein, 1980; y Rolf GRÖSCHNER, “Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses”, *Die Verwaltung*, núm. 30, 1997, pp. 301-338.

⁴⁵ Rolf GRÖSCHNER, *Das Überwachungsrechtsverhältnis: Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, Mohr, Tübingen, 1992, p. 149, con ulteriores referencias). Baste a estos efectos la cita de Norbert ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, 2. ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1986, pp. 331-364 y 519-547; Hartmut MAURER, *Derecho administrativo. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2011, cap. 8, marg. 17-33; y MASING, 2012.

⁴⁶ Así, por lo que respecta a la teoría de los vicios procedimentales, Hermann HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg, 1986, pp. 258 ss. En el ámbito de la tutela cautelar, Friedrich SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg, 1988, pp. 161 ss., 509 ss. Sobre las relaciones jurídicas multipolares, Rainer WAHL y Johannes MASING, “Schutz durch Eingriff”, *Juristen Zeitung*, núm. 12, 1990, pp. 553-563; Peter M. HUBER, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung*, Mohr, Tübingen, 1991; y Matthias SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992. Acerca de la actividad administrativa de supervisión de la economía, GRÖSCHNER, 1992. En el contexto de la actuación administrativa informal, Martin SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungs Handeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltschutzes*, Mohr, Tübingen, 1995. En general, sobre el significado de la relación jurídica desde la teoría del Derecho, Norbert ACHTERBERG, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnissordnung: Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1982. Desde el Derecho administrativo, Otto BACHOF, “Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung”, *VVDStRL*, núm. 30, 1972, pp. 193-244; Hartmut BAUER, “¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual”, *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993, pp. 133-160; y los trabajos recogidos en el número monográfico de *Die Verwaltung*, vol. 30, núm. 3/1997.

En *Italia*, el fortalecimiento del interés científico por las relaciones jurídico-administrativas (*rapporti giuridici di diritto amministrativo*) se produjo de manera más temprana, durante la primera mitad del siglo xx⁴⁷. Desde entonces, la figura de la relación jurídica ha sido utilizada allí como elemento ordenador de algunas de las más destacadas exposiciones teóricas del Derecho administrativo general (como las de Vitta⁴⁸, Forti⁴⁹, Sandulli⁵⁰, Alessi⁵¹, Zanobini⁵², Giannini⁵³, y Cassese⁵⁴), además de encontrar un desarrollo destacado en las obras de Carnelutti⁵⁵, Cassarino⁵⁶ y Romano⁵⁷. No obstante, se ha criticado en Italia que, tradicionalmente, la atención dedicada al individuo en la ciencia del Derecho administrativo ha sido muy limitada (como mero sujeto pasivo de la potestad administrativa hasta mediados del siglo xx), así como que «la construcción del interés legítimo, debido a su amplitud y complejidad, ha oscurecido la importancia de las posiciones y de las situaciones jurídicas propias del particular en sus relaciones con la Administración pública»⁵⁸.

Francia ha sido el país de nuestro entorno donde la aproximación en clave subjetiva y, con ello, la teoría de la relación jurídica, han tardado más tiempo en introducirse en el Derecho administrativo y en su construcción científica. Tradicionalmente, las exposiciones generales de la disciplina han hecho alusión allí a estos extremos de manera extremadamente residual, y solo a los efectos de construir el sis-

⁴⁷ A ello hacen referencia expresa Cino VITTA, *Diritto amministrativo. Volume primo. Parte generale*, Unione tipografica – Editrice torinese, Turín, 1933, pp. 93-94, y Ugo FORTI, *Diritto amministrativo. Parte generale. Volume II. Il rapporto – La teoria degli atti*, 4.ª ed., Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1947, p. 2.

⁴⁸ VITTA, 1933: 92-112 comienza su obra con las nociones preliminares de Derecho objetivo y derecho público subjetivo, y dedica atención monográfica a las relaciones de Derecho público.

⁴⁹ FORTI, 1947, utiliza la figura para explicar la teoría del acto administrativo.

⁵⁰ Aldo M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1952, comienza examinando las situaciones subjetivas de derecho administrativo (pp. 40-76).

⁵¹ Renato ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 1958, estructura su *Sistema* en torno a tres partes: el sujeto activo de la función administrativa, el sujeto pasivo de la misma (donde estudia, entre otras materias, la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas) y el control de legalidad.

⁵² Guido ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo. Volume primo. Principi generali*, 8.ª ed., Giuffrè, Milán, 1958, dedica cuatro lecciones al tema de las relaciones jurídicas de Derecho administrativo.

⁵³ Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo. Volume secondo*, 3.ª ed., Giuffrè, Milán, 1993, dedica un capítulo íntegramente al tema de las situaciones jurídicas subjetivas (pp. 45-90).

⁵⁴ Sabino CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1994 [original italiano de 1989, trad. de Luis Ortega], pp. 365-373, se ocupa del rol del ciudadano en el Derecho administrativo.

⁵⁵ Francesco CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, Comares, Granada, 2003 [trad. del original de 1940 por Carlos G. Posada], pp. 151-215.

⁵⁶ Sebastiano CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milán, 1956.

⁵⁷ Santi ROMANO, *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1983, pp. 91-110 y 172-203.

⁵⁸ CASSESE, 1994: 365 y 369.

tema de la jurisdicción administrativa como mecanismo de garantía del principio de legalidad⁵⁹.

También en el ámbito del *Derecho de la Unión Europea* parece existir un incipiente interés académico por la aproximación subjetiva y, en concreto, por la construcción de una teoría sobre los derechos individuales de los ciudadanos y empresas en sus relaciones con la Administración europea y nacional⁶⁰. Ello no resulta extraño si se tiene en cuenta que la progresiva tendencia hacia la aproximación subjetiva al Derecho administrativo en los Estados miembros responde, en buena medida, a la influencia del Derecho de la Unión⁶¹, especialmente debido a la presión ejercida por las normas europeas relativas al reconocimiento de derechos fundamentales y por la decantación de las nociones de efecto directo y efectividad del Derecho de la Unión. Sobre ello se volverá después (*infra*, 3.2.1).

3. RELEVANCIA CIENTÍFICA

3.1. Argumentos en contra

Las razones tradicionalmente aducidas contra el análisis del Derecho administrativo en clave subjetiva pueden reconducirse a dos argumentos principales, en buena medida relacionados entre sí: la impronta iusprivatista y liberal de la noción de relación jurídica (*infra* 3.1.1) y su escaso potencial científico (*infra* 3.1.2). La exposición que sigue pretende sintetizar el contenido principal de estos argumentos, así como enjuiciar su consistencia a la luz de los parámetros actuales de producción, aplicación y tratamiento teórico del Derecho administrativo. Se adelanta aquí una crítica oponible a ambos: su *potente trasfondo ideológico, más que racional o científico*. Es el sesgo autoritario de la dogmática tradicional (basada en las nociones de Administración, legalidad, interés general, Derecho objetivo y control) lo que se oculta tras el rechazo a la aproximación subjetiva al Derecho administrativo. Más que dificultades técnicas,

⁵⁹ Así, por ejemplo, en Vittorio Emanuele ORLANDO, *Principios de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1978 [trad. de la 2ª ed. Italiana, de 1892, por A. Rodríguez Bereijo], pp. 229-232 y 268-272, y en V. E. ORLANDO (1978: 229-232 y 268-278) y René CHAPUS, *Droit administratif général*, 14ª ed., Montchrestien, París, 2000.

⁶⁰ Angela WARD, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000; Albertina ALBORS-LLORENS, *Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006; Loïc AZOULAI, Ségolène Barbou des Places y Etienne Pataut (eds.), *Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing, Oxford, 2016; Joana MENDES, *Participation in EU Rulemaking. A Rights-Based Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2011; Bjarne THORSON, *Individual Rights in EU Law*, Springer, Suiza, 2016; HOFMANN y WARIN, 2017; Catherine WARIN, *Individual Rights Under European Union Law: A Study on the Relation Between Rights, Obligations and Interests in the Case Law of the Court of Justice*, Nomos, Baden-Baden, 2019; Julie RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruylant, París, 2020.

⁶¹ Jean-Bernard AUBY, "The Transformation of the Administrative State and Administrative Law", en Armin VON BOGDANDY, Peter M. HUBER y Sabino CASSESE (eds.), *The Administrative State. Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 601-630 (pp. 625-626).

es la costumbre cultural la que hace extraña una ciencia del Derecho administrativo explicada con el vocabulario de la relación jurídica⁶².

3.1.1. *Impronta iusprivatista y liberal*

El primero, y más extendido, de los argumentos aducidos contra la aplicación de la noción de relación jurídica al ámbito del Derecho administrativo, es su consideración como elemento ajeno a este y a su lógica, como *figura importada del campo del Derecho privado y, por lo tanto, ligada al paradigma liberal de la correlatividad entre Derecho objetivo y derecho subjetivo*. Este argumento se basa, en última instancia, en la afirmación decimonónica de la *summa divisio*, entendida como separación rígida entre Derecho privado (justicia conmutativa) y Derecho público (justicia distributiva), de conformidad con la cual únicamente en el segundo de estos ámbitos se encontraría autorizado el poder público a perseguir fines dirigidos a la protección del colectivo.

Esta concepción de la *summa divisio* permitió reducir la protección jurídica del individuo frente al poder y, con ello, *posibilitó la emancipación del Derecho administrativo como rama del ordenamiento jurídico*. Mientras que en el ámbito privado todo el Derecho objetivo se traducía en correlativos derechos subjetivos, en el Derecho público esa correlatividad desaparecía, y el foco de atención se trasladaba únicamente al Derecho objetivo y al control de su cumplimiento. Por ello, en el Derecho administrativo, la figura de la relación jurídica quedó relegada a una posición accesoría. Desde este prisma, las posiciones jurídicas del administrado que interactúa con la Administración importan únicamente en tanto que mecanismos de activación del proceso contencioso, considerado como mecanismo de control de legalidad de la actuación administrativa. Como es sabido, este es el problema más acuciante que subyace a la configuración clásica del contencioso objetivo francés⁶³.

Cabe mantener que *el potencial justificador de este argumento se ha erosionado en la misma medida en que lo han hecho los criterios tradicionales de distinción entre Derecho público y Derecho privado*⁶⁴. Debe recordarse que, por una parte, la unidad axiológica de todo el ordenamiento jurídico operada a través de la Constitución ha restado capacidad explicativa a las teorías que fundan en criterios sustantivos la *summa divisio* en criterios sustantivos. En particular, tanto la protección del interés general como el rol de la autonomía de la voluntad y la igualdad de los sujetos en la relación han dejado de ser características irrenunciables y exclusivas del Derecho público y del Derecho privado, respectivamente. De otro lado, la creciente tendencia a la pérdida de referencias subjetivas de las normas –potenciada, principalmente por el Derecho

⁶² MEDINA ALCOZ, 2016: 190-191.

⁶³ Una síntesis de su configuración inicial y de su evolución hasta un sistema de justicia subjetiva en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.

⁶⁴ Sobre esta erosión, por todos, VELASCO CABALLERO, 2014: 30 ss., 81 ss.

de la Unión Europea—, ha restado fuerza ordenadora a los criterios de distinción subjetivos entre Derecho público y privado. No se niega con ello, obviamente, que el Derecho público (administrativo) siga presentando perfiles propios que exigen, asimismo, herramientas específicas para su tratamiento científico. Lo que pretende ponerse de relieve es, simplemente, que estas diferencias han dejado de ser nítidas y que no justifican *per se* el rechazo hacia el uso complementario de figuras convencionalmente adscritas en exclusiva al ámbito del Derecho privado.

El rechazo doctrinal contemporáneo fundado en el argumento que acaba de ser descrito puede conectarse, a su vez, con la necesidad histórica de autoafirmación de la ciencia del Derecho administrativo frente a la propia del Derecho civil. *En la atención prioritaria al status de la Administración frente a la legalidad objetiva* —y en la consiguiente elaboración de una narrativa teórica alejada de la idea de relación jurídica intersubjetiva— radicó, precisamente, la construcción del Derecho administrativo como disciplina científica autónoma⁶⁵. En el intento por superar el antiguo sentimiento de inferioridad frente a la ciencia multiseccular del Derecho civil, la búsqueda de dignidad teórica y de identidad para la ciencia del Derecho administrativo se encauzó a través de la exacerbación de sus diferencias con la propia del Derecho privado, y en la consiguiente percepción de la primera como una realidad separada, autosuficiente e impermeable a cualquier influencia proveniente de la segunda⁶⁶. Es en este contexto donde cobra sentido la afirmación de que el Derecho administrativo «repudia en bloque al Derecho privado»⁶⁷. Ello condujo, por lo que ahora interesa, a la adscripción exclusiva —y no siempre justificada— de ciertas categorías, como la de relación jurídica, al ordenamiento civil⁶⁸.

El peculiar contexto académico en que se forjó esta visión permite, cuando menos, poner en entredicho su validez como argumento para rechazar actualmente el uso de la figura aquí examinada en la construcción científica del Derecho administrativo. *El hecho de que la teoría de la relación jurídica encontrase desarrollo y perfeccionamiento inicialmente en el Derecho civil obedece a razones históricas y circunstanciales, y no permite concluir sin más que deba considerarse un monopolio de esta rama del Derecho*⁶⁹. Por el contrario, se trata de una categoría jurídica transversal o general cuya configuración no necesariamente ha de atenerse a las características iusprivatistas y liberales que su surgimiento histórico le confirió⁷⁰. Como se ha dicho ya, en tanto

⁶⁵ Ello es claramente visible, por ejemplo, en Maurice HAURIUO, “Préface”, en su obra *Précis de droit administratif et de droit public*, 8.ª ed., Sirey, París, 1914, pp. V-VIII, quien en su día reivindicaba la naturaleza particular y autónoma del Derecho administrativo, debido a que esta rama del Derecho «en lugar de fundarse, como el civil, en la igualdad de las partes, lo hace sobre el estatuto especial y las prerrogativas de las partes más poderosas».

⁶⁶ SANTAMARÍA PASTOR, 1988: 55-56.

⁶⁷ Georges VEDEL, *Droit Administratif I*, Presses Universitaires de France, París, 1958, citado por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 30.

⁶⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1996: 47 ss.

⁶⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1996: 22.

⁷⁰ Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951, p. 8.

que herramienta para acometer el análisis del Derecho administrativo en perspectiva subjetiva, la teoría de la relación jurídico-administrativa puede considerarse como políticamente neutra (*supra*, 1).

3.1.2. *Inutilidad científica*

En segundo lugar, el rechazo hacia la noción de relación jurídico-administrativa suele justificarse en su escaso o nulo potencial científico. Al margen de su falta de adecuación a las peculiaridades estructurales del Derecho público⁷¹, *la figura presentaría severas deficiencias para el tratamiento teórico de un Derecho administrativo sofisticado como el actual, debido, fundamentalmente, a su simplicidad⁷² y a su vaguedad⁷³.*

Cabe aceptar, en efecto, que la teoría de la relación jurídico-administrativa presenta, en su estado actual, importantes deficiencias para servir como eje ordenador del sistema de Derecho administrativo. Sin embargo, ello no es una razón para el rechazo de la figura, sino una consecuencia de su prolongada desatención académica. *La causa principal de la limitada utilidad científica de la perspectiva subjetiva es, precisamente, su falta de desarrollo dogmático, así como su desfase y su concepción en términos decimonónicos.* Hasta ahora, la idea de relación jurídica se ha utilizado, en el mejor de los casos, como un catálogo puramente descriptivo de las situaciones jurídico-subjetivas correlativas de ciudadano y Administración⁷⁴; situaciones que, por su parte, apenas han comenzado a ser objeto de renovación hasta fechas recientes⁷⁵. De modo que el argumento no debería conducir al abandono de la categoría sino, antes bien, a su desarrollo y actualización. Una teoría renovada en este ámbito sería, desde luego, mucho más útil que la existente en la actualidad. Buena prueba de ello es la centralidad dogmática de aquellas partes de la aproximación subjetiva que sí han sido objeto de tratamiento y renovación científicas intensas durante los últimos años. Esto es lo que sucede, en particular, con la teoría de los derechos fundamentales, a la que se hará alusión después.

Una vez rechazada la crítica atinente a la inmadurez dogmática de la relación jurídico-administrativa, procede abordar la relativa a su vaguedad o abstracción. Es cierto que, a pesar de su omnipresencia en el lenguaje jurídico, el concepto parece carecer de contornos técnicos bien definidos⁷⁶, y que suele presentarse como un amplio

⁷¹ Sobre esta inadecuación, cfr. lo expuesto en el epígrafe inmediatamente anterior.

⁷² MAURER, 2011, se refiere, por ejemplo, a la “inmadurez” dogmática de la noción.

⁷³ GASCÓN Y MARÍN, 1933: 60: «el rechazar este elemento como característico del Derecho administrativo, obedece a su imprecisión más que a su incerteza»; SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 316: «la idea de relación jurídica en sí misma y desde un punto de vista abstracto y general es demasiado vaga».

⁷⁴ BAÑO LEÓN, 2018: 2.

⁷⁵ MEDINA ALCOZ, 2016; VAQUER CABALLERÍA, 2016; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, en prensa.

⁷⁶ José Eugenio SORIANO GARCÍA, “Evolución del concepto ‘relación jurídica’ en su aplicación al Derecho público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 90, 1979, pp. 33-78 (p. 33).

campo relativamente inexplorado y precario⁷⁷; crítica esta, por cierto, que también se encuentra presente entre los cultivadores del Derecho civil⁷⁸, y que en el Derecho administrativo ha recaído también, ocasionalmente, sobre la teoría de las formas de actividad de la administración⁷⁹. En cualquier caso, la vaguedad de la noción de relación jurídica no es sino consecuencia, en buena medida, de la situación de desatención académica a que acaba de aludirse. Pero debe tenerse en cuenta, además, que *el elevado grado de abstracción de la figura no necesariamente implica su ausencia de utilidad*. A estos efectos es necesario detenerse brevemente en dos aspectos.

El primero de ellos es el relativo al rol de la perspectiva subjetiva, y por tanto de la teoría de la relación jurídica, en la construcción del sistema. Como se verá después (*infra* 4), en la parte general de la disciplina aquellas se encuentran llamadas a desempeñar, principalmente, una función heurística. Pues bien, en la medida en que sirva para detectar y racionalizar problemas, así como para sugerir nuevas vías de análisis de la realidad, no cabe considerar que la vaguedad de la noción de relación jurídica sea un síntoma de su imperfección. Por el contrario, tal y como se ha puesto de manifiesto recientemente en la doctrina española, *el uso de conceptos con una finalidad heurística no está necesariamente vinculado a la precisión y estabilidad del significado de aquellos, sino que, por el contrario, puede requerir conceptos dotados de cierta ambigüedad y vaguedad*⁸⁰.

En segundo lugar, en este trabajo se sostiene la tesis de que es necesario y útil incorporar una teoría renovada de la relación jurídico-administrativa a la parte general del sistema. A ello no obsta, sin embargo, afirmar también que *esta figura está llamada a desplegar su máximo potencial ordenador en un nivel de abstracción intermedio*, entre el Derecho administrativo general y las regulaciones sectoriales de las que necesariamente ha de nutrirse la construcción sistemática. La característica principal de los sectores del Derecho administrativo es su atención a problemas concretos, derivados, precisamente, de la contraposición de intereses o posiciones jurídico-subjetivas subyacentes a cada uno de ellos⁸¹. La tendencia a la sectorialización o especialización del Derecho es, además, creciente en el Estado social y democrático contemporáneo, que exige atender a la composición de intereses en cada ámbito de regulación⁸². Una de las virtudes de la figura de la relación jurídica –también en el ámbito privado– es, precisamente, su aptitud para adaptarse a diversas manifestaciones según el sector material en cuyo seno se ubique, de manera tal que, en realidad, no existiría una

⁷⁷ Peter HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 227.

⁷⁸ Por ejemplo, José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1974, p. 238, se refiere a la relación jurídica como «concepto general e intuitivo», falto de trascendencia, e «incapaz de producir normas».

⁷⁹ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativo actual”, *Documentación Administrativa*, núms. 235-236, 1993, pp. 7-31 (p. 17).

⁸⁰ DÍEZ SASTRE, 2018: marg. 219.

⁸¹ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 8.

⁸² VELASCO CABALLERO, 2014: 76.

relación jurídico-administrativa, sino una multiplicidad de ellas, sujetas a diferentes regulaciones y formas⁸³. La construcción del sistema encuentra una herramienta útil, de hecho, en la reconducción de estas manifestaciones sectoriales a modelos o tipos de relaciones jurídico-administrativas dotados de un grado intermedio de abstracción y ubicados en el segundo escalón de la parte general. Así sucede, por ejemplo, con aquellos ámbitos del Derecho administrativos que han consolidado su propia “parte general”, tal como el Derecho tributario, administrativo sancionador, subvencional, expropiatorio, o de la función pública.

3.2. Argumentos a favor

Varias razones pueden aducirse para fundamentar la necesidad de renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa, así como de su incorporación a la parte general del sistema. En parte, estas razones no son sino corolarios lógicos de la pérdida de validez de los argumentos esgrimidos tradicionalmente por la ciencia del Derecho administrativo para rechazar la adecuación y utilidad de la figura como herramienta de construcción científica. Pero a ello pueden añadirse algunos argumentos de peso más. Veamos.

3.2.1. *El rol central y las recientes transformaciones de la perspectiva subjetiva*

No parece necesario insistir sobre el hecho de que, a pesar de su relativo abandono y de las reticencias hacia su uso explícito, *la perspectiva subjetiva se encuentra en la base del entero Derecho administrativo y de su dogmática*. Todo ordenamiento jurídico-administrativo, en su dimensión objetiva, se ha construido históricamente (de forma más o menos expresa) sobre una determinada concepción de las situaciones jurídicas correlativas de Administración y ciudadano⁸⁴. Desde esta perspectiva, resulta evidente que este ángulo de observación del Derecho administrativo no es precisamente novedoso⁸⁵. El ordenamiento administrativo forjado al albor del principio de Estado de Derecho toma como una de sus premisas más elementales, precisamente, la consideración de la interacción entre Estado y ciudadano como una relación jurídica⁸⁶. En efecto, el nacimiento del Derecho administrativo como rama del ordenamiento

⁸³ MAURER, 2011: 206.

⁸⁴ Así, paradigmáticamente, en los autores de la doctrina clásica alemana: Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. B. C. Mohr, Freiburg, 1982; MAYER, 1895; Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Springer, Berlín, 1920; y FLEINER (1933).

⁸⁵ BAUER, 1993: 150; SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 313.

⁸⁶ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Der Rechtsstaat”, en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band I*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 987-1044 (p. 1000).

con sustantividad propia se produjo solo a partir del momento histórico en que el Derecho objetivo reconoció al ciudadano posiciones jurídicas activas frente al poder público y configuró a este como sujeto dotado de personalidad jurídica y sometido en su actuación al Derecho, de manera tal que Estado y ciudadano pasaron a ser concebidos como sujetos que entablaban entre sí relaciones impregnadas de juridicidad⁸⁷. Ya solo por esta razón la teoría de la relación jurídica, en tanto que instrumento teórico que permite articular el análisis en clave subjetiva, no debería ser una magnitud preterida por la ciencia del Derecho administrativo⁸⁸.

Además, debido a su carácter central, cualquier modificación de los cometidos, funciones, y posiciones respectivas de Administración y ciudadano «se transmite inmediatamente, y con efectos multiplicadores, a todas las instituciones de Derecho administrativo, que, por refracción, terminan por adquirir un sentido nuevo»⁸⁹. De hecho, *uno de los problemas recurrentes del Derecho administrativo contemporáneo se cifra en la dificultad de adaptar su dogmática clásica a contextos caracterizados por la redefinición de las interacciones entre Estado y sociedad* (por ejemplo, en el ámbito de la actividad administrativa de regulación y supervisión). Se adelanta, así, una idea sobre la que se volverá después: estos problemas solo pueden racionalizarse jurídicamente de forma adecuada si se parte de la nueva posición jurídica subjetiva de cada uno de los sujetos implicados.

La teoría de la relación jurídico-administrativa no permanece impasible en el territorio ni en el tiempo, sino que está en función de los desarrollos normativos y, más aún, del contexto político e institucional que subyace a ellos. Se encuentra *condicionada por las coordinadas jurídico-políticas existentes en cada momento y lugar*⁹⁰. Sin embargo, en España no hemos acometido aún más que parcialmente la renovación de esta parte de la disciplina a la luz de sus actuales presupuestos constitucionales y de Derecho europeo. La mera constatación del desfase de toda construcción científica es, *per se*, un fuerte argumento para su revisión y teorización renovada⁹¹. Y ello con independencia de la vocación, más o menos tuitiva de los intereses individuales o generales, con que esa tarea se acometa.

En un ordenamiento jurídico, como el español, en el que las decisiones básicas sobre las posiciones recíprocas de ciudadano y Administración se encuentran fijadas en el máximo nivel normativo, y donde su desarrollo y concreción están llamados a producirse en virtud del funcionamiento del sistema democrático, *la revisión de la teoría de la relación jurídico-administrativa no puede realizarse desde una perspectiva ontológica en sentido estricto*. Quiere decirse con ello que no se trata aquí de utilizar la

⁸⁷ ROYO-VILLANOVA, 1964: 84.

⁸⁸ SCHMIDT-ASSMANN, 1993: 26; BAUER, 1993: 152.

⁸⁹ Javier BARNÉS VÁZQUEZ, “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento”, en Mercé DARNACULLETA, José ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 281-311 (p. 282).

⁹⁰ MEDINA ALCOZ, 2016.

⁹¹ BACHOF, 1972: 218.

teoría de la relación jurídico-administrativa para abogar por un Derecho administrativo más protector del individuo (es decir, más liberal), pues esta es una cuestión que no corresponde a la ciencia del Derecho administrativo sino a la política (cfr. *supra*, 1). Una vez los elementos básicos de las posiciones correlativas de Administración y sujetos privados han sido fijadas a nivel constitucional (europeo e interno), no cabe atribuir ya a la teoría de la relación jurídica la función política –petrificadora del *statu quo*– con que en su momento surgió en el seno del Derecho privado⁹².

Lo verdaderamente relevante no consiste en *optar* por un Derecho administrativo explicado en un lenguaje objetivo o subjetivo. La dicotomía es, a mi juicio, artificiosa, si se interpreta como separación rígida: ambas perspectivas son complementarias en tanto que formas de contemplación de una misma realidad. Lo importante es *racionalizar teóricamente la aproximación subjetiva al Derecho administrativo*, de tal manera que sea capaz de transmitir sus fundamentos constitucionales a la dogmática objetiva y, a la vez, sea útil como instrumento para la interpretación y aplicación de esta, así como para su permanente revisión y actualización.

En este sentido, el punto de partida ha de ser la *transformación de las posiciones de ciudadano y Administración*, que no se corresponden ya con las propias de la teoría de la relación jurídica forjada durante las primeras etapas históricas del Derecho administrativo. Sin embargo, de modo inercial, continuamos en buena medida utilizando esa teoría clásica de manera más o menos implícita, sin revisar de manera completa su significado, y sin caer suficientemente en la cuenta de que aquella condiciona decisivamente el modo en que se formaliza y transmite el conocimiento entre los miembros de la comunidad científica⁹³. A pesar de que el Estado constitucional y el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos han impulsado la contemplación en clave subjetiva del Derecho administrativo, la dogmática de la disciplina está encontrando dificultades de adaptación debido al lastre de las elaboraciones técnicas de la doctrina clásica, condicionadas por el marco jurídico autoritario procedente del pasado⁹⁴.

Del lado del ciudadano, la opción constitucional por la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) ha supuesto la superación de la antigua figura del súbdito y su sustitución por la del ciudadano activo⁹⁵, que participa en la definición y satisfacción del interés general (Estado democrático), cuyas posiciones jurídicas son merecedoras de tutela judicial plena (Estado de Derecho), pero que puede ser legítimamente instrumentalizado en favor del colectivo

⁹² Acerca de los peligros del pensamiento institucional en la dogmática jurídica, DÍEZ SASTRE, 2018: marg. 171 ss.

⁹³ DÍEZ SASTRE, 2018: marg. 54, citando a Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, 4.ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2012 [trad. de Carlos Solís], pp. 117 ss.

⁹⁴ MEDINA ALCOZ, 2016: 96-97.

⁹⁵ Peter HÄBERLE, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band I*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 815-862 (p. 842).

siempre y cuando se respeten ciertos límites, y, en particular, siempre que se ponderen todos los intereses en juego y se satisfagan en la medida de lo posible (Estado social). Frente a la consideración del individuo como mero objeto pasivo de la actuación administrativa, merecedor –en el mejor de los casos– de defensa frente a ella, el nuevo marco constitucional y europeo ha ampliado la perspectiva para configurar al ciudadano como *sujeto activo y corresponsable*⁹⁶. Ello conduce irremisiblemente a la necesidad de repensar categorías subjetivas heredadas, como –en particular– la del deber en sentido técnico, la del interés legítimo o la del derecho público subjetivo. Además, y a pesar de no reconocer derechos subjetivos judicialmente actuables de forma directa, el denso contenido social de los principios rectores recogidos en los arts. 39 a 52 CE ha contribuido también a fomentar la perspectiva subjetiva en el Derecho administrativo español, en la medida en que impone a todos los poderes públicos el deber de tomar en consideración las especiales necesidades de protección de determinados colectivos, como los hijos menores y madres (art. 39 CE), los jóvenes (art. 48 CE), los minusválidos (art. 49 CE), los ancianos (art. 50 CE), o los consumidores y usuarios (art. 51 CE)⁹⁷.

Mención especial merece aquí la consagración constitucional de los derechos fundamentales y en particular, por su repercusión sobre el Derecho administrativo, el reconocimiento de su dimensión objetiva. Al precisar que los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos de los ciudadanos, sino también valores objetivos que irradian el ordenamiento en su conjunto, *la llamada vertiente objetiva de los derechos fundamentales ha contribuido a la aproximación en clave subjetiva al Derecho administrativo, pues imponer sobre los poderes público deberes jurídicos de protección que derivan directamente de la norma constitucional*⁹⁸. Como es sabido, una de las principales consecuencias de esta aproximación –consolidada a partir de la Sentencia *Lüth* en Alemania⁹⁹, y de la STC 53/1985 en España¹⁰⁰– ha sido la «acreditación» de la organización y el procedimiento administrativo como medios directos para la realización y garantía de los derechos fundamentales, así como para «compensar posiciones constitucionales encontradas»¹⁰¹. Con ello, organización y procedimiento han pasado a quedar inextricablemente vinculados a las situaciones jurídico-subjetivas sobre las que se proyectan, dejando de ser únicamente mecanismos que facilitan y ordenan la actuación y el control de la Administración.

El ordenamiento de la Unión presiona también a favor de la aproximación subjetiva al Derecho, por más que, en el seno de aquel, resulte evidente el predominio de una lógica utilitarista, centrada más en asegurar el efectivo cumplimiento de las

⁹⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, 2015: 284 ss., 294.

⁹⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 32.

⁹⁸ Miguel A. PRESNO LINERA, “La estructura de las normas de derechos fundamentales”, en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 45-56.

⁹⁹ BVerfGE 7, 198 (I. Senate).

¹⁰⁰ STC 53/1985, de 11 de abril, relativa a la despenalización parcial del aborto.

¹⁰¹ Konrad HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995.

normas europeas que en perfilar el rol de individuos y empresas como fin en sí mismo¹⁰². En efecto, el punto de partida del Derecho europeo no se encuentra en las distintas posiciones de poder público y sujetos privados, a quienes a menudo trata de forma indistinta. Su interés prioritario no consiste en garantizar la protección de los segundos frente al primero, sino en asegurar la consecución de determinados objetivos de interés público, de carácter principalmente económico. Por este motivo, ni el ordenamiento de la Unión ni la literatura académica han desarrollado aún de manera completa el estatus del ciudadano europeo ni sus relaciones con el poder público¹⁰³. A pesar de ello, *el Derecho de la Unión Europea ha transformado de forma resuelta la posición jurídica de los sujetos privados (ciudadanos y empresas) y la ha convertido en uno de sus elementos centrales*. Dos factores son especialmente relevantes para entender este desarrollo.

El primero de ellos es la *fuerza legitimadora del lenguaje de los derechos*. Frente al motor económico de la integración europea, el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales (en última instancia, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión) dota al proyecto europeo de cierto contenido moral, indispensable para su aceptación por la ciudadanía¹⁰⁴. Esta función legitimadora se adivina también tras el reconocimiento de derechos de participación ciudadana en los procedimientos de elaboración de normas europeas¹⁰⁵.

El segundo factor, y probablemente el más decisivo, es el de la *fuerza integradora de la lengua de los derechos*. Desde la perspectiva de la aplicación centralizada del Derecho europeo, la existencia de un catálogo de derechos individuales se traduce en el aumento de poder de la jurisdicción comunitaria frente a las nacionales, que pierden la capacidad de oponer sus propias cartas iusfundamentales como justificación para el incumplimiento de las normas de la Unión. En el ámbito de la aplicación descentralizada del Derecho europeo, la idea de efectividad es crucial debido al «déficit institucional» de la Unión, que reduce su capacidad de investigación y, por ende, aumenta el riesgo de infraejecución normativa¹⁰⁶. Aquí, el mecanismo de la llamada «subjetivación funcional»¹⁰⁷ ha desplegado efectos formidables, en conexión con la figura del efecto directo, como instrumento para asegurar la efectividad de las normas europeas¹⁰⁸. Desde *Van Gend en Loos*, la consideración de las obligaciones objetivas impuestas por el Derecho europeo como derechos individuales correlativos de

¹⁰² SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 45-56.

¹⁰³ MASING, 2012: 481 ss.

¹⁰⁴ Gráinne DE BÚRCA, “The language of rights and European integration”, en Jo SHAW y Gillian MORE (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

¹⁰⁵ Sobre ello, MENDES, 2011: 192 ss.; Joana MENDES, “Rule of law and participation: a normative analysis of internationalized rulemaking as composite procedures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 370-401.

¹⁰⁶ Fernando PASTOR-MERCHANTE, *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Hart Publishing, Londres, 2017, p. 36.

¹⁰⁷ Miguel POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 9.

¹⁰⁸ HOFMANN y WARIN, 2017.

los ciudadanos y empresas ha supuesto concebir a estos como guardianes del efectivo cumplimiento de la normativa comunitaria¹⁰⁹. De esta manera, el Derecho europeo permite la introducción de sofisticados mecanismos de «aplicación privada» de sus normas y, con ello, exige ampliar la perspectiva a nuevas estrategias regulatorias en cuyo marco ciudadanos y empresas dejan de ser considerados como meros objetos pasivos de la actuación de la Unión¹¹⁰. Tales sujetos pasan así a erigirse en actores decisivos para asegurar el cumplimiento de los objetivos europeos¹¹¹, de un modo que la aplicación centralizada a través de la Comisión como “guardiana de los Tratados” no permitiría¹¹². Por lo demás, el carácter complejo de la Administración europea, entendida en sentido amplio, impulsa el foco hacia las relaciones jurídicas multipolares (al menos, hacia aquellas en que participa alguna institución, órgano u organismo europeo, alguna/s autoridad/es nacional/es, y uno o varios particulares o empresas).

En síntesis, la conjunción de estas líneas de desarrollo —y, en particular, la derivación de posiciones activas a partir de las obligaciones impuestas por el Derecho objetivo—, está contribuyendo de manera decisiva a la *recuperación del interés por el análisis en clave subjetiva de los ordenamientos administrativos nacionales* 113, así como a la *transformación de los conceptos elementales que explican la posición jurídico-subjetiva correlativa de Administración y ciudadano*. Esta evolución no resulta tan evidente en España como en otros Estados miembros que tradicionalmente habían acogido un concepto estrecho de derecho público subjetivo. Así sucede, en particular, en Alemania y en Austria. Allí, la ampliación del concepto de derecho individual inducida por el mecanismo de la «subjetivación funcional» está provocando, desde hace ya décadas, una intensa revisión de la teoría de la norma tuitiva (*Schutznormtheorie*)¹¹⁴, sobre

¹⁰⁹ STJCE de 5 de febrero de 1963, as. 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administración fiscal holandesa* [ECLI:EU:C:1963:1].

¹¹⁰ Richard RAWLINGS, “Engaged elites: Citizen Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement”, *European Law Journal*, vol. 6, núm. 1, 2000, pp. 4-28; Adam TOMKINS, “Of Institutions and Individuals: The Enforcement of EC Law”, en Paul CRAIG y Richard RAWLINGS (eds.), *Law and Administration in Europe – Essays in Honour of Carol Harlow*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 273-295. Sobre este tipo de estrategias, en general, Jody FREEMAN, “The Private Role in Public Governance”, *New York University Law Review*, vol. 75, núm. 3, 2000, pp. 543-675.

¹¹¹ Bruno DE WITTE, “Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order”, en P. CRAIG y G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 323-362 (p. 358); Joseph H. H. WEILER, “Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma (p. 96).

¹¹² Matthias RUFFERT, “Rights and Remedies in European Community Law: a Comparative View”, *Common Market Law Review*, vol. 34, núm. 2, 1997, pp. 307-336 (p. 327).

¹¹³ Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, “Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation”, *Review of European Administrative Law*, vol. 10, núm. 1, 2017, pp. 7-79 (p. 47).

¹¹⁴ Johannes MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997; Christian CALLIES, “Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz – Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 49, 2002, pp. 3577-3582; Mathias HONG, “Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsraum”, *Juristen Zeitung*, núm. 8, 2012, pp. 380-388; Helge-

la cual la doctrina clásica había edificado el concepto de derecho público subjetivo y el entero sistema de justicia administrativa. Una transformación similar, pero de mayor intensidad aún, cabe observar en Francia, con el paso de la jurisdicción objetiva a un sistema de justicia administrativa subjetivado por impulso, entre otros factores, del Derecho de la Unión¹¹⁵.

También la *posición de la Administración* se ha visto sometida a una intensa transformación por influjo de la Constitución, y, posteriormente, del Derecho europeo y de la globalización. Estos fenómenos han conducido a la apertura de la Administración en sentido vertical (debido al traspaso de poder a entes supra e infra estatales) y en sentido horizontal (por la dilución de su contraposición al ciudadano). Ello ha contribuido a difuminar la separación entre Estado y sociedad, así como entre interés público y privado. La Administración es ahora una institución dotada de legitimación democrática indirecta, que se encuentra sometida a los mandatos de transparencia y participación, y que está enfocada a la satisfacción de intereses generales complejos y contrapuestos, tarea esta en la que está llamada a colaborar con la sociedad. La responsabilidad estatal en el cumplimiento de sus fines puede adoptar ahora diversas fórmulas, cuyos extremos ideales son la mera intervención normativa, sin previsión de ulterior actuación administrativa (*Rahmenverantwortung*), hasta la plena ejecución de tareas públicas a través de la Administración (*Erfüllungsverantwortung*)¹¹⁶.

Entre otras consecuencias, estos fenómenos han conducido a una disminución de la capacidad de dirección legislativa de la actividad de la Administración, y a un correlativo *aumento de la discrecionalidad y flexibilidad* en la acción de esta; al traspaso de la titularidad de funciones tradicionalmente públicas a actores privados, con la consiguiente aparición de nuevos tipos de actividad administrativa y de la *extensión del ámbito de aplicación de las normas de Derecho público*¹¹⁷; a la *pérdida de centralidad de la actividad unilateral* de la Administración, en beneficio de fórmulas de actuación negociadas y colaborativas¹¹⁸; y a la creciente intervención administrativa sobre constelaciones de intereses públicos y privados contrapuestos, con el subsiguiente *desplazamiento de la clásica relación bilateral Estado-ciudadano por relaciones jurídicas de carácter multipolar*¹¹⁹.

Marten VOIGTS, *Die Subjektivierung von Gemeinwohlinteressen als Demokratisierung der Verwaltung*, LIT Verlag, Münster, 2016.

¹¹⁵ Mitchel de S.-O.-l'E. LASSER, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009; Jean SIRINELLI, "La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir", *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 2016, pp. 529-544.

¹¹⁶ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 186-188.

¹¹⁷ José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pp. 11-40; José ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

¹¹⁸ BAUER, 1993: 137; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Historia de las Instituciones Jurídico-administrativas-1*, Ed. BOE, Madrid, 2015, p. 61.

¹¹⁹ Sabino CASSESE, Giulio NAPOLITANO y Lorenzo CASINI, "Towards multipolar administrative law: A theoretical perspective", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 354-356.

Hasta hace unas décadas, la dogmática del Derecho administrativo había prestado atención casi exclusiva a la actividad de la Administración, a partir del dato de su neta separación de la sociedad. La erosión de esa línea divisoria y su transformación en un territorio de encuentros y colaboración exige tener ahora en cuenta, también desde esta perspectiva, a los sujetos privados¹²⁰. Creo que es necesario profundizar aún algo más en esta idea. *La configuración que de Estado y ciudadano realizan la Constitución y el Derecho europeo exige prestar atención a este y a su protección como fin en sí mismo. Pero, además de ello, la ausencia de un monopolio estatal en la satisfacción del interés general exige concebir al individuo y a los grupos en que se integra, también, como sujetos activos, al menos en dos sentidos.*

Por una parte, el Derecho positivo está produciendo una creciente desvinculación entre control judicial y tutela individual, pero con una orientación netamente contrapuesta a la de épocas precedentes: *cada vez más, se abre al sector privado la posibilidad de activar los mecanismos de control judicial frente a actividades en las que no están en juego situaciones jurídicas individuales, sino intereses colectivos.* Así se desprende de la expansión de la acción pública o popular, desde sus tradicionales dominios (el urbanismo y el medio ambiente) hasta nuevos ámbitos [consumo, vivienda, etc.; cfr. en general el art. 19.1.b) LJCA].

De otro lado, las normas de Derecho administrativo crecientemente contemplan a los particulares como sujetos susceptibles de dirección y control, en la medida en que estos participen activamente en distintos tramos del ciclo circular de las políticas públicas (fijación de estándares o normas, seguimiento, vigilancia o certificación de su cumplimiento, prestación de servicios de interés general, etc.)¹²¹. En otras palabras: *incluso si se contemplan desde la exclusiva perspectiva del interés general, el Derecho administrativo y su ciencia no pueden mirar ya únicamente a la Administración, porque ya no es solamente ella quien desempeña funciones de carácter materialmente administrativo.* Ante el traspaso al sector privado de la titularidad de funciones de relevancia pública y, por lo tanto, la necesidad de racionalizar jurídicamente su actuación en términos más o menos análogos a los de las organizaciones administrativas tradicionales, el Derecho administrativo contemporáneo no puede prescindir de la idea de relación jurídica, máxime cuando el diseño del régimen jurídico de estos sujetos está llamado a combinar y a equilibrar elementos propios del régimen de las Administraciones y de los particulares.

3.2.2. *Las carencias de la perspectiva objetiva*

En el apartado anterior se ha mantenido que la aproximación en clave subjetiva juega un papel central en el Derecho administrativo y en su tratamiento científico. Se intentará ahora justificar que, además, ese papel es aún más relevante en la medida

¹²⁰ BARNÉS VÁZQUEZ, 2015: 282 ss.

¹²¹ BARNÉS VÁZQUEZ, 2015: 283-284.

en que, en su configuración actual, *la aproximación en clave objetiva a esta rama del ordenamiento presenta graves deficiencias, a cuya superación puede contribuir el uso instrumental de la teoría de la relación jurídico-administrativa.*

En esencia, la dogmática contemporánea del Derecho administrativo se presenta como una doctrina de las formas (y, secundariamente, de los tipos) de actividad de la Administración. *Los contornos fundamentales de esta construcción teórica quedaron forjados durante el siglo XIX a la luz de ciertos sectores de referencia caracterizados por la simplicidad, bipolaridad, y carácter finito de las relaciones jurídicas subyacentes.* En efecto, el núcleo de dicha doctrina, conformado por la actuación unilateral en forma de actos administrativos, tomó como punto de partida la necesidad de defensa de la libertad del ciudadano frente a intervenciones públicas limitadoras o restrictivas. La obra de Otto Mayer representa la culminación de este proceso, caracterizado por la ubicación del acto administrativo en el centro del sistema y la configuración de este conforme al modelo del Derecho de policía¹²². Aunque, no mucho después, esta construcción inicial fue objeto de ampliaciones y ajustes para dar entrada también a otros tipos de actuación administrativa (en un primer momento, fomento y prestación), la doctrina de las formas sigue estando impregnada, hasta hoy, de esa caracterización defensiva y bilateral¹²³. Las formas jurídicas han llegado hasta nosotros como clave de bóveda del sistema de protección del individuo, pues con ellas se obstaculiza la arbitrariedad y se ofrecen puntos de conexión operativos para la tutela judicial, al tiempo que su función de depósito satisface exigencias elementales de seguridad jurídica¹²⁴.

Durante largo tiempo, los juristas de la Europa continental encontraron en esa construcción dogmática tradicional un instrumento de ordenación óptimo para racionalizar y explicar el sistema de Derecho administrativo. Sin embargo, la consolidación de la teoría de las formas y su potente vis estética han conducido, con el tiempo, a una relegación de la relación jurídico-administrativa como ángulo alternativo de observación de esa misma realidad jurídica¹²⁵. Además, la progresiva desvinculación entre la sustancia (relación jurídica) y la construcción dogmática objetiva (teoría de las formas y de los tipos de Administración), provocada por el paradigma autoritario vigente en Europa hasta mediados del siglo XX, ha conducido a una *petrificación de la dogmática objetiva del Derecho administrativo, que presenta severas dificultades para adaptarse a los nuevos fenómenos regulados por esta rama del ordenamiento.* Y la causa principal de ello es, precisamente, que las relaciones jurídicas subyacentes a estos nuevos fenómenos son muy distintas a las que sirvieron de base a la doctrina objetiva tradicional¹²⁶. Por ello, la renovación de la teoría de la relación jurídico-adminis-

¹²² Wolfgang MEYER-HESEMANN, "Die paradigmatische Bedeutung Otto Mayers für die Entwicklung der deutschen Verewaltungsrechtswissenschaft", *Rechtstheorie*, núm. 13, 1982, pp. 496-502.

¹²³ De ello es expresiva, por ejemplo, la regulación general contemporánea del procedimiento administrativo: al respecto, BARNÉS VÁZQUEZ, 2008: 20.

¹²⁴ BAUER, 1993: 143.

¹²⁵ DÍEZ SASTRE, 2018: marg. 55.

¹²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, 2018: 18.

trativa supone un paso irrenunciable para acometer la reconstrucción científica de la disciplina de manera sistemática, sin que resulte suficiente, con carácter general, la introducción de ajustes, matizaciones y excepciones *ad hoc* a las teorías formales que se formaron sobre unas premisas jurídico-subjetivas netamente distintas a las actuales¹²⁷.

Las deficiencias de la dogmática objetiva heredada como marco de ordenación del Derecho administrativo contemporáneo resultan, en primer lugar, de su *desarrollo asimétrico*. La atención excesiva sobre la figura del acto administrativo (y, en menor medida, del reglamento y el contrato) ha conducido a la insuficiente elaboración doctrinal de ciertas actividades administrativas, como las materiales o informales, que se presentan en la construcción científica actual como una categoría residual carente de perfiles jurídicos bien definidos¹²⁸. El infradesarrollo de la dogmática objetiva allí donde la actuación administrativa formal plasmada en actos desaparece o disminuye su presencia (caso, por ejemplo, de la sustitución de las autorizaciones por comunicaciones previas, o de la actuación material de la Administración en el ámbito de las prestaciones sanitarias) conlleva, a su vez, la reducción o supresión de los mecanismos de protección de las posiciones subjetivas afectadas, debido a la tradicional ligazón de estos con la teoría de las formas.

Así sucede, por ejemplo, con el procedimiento administrativo. Su fuerte dependencia tradicional de la figura del acto como forma de actuación de la Administración ha obstaculizado durante largo tiempo el desarrollo de un modelo de procedimiento administrativo de la prestación material, a pesar de que este tipo de actividad administrativa se proyecta, a veces, sobre ámbitos en los existen deberes constitucionales de protección a través de la organización y del procedimiento administrativo¹²⁹.

Asimismo, las carencias de la dogmática objetiva heredada derivan de su *carácter autorreferencial*, esto es, de su interés exclusivo por la actividad de la Administración y su control, con la consiguiente postergación de otros bienes jurídicos en juego. Solo durante las últimas décadas, y por efecto principalmente del juego de los derechos fundamentales, la dogmática tradicional ha comenzado a ser modificada a través de la incorporación de elementos que permiten percibir y resolver dogmáticamente algunas de las posiciones subjetivas del ciudadano. Así sucede, en particular, con los recién mencionados deberes de protección de las posiciones subjetivas a través de la organización y el procedimiento. Sin embargo, el nivel de adaptación alcanzado es netamente insuficiente, por atender todavía en exceso a la posición de la Administración, y bastante menos a la del resto de sujetos afectados por su actividad.

Buena muestra de ello son los problemas que plantean las figuras de las comunicaciones previas y las declaraciones responsables tras la transposición de la Directiva de Servicios. En este ámbito,

¹²⁷ En sentido similar, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 18.

¹²⁸ Peter KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Überlegungen zu einem System der Handlungsformen der Verwaltung, mit Ausnahme der Rechtssetzung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1974, pp. 14 ss.

¹²⁹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2009: 1, 49, 120.

el legislador se ha concentrado en redefinir los parámetros que gobiernan la actividad administrativa, buscando incrementar su eficiencia, sin realizar una ponderación suficiente de otros intereses públicos y privados en juego¹³⁰. Desde esta segunda perspectiva, resulta insatisfactorio el tratamiento propinado a la posición de los particulares implicados: el sujeto a quien se atribuye el poder de autocontrolarse (que queda sometido *sine die* al riesgo de revocación de su situación) y los posibles perjudicados por el desarrollo de la actividad de aquel (cuya protección disminuye ostensiblemente, al desaparecer el procedimiento de control *ex ante* al que tradicionalmente se ha ligado su tutela)¹³¹.

En tercer lugar, la *estructura bipolar de la dogmática objetiva tradicional* hace que esta presente dificultades para la aprehensión del Derecho administrativo actual. La doctrina de las formas y de los tipos de actividad administrativa y, en particular, las construcciones teóricas clásicas relativas al acto y al procedimiento, se centran de manera casi exclusiva en la relación bipolar –entre Administración y un ciudadano, o varios ciudadanos con intereses coincidentes–, relegando a los demás sujetos afectados, en el mejor de los casos, a la consideración de terceros, dotados de menor protección y con ruptura del principio de igualdad. Ciertamente, la doctrina objetiva ha intentado incorporar dogmáticamente la tendencia a la multipolaridad mediante ajustes parciales, como por ejemplo el desarrollo del acto administrativo con doble efecto. Pero se trata de remedios puntuales que no obstan a que la teoría formal heredada obstaculice el acceso directo a las nuevas y complejas constelaciones jurídico-materiales subyacentes¹³².

Un ejemplo ilustrativo de estas carencias lo constituye el régimen jurídico de la adjudicación administrativa de derechos limitados en número¹³³. En este ámbito, la relación jurídica de concurrencia subyacente a la actividad administrativa debe traducirse en específicas salvaguardias relativas a la configuración normativa del programa de adjudicación, al procedimiento y al acto a través del cual este se implementa¹³⁴, así como a los mecanismos de tutela de los licitadores¹³⁵. Sin embargo, la introducción de estas especificidades encuentra cierta resistencia en el Derecho positivo y en su dogmática, excesivamente imbuidos aún de la lógica de la relación jurídica bipolar.

Por último, la doctrina de las formas presenta también *dificultades para captar la dimensión temporal de los fenómenos jurídicos*¹³⁶. Las decisiones administrativas cons-

¹³⁰ Marcos VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pp. 91-135 (pp. 113-121).

¹³¹ BAÑO LEÓN, 2018.

¹³² BAUER, 1993: 147-148.

¹³³ Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 25-40.

¹³⁴ Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, “El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el Derecho administrativo general”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 139-203; Luis ARROYO JIMÉNEZ, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.

¹³⁵ DÍEZ SASTRE, 2012; DÍEZ SASTRE, 2015.

¹³⁶ BAUER, 1993: 147.

tituyen imágenes instantáneas y estáticas en el contexto de relaciones jurídicas en curso de desarrollo y, por ello, se refieren solo a aspectos parciales de esa relación más amplia y dinámica¹³⁷. Ciertamente, las formas –especialmente el acto administrativo– sirven para aprehender el instante decisivo de la relación jurídica, el punto temporal en el que el contenido de esta se fija y se define para el futuro¹³⁸. Son puntos de cristalización aptos para vincularles consecuencias sistémicas fijas¹³⁹. Pero, para ello, es necesario tomar en consideración la existencia y coordinadas normativas de la relación jurídica de base.

Aquí puede tomarse como ejemplo la regulación general vigente de la expropiación forzosa. La decisión administrativa de expropiar, plasmada en el acto de declaración de necesidad de ocupación, parece ser ajena a la relación jurídica subyacente entre Administración, expropiado y beneficiario. Por ello, no suele contener precisiones acerca de cuál será el contenido exacto de las posiciones subjetivas surgidas en virtud de la expropiación, ni prevé mecanismos dirigidos a garantizar su observancia, ni fija las consecuencias que conllevará su incumplimiento. La experiencia de los últimos años pone de manifiesto los graves problemas que este déficit regulatorio plantea tanto para la protección de los expropiados, como para la eficacia de la actuación administrativa expropiatoria¹⁴⁰.

4. AGENDA DE INVESTIGACIÓN: ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y METODOLÓGICOS

4.1. Planteamiento

A continuación se identifican algunos de los *elementos centrales de una agenda de investigación dirigida a la reconstrucción y actualización de la teoría de la relación jurídico-administrativa* como instrumento propio de la parte general del sistema de Derecho administrativo. En primer lugar, se propone que esta tarea debe realizarse en dos etapas o niveles de abstracción distintos, uno superior y uno intermedio –esto es, a medio camino entre la parte general y la parte especial– (*infra* 4.2). En segundo lugar, se mantiene que, en cada uno de esos niveles, la reformulación de la teoría debe realizarse atendiendo prioritariamente a sus funciones, que están llamadas a desplegarse con intensidad variable en cada uno de los citados niveles de abstracción (*infra* 4.3). Por último, esta tarea ha de realizarse a partir de la ordenación e integración sistemática de elementos normativos, jurisprudenciales y doctrinales provenientes tanto del Derecho de alcance general (constitucional, europeo, administrativo o incluso, subsidiariamente, de otras ramas del ordenamiento) como del Derecho sectorial (*infra* 4.4).

¹³⁷ BACHOF, 1972: 231.

¹³⁸ MAURER, 2011: 207.

¹³⁹ SCHMIDT-ASSMANN, 1993: 9.

¹⁴⁰ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2015.

4.2. Estructura

4.2.1. Nivel superior del sistema

El primero de los elementos estructurales necesarios para incorporar adecuadamente la teoría de la relación jurídico-administrativa al nivel superior de abstracción del sistema consiste en la *delimitación de su concepto, así como en su diferenciación de otras figuras u ideas más o menos cercanas*. Lógicamente, el concepto de relación jurídico-administrativa que se maneje en este primer nivel de abstracción habrá de tener el menor contenido (intensión) y el mayor ámbito de aplicación (extensión), de manera tal que se permita su ulterior división en tipos, así como su concreción –en un nivel de abstracción intermedio– en relaciones jurídico-administrativas de mayor intensión y menor extensión, y por lo tanto dotadas de una mayor carga dogmática¹⁴¹. Según esta perspectiva, la formulación del concepto general de relación jurídico-administrativa debe abrir el ángulo de análisis a fenómenos que hasta ahora habían quedado excluidos de la definición de aquella. Además, el concepto ha de ser lo suficientemente extenso como para operar a modo de supraconcepto unitario (*Oberbegriff*) bajo cuya órbita pueda encontrar acogida el ulterior desarrollo sistemático de distintos fragmentos o bloques de la teoría de la relación jurídico-administrativa, con inclusión también de las relaciones administrativas internas y de las que se producen entre distintas Administraciones públicas.

En segundo lugar, una teoría general de la relación jurídico-administrativa debe comprender el *aislamiento de sus tipos* atendiendo a criterios diversos. La dogmática tradicional diferenciaba, básicamente, entre relaciones de sujeción general y de sujeción especial¹⁴². La revisión de esta parte del sistema ha de replantear la utilidad, el fundamento y el alcance de dicha distinción y, además, incorporar la diferenciación entre relaciones jurídicas materiales y procedimentales, así como entre relaciones jurídicas bipolares y multipolares. Como se verá después (*infra* 4.5), tanto las relaciones jurídicas “meramente” materiales –esto es, carentes de plasmación procedimental– como las multipolares –especialmente novedosas desde el punto de vista de la dogmática tradicional– encuentran una presencia particularmente acusada en distintos ámbitos del Derecho administrativo sectorial vigente y precisan, por ello, ser debidamente decantadas y teorizadas en la parte general del sistema.

Por último, el nivel superior de abstracción de la teoría debe comprender también el tratamiento y actualización tanto de sus posibles contenidos (*observación estática*), esto es, de las posibles situaciones subjetivas en que pueden encontrarse recíprocamente los sujetos que de ella forman parte, como de sus fases (*observación dinámica*), esto es, de sus mecanismos de nacimiento, desarrollo y extinción.

¹⁴¹ DÍEZ SASTRE, 2018: marg. 50.

¹⁴² Sobre esta distinción, por todos, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas-Universidad de Córdoba, Madrid, 1994.

4.2.2. Nivel intermedio del sistema

Con toda probabilidad, el mayor reto de una teoría renovada de la relación jurídico-administrativa como parte del sistema de Derecho administrativo general radica en el aislamiento y diseño, en un nivel de abstracción intermedio, de *modelos o tipos de relaciones jurídico-administrativas que puedan ser útiles, tanto en el plano dogmático como regulatorio, para ordenar el ejercicio de funciones administrativas características*. La formulación de un concepto general de relación jurídico-administrativa, así como la diferenciación de sus posibles tipos abstractos y el desarrollo teórico de sus componentes estáticos y dinámicos, está llamada a actuar como paso previo para el diseño de estos modelos intermedios.

Tales modelos habrán de ser formulados a la luz de cómo se componen los intereses y las posiciones subjetivas de los sujetos sometidos a normas de Derecho administrativo en cada ámbito de regulación, así como teniendo en cuenta de las funciones sistemáticas que tales modelos están llamados a desempeñar. Tales funciones, que se abordarán de inmediato (*infra*, 4.3) ponen de manifiesto, a su vez, que los modelos que se formulen en este segundo escalón de la parte general presuponen la previa identificación de los ámbitos en que tal aproximación subjetiva es útil, por aportar soluciones dogmáticas y regulatorias que la perspectiva objetiva no se encuentra, al menos por el momento, en condiciones de proporcionar. Para la identificación de tales ámbitos se remite al lector a un apartado posterior (*infra*, 4.4.2).

4.3. Funciones

La renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa en la parte general de la disciplina ha de acometerse a la luz de las funciones que está llamada a desempeñar desde dicha parte del sistema. En este sentido ha de tenerse en cuenta que la teoría de la relación jurídico-administrativa puede contribuir al desempeño las distintas funciones científicas atribuidas al Derecho administrativo general. Como es conocido, la ciencia contemporánea de la disciplina cifra en cuatro las funciones de la teorización sistemática de su parte general, a saber, una función dogmática, una función práctica o “de almacén”, una función orientadora de la política legislativa y judicial, y una función de recepción del Derecho europeo¹⁴³. Además, a continuación se procurará justificar que una aproximación subjetiva al Derecho administrativo que se apoye sobre una sólida teoría de la relación jurídica puede desempeñar importantes funciones heurísticas y comunicativas, además de poder operar, a resultas de todo ello, como un valioso instrumento para la complementación y actualización de la dogmática objetiva.

¹⁴³ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 3 ss.

4.3.1. *Dogmática*

La *función dogmática* de la parte general implica ordenar las especialidades recogidas en el Derecho administrativo sectorial y poner de relieve su conexión con las exigencias jurídicas generales –principalmente de rango constitucional– relevantes en cada caso. Este proceso facilita y orienta la creación, interpretación y aplicación del Derecho administrativo sectorial, pero al mismo tiempo propicia la constante revisión de la parte general a la luz de las evoluciones y desarrollos presentes en las distintas normativas sectoriales. Con frecuencia, la función dogmática de las figuras del sistema se asocia a la capacidad de extracción inmediata de consecuencias normativas a partir de ellas.

Sin embargo, y como se ha señalado ya, la complejidad y diversidad de las relaciones jurídico-administrativas exige que su corpus teórico común o general esté dotado de un grado muy elevado de abstracción, lo que sin duda le resta capacidad dogmática en este nivel del sistema. No obstante, este escalón inicial de la construcción teórica resulta indispensable para ofrecer un marco común al desarrollo de los distintos tipos de relaciones jurídico-administrativas en un *nivel de abstracción intermedio, en el que están llamadas a desplegar un mayor potencial dogmático*. La función dogmática no se asocia tanto, pues, a la teoría de la relación jurídico-administrativa en general, como a las teorías de la relación subvencional, de servicio público, funcionarial, tributaria, sancionadora, expropiatoria, etcétera¹⁴⁴.

4.3.3. *Práctica o de almacén*

La *función práctica o de almacén* consiste en proporcionar a los operadores jurídicos materiales que les ayuden a resolver casos difíciles (por ejemplo, mediante la integración de lagunas o el uso de analogías). Por lo tanto, esta función contribuye a facilitar la labor aplicativa del Derecho que corresponde a los órganos administrativos y judiciales¹⁴⁵. La renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa en la parte general del sistema –y, sobre todo, en su segundo escalón, o nivel intermedio– puede resultar particularmente útil desde esta perspectiva.

Hasta la fecha, y en ausencia de una teoría robusta al respecto en la parte general del sistema, *el operador jurídico enfrentado a lagunas o ambigüedades en el Derecho administrativo positivo regulador de relaciones jurídicas se ve abocado a navegar entre ingentes cantidades de material normativo, jurisprudencial y teórico*, tanto de Derecho administrativo como, en caso de omisión o insuficiencia, de Derecho privado y de teoría del Derecho, para dotar de significado y efectos al Derecho aplicable. Por supuesto, esta consecuencia no se produce con la misma intensidad en todos los casos. Existe un corpus teórico bastante desarrollado, por ejemplo –aunque parcialmente

¹⁴⁴ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 315-317.

¹⁴⁵ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 3 ss.

falta de actualización y de sistematización crítica— por lo que respecta a las nociones de potestad administrativa y de derecho subjetivo. No ocurre lo mismo, sin embargo, con las nociones de carga, precario administrativo, condición, modo, relación multipolar, etc. El mero intento de recopilar y reordenar, de manera sistemática y bajo sus actuales parámetros de Derecho constitucional y europeo, los materiales existentes sobre estas figuras, resulta valioso para ulteriores desarrollos en normativa, doctrina y jurisprudencia, por la función “almacén” o repositorio que corresponde a la parte general y a su teorización. Además, la incorporación actualizada de estos elementos estructurales a la parte general disminuye el riesgo de interpretaciones sesgadas, por falta de contexto, del operador jurídico que en la actualidad se ve obligado a indagar en materiales no adaptados a las vigentes coordenadas de Derecho general ni sectorial.

4.3.4. *Orientadora*

Lo que acaba de indicarse resulta extensible también a la *función de orientación de la política legislativa y judicial*. Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo general permite discernir las contradicciones y las soluciones defectuosas presentes en la regulación sectorial, racionalizar su desarrollo y contener su tendencia a la dispersión. Sin embargo, nuevamente aquí, y probablemente de modo más intenso que en el caso de la función práctica o de almacén, la teoría de la relación jurídico-administrativa puede resultar más útil en un segundo escalón de abstracción, a medio camino entre la parte general y los sectores de la parte especial.

4.3.5. *Integradora*

La teoría de la relación jurídico-administrativa, así como la perspectiva subjetiva apoyada en ella, adquieren también importancia desde el punto de vista de la *función de recepción del Derecho Europeo*. En la medida en que este se ocupa prioritariamente no de disciplinar el estatuto y la actividad de la Administración, sino de ordenar relaciones jurídicas complejas —prioritariamente, aunque no solo, relaciones de mercado—, la aproximación en clave subjetiva juega un papel esencial para superar las deficiencias de una doctrina de las formas y tipos de actividad administrativa que ha sido ya desbordada por la normativa y jurisprudencia europeas. Además, y como se señaló antes, la importancia atribuida por el Derecho de la Unión a los derechos individuales y a sus obligaciones correlativas mediante la técnica de la subjetivación funcional está impulsando la revisión de la teoría de las posiciones jurídico-subjetivas de ciudadano y Administración, además de abrir al operador jurídico nacional nuevas perspectivas regulatorias en las que los intereses e incentivos de cada uno de los sujetos implicados pasan a ocupar un lugar estratégico.

4.3.6. *Heurística y comunicativa*

Además de las anteriores, a la figura de la relación jurídica le corresponden también *importantes funciones heurísticas y comunicativas* en el marco del tratamiento científico del Derecho administrativo. Debido a su enfoque sustantivo, a su apertura a la multipolaridad, y a su flexibilidad temporal, la idea de relación jurídica constituye un ángulo de observación de la realidad que permite tener en cuenta todos los elementos jurídicamente relevantes en un contexto determinado, así como las conexiones recíprocas entre ellos, y facilita la identificación de las situaciones de peligro o las necesidades de protección¹⁴⁶. Asimismo, hacer explícita la lógica subjetiva de las figuras e instituciones jurídico-administrativas que normalmente se construyen y analizan, exclusiva o prioritariamente, desde una perspectiva objetiva o formal, permite descubrir conexiones de sentido entre fenómenos jurídicos aparentemente desconectados o, cuanto menos, no estrechamente relacionados entre sí. Utilizar la perspectiva subjetiva como clave de lectura permite, así, mejorar la comunicación entre distintos ámbitos del Derecho positivo y sus correspondientes elaboraciones teóricas, y abre con ello nuevas vías a la formación de conocimiento. Estas conexiones pueden producirse entre distintas figuras del Derecho administrativo; entre figuras pertenecientes a distintas ramas del Derecho; o entre construcciones propias de distintos ordenamientos jurídicos.

Esta mejora comunicativa, y la apertura de nuevas perspectivas de análisis, se produce, por ejemplo, cuando el control judicial y la responsabilidad patrimonial de la Administración son analizados en clave subjetiva, como distintos mecanismos de tutela (primaria y secundaria) de las posiciones activas de los afectados por la actuación administrativa¹⁴⁷. Algo similar sucede cuando los problemas foráneos del contencioso objetivo francés, el *interesse legittimo* italiano y la *Schutznormtheorie* alemana se analizan desde la óptica de la teoría de las situaciones jurídico-subjetivas¹⁴⁸. Y, en fin, también se fomenta una nueva clave de lectura de la realidad, que facilita la comunicación entre Derecho público y privado, cuando se utiliza la idea de relación jurídica para sistematizar las exposiciones de Derecho administrativo¹⁴⁹.

4.3.7 *Complementaria y renovadora*

Finalmente, y como se deduce de lo expuesto en los epígrafes anteriores (*supra* 3), corresponde a la teoría de la relación jurídico-administrativa una irrenunciable *función de complemento y actualización de la dogmática objetiva*. Las carencias, antes reseñadas, de la construcción objetiva actual no suponen, desde luego, que deba abandonarse esta perspectiva, ni que la construcción de la disciplina deba adoptar

¹⁴⁶ SCHMIDT-ASSMANN, 1993: 26 ss., y 2003: 313-314, 337.

¹⁴⁷ Un ejemplo de esta aproximación en DÍEZ SASTRE, 2012 y 2015.

¹⁴⁸ MEDINA ALCOZ, 2016.

¹⁴⁹ Marcello CAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo (teoría general)*, Librería y editorial Sucesores de "Galí", Santiago de Compostela, 1946; véase en particular el prólogo de Laureano LÓPEZ RODÓ (p. 10).

un lenguaje únicamente subjetivo. De hecho, probablemente esté justificado seguir otorgando prioridad a un Derecho administrativo explicado desde la óptica de la actividad administrativa y de su control, ya que es del lado de la Administración de donde surgen la mayoría de especialidades de las relaciones jurídico-públicas. Lo que pretende ponerse de manifiesto es que ambos enfoques pueden y deben ser utilizados de manera complementaria¹⁵⁰. La teoría de la relación jurídico-administrativa abre, así, un segundo acceso a la formación como sistema del Derecho administrativo¹⁵¹.

De la correcta aprehensión de la relación jurídica subyacente dependen, entre otros extremos, las decisiones relativas al diseño de los procedimientos, las formas de actuación, el tipo de actividad administrativa, las formas más adecuadas de enforcement, los mecanismos óptimos de tutela, etc. Por ello, la renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa, la identificación de sus problemas regulatorios típicos, y el desarrollo de una tipología de sus concreciones más características, puede constituir un instrumento valioso para diseñar, interpretar, aplicar y explicar el Derecho administrativo de manera más adecuada a sus presupuestos europeos, constitucionales y sectoriales¹⁵².

Un ejemplo extraído del régimen europeo de las ayudas de Estado puede servir para ejemplificar cuanto acaba de decirse. Aquí, la toma en consideración de los intereses e incentivos de quien ha obtenido una ayuda de Estado, así como de sus competidores, está sirviendo a la Comisión Europea para diseñar estrategias de regulación y de ejecución a través del uso de mecanismos que pasarían desapercibidos desde una perspectiva tradicional, enfocada únicamente al control, por parte de la Unión, de las obligaciones objetivas establecidas sobre un Estado miembro. Desde el punto de vista de la regulación, la presión externa que pueden ejercer no solo los Estados miembros destinatarios de la normativa sobre ayudas de Estado, sino también los adjudicatarios de tales ayudas y sus competidores, es un elemento a tener en cuenta a la hora de decidir acerca del margen adecuado de discrecionalidad de la potestad de control de la Comisión (fenómeno de la llamada «autonomy by the rules»)¹⁵³. En el plano de la ejecución o *enforcement* ante los jueces nacionales, recientemente se ha mostrado cómo el tipo de obligación impuesta a los Estados miembros por el Derecho de las ayudas de Estado (de no hacer, de hacer, etc.) es relevante para diseñar los procedimientos de control y para asignar distintos roles en ellos a los competidores. Asimismo se ha expuesto que, para que la entrada en juego del individuo (o empresa) contribuya de manera eficaz a mejorar el control del efectivo cumplimiento de la normativa europea, es ne-

¹⁵⁰ BAUER, 1993: 148, con ulteriores referencias; SCHMIDT-ASSMANN, 2003: cap. 1, marg. 27-29.

¹⁵¹ RUPP, 1965: 15 ss.; Gröschner, 1992: 67 ss.; SCHMIDT-ASSMANN, 2003: cap. 6, marg. 39).

¹⁵² Así, señaladamente, en el caso de las relaciones jurídico-administrativas multipolares: GRÖSCHNER, 1992; SCHMIDT-PREUSS, 1992; Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010; Díez SASTRE, 2012; UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2015; ARROYO JIMÉNEZ y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2015; PAREJO ALFONSO, 2016; PASTOR-MERCHANTE, 2017; Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; BAÑO LEÓN, 2018.

¹⁵³ PASTOR-MERCHANTE, 2017: 1-2, con ulteriores referencias.

cesario que aquel disponga no solo de adecuados canales de acceso (activación de los mecanismos de control), sino también de incentivos suficientes para actuar como «fiscal privado» (capacidad de influencia en el proceso decisorio –a través de derechos procesales de audiencia– y posibilidades reales de obtener beneficios –por ejemplo, mediante una disminución de la carga probatoria en la reclamación de *damages*–)¹⁵⁴.

4.4. Materiales

4.4.1. *De alcance general*

El desarrollo y renovación de la teoría de la relación jurídico-administrativa en la parte general del sistema, tanto en su nivel superior de abstracción como en su nivel intermedio, exige realizar un esfuerzo de *ordenación e integración sistemática de elementos normativos, jurisprudenciales y doctrinales provenientes de diversos ámbitos*, y que pueden sistematizarse según su presencia en el Derecho general o sectorial.

En el plano general, de manera prioritaria han de tenerse en consideración los *mandatos de rango constitucional (tanto españoles como europeos) que enmarcan en la actualidad la posición subjetiva correlativa de poder público y ciudadano*. Esas normas de rango superior contienen decisiones valorativas fundamentales que deben impregnar el entero ordenamiento jurídico, y por lo tanto la reconstrucción de la teoría de la relación jurídico-administrativa debe partir de la deducción a partir de ellas. Particular consideración merecerá aquí, como es natural, y aunque no sea el objeto exclusivo ni prioritario de este estudio, la teoría de los derechos fundamentales, así como la cláusula de Estado democrático y la consiguiente corresponsabilidad de poder público e individuos en la satisfacción de los intereses generales (cfr. *supra*, xxx).

Asimismo, deben asimilarse los materiales ya existentes en la *parte general del Derecho administrativo*, que en la materia aquí estudiada son particularmente los referidos al procedimiento administrativo, al control jurisdiccional, a la doctrina de las formas de actuación (sobre todo, la regulación y la dogmática del acto administrativo) y a la sistematización de las clases de actividad.

Adicionalmente, y con carácter transversal, puede resultar también de utilidad acudir a la teoría general de la relación jurídica largamente construida y revisada por la teoría del Derecho y por la doctrina iusprivatista. A pesar de la superación del Derecho civil como Derecho común¹⁵⁵, y de las diferencias entre las relaciones jurídicas de Derecho administrativo y las netamente privadas, no cabe renunciar sin más a este repositorio científico y dogmático, que puede arrojar luz, de manera instrumental, en la construcción de una teoría general de la relación jurídico-administrativa.

¹⁵⁴ PASTOR-MERCHANTE, 2017: 37-40, 75-76.

¹⁵⁵ Francisco VELASCO CABALLERO, “Introducción al Derecho administrativo”, 2020, en prensa.

4.4.2. *De alcance sectorial*

Como acaba de indicarse, la renovación de la doctrina de la relación jurídico-administrativa en la parte general del sistema debe nutrirse de elementos constitucionales y europeos (así como de otros provenientes de la parte general del Derecho administrativo, del Derecho civil e incluso del ámbito de la teoría del Derecho), pero también de otros especiales o sectoriales. Desde este segundo punto de vista, *resulta crucial seleccionar ámbitos sectoriales adecuados para la construcción científica*, teniendo en cuenta que esa adecuación depende, entre otros factores, de la relevancia del sector dentro de la disciplina y de su capacidad de innovación¹⁵⁶.

El desarrollo teórico de la relación jurídico-administrativa, sobre todo por lo que se refiere a su nivel de abstracción intermedio, debe atender, por una parte, a aquellas áreas clásicas del Derecho administrativo construidas sobre *relaciones jurídicas típicas* (por ejemplo, la relación sancionadora, la relación subvencional, la relación expropiatoria, o la relación de servicio público). Pero, de otro lado, resulta necesario atender también a aquellas *otras áreas del Derecho administrativo que más se alejan del paradigma tradicional* sobre cuya base se configuró la teoría de las formas y de los tipos de Administración. Es aquí, precisamente, donde con mayor vigor se manifiesta el potencial de la figura de la relación jurídico-administrativa como herramienta de ordenación teórica.

A continuación se propone una *aproximación tópica y abierta* —y, por tanto, *sin pretensiones sistemáticas ni exhaustivas*— a algunas de estas «nuevas» áreas del Derecho administrativo que pueden servir como campos de referencia para la renovación de la teoría general de la relación jurídico-administrativa. Las expresiones «ámbitos», «áreas», o «campos» de referencia se utilizan aquí de modo deliberadamente ambiguo, precisamente para eludir la discusión relativa a si los ejemplos que a continuación se mencionarán constituyen o no «sectores» de referencia en el sentido con que este concepto suele utilizarse en la ciencia del Derecho administrativo. De hecho, las áreas propuestas a continuación constituyen, más que sectores, agrupaciones o clases de estos y, por tanto, pertenecen más bien al segundo escalón de abstracción de la parte general. Son idóneos, por lo tanto, para el desarrollo de «modelos» intermedios de relaciones jurídico-administrativas (cfr. *supra*, 4.2.2).

Los tópicos que a continuación se proponen comparten como *rasgo común* su difícil racionalización jurídica a través de una contemplación meramente objetiva de la actuación administrativa. Las razones pueden ser principalmente dos, y darse de manera independiente o simultánea. Por una parte, puede tratarse de ámbitos en los que las constelaciones subyacentes de intereses son más complejas que la mera relación tradicional (defensiva) Estado-ciudadano, esto es, casos de relaciones jurídicas multipolares. En ellas es frecuente, además, que la Administración asuma un rol de garante sobre las actuaciones realizadas por algunos sujetos privados respecto de otros. De

¹⁵⁶ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 9.

otra parte, puede tratarse de supuestos en que la actividad administrativa formal no existe o ha reducido su presencia, de manera que la relación jurídica material subyacente pasa a un primer plano. En definitiva, se parte aquí de la premisa de que en estos ámbitos la teoría de la relación jurídico-administrativa puede desempeñar un rol crucial, no solo en cuanto a la interpretación y aplicación de los correspondientes programas normativos y su ordenación dogmática, sino también por lo que respecta a su configuración positiva mediante leyes, disposiciones generales, planes y programas. A algunos de estos campos se ha hecho ya alusión durante las páginas anteriores de este estudio. Veamos.

4.4.2.1. La actividad prestacional del Estado social

La relación jurídico-administrativa lleva ya tiempo manifestándose como una figura esencial para la ordenación positiva y teórica de la actividad administrativa de reconocimiento y suministro de prestaciones materiales diseñadas a la medida de su destinatario (pacientes en centros hospitalarios, drogodependientes, personas en situación de dependencia, etc.). Debido al disminuido rol de la actividad administrativa formal, al carácter personal de la prestación y a la consiguiente pérdida de capacidad directiva del Derecho objetivo, *resulta aquí necesario partir de la relación jurídica entre entidad prestadora y beneficiario* (por ejemplo, entre médico y paciente) *con vistas al diseño de garantías de procedimiento y organización que permitan a la Administración concretar el contenido de la correspondiente prestación con niveles adecuados de participación del ciudadano*, de manera que la actuación administrativa cumpla eficazmente su función sin merma de los derechos individuales¹⁵⁷.

Además, la figura de la relación jurídica (multipolar) deviene un ángulo de observación imprescindible cuando se trata de *prestaciones llevadas a cabo por entidades colaboradoras y, por tanto, la constelación de intereses en juego pasa a ser multipolar*¹⁵⁸. Piénsese a estos efectos, por ejemplo, en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, configurado normativamente como «una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados», para cuyo funcionamiento «los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector» (arts. 6.2 y 16.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre).

4.4.2.2. La autorregulación regulada

La relación jurídico-administrativa también pasa a un primer plano en el contexto de la autorregulación regulada. Se utilizará aquí como ejemplo una de las prin-

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 87 ss.

¹⁵⁸ SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 150-151.

cipales manifestaciones de esta, en su acepción de mecanismo de autocontrol¹⁵⁹: *la sustitución, en ciertos ámbitos del Derecho público económico, de la figura de la autorización administrativa previa por declaraciones previas y/o por comunicaciones responsables*. Como se señaló más atrás, este es uno de los ámbitos donde con mayor crudeza se manifiestan los problemas derivados de la tradicional dependencia dogmática del Derecho administrativo respecto de las figuras formales del procedimiento y del acto. En efecto, este fenómeno de autocontrol implica la desaparición del procedimiento administrativo *ex ante*, que por tanto deja de cumplir su función de ponderación entre interés general e intereses particulares, así como de facilitar la participación ciudadana en la toma de decisiones vinculantes¹⁶⁰. La eliminación de la actuación administrativa formal de control preventivo, y su sustitución por una función de supervisión y control represivo, colocan en una situación de indefensión (o de defensa meramente *ex post*) a los titulares de derechos e intereses negativamente afectados por el inicio y desarrollo de la actividad de que se trate, pues con el procedimiento previo desaparece también su derecho de audiencia¹⁶¹; a la vez que se coloca al titular de la actividad en una permanente posición de precariedad¹⁶².

La eliminación de la actuación administrativa previa, de ordinario necesaria para concretar la relación jurídica entre los sujetos afectados por la actividad en cuestión, afecta también al reparto de funciones entre legislador y Administración. *A falta de intermediación administrativa concretizadora, ha de ser la norma jurídica la que defina de manera precisa las situaciones jurídicas correlativas de cada una de las partes*. Desde esta perspectiva, la teoría de la relación jurídico-administrativa puede resultar especialmente útil para orientar la labor del legislador (o de la Administración que desarrolla reglamentariamente sus mandatos). En efecto, en estos casos «la norma adquiere un carácter habilitador desconocido hasta el momento, lo que hace imprescindible una mejor y más clara regulación de los requisitos a cumplir por parte de los titulares de las actividades [...] y de las mismas actividades, con un claro reparto de responsabilidades, en su caso, ante los eventuales incumplimientos, así como las sanciones administrativas que procedan, los derechos de terceros y sus garantías»¹⁶³.

¹⁵⁹ Mercé DARNACULLETA i GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 296-297.

¹⁶⁰ Dolores CANALS i AMETLLER, “La aplicación del Derecho público a relaciones entre particulares”, Comunicación presentada en el I Seminario de Teoría y Método, Universidad de Valencia, 2013, disponible en www.academia.edu.

¹⁶¹ CANALS i AMETLLER, *ibid.*; BAÑO LEÓN, 2018. En relación con los supuestos en que las facultades de control *ex post* de la Administración se encuentran sometidas a plazo, M.^a Carmen NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 179-187.

¹⁶² Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público. Una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, 15 pp. (p. 11); BAÑO LEÓN, 2018: 3.

¹⁶³ CANALS i AMETLLER, 2013.

4.4.2.3. La actividad de regulación y supervisión económica

El desplazamiento al sector privado de la titularidad de ciertas actividades económicas de interés general para su prestación en régimen de libre competencia ha dado lugar la *proliferación de relaciones jurídicas entre particulares (operadores y usuarios del servicio)*, en las que, por la persistencia de un interés público sustantivo, interviene también la Administración realizando funciones reguladoras, inspectoras y supervisoras, y a las que se aplica en mayor o menor medida el Derecho administrativo. En estos casos, la autoridad administrativa utiliza instrumentos formales heterogéneos (principalmente, reglamentos y actos) cuya elaboración teórica es a veces insuficiente para ordenar este tipo de actividad administrativa y, en concreto, para racionalizar el régimen jurídico de los operadores que prestan el servicio. Por ello, la figura de la relación jurídica puede encontrar aquí uno de sus campos de aplicación más fecundos¹⁶⁴. En particular, los especiales rasgos de la relación existente entre usuarios y operadores ha sido uno de los argumentos utilizados para propugnar la extensión a estos últimos de ciertas obligaciones y exigencias históricamente construidas para su aplicación a la Administración, y explica el reconocimiento frente a ellos de garantías específicas de los usuarios¹⁶⁵.

4.4.2.4. La adjudicación administrativa de recursos escasos

La elaboración teórica de la actividad de adjudicación de derechos limitados en número como segmento de la parte general de la disciplina con un grado de abstracción intermedio se fundamenta en la hipótesis de que este tipo de actividad plantea problemas característicos, derivados a su vez de la *existencia de una relación jurídica de concurrencia entre varios particulares a ser resuelta por la Administración*. De ello se sigue que la construcción sistemática de este tipo de actividad debe partir de la identificación de las posiciones jurídico-privadas y de los intereses públicos en juego en cada una de sus manifestaciones sectoriales, así como de la consideración de su interdependencia, de modo que sea posible diseñar patrones o modelos normativos típicos coherentes con las exigencias constitucionales (europeas a internas) afectadas en cada supuesto, así como con las necesidades y condicionamientos propios de cada tipo de materia o sector sobre el que la actividad de adjudicación se proyecta¹⁶⁶.

Así, la relación multipolar de concurrencia resulta un elemento de esencial consideración para el diseño del programa de adjudicación, el procedimiento administrativo para su aplicación, la estabilidad de la decisión de adjudicación¹⁶⁷, y las formas y vías de tutela de los licitadores¹⁶⁸. Por ejemplo, los peculiares rasgos de la relación

¹⁶⁴ PAREJO ALFONSO, 2016, con amplias referencias.

¹⁶⁵ Mariola RODRÍGUEZ FONT, "Protección y garantía de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación", en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 829-880.

¹⁶⁶ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2018.

¹⁶⁷ WOLLENSCHLÄGER, 2010; WOLLENSCHLÄGER, 2015; ARROYO JIMÉNEZ, 2015.

¹⁶⁸ DÍEZ SASTRE, 2012; DÍEZ SASTRE, 2015.

jurídica subyacente pueden traducirse en una importancia reforzada de la igualdad procedimental, así como de los deberes administrativos de objetividad y neutralidad; exigir una intensificación de las consecuencias de los vicios de procedimiento; justificar la introducción de mecanismos de control judicial *ex ante*, así como una mayor generosidad del régimen de tutela cautelar; abogar por una flexibilización en la prueba de la efectividad y la causalidad del daño a efectos indemnizatorios; etc.

4.4.2.5. Los daños legítimos

En el Estado social y democrático de Derecho, *las normas pueden habilitar a la Administración para sacrificar o lesionar los derechos subjetivos de ciertos sujetos con la finalidad de proteger determinados intereses públicos (o privados con relevancia social) considerados de importancia prevalente, siempre y cuando se respeten ciertos límites derivados de la Constitución (en particular, que la intervención sea proporcionada, que se indemnice el daño causado y, si lo afectado es un derecho fundamental, que exista previsión legislativa y se respete el contenido esencial del derecho desplazado o sacrificado)*¹⁶⁹. Así, sucede, por ejemplo, con los daños causados legítimamente por las fuerzas y cuerpos de seguridad en ejercicio de sus funciones; el sacrificio de animales para evitar la propagación de enfermedades contagiosas; los perjuicios derivados de la realización de obras públicas que limitan el acceso a locales comerciales; los daños causados por la revocación de actos administrativos válidos; o, en fin, la expropiación forzosa, que es probablemente la manifestación más característica de esta categoría.

En los casos en que el beneficiario de la medida es un sujeto distinto de la propia Administración (o la colectividad a la que esta encarna), la producción de este tipo de daños da lugar a relaciones jurídicas multipolares entre Administración, víctima del daño y beneficiario de este. No obstante, el Derecho positivo no se hace aún eco de manera suficiente de esta situación. La legislación sobre expropiación forzosa es claro testimonio de ello. Con anterioridad se mencionó que esta normativa no tiene suficientemente en cuenta que la relación jurídica subyacente no finaliza cuando lo hace el procedimiento expropiatorio, sino que se prolonga más allá de ese momento. Cabe añadir ahora que esas normas, a pesar de contemplar la posibilidad de que exista un beneficiario disociado del ente expropiante, diseñan la actividad expropiatoria en clave bipolar y estrictamente formal. A ello se suma, en fin, la parquedad con que esos elementos formales (procedimiento y acto expropiatorio) se encuentran contemplados en la normativa vigente.

La definición de las posiciones jurídicas correlativas de Administración sacrificante, sujeto perjudicado y beneficiario deviene imprescindible como instrumento para colmar lagunas regulatorias planteadas por la conjunción de todos estos factores, así como para

¹⁶⁹ Sobre la figura de los daños autorizados o legítimos, véase Luis MEDINA ALCOZ, “El problema de la culpa en el Derecho de daños”, en Raúl LETELIER WARTENBERG (coord.), *La falta de servicio*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 363 ss., y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2015: 39-44, con ulteriores referencias.

realizar propuestas de reforma normativa de la institución. Por ejemplo, el silencio de la Ley de Expropiación Forzosa acerca de las consecuencias del impago del justiprecio, más allá del devengo de intereses de demora y la retasación, obliga a acudir a la parte general en busca de los conceptos de obligación, deber y/o carga, para determinar si es posible o no, en caso de impago, proceder a la ejecución forzosa, a la revocación de la decisión administrativa, y/o a la imposición de sanciones. Otro tanto ocurre con el gravamen de destinar lo expropiado a la *causa expropriandi*, o a la responsabilidad subsidiaria de la Administración expropiante en caso de insolvencia del beneficiario privado sobrevenida antes de haberse abonado completamente el montante debido en concepto de justiprecio¹⁷⁰.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Norbert ACHTERBERG, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung: Grundlegung der Rechtsverhältnistheorie*, Duncker & Humblot, Berlín, 1982.
- , *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1986.
- Albertina ALBORS-LLORENS, *Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Renato ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1958.
- Juan-Cruz ALLI ARANGUREN, *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, *Tratado General de Derecho Administrativo*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 1958.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2015, 2015.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Jean-Bernard AUBY, (2017), “The Transformation of the Administrative State and Administrative Law”, en Armin VON BOGDANDY, Peter M. HUBER y Sabino CASSESE (eds.), *The Administrative State. Volume 1*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 601-630.
- Loïc AZOULAI, Ségolène BARBOU DES PLACES y Etienne PATAUT (eds.), *Constructing the Person in EU Law: Rights, Roles, Identities*, Hart Publishing, Oxford, 2016.
- Otto BACHOF, “Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung”, *VVDStRL*, núm. 30, 1972, pp. 193-244.
- José María BAÑO LEÓN, “Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 47-64.
- Javier BARNÉS VÁZQUEZ, “Introducción. Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en Javier BARNÉS VÁZQUEZ (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2008, pp. 15-69.
- , “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento”, en María Mercé Darnaculleta, José Esteve PARDO e Indra SPIECKER (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 281-311.
- Hartmut BAUER, “¿Transformación radical en la doctrina del Derecho administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual”, *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993, pp. 133-160.

¹⁷⁰ UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, 2015: 220 ss., 269 ss.

- José BERMEJO VERA, *Derecho administrativo básico. Parte General*, 9ª ed., Thomson / Civitas, Cizur Menor, 2009.
- Albert BLECKMANN, *Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I. Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Marcello CAETANO, *Tratado elemental de Derecho administrativo (teoría general)*. Librería y editorial Sucesores de “Gali”, Santiago de Compostela, 1946 [trad. y notas de L. López Rodó].
- Christian CALLIES, “Kohärenz und Konvergenz beim europäischen Individualrechtsschutz – Der Zugang zum Gericht im Lichte des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 49, 2002, pp. 3577-3582.
- Dolores CANALS i AMETLLER, “Principios, reglas y garantías propias del Derecho público en la prestación privada de servicios económicos de interés general”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 158, 2013, pp. 127-155.
- , “La aplicación del Derecho público a relaciones entre particulares”, Comunicación presentada en el I STEM (Valencia), 2013, disponible en www.academia.edu
- Francesco CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*. Comares, Granada, 2003 [trad. del original de 1940 por Carlos G. Posada].
- Sebastiano CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956.
- Sabino CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1994 [original italiano de 1989, trad. de Luis Ortega].
- Sabino CASSESE, Giulio NAPOLITANO y Lorenzo CASINI, “Towards multipolar administrative law: A theoretical perspective”, *I-CON*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 354-356.
- René CHAPUS, *Droit administratif general*, 14ª ed., Montchrestien, París, 2000.
- Manuel CLAVERO ARÉVALO, *Estudios de Derecho administrativo*, Instituto García Oviedo – Civitas, Madrid, 1992
- Manuel COLMEIRO, *Derecho administrativo español. Tomo primero*, Librerías de Don Ángel Calleja, Madrid – Santiago de Compostela, 1850.
- , *Derecho administrativo español. Tomo primero*, 4ª ed., Imprenta y Librería de Eduardo Martínez, Madrid, 1876.
- Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho administrativo*, 28ª ed., Thomson / Civitas, Cizur Menor, 2017.
- Maria Mercé DARNACULLETA i GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.
- Gráinne DE BÚRCA, “The language of rights and European integration”, en Jo SHAW y Gillian MORE (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- Bruno DE WITTE, “Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order”, en Paul CRAIG y Gráinne DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 323-362
- Luis DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial volumen I. Introducción. Teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- , “La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 205-243.
- , *La formación de conceptos en el derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho administrativo. Volumen I/1. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- Antonio ESTEBAN DRAKE, *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

- José ESTEVE PARDO, “La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 189, 2012, pp. 11-40.
- , *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- , *Lecciones de Derecho administrativo*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid, 1920.
- , *El acto administrativo. Exposición doctrinal y estudio del Derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1929.
- Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho administrativo*, Thomson / Civitas, Cizur Menor, 2012.
- Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Labor, Barcelona, 1933 [trad. de la 8ª edición alemana por S. Álvarez Gendín].
- Ernst FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958 [5ª ed. alemana, trad. Legaz Lacabra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge].
- Ugo FORTI, *Diritto amministrativo. Parte generale. Volume II. Il rapporto – La teoria degli atti*, 4ª ed., Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1947.
- Jody FREEMAN, “The Private Role in Public Governance”, *New York University Law Review*, vol. 75, núm. 3, 2000, pp. 543-675.
- Eduardo GAMERO CASADO y Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Manual básico de Derecho administrativo*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho público al comienzo de siglo*. Civitas, Madrid, 2001.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1980.
- , *Curso de Derecho Administrativo I*, 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- , *Curso de Derecho Administrativo II*, 14ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- Carlos GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo I*, 8ª ed., E.I.S.A., Madrid, 1962 [edición a cargo de E. Martínez Useros].
- Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *Actuaciones administrativas sin procedimiento (relaciones jurídicas en el Estado de Derecho)*, en prensa.
- José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Vol. 1*, Sección de Publicaciones del S. E. U. de Salamanca, Salamanca, 1961.
- Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo. Volumen I (Parte General)*, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- Fernando GARRIDO FALLA, Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- José GASCÓN Y MARÍN, *Tratado elemental de Derecho administrativo. Principios y legislación española. Tomo primero. Doctrina general*, 2ª ed., Imprenta clásica española, Madrid, 1921.
- , *Tratado de Derecho administrativo. Principios y legislación española. Tomo I*, 5ª ed., C. Bermejo Impresor, Madrid, 1933.
- Massimo Severo GIANNINI, *Diritto amministrativo. Volume secondo*, 3ª ed., Giuffrè, Milán, 1933.
- Rolf GRÖSCHNER, Das Überwachungsrechtsverhältnis: *Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeirechtlicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel*, Mohr, Tübingen, 1992.
- Rolf GRÖSCHNER, “Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses”, *Die Verwaltung*, núm. 30, 1997, pp. 301-338.
- Jaime GUASP DELGADO, “El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, pp. 11-23 ss.
- Peter HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenaeum, Königstein, 1980.
- , “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band I*, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 815-862

- , *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002 [traducción de E. Mikunda].
- Maurice HAURIOU, “Préface”, en su obra *Précis de droit administratif et de droit public*, 8ª ed., Sirey, Paris, 1914.
- , *Précis de droit administratif et de droit public*, 11ª ed., Sirey, Paris, 1927.
- Wilhelm HENKE, *Das subjektive öffentliche Recht*, Mohr, Tübingen, 1968.
- , “Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 28, 1970, pp. 149-185.
- Konrad HESSE, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995.
- Hermann HILL, *Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg, 1986.
- Herwig C. H. HOFMANN y Catherine WARIN, “Identifying individual rights in EU law”, *University of Luxembourg Law Working Paper*, núm. 4, 2017, 23 pp.
- Mathias HONG, “Subjektive Rechte und Schutznormtheorie im europäischen Verwaltungsraum”, *Juristen Zeitung*, núm. 8, 2012, pp. 380-388.
- Peter M. HUBER, *Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung*, Mohr, Tübingen, 1991.
- Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Akademische Verlagsbuchhandlung von J.B.C. Mohr, Freiburg, 1892.
- Walter JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 1920.
- , *Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Springer, Berlin, 1929.
- Matthias JESTAEDT, “Rights as Relation. Skizzenhafte Anmerkungen zur Rechtsverhältnislehre”, en Katharina GRÄFIN VON SCHLIEFFEN (ed.), *Republik – Rechtsverhältnis – Rechtskultur*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 211-224.
- Peter KRAUSE, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Überlegungen zu einem System der Handlungsformen der Verwaltung, mit Ausnahme der Rechtsetzung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.
- Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, 4ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2012 [trad. de Carlos Solís].
- José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1974.
- Mitchel de S.-O.-l’E. LASSER, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas / Universidad de Córdoba, Madrid, 1994.
- Ramón MARTÍN MATEO y Juan José Díez SÁNCHEZ, *Manual de Derecho administrativo*, 29ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1996), *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- Johannes MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1997.
- , “Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht”, en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I. Methoden. Masstäbe. Aufgaben*. Organisation, 2ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2012, pp. 437-542.
- Hartmut MAURER, *Derecho administrativo*. Parte General, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrechts. Band I*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- , “El problema de la culpa en el Derecho de daños”, en Raúl LETELIER WARTENBERG (coord.), *La falta de servicio*, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 363 ss.
- Fernando MELLADO, *Tratado elemental de Derecho administrativo*, 2ª ed., Tipografía de los hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1894.
- Joana MENDES, *Participation in EU Rulemaking. A Rights-Based Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

- Joana MENDES, “Rule of law and participation: a normative analysis of internationalized rulemaking as composite procedures”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 370-401.
- Adolf MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935 [edición al cuidado de J. L. Moreneo Pérez].
- Wolfgang MEYER-HESEMANN, “Die paradigmatische Bedeutung Otto Mayers für die Entwicklung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft”, *Rechtstheorie*, núm. 13, 1982, pp. 496-502.
- Oriol MIR PUIGPELAT, “The Book III of the ReNEUAL Model Rules from a Spanish Perspective: When Procedural Law Becomes Substantive”, en Matthias RUFFERT (ed.), *The Model Rules on EU Administrative Procedures: Adjudication*. Europa Law Publishing, Amsterdam, 2016, pp. 70-83.
- Luis MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, 5ª ed., Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 4ª ed., BOE, Madrid, 2015.
- , *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. Historia de las Instituciones Jurídico-administrativas-1*, BOE, Madrid, 2015.
- Ma Carmen NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- Vittorio Emmanuel ORLANDO, *Principios de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1978 [trad. de la 2ª ed. Italiana, de 1892, por A. Rodríguez Bereijo]
- Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo (I, II, y III)*, 26ª ed. (tomo I), 23ª ed. (tomo II), 16ª ed. (tomo III), UNED Ediciones Académicas, Madrid, 2017.
- Luciano PAREJO ALFONSO, *La vigilancia y la supervisión administrativas: un ensayo de su construcción como relación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- , *Lecciones de Derecho administrativo*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Fernando PASTOR-MERCHANTE, *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Hart Publishing, London, 2017.
- José Luis PÉREZ DE AYALA, *Dinámica de la relación jurídica tributaria en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1997.
- Miguel POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998
- Adolfo POSADA HERRERA, *Tratado de Derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.
- Miguel A. PRESNO LINERA, “La estructura de las normas de derechos fundamentales”, en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO et al, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 45-56.
- Richard RAWLINGS, “Engaged elites: Citizen Action and Institutional Attitudes in Commission Enforcement”, *European Law Journal*, vol. 6, núm. 1, 2000, pp. 4-28.
- Manuel REBOLLO PUIG y Diego J. VERA JURADO (dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales. Fuentes y Organización*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- Enrique RIVERO YSERN, *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1969.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado Social*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Mariola RODRÍGUEZ FONT, “Protección y garantía de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación”, en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica. Tomo I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 829-880.
- Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.
- , *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983.
- Julie RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Paris, 2020
- Antonio ROYO-VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*, 26ª ed., Librería Santarén, Valladolid, 1964.

- Matthias RUFFERT, “Rights and Remedies in European Community Law: a Comparative View”, *Common Market Law Review*, vol. 34, núm. 2, 1997, pp. 307-336.
- Hans H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsrechtsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Mohr, Tübingen, 1965.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración pública*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- , *Derecho administrativo. Parte general*, 13ª ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- Aldo M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1952.
- Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 3ª ed., Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1891.
- , *Curso de Derecho político según la filosofía política moderna, la historia general de España y la legislación vigente*, 6ª ed., Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1898.
- , *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 8ª ed., Imprenta Española, Madrid, 1914.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Los proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público. Una primera evaluación”, *Documentación Administrativa*, núm. 2, 2015, 15 pp.
- , *Fundamentos de Derecho administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- , *Principios de Derecho Administrativo General I*, 3ª ed., Iustel, Madrid, 2015.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Der Rechtsstaat”, en J. Isensee & P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band I*, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, pp. 987-1044.
- , “La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativo actual”, *Documentación Administrativa*, núms. 235-236, 1993, pp. 7-31.
- , *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- , *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.
- Matthias SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.
- Friedrich SCHOCH, *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, Decker, Heidelberg, 1988.
- Martin SCHULTE, *Schlichtes Verwaltungshandeln. Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts*, Mohr, Tübingen, 1995.
- Torsten SIEGEL, *Europeización del Derecho público. Marco de condiciones y puntos de interacción entre el Derecho europeo y el Derecho (administrativo) nacional*, Marcial Pons, Madrid, 2016 [trad. de José Mardomingo].
- Jean SIRINELLI, “La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir”, *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 2016, pp. 529-544.
- José Eugenio SORIANO GARCÍA, “Evolución del concepto ‘relación jurídica’ en su aplicación al Derecho público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 90, 1979, pp. 33-78.
- Bjarte THORSON, *Individual Rights in EU Law*, Springer, Suiza, 2016.
- Adam TOMKINS, “Of Institutions and Individuals: The Enforcement of EC Law”, en Paul CRAIG y Richard RAWLINGS (eds.), *Law and Administration in Europe – Essays in Honour of Carol Harlow*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 273-295.
- Joaquín TORNOS MAS, “Lección 1. Los ciudadanos y su posición jurídica”, en Tomás CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo IV. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 13-30.
- Juan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho administrativo. Parte general*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2015.
- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

- , “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 25-40.
- Marcos VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pp. 91-135.
- , “La codificación del procedimiento administrativo en España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016, 37 pp.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- , *Introducción al Derecho administrativo*, 2020, en prensa.
- José Luis VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo I*. Servicio de Publicaciones del S.E.U. del D.U., Madrid, 1957.
- Cino VITTA, *Diritto amministrativo. Volume primo. Parte generale*, Unione tipografico – Editrice torinese, Turín, 1933.
- Helge-Marten VOIGTS, *Die Subjektivierung von Gemeinwohlintereessen als Demokratisierung der Verwaltung*. LIT Verlag, Münster, 2016.
- Rainer WAHL y Johannes MASING, “Schutz durch Eingriff”, *Juristen Zeitung*, 1990, núm. 12, pp. 553-563.
- Angela WARD, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Catherine WARIN, *Individual Rights Under European Union Law: A Study on the Relation Between Rights, Obligations and Interests in the Case Law of the Court of Justice*, Nomos, Baden-Baden, 2019.
- Joseph H.H. WEILER, “Van Gend en Loos: The individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, núm. 1, 2014, pp. 94-103.
- Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, *Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- , “El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el Derecho administrativo general”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (dirs.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 139-203.
- , “Constitutionalisation and deconstitutionalisation of administrative law in view of Europeanisation and emancipation”, *Review of European Administrative Law*, vol. 10, núm. 2017-1, 2017, pp. 7-79.
- Guido ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo. Volume primo. Principi generali*, 8ª ed., Giuffrè, Milán, 1958.

LA REGULACIÓN DE LA POLÍTICA MACROECONÓMICA: UN DESAFÍO PARA EL DERECHO PÚBLICO¹

REGULATING MACROECONOMIC POLICIES: A NEW CHALLENGE TO PUBLIC LAW

Jorge García-Andrade Gómez

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

RESUMEN: El Derecho público se desarrolló bajo un paradigma en el que la intervención del Estado sobre la economía era aún reducida y fundamentalmente se proyectaba de manera individualizada sobre los ciudadanos y empresas, lo que determinó que sus técnicas respondieran a este enfoque. Cuando comenzó a desarrollarse la macroeconomía, a partir de los años treinta del siglo pasado, desde el Derecho público no se supo ver la profundidad de la transformación que aquella supuso para el Estado. Por lo que el Derecho público continuó su desarrollo conforme a un enfoque que ya se había visto parcialmente superado, sin adaptarse a la nueva realidad. Sólo recientemente se ha cobrado conciencia de la extraordinaria importancia que tiene la política macroeconómica en el Derecho, por lo que se ha iniciado una regulación tendente a reducir la discrecionalidad de las autoridades económicas. Sin embargo, el resultado se antoja insuficiente para las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho contemporáneo y plantea el reto de una renovación en importantes parcelas del Derecho público.

PALABRAS CLAVE: macroeconomía; regulación; discrecionalidad económica; política monetaria; estabilidad presupuestaria; reformas estructurales.

¹ [Fecha de finalización del trabajo: 8 de julio de 2020]. Abreviaturas: AIReF – Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal; BCE – Banco Central Europeo; BOE – Boletín Oficial del Estado; CE – Constitución Española; IPC – Índice de Precios al Consumo; LJCA – Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LOTC – Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas; PIB – Producto Interior Bruto; STJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STS – Sentencia del Tribunal Supremo; TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea; UE – Unión Europea.

ABSTRACT: Public law was developed under a paradigm where state intervention in the economy was still limited and was conceived to affect citizens and companies on individual basis, which also determined the features of the legal techniques. When macroeconomics surged, in the thirties of the last century, the profound transformation that it meant for the State was not yet noticed. Therefore, public law remained under an approach which had already been partially overcome, without adapting to the new requirements stemming from macroeconomic policies. Only recently the awareness of the extraordinary relevance of macroeconomic policies for law has triggered an incipient regulation in order to fetter macroeconomic discretion. But the outcome is still insufficient to meet the demands of a contemporary social and democratic State under the rule law, and it is requiring a renewal of public law.

KEYWORDS: macroeconomics; regulation; economic discretion; monetary policy; budget stability; structural reforms.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LA IRRUPCIÓN DE LA POLÍTICA MACROECONÓMICA EN EL DERECHO PÚBLICO.—3. EL DESAJUSTE ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y LA NUEVA REALIDAD MACROECONÓMICA.—4. REGULACIONES PARA REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD MACROECONÓMICA: 4.1. La traslación al Derecho de la teoría macroeconómica preponderante: 4.1.1. La transformación de la política monetaria. 4.1.2. La introducción de la estabilidad presupuestaria. 4.1.3. La pretensión de la neutralidad económica. 4.1.4. Las reformas estructurales. 4.2. Técnicas para limitar la discrecionalidad macroeconómica.—5. PRINCIPALES DESAFÍOS PARA EL DERECHO PÚBLICO: 5.1. La reducción del pluralismo democrático. 5.2. El papel del Parlamento: 5.2.1. La incidencia en el equilibrio entre poderes. 5.2.1.1. La posición del Parlamento ante materias muy técnicas. 5.2.1.2. La preterición del Parlamento en relevantes decisiones macroeconómicas. 5.2.2. La incidencia en la protección de los ciudadanos. 5.3. La macroeconomía como contexto para la interpretación jurídica. 5.4. Transparencia y formalización de las decisiones macroeconómicas. 5.5. Participación y control jurisdiccional. 5.6. La reconsideración de la organización institucional: 5.6.1. La problemática de las autoridades independientes. 5.6.2. El solapamiento de las nuevas autoridades. 5.6.3. La necesidad de órganos consultivos y de control macroeconómico.—6. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Desde hace algunas décadas, la economía ha adquirido una importancia dentro del Derecho público que previamente no se había conocido. Lo que no ha pasado inadvertido para la doctrina, que ha producido importantes obras sobre el Derecho público de la economía². No obstante, aquí interesa un concreto ámbito de la economía

² En los últimos años se han multiplicado las obras generales sobre el Derecho público de la economía, como revelan los siguientes títulos representativos de las aportaciones españolas más recientes: Juan José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Derecho administrativo económico*, Civitas, Madrid, 2019; José MONTERO PASCUAL, *Regulación económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2018; Alberto RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia: (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013; Luis COSCULLUELA MONTANER y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 2011; Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de*

que está siendo objeto de una novedosa regulación por el Derecho público, como es la política macroeconómica. Dado que ha sido menos visitada por los juristas, puede ser útil ofrecer una muestra de esta ordenación de contenido macroeconómico:

a) La aprobación del Tratado de Maastricht incluyó la adopción de una moneda única en la UE, que vino acompañada de una detallada regulación macroeconómica sobre los criterios de convergencia para adoptar el actual euro (tipos de interés, déficit, inflación, deuda pública, tipo de cambio); sobre la política monetaria (predeterminando su finalidad e imponiendo importantes restricciones); y estableciendo un sistema institucional muy complejo para administrar la moneda única (con el BCE como autoridad independiente a la cabeza). De manera correlativa, también algunos Derechos nacionales abrieron sus constituciones a la regulación monetaria³.

b) También la creciente competencia entre los Estados para atraer inversiones a sus economías ha convertido las llamadas *reformas estructurales* en términos de uso común, cuyo contenido trata de hacer más competitivos a los países, frecuentemente mejorando sus indicadores macroeconómicos, sirviéndose para ello de reformas en los ordenamientos jurídicos.

c) Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, instituciones económicas internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, condicionan su apoyo financiero a los países a que estos transformen sus economías, mediante la aplicación de políticas macroeconómicas⁴. A consecuencia de la recesión iniciada en 2007, también las instituciones y países de la UE condicionaron su ayuda a los Estados

Derecho público económico, Comares, Granada, 2004; Luis COSCULLUELA MONTANER (dir.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid 2003. Junto a ellas, son obras tradicionales de referencia en el Derecho español las de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo económico*, La Ley, Madrid, vol. I, 1988; Ramón MARTÍN MATEO y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho administrativo económico*, Pirámide, Madrid, 1977; y José Antonio MANZANEDO MATEOS et al., *Curso de Derecho administrativo económico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970. En cuanto a la parte especial, la literatura académica es tan extensa que exime de su cita. Asimismo, acerca de la regulación ante la crisis, véase el número monográfico de *Revista Vasca de Administración Pública*, 110-II, 2018; Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Crisis y Constitución*, CEPC, 2015; José Luis PIÑAR MAÑAS (coord.), *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho administrativo. XIX Congreso Italo Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Reus, Madrid, 2013; Antonio EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, 2012; Luis COSCULLUELA MONTANER y Luis MEDINA ALCOZ (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, Madrid, 2012; Avelino BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2012.

³ Destaca la reforma de 1992 de la Ley Fundamental de Bonn, que amplió y detalló las previsiones más concisas que ya contenía anteriormente (art. 88); mientras que la reforma de la Constitución Francesa del mismo año añadió el art. 88-2, habilitando la traslación de competencias a la UE en materia económica y monetaria (hoy contenida en una remisión genérica a los Tratados vigentes en el artículo 88-1). En España la Ley 13/1994, de 1 de junio, reguló la autonomía del Banco de España, confiándole plenamente la política monetaria.

⁴ Las condiciones impuestas por el FMI pueden leerse en <https://www.imf.org/en/About/Factsheets/IMF-Lending>.

que atravesaban graves dificultades económicas al cumplimiento de severas reformas macroeconómicas⁵.

d) La recesión iniciada en 2007 también ha acabado por generalizar la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en muy distintos Estados de la UE, entre ellos España⁶.

e) Desde 2010, la UE ha reforzado la coordinación de las políticas macroeconómicas de los Estados Miembros, cuya expresión más visible se produce en el denominado *semestre europeo*, con el que se designa el conjunto de normas y compromisos por los que los Estados Miembros someten al escrutinio de la Comisión y del Consejo sus planes de evolución presupuestaria, programas de reformas estructurales y otras previsiones macroeconómicas.

f) En sede judicial, tanto el Tribunal de Luxemburgo como el Tribunal Constitucional Federal alemán de Alemania han enjuiciado medidas de política monetaria adoptadas por el BCE⁷.

g) Y en el plano institucional las tradicionales autoridades de fiscalización de las finanzas públicas hoy parecen resultar insuficientes para la nueva situación, por lo que comparten protagonismo, cuando no se ven desplazadas, por otras de nueva planta, como la AIREF o la Autoridad Macropprudencial Consejo de Estabilidad Financiera⁸.

La idea que importa subrayar ahora es que los ejemplos dispersos que acaban de enunciarse en realidad presentan un denominador común, que permite agruparlos y analizarlos de forma conjunta. En su dimensión como fenómeno unitario cabe señalar que desde los años noventa del siglo pasado, en el ámbito de la UE, singularmente en la Eurozona, el Derecho público ha iniciado un proceso de ordenación de las distintas actuaciones públicas de contenido macroeconómico. Algo que no

⁵ Véase el Memorando de Entendimiento sobre Condiciones de Política Sectorial Financiera, que suscribió España con la UE el 23 de julio de 2012, *BOE* 10/XII/ 2012. En el momento de concluir estas páginas es previsible que la UE vuelva a imponer a los Estados condiciones macroeconómicas a cambio de su rescate para atender los enormes gastos causados por la pandemia del coronavirus.

⁶ Alemania adoptó la estabilidad presupuestaria en su constitución en 2009; España, en 2011; las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 24 y 25 de marzo de 2011 aconsejaban que los Estados Miembros elevaran la estabilidad presupuestaria a rango constitucional o norma con fuerza equivalente, al igual que lo dispuso el art. 3.2 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria; a partir de ese momento, son varios los Estados Miembros que han constitucionalizado la estabilidad presupuestaria, por ejemplo, Francia e Italia en 2012.

⁷ La STJUE de 16 de junio de 2015, *Gauweiler et al.*, C-62/14, fue dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, finalmente resuelta en Alemania por la sentencia de 21 de junio de 2016. El caso ha sido ampliamente tratado en los números monográficos *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2016-1; y *German Law Journal*, 4, 2015. Posteriormente, el TJUE también ha dictado la sentencia de 11 de diciembre de 2018, *Weiss et al.*, C-493/17, si bien, en esta oportunidad, la sentencia de 5 de mayo de 2020 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania se ha separado del criterio expresado por el TJUE.

⁸ Creadas, respectivamente, por la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, y el Real Decreto 102/2019, de 1 de marzo.

había sucedido con anterioridad. Lo que se traduce en una importante ampliación en los contenidos del Derecho público, que ahora ha pasado a ocuparse de cuestiones macroeconómicas que, en general, antes le resultaban ajenas o no eran tratadas en todas sus dimensiones. Igualmente resulta novedoso el elevado rango de la normativa reguladora, contenida en tratados internacionales o constituciones, sin perjuicio de su profuso desarrollo en otras disposiciones. Circunstancia que es reveladora de la importancia que aquellas materias han adquirido en la sociedad contemporánea.

Por otra parte, el carácter novedoso de las ordenaciones de decisiones macroeconómicas ha impedido contar hasta el momento con un marco conceptual que permita tomar conciencia de que aquellas ordenaciones forman parte de un fenómeno reciente y con entidad propia, al tiempo que ofrezca las claves explicativas necesarias para abordar su estudio de conjunto. Ante tal carencia, se propone aquí la adopción de un enfoque que no atienda aisladamente a cada una de las manifestaciones del fenómeno (estabilidad presupuestaria, política monetaria, reformas estructurales, etc.), sino que se eleve sobre ellas y las englobe para examinarlas en su conjunto. Solo así será posible entender por qué el Derecho se ocupa ahora de estas cuestiones, cuando en el pasado les prestó menor atención; situar su origen, las ideas que impulsan el fenómeno y las necesidades a que responde; identificar sus manifestaciones; explicar con coherencia las relaciones entre las distintas ordenaciones; así como abordar los retos que plantean al Derecho público. En suma, está pendiente el tratamiento sistemático de la política macroeconómica en el Derecho público, cuya primera aproximación constituye el objeto de este trabajo.

2. LA IRRUPCIÓN DE LA POLÍTICA MACROECONÓMICA EN EL DERECHO PÚBLICO

Conviene situar temporalmente el surgimiento de la macroeconomía y ponerla en perspectiva histórica para tratar de entender por qué las políticas macroeconómicas han irrumpido tardíamente como objeto del Derecho público.

Antes del surgimiento de la macroeconomía, la ciencia económica se ocupaba principalmente de la operativa de los individuos, de las empresas, de concretas actividades, industrias o áreas territoriales reducidas, bajo el entendimiento de que la actuación espontánea de los individuos era capaz de corregir por sí misma los desequilibrios económicos que se produjeran. De tal manera que el papel de las autoridades en la economía era más bien reducido y centrado en intervenciones puntuales, así como en actuaciones de carácter social que paliasen las situaciones de necesidad y desprotección. Con ojos actuales, el papel del Estado sobre la economía en su conjunto era de relativa inhibición, en coherencia con la corriente económica predominante, pero también porque la ciencia económica aún no había alcanzado el desarrollo que conocería posteriormente y el Estado carecía de los medios técnicos y humanos para asumir un papel dirigente en el conjunto de la economía.

Sin embargo, una serie de factores propiciaron el surgimiento de la macroeconomía. Sin que corresponda aquí detenerse en ellos, debe dejarse anotado el desarrollo de la estadística, y muy particularmente de los denominados números índice, merced a las aportaciones de autores como Irving Fisher y William Stanley Jevons, y de la contabilidad nacional, con el protagonismo de Simon Kuznets⁹. Estos desarrollos matemáticos permitieron a los economistas trabajar con indicadores macroeconómicos que ofrecían mediciones aproximadas de realidades muy amplias sin necesidad de contar con todos los datos. Por ejemplo, el IPC mide la evolución de los precios al consumo de un país sin necesidad de integrar en él los precios de todos los millones de transacciones comerciales que cada día se celebran en ese país. Para ello toma y mide únicamente unas muestras representativas de la evolución de los distintos precios, que ofrecen una imagen aproximada de la evolución del nivel general de precios. En el surgimiento de la macroeconomía también deben citarse las lecciones que proporcionó la Primera Guerra Mundial, pues nunca antes los Estados habían movilizado tantos recursos y factores de producción, públicos y privados, al servicio de la conflagración¹⁰. Lo que a su término legó la enseñanza de que, al igual que los Estados habían podido organizar el conjunto de la economía al servicio de la causa bélica, también podrían dirigirla en tiempos de paz, enderezándola hacia el desarrollo económico y el bienestar de la población. Y, muy principalmente, debe subrayarse la necesidad que impuso la Gran Depresión de 1929, con las terribles secuelas de devastación económica que dejó a su paso, que hizo ver a los economistas y responsables públicos que el mercado no corregía por sí solo sus desequilibrios, como había postulado hasta entonces la doctrina económica mayoritaria. Ante la Gran Depresión, algunos Estados se aventuraron a adoptar medidas auténticamente macroeconómicas, como el *New Deal* de Roosevelt o las políticas suecas de estímulo, aun sin contar con una teorización que sirviera de guía¹¹. En este contexto, el acta de nacimiento de la macroeconomía se sitúa convencionalmente a mediados de los años treinta del siglo xx¹², a partir de la publicación en 1936 de la principal obra de John Maynard Keynes, *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*, que recogió la primera gran sistematización teórica de la macroeconomía.

No se quiere expresar que en los siglos previos los poderes públicos no adoptaran importantes medidas para favorecer el desarrollo económico, pues desde finales del siglo xv los reinos comienzan a ocuparse ampliamente de la economía, unificando mercados, fomentando exportaciones, ya fuera con medidas proteccionistas o

⁹ John Kenneth GALBRAITH, *Historia de la economía*, 3.^a ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 267 y ss.; Robert B. EKELUND y Robert F. HÉBERT, *Historia de la teoría económica y de su método*, 3.^a ed., McGraw-Hill, Madrid, 1991, pp. 386 y ss.; y Olivier BLANCHARD, *Macroeconomía*, 7.^a ed., Pearson, Madrid, 2017, p. 22.

¹⁰ Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Labor, Barcelona, 1933, p. 105; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 1988: 22; Michael STOLLEIS, *Origins of the German Welfare State*, Marcial Pons, Springer, Berlín, 2013, pp. 89 y ss.; Tony JUDT, *Ill fares the land*, Penguin, Nueva York, 2010, 55.

¹¹ GALBRAITH, 1989: 229 y ss., 246 y ss.

¹² GALBRAITH, 1989: 256 y ss.; y Olivier BLANCHARD, 2017: 495 y ss.

librecambistas, favoreciendo ciertos sectores: “por primera vez en la Historia europea existe entonces una política de intervención estatal en la economía. Asistimos, pues, a la conversión de la economía en materia de gobierno”¹³, que adquiriría particular relevancia en el siglo XIX bajo las ideas de la Ilustración¹⁴. Sin embargo, la ciencia económica aún no había alcanzado su pleno desarrollo. De manera que aquellas actuaciones de los poderes públicos consistían fundamentalmente en intervenciones directas sobre la esfera individual, como expropiaciones, recargos aduaneros, medidas de fomento y sociales.

Buena prueba de que la irrupción de la macroeconomía constituyó un hito en el desarrollo de las políticas económicas se encuentra en los aspectos organizativos de estas últimas. En el caso estadounidense, antes del desarrollo de la macroeconomía únicamente el Departamento de Agricultura contaba con economistas entre sus técnicos y solo después de la Segunda Guerra Mundial la Administración empezó a incorporar el asesoramiento institucionalizado de economistas¹⁵. En el caso español, en 1930 se creó un Cuerpo Técnico de Oficiales Comerciales para impulsar el comercio exterior, pero hubo de esperarse a 1956 para la creación del Cuerpo de Economistas del Estado (que acabaría fusionado con el de Técnicos Comerciales), encargados ya del asesoramiento y gestión de las decisiones macroeconómicas¹⁶. Incluso el proyecto europeo constituye un espejo de la evolución indicada: su diseño originario respondía más bien al entendimiento previo de la economía (se ocupaba del acero, el carbón y la energía nuclear), mientras que actualmente su centro de gravedad se sitúa en las grandes decisiones macroeconómicas, habiéndose dotado de instituciones al efecto (Ecofin, Eurogrupo, Sistema Europeo de Bancos Centrales).

Por otra parte, debe aclararse que, si bien algunos de los principales instrumentos jurídicos que hoy emplea la macroeconomía, como las figuras del impuesto o del presupuesto público, fueron forjadas históricamente, convendrá reparar en que hasta muy entrado el siglo XX no se conocieron todas las funciones macroeconómicas para las que aquellos instrumentos también podían servir. Esto es, junto a su función primigenia, encerraban una *segunda función macroeconómica*. Así, el tributo y el presupuesto constituían instrumentos con los que recaudar y gastar recursos públicos, pero aún no se empleaban como instrumentos macroeconómicos pro o contra-cíclicos con los que enfriar o estimular la economía, como se haría posteriormente¹⁷.

¹³ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Obras completas. Manual de Historia del Derecho español*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 1071 y ss., 1095, 1231 y ss., 1288 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, 1333 y ss. Incluso en el centro y sur de Europa se intentó en 1865 una Unión Monetaria Latina, que acabó fracasando: José Miguel SANTACREU SOLER, “La revolución monetaria española de 1968”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 10, 1994, pp. 511-523.

¹⁵ GALBRAITH, 1989: 277-279.

¹⁶ Real Decreto-Ley 681/1930, de 28 de febrero (art. 5) y Ley de 12 de mayo de 1956.

¹⁷ Fernando SAINZ DE BUJANDA, “Estado de derecho y Hacienda pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 193-212 (pp. 199-201), registraba con exactitud cómo a mitad del siglo XX la Economía había empezado a transformar las figuras jurídicas del presupuesto y del tributo, lo que a su juicio exigía un replanteamiento del Derecho financiero: “el Estado intenta canalizar

La conjunción del desarrollo de la ciencia económica y de una nueva concepción sobre el papel del Estado en la sociedad determinó que las autoridades públicas pasaran a confeccionar modernas políticas macroeconómicas, que ya no atendían únicamente a la problemática de una determinada empresa, rama de actividad o ámbito territorial reducido, sino que buscaban incidir sobre los agregados macroeconómicos del país en su conjunto, movilizandolos todos los recursos a su alcance: presupuesto, tipos de interés, cantidad de dinero, cotización de la moneda, etc. Conviene aclarar que entre los economistas hoy no existe una línea divisoria clara entre la macro y la microeconomía, pues ambas se consideran parcelas inescindibles en la disciplina económica, sin que sea posible aislarlas en la práctica. Sin embargo, a efectos jurídicos, interesa de manera especial tomar conciencia de que en la actualidad los Estados adoptan una serie de decisiones macroeconómicas que generalmente afectan de manera difusa al conjunto de la economía o a grandes sectores sociales, y ante las cuáles el Derecho público ofrece una pobre respuesta. Lo que contrasta con las medidas de intervención jurídica tradicionales que afectan de manera singularizada a la situación de particulares y empresas, y que han sido el objeto tradicional del Derecho público, por lo que aquí este sí es capaz de ofrecer un prontuario jurídico muy desarrollado¹⁸.

3. EL DESAJUSTE ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y LA NUEVA REALIDAD MACROECONÓMICA

La macroeconomía supuso una auténtica revolución para la ciencia económica y naturalmente para los Estados, que vieron extraordinariamente reforzado su poder de conformación social, pudiendo incidir con sus decisiones macroeconómicas sobre grandes sectores de la población, cuando no de toda en su conjunto, si bien generalmente lo hacían de manera indirecta, a través de decisiones que afectaban a la población de manera difusa.

Desde un punto de vista jurídico, el aspecto que más interesa subrayar aquí es que aquella revolución en la ciencia económica dio lugar a un gran desajuste entre las nuevas políticas macroeconómicas que empezaron a adoptar los Estados y el con-

y dirigir su influencia a través del Presupuesto, transformando el mecanismo financiero en un sistema de producción, de distribución y de consumo de toda la nación [...] lo que tiene importancia decisiva es que el mecanismo financiero, reflejado en el Presupuesto, cumpla con la mayor eficacia la misión que se le encomienda en la economía del país”. Ya en nuestros días, la vigente Ley General Tributaria proclama con naturalidad la doble función del tributo en su art. 2, apartado 1: “Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”.

¹⁸ Por ejemplo, el preámbulo de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, diferencia entre la macro y la microeconomía, al tiempo que concibe esta última como una continuación de la primera: “Definido el marco general del equilibrio presupuestario [...], es necesario descender a una esfera microeconómica para trasladar los principios rectores de la Ley de Estabilidad Presupuestaria a los distintos componentes del presupuesto”.

tenido del Derecho público, que en términos generales se siguió desarrollando de espaldas a aquellas.

En efecto, las decisiones de carácter macroeconómico únicamente pueden articularse a través de las instituciones públicas, pues corresponde a las autoridades la adopción de las decisiones políticas, normativas y administrativas correspondientes. Para ello, en sus orígenes la puesta en práctica de las decisiones macroeconómicas se apoyó en un instrumentalario público previamente existente, en el que se descubrió la segunda función a que se ha hecho referencia. A pesar de tan profundas transformaciones, lo cierto es que el Derecho público apenas acusó la revolución que supuso la macroeconomía. Razón por la que esta se desarrolló entre disposiciones lacónicas, que a lo sumo se limitaban a reconocer la existencia de decisiones de aquella naturaleza y atribuir la competencia de su adopción a una determinada autoridad. Entre tanto, las técnicas del Derecho público quedaron ancladas en el paradigma previo bajo el que habían sido concebidas, y que consistían tanto en el reconocimiento de prerrogativas administrativas para incidir sobre la esfera jurídica de concretos ciudadanos y empresas (mediante el sistema tributario, la expropiación, las subvenciones, etc.), como en el establecimiento de las garantías correlativas con las que proteger la libertad y el patrimonio de los ciudadanos directamente afectados. No se fue consciente de que con la macroeconomía las autoridades públicas habían adquirido una nueva capacidad con la que afectar de manera difusa a la esfera de los ciudadanos, particularmente a sus derechos e intereses patrimoniales¹⁹.

El Derecho público en general y el Derecho administrativo en particular deben conciliar dos objetivos en constante tensión, como es facilitar a las autoridades públicas el instrumentalario suficiente con el que atender el interés general y, al tiempo, desarrollar un conjunto de garantías formales y sustantivas que protejan los distintos intereses colectivos y particulares frente a la acción de los poderes públicos. Pero la irrupción de la macroeconomía quebró aquellos contrapesos, pues esta nueva forma de actuación de los poderes públicos apenas fue objeto de regulación por el Derecho público. La circunstancia de que las medidas macroeconómicas tuvieran carácter político y difuso determinó que quedaran fuera del sistema de garantías del Derecho administrativo, generalmente concebido para reaccionar frente a la actuación administrativa que incide de manera singularizada sobre concretos ciudadanos. En cambio, el ordenamiento sí proporcionó a las autoridades importantes potestades de actuación macroeconómica. De tal forma que el resultado fue que las nuevas técnicas de intervención macroeconómica otorgaron una extraordinaria discrecionalidad a las autoridades, que durante décadas pudieron actuar en este campo con escasos límites jurídicos.

¹⁹ En el Derecho comparado fueron realmente contadas las regulaciones que trataron de embridar estos nuevos poderes del Estado, entre las que pueden citarse las regulaciones de la política monetaria en Estados Unidos y Alemania, José SIMÕES PATRÍCIO, "Autonomía de los bancos centrales: perspectiva de Derecho comparado", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 69, 1998, pp. 9-44 (p. 20); y M. Àngels ORRIOLS SALLÉS y Joan ROCA SAGARRA, *El Banco de España y estructura plural: los modelos administrativos de la Reserva Federal americana y del Bundesbank alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

4. REGULACIONES PARA REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD MACROECONÓMICA

4.1. La traslación al Derecho de la teoría macroeconómica preponderante

La primera reacción ante el nuevo poder de las autoridades económicas provino del campo de la economía. A la vista de la repercusión que las decisiones macroeconómicas tenían sobre la vida de los ciudadanos, entre los cultivadores de la economía se alzaron voces propugnando la introducción de reglas y límites frente al enorme poder económico que habían reunido las autoridades públicas²⁰.

La reacción tardaría en llegar al ámbito jurídico y, de hecho, los ordenamientos jurídicos solo recientemente han comenzado a regular de manera incipiente la adopción de decisiones macroeconómicas. Son varias las causas que han dado lugar a esta nueva regulación: tanto los avances alcanzados en el conocimiento de la economía como la crisis de los años setenta y comienzos de los ochenta cuestionaron la gran discrecionalidad de las autoridades económicas; la mayor integración europea en los años noventa, particularmente con la creación de una moneda única y la interdependencia que ha generado, exigió homogeneizar y disciplinar las políticas económicas de los Estados miembros; y, por último, el reciente fenómeno de la competencia económica entre Estados que, a resultas de la globalización, ha impuesto la introducción de reformas estructurales para hacer la economía de cada país más competitiva, atraer inversiones o mantener el nivel de empleo.

De manera que desde los pasados años noventa se ha iniciado una regulación de la adopción de decisiones macroeconómicas fundamentalmente con el objetivo de reducir la discrecionalidad de las autoridades. Esta normativa traslada al ámbito jurídico los postulados de la teoría económica predominante, que aboga por una mayor ortodoxia en la macroeconomía. En el ámbito de la Eurozona, la traslación de esta ortodoxia macroeconómica al plano jurídico se podría sintetizar en las siguientes ideas, aun a riesgo de incurrir en un excesivo esquematismo: la transformación de la política monetaria; la estabilidad presupuestaria; la pretensión de la neutralidad económica; y las reformas estructurales²¹.

²⁰ El cuestionamiento de las políticas macroeconómicas se hizo bajo enfoques muy variados. En el ámbito anglosajón su protagonismo se puede personificar en autores como Friedrich von Hayek (austriaco que desarrolló su actividad intelectual en el mundo anglosajón), Milton Friedman, Robert Lucas o James Buchanan; en Alemania se centra en la escuela del *ordoliberalismo* de Walter Eucken. Las medidas propuestas para limitar la discrecionalidad económica de las autoridades eran asimismo de muy distinto signo, como la vinculación de la política monetaria al crecimiento de la economía, la estabilidad presupuestaria o la autonomía del banco central. Para más detalle, véase *infra* la nota 36.

²¹ Debe aclararse que las regulaciones enunciadas han sido concebidas para situaciones de normalidad económica o de crisis no excesivamente graves. Sin embargo, la concatenación de dos crisis económicas de extraordinaria gravedad, la iniciada en 2007 y la causada por la pandemia en 2020, han obligado a flexibilizar la aplicación de las citadas reglas macroeconómicas.

4.1.1. *La transformación de la política monetaria*

No se pretende aquí exponer una operación económica y jurídica tan compleja como la transformación de la política monetaria, sino únicamente resaltar que esta constituye el eje principal en torno al que se han articulado otras regulaciones macroeconómicas, así como aportar las claves explicativas imprescindibles para entenderla.

La política monetaria constituye una de las novedades que trajo la irrupción de la macroeconomía, por lo que no estará de más recordar cómo se ha formado²². La primera idea que debe retenerse es que la función primigenia de la emisión de moneda fue facilitar a la población un medio de pago, pero también que, junto a ella, los Estados la emplearon para costear sus gastos públicos. La segunda idea relevante es que la emisión de moneda se basaba en la cantidad de metales preciosos con que los Estados contaran, lo que condicionó rígidamente su capacidad de emisión. De suerte que estos generalmente vivían en una situación de constantes estrecheces económicas y de endeudamiento con los banqueros²³. La situación se alivió un tanto durante el siglo XIX, después de que Inglaterra instaurase el patrón oro, que permitía emitir moneda fiduciaria convertible en oro. El alivio vino porque aquella conversión era solo parcial, de modo que se podía emitir más moneda que las reservas en oro representadas por aquella. El sistema se extendió internacionalmente, en ocasiones tomando la plata como metal precioso. Pero la necesidad de su convertibilidad en metales preciosos, siquiera fuera parcialmente, no dejaba de ser un límite extrínseco para que los Estados pudieran emitir moneda y financiar sus gastos. Lo que llevó, por ejemplo, a España a ser uno de los primeros países a abandonar la convertibilidad de su moneda en 1883²⁴. En suma, la emisión de la moneda estuvo históricamente sometida a importantes restricciones materiales²⁵.

Sin embargo, todo cambió a partir de la Primera Guerra Mundial, pues los enormes gastos públicos que exigió el esfuerzo bélico llevaron a los Estados a abandonar el patrón metálico y a emitir dinero fiduciario, es decir, sin un respaldo en metales preciosos. Esta situación se consideraba absolutamente heterodoxa desde el punto de vista económico, por lo que al término de la guerra los Estados trataron de volver al patrón oro. Sin embargo, nuevamente Keynes consideró una equivocación el intento

²² Pablo MARTÍN-ACEÑA, "The Banco de España, 1782-2017. The history of a central bank", *Estudios de Historia Económica*, núm. 73, 2017, pp. 1-80, resume esta evolución a través de la figura del Banco de España.

²³ Ramón CARANDE, *Carlos V y sus banqueros*, Crítica, Barcelona, 2000.

²⁴ El abandono de la convertibilidad no fue declarado formalmente. Desde la Ley Cos Gayón de 1891 España adoptó el sistema de dinero fiduciario, Joan SARDÁ, *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, Alta Fulla, Barcelona, 1998, p. 189; Jaume VICENS VIVES, *Historia económica de España*, Ed. Vicens Vives, 1974, pp. 651-652.

²⁵ La adopción de la moneda fiduciaria implicó que las autoridades llevasen a cabo políticas cambiarías con respecto a las divisas. No interesa detenerse en esta cuestión, sino simplemente subrayar que aquellas políticas fueron un anticipo de las decisiones macroeconómicas, pero que se volcaban fundamentalmente hacia el exterior, a mantener, reducir o aumentar la cotización de la moneda para favorecer las exportaciones y restringir las importaciones.

de regresar al patrón oro y abogó por el mantenimiento del dinero fiduciario, esto es, por normalizar una práctica que se había considerado una medida excepcional durante la contienda y la posterior reconstrucción. Asimismo, propuso que las decisiones sobre la administración de la moneda (sobre la cantidad de dinero en circulación o el tipo de interés) se enderezasen a estimular la economía nacional de manera más directa, y no solo a través de la cotización exterior de la moneda²⁶.

La extensión internacional de la emisión del dinero fiduciario tras la Segunda Guerra Mundial trajo importantes consecuencias. La primera fue la generalización de la política monetaria como parte de las nuevas políticas macroeconómicas. Generalmente, aquella pasó a ser adoptada por los gobiernos y ejecutada por los bancos centrales, por lo que estos últimos se convirtieron en una pieza fundamental en el engranaje institucional de la macroeconomía, lo que, a su vez, determinó su nacionalización en los numerosos Estados en que aún se mantenían como entidades privadas²⁷. La segunda consecuencia es que los Estados podían utilizar la emisión de dinero para financiar sus propios gastos públicos, lo que provocaba inflación y pérdida de competitividad de la economía. Cuando esto último ocurría, los Estados también podían devaluar con relativa discrecionalidad la moneda y de esta manera mejoraban su posición competitiva frente al exterior²⁸.

Al plantearse la creación de una moneda única en la UE, se tuvieron muy presentes las anteriores circunstancias y se optó por un modelo que restringiera la discrecionalidad en la utilización de la política monetaria. Lo que en la práctica constituía una enmienda a la totalidad a la utilización de la política monetaria que la mayoría de los Estados había seguido hasta entonces. Para ello, el Tratado de Maastricht acometió una importante ordenación de esta faceta de la macroeconomía, a saber: atribuyó al BCE el monopolio de la emisión de billetes de euro de curso legal (art. 128.1 TFUE); dispuso que su objetivo prioritario sería la estabilidad de precios, sin perjuicio de que pudiera apoyar la política económica, descartando así que la política monetaria pudiera emplearse para otras finalidades (art. 127 TFUE); prohibió que los

²⁶ Robert SKIDELSKY, *John Maynard Keynes*, RBA, Barcelona, 2013, pp. 465 y ss.

²⁷ En el caso español, el Decreto-ley 18/1962, de 7 de junio, de Nacionalización y Reorganización del Banco de España, expropió las acciones a sus tenedores privados.

²⁸ Merced a las devaluaciones la moneda pasa a tener un menor valor frente a otras divisas, lo que facilita las exportaciones, la atracción de turismo, etc., sin necesidad de imponer especiales sacrificios económicos a la población. De manera que las devaluaciones son un instrumento de política económica que encierra un gran poder redistributivo de los esfuerzos, pero al mismo tiempo, perjudica gravemente a ciertos grupos de la población, como los importadores que ven multiplicado el precio de los productos extranjeros; los inversores internacionales, que ven minorado el valor de sus inversiones; y los ahorradores nacionales, pues el valor de su patrimonio pierde capacidad adquisitiva respecto del exterior. De hecho, los acuerdos de Bretton Woods de 1944 fijaron una convertibilidad de las monedas al dólar y de este al oro, tratando de evitar que los Estados devaluaran artificialmente sus monedas para ganar competitividad, por lo que constituyen una de las primeras regulaciones para reducir la discrecionalidad macroeconómica en el escenario internacional. Véase un resumen de su operativa en Markus K. BRUNNERMEIER *et al.*, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton, 2016, pp. 79 y ss.

bancos centrales financiar a las autoridades públicas (art. 123.1 TFUE); y separó la política monetaria de la política de los Estados, encomendándosela a un Sistema Europeo de Bancos Centrales dotado de fuerte autonomía frente a cualesquiera autoridades (art. 130 TFUE)²⁹.

4.1.2. *La introducción de la estabilidad presupuestaria*

La pretensión de eliminar el déficit público y, en consecuencia, la deuda pública que este genera, han sido durante siglos viejas aspiraciones asociadas a la ortodoxia económica, que se remontan al origen mismo de la formación de los parlamentos, precisamente concebidos como mecanismo político de autorización de los tributos y de los gastos. Anheló político que puede representarse contemporáneamente en el pensamiento del economista James Buchanan, su adalid teórico³⁰.

Sin embargo, aquellos postulados ideológicos, por sí solos, no encontraron el consenso suficiente para ser trasladados al plano jurídico. Fue la transformación jurídica de la política monetaria en la UE, que acaba de referirse, la que determinó la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria. Efectivamente, la prohibición de que los bancos centrales pudieran financiar a los Estados integrados en la Unión Monetaria colocó a estos últimos en una posición de mayor vulnerabilidad presupuestaria, pues en el futuro ya no podrían financiar con la emisión de moneda el déficit en que incurrieran al excederse en los gastos públicos, sino que habrían buscar aquella financiación endeudándose en los mercados. Así las cosas, el Tratado de Maastricht introdujo el principio de estabilidad presupuestaria, para asegurar la solvencia de los Estados, limitando tanto el déficit público en que podrían incurrir en sus presupuestos, como el volumen de deuda pública acumulada (actualmente, art. 126 TFUE). Exigencia de estabilidad presupuestaria que, como se ha señalado anteriormente, acabó trasladándose a las constituciones nacionales a partir de la cesión de 2007³¹.

²⁹ Sobre la actual ordenación monetaria en el Derecho español, véase M. Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; José GARCÍA ALCORTA, *El Banco Central Europeo*, Civitas, Madrid, 2011; Gabriela PRADO PRADO, *La autoridad monetaria en el sistema institucional de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2006; M. Àngels ORRIOLS I SALLÉS, *El Banco Central Europeo y el sistema europeo de bancos centrales. Régimen jurídico de la autoridad monetaria de la Comunidad Europea*, Comares, Granada, 2004; Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000.

³⁰ James BUCHANAN y Richard E. WAGNER, *Democracy in Deficit*, Academic Press, Nueva York, 1977.

³¹ Los estudios jurídicos sobre la estabilidad presupuestaria son extraordinariamente numerosos, sirvan por todos los números monográficos de *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013; *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012; M. Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “El principio constitucional de estabilidad presupuestaria y el derecho administrativo”, *XIV STEM*, 2019, pp. 1-49; Josu DE MIGUEL BÁRCENA, “Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva Constitución económica del riesgo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26, julio-diciembre, 2016; M.

4.1.3. *La pretensión de la neutralidad económica*

Entre las propuestas frente a los efectos indeseados de las políticas macroeconómicas debe incluirse la pretensión de la neutralidad económica. No se trata de un principio económico generalmente aceptado, ni se formula como tal en el ordenamiento jurídico, pero aflora aquí y allá como una reacción frente a la *segunda función* que la política macroeconómica atribuye a ciertos instrumentos al servicio de las autoridades públicas.

En efecto, una de las características del método macroeconómico consistió en repensar la funcionalidad del instrumentario al alcance del Estado (como el sistema tributario, el presupuesto o la moneda), pues aquellos medios implican una movilización de recursos económicos tan relevante que puede utilizarse para otras finalidades macroeconómicas adicionales a las que justificaron su creación. Frente a este planteamiento, el preconizado principio de neutralidad económica se alza como una forma de reducir el poder de actuación de las autoridades públicas, que deberían limitarse a dar a los instrumentos a su alcance la función primigenia para la que fueron concebidos, de manera que no se desvirtúe su funcionalidad, ni se interfiera en la toma de decisiones de los operadores privados distorsionando el sistema de precios como mecanismo de información.

Como se ha dicho, no es un postulado que goce de general aceptación en el campo de la economía. De hecho, la pujante teoría del análisis económico del Derecho en gran medida propugna un planteamiento contrario, en cuanto que cualquier regu-

Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, “Conseqüències institucionals de la limitació del deute públic a les comunitats autònomes i als Länder. Una anàlisi comparada dels mecanismes de control de l'estabilitat pressupostària a Espanya i Alemanya”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* núm. 20, 2014, pp. 174-213; Javier GARCÍA ROCA y Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Madrid, 2013; Manuel CARRASCO DURÁN, “Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 18, 2013, pp. 169-206; David DELGADO RAMOS, “La reciente constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: ¿una reforma necesaria?”, *Revista de Derecho Político*, 87, 2013, pp. 317-352; Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, “La reforma constitucional del art. 135 CE y la crisis financiera del Estado”, *Crónica Presupuestaria*, 1, 2013, pp. 5-39; Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La adopción de la estabilidad presupuestaria en la Constitución Española”, *Ius Publicum Network Review*, 2013, núm. 3, pp. 1-69; Martín BASSOLS COMA, “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2-155, 2012, pp. 21-41; Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La aplicación del principio constitucional de estabilidad presupuestaria a las entidades locales”, en Luis COSCULLUELA MONTANER y Luis MEDINA ALCOZ (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 293-325; y del mismo autor “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66; Antonio MARTÍ DEL MORAL, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en Luis COSCULLUELA MONTANER y Luis MEDINA ALCOZ (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 271-292; Violeta RUIZ ALMENDRAL, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 33-112.

lación jurídica puede servir para tratar de influir en la conducta económica de los individuos³².

Donde el principio de neutralidad ha encontrado mayor acogida ha sido en el ámbito tributario³³ y, por extensión, en las normas ordenadoras de la percepción de ingresos por parte de las Administraciones públicas. De suerte que los precios, tasas públicas y demás recursos que generen ingresos a la Administración deberían limitarse a procurar la cobertura de los costes correspondientes, pero no deberían emplearse para tratar de influir en la conducta de los individuos; como tampoco para la realización de otras políticas públicas, ya sea mediante incentivos que hagan menos onerosa la actividad, o mediante recargos disuasorios que la encarezcan; en el caso de las tasas y precios públicos, únicamente deberían cubrir el coste del servicio, pero no deberían convertirse en una vía de recaudación³⁴.

4.1.4. Las reformas estructurales

El cuadro regulatorio que acaba de enunciarse restringe de manera muy severa la capacidad de los Estados para allegar recursos económicos. Particularmente limita

³² Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, pp. 99-133 (p. 102). A título de ejemplo, la Ley 39/2015, al regular la evaluación normativa y su adaptación a los principios de buena regulación, dispone que las Administraciones públicas promoverán el análisis económico en la elaboración de las normas (art. 130.2); y la normativa europea aprovecha la enorme movilización de recursos económicos que implica la contratación pública para dotarla de una segunda función económica, consistente en la profundización en el mercado interior, tal y como se reconoce en los documentos de la Comisión Europea sobre el semestre europeo: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/thematic-factsheets/business-environment_es.

En España ya teníamos experiencia de la utilización de la contratación administrativa para fines distintos de la mera ejecución de la prestación debida. En sentido contrario al impuesto por la UE, la Ley de 14 de febrero de 1907, de Contratación de Productos Nacionales, utilizó con fines proteccionistas la contratación pública, al disponer que, en los contratos por cuenta del Estado para toda clase de servicios y obras públicas, serían admitidos únicamente los artículos de producción nacional.

³³ Fritz NEUMARK, *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, p. 284.

³⁴ Por ejemplo, la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, establece bajo la denominación de principio de equivalencia que las tasas tiendan a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible (arts. 7 y 19.2), descartando de esta manera que puedan reducirse o incrementarse para la realización de políticas sociales o como recurso para la recaudación, respectivamente. También la Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, relativa a las tasas aeroportuarias, busca que su fijación permita cubrir los costes y un beneficio económico, poniendo trabas a que se puedan utilizar a la baja como política de redistribución territorial o al alza con una función recaudatoria (apartado 10 del preámbulo). Sobre esta última regulación, véase Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “Regulación de precios aeroportuarios: reserva de ley y liberalización económica”, en *Regulación y competencia en servicios de interés económico general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos*, A. RUIZ OJEDA y R. ZAMORA (eds.), Universidad de Málaga, Málaga, 2015, pp. 131-162.

el recurso a aquellas fuentes de ingresos que exigirían menores sacrificios a la población, al menos en el corto plazo, como son la financiación por el banco central de los gastos públicos y el endeudamiento público. Situación que se ve agravada en un contexto de libertad de movimientos de los capitales que, a su vez, dificulta que los Estados puedan aumentar sensiblemente su recaudación mediante subidas de impuestos. Como se puede entender fácilmente, todo este conjunto de restricciones, condiciona sobremanera el margen de actuación del Estado, con especial incidencia sobre la cláusula de Estado social.

De tal manera que la introducción de las normas limitativas de la discrecionalidad macroeconómica de los Estados los aboca a adoptar otro tipo de medidas macroeconómicas para mejorar su competitividad en el escenario internacional y así atraer inversiones, colocar sus emisiones de deuda pública en mejores condiciones o incrementar las exportaciones³⁵. De modo que los Estados se ven impelidos a acometer constantes reformas estructurales en todos los sectores y facetas de sus economías, que conllevan importantes esfuerzos para la población³⁶ (reducción del déficit y la deuda pública, mayor exigencia de formación y dedicación laboral, flexibilidad en el empleo, retraso de la edad de jubilación). Es además un proceso sin final, pues los restantes Estados competidores también concurren en la mejora de sus condiciones para hacerse más atractivos económicamente. De aquí que las llamadas reformas estructurales se hayan convertido en el corolario de la regulación de las políticas macroeconómicas.

4.2. Técnicas para limitar la discrecionalidad macroeconómica

Como se ha indicado, el objetivo principal de estas regulaciones es limitar el alcance de la discrecionalidad de las autoridades públicas en la adopción de políticas macroeconómicas para evitar los efectos más indeseados de estas últimas³⁷. Con tal

³⁵ Sobre la competencia entre Estados o entre ordenamientos jurídicos, véanse Manuel BALLBÉ y Carlos PADRÓS I REIG, *Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona, 1997, pp. 15 y ss.; y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, pp. 7-40 (pp. 29-35).

³⁶ Por ejemplo, la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, sustituyó las actualizaciones de precios referidas a la inflación (IPC) por un nuevo índice, que normalmente arroja un resultado inferior, lo que hace más competitiva la economía española, pero también impone a los perceptores de ingresos pérdidas de capacidad adquisitiva respecto de la inflación.

³⁷ La contraposición entre discrecionalidad y reglas en la política macroeconómica es un debate de largo recorrido, cuya iniciación se atribuye convencionalmente a Milton Friedman a final de los años cincuenta cuando abogó por limitar el poder de las autoridades económicas para evitar los efectos perversos de sus políticas y que posteriormente ha tenido una fecunda continuación, por ejemplo, en Finn E. KYDLAND y Edward C. PRESCOTT, “Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans”, *Journal of Political Economy*, vol. 85, 1977, pp. 473-491. A diferencia del liberalismo más anti-estatista y partidario del *laissez faire*, la reducción de la discrecionalidad en materia macroeconómica parte de un postulado diferente, pues asume que la economía se desenvuelva en un marco fijado por el Estado en el que este cuenta con extraordinarias prerrogativas, pero trata de neutralizarlas sometiendo a estrictas reglas jurídicas. Aun cuando el sometimiento de la discrecionalidad económica a reglas

propósito, la regulación comprende un amplio abanico de técnicas jurídicas de distinta naturaleza que se pueden agrupar como sigue:

a) En primer lugar, destaca la constitucionalización o elevación a tratados internacionales de muchas de las medidas. Dado que las decisiones de contenido macroeconómico frecuentemente se contienen en normas con rango formal de ley, la reducción de la discrecionalidad parlamentaria exige imponer los límites a esta en las normas supremas de cada ordenamiento: en el caso español se ha empleado la Constitución para introducir la estabilidad presupuestaria y en el Derecho de la UE se ha regulado en los Tratados. De esta manera, las limitaciones a la discrecionalidad vinculan desde la más elevada posición en el sistema normativo.

b) También llama la atención la tendencia a apartar determinadas decisiones de contenido macroeconómico de los órganos tradicionales de formulación de la política. La configuración tradicional de los gobiernos como responsables de dirigir la política (artículo 97 CE), incluida la económica, se alza en un obstáculo para garantizar la anhelada ortodoxia. Por lo que la reducción de la discrecionalidad macroeconómica con frecuencia pasa por diseñar una nueva arquitectura institucional que aparta la adopción de este tipo de decisiones del ámbito gubernamental, confiriéndoselas a autoridades independientes. Incluso cuando el marco general se adopta en sede parlamentaria, la definición y ejecución de la política se atribuyen a autoridades distintas del Gobierno³⁸.

c) Otra de las técnicas empleadas consiste en la introducción normativa de severas restricciones sustantivas en el haz de posibles políticas económicas. Restricciones que se concretan en porcentajes, cifras absolutas o indicadores de referencia, entre otros³⁹.

d) Estrechamente relacionada con la anterior es la preferencia por los automatismos que excluyen la capacidad de decisión de las autoridades económicas, princi-

no constituya una corriente mayoritaria entre los economistas, se ha incorporado al Derecho de la UE, particularmente de la Eurozona, y desde allí a los ordenamientos nacionales merced al impulso que ha recibido del ordoliberalismo alemán. Una síntesis de este debate puede consultarse en BLANCHARD, 2017: 435 y ss.; BRUNNERMEIER, 2016, pp. 63 y 88 y ss.; Thorsten BECK y Hans-Helmut KOTZ (eds.), *Ordoliberalism: A German oddity?*, CEPR Press, 2017; y Gabriel MORENO GONZÁLEZ, "La teoría de la Constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, 2017, 1-36. Salvando las distancias, una idea análoga respecto de la política general recoge José ESTEVE PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 9-21, en el sentido de que el advenimiento de las democracias de masas produjo desde final del siglo XIX una reacción entre determinados juristas para tratar de limitar el poder de los parlamentos.

³⁸ El máximo exponente de esta técnica es la regulación de la política monetaria, hoy configurada en sus líneas maestras en los Tratados de la UE, y cuya definición y ejecución se residencia de manera excluyente en un banco central independiente de los gobiernos y de los parlamentos (art. 130 TFUE).

³⁹ Así, el Protocolo número 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, anejo a los Tratados de la UE, establece un 3 por 100 para el déficit público y un 60 por 100 respecto de la deuda pública (art. 1). Por su parte, la Constitución española impone el equilibrio presupuestario a las entidades locales (art. 135.2).

palmente respecto de medidas que suponen un aumento del gasto en materias muy sensibles a la presión social. Jurídicamente el automatismo se logra mediante la sustitución normativa de los márgenes de decisión por elementos reglados o conceptos jurídicos indeterminados⁴⁰.

e) La reducción de la discrecionalidad en materia económica también se logra mediante la autovinculación de las autoridades económicas a las propias restricciones que adopten estas mismas autoridades⁴¹. Esta técnica ampliamente empleada en otros ordenamientos, como el alemán y el comunitario⁴², sin embargo, no parece haber sido bien entendida por la jurisprudencia española⁴³.

f) La reducción de la discrecionalidad también se articula a través de la introducción de procedimientos complejos para la adopción de decisiones macroeconómicas, jalonados de informes o consultas, requisitos formales y exigencias de mayorías que condicionan el margen de decisión de las autoridades económicas⁴⁴.

⁴⁰ Sirva como muestra la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, Reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, que definía el factor de sostenibilidad “como un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma” (art. 1, hoy derogado).

⁴¹ Ejemplo de esta autovinculación es la fijación del objetivo de inflación establecido por el BCE. El art. 127 del TFUE atribuye a la autoridad monetaria el objetivo principal de mantener la estabilidad de precios, sin que la norma incorpore elementos adicionales acerca de qué se entiende por precios estables, cómo se deban medir o fijar estos. Sin embargo, el BCE ha concretado la estabilidad de precios cuantificándola como el incremento interanual del índice armonizado de precios de consumo de la zona del euro en un nivel inferior, aunque próximo, al 2 por 100 a medio plazo (*La política monetaria del BCE*, BCE, Frankfurt am Main, 2011, p. 9).

⁴² Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 186-187.

⁴³ Véase la STS 236/2015, de 30 de enero de 2005, que considera contrario a Derecho que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia calcule el importe de las sanciones siguiendo las pautas publicadas por aquella Comisión en una comunicación sin carácter normativo.

⁴⁴ Es ilustrativo el procedimiento administrativo y parlamentario que el art. 15 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, ha introducido en el ordenamiento para la aprobación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, y que constituye un requisito previo para que el Gobierno pueda elaborar los Presupuestos Generales del Estado:

a) Para la fijación se tendrá en cuenta la regla de gasto recogida en el artículo 12 de la misma Ley y el saldo estructural alcanzado en el ejercicio inmediato anterior.

b) También se tendrán en cuenta las recomendaciones y opiniones emitidas por las instituciones de la UE sobre el Programa de Estabilidad de España o como consecuencia del resto de mecanismos de supervisión europea.

c) La propuesta estará acompañada de un informe en el que se evalúe la situación económica que se prevé para cada uno de los años contemplados. Este informe será elaborado por el Ministerio de Economía y Competitividad, previa consulta al Banco de España, y teniendo en cuenta las previsiones del BCE y de la Comisión Europea.

d) Adicionalmente, se requiere el informe previo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, así como de la Comisión Nacional de Administración Local.

e) Se deberá adoptar en el primer semestre de cada año, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, que se remitirá a las Cortes Generales.

g) En fin, para reducir la discrecionalidad macroeconómica también se ha recurrido a un nuevo conjunto de autoridades de evaluación que ejercen novedosos métodos de control sobre las autoridades tradicionales con capacidad de decisión macroeconómica⁴⁵.

5. PRINCIPALES DESAFÍOS PARA EL DERECHO PÚBLICO

El Derecho público ha atravesado dos fases respecto de la macroeconomía desde que esta surgió a mediados del siglo pasado. Como ya se ha indicado, en un primer momento el Derecho público no reaccionó suficientemente ante ella. Las escasas regulaciones que se adoptaron se limitaron, en el mejor de los casos, a habilitar el ejercicio de las nuevas potestades, pero el Derecho público no vio adaptadas sus técnicas a aquella nueva realidad que venía a sumarse a la intervención tradicional de las autoridades públicas sobre la esfera patrimonial de los ciudadanos. En una segunda fase iniciada en las últimas décadas, se está abriendo paso una incipiente regulación que, esta vez, ha centrado sus esfuerzos en tratar de limitar la discrecionalidad macroeconómica de las autoridades públicas. Ocurre que el esfuerzo legislativo parece agotarse en el logro de dicho objetivo, sin que se haya planteado abordar toda la problemática que encierra el fenómeno de la integración de la política macroeconómica en el Derecho público. La principal insuficiencia que cabe censurar a la incipiente regulación adoptada en esta segunda fase es que no ha adaptado el sistema de equilibrios entre los poderes públicos, ni ha adecuado el sistema de garantías de los ciudadanos a la nueva realidad.

En nuestro Estado democrático de Derecho, los equilibrios y garantías con que contamos en el campo de la economía fueron concebidos para unas técnicas de corte tradicional, pero junto a ellas hoy existen otras formas de actuación económica más difusas, pero no por ello menos incisivas, que afectan a los restantes poderes públicos y a la esfera patrimonial de los particulares, por lo que también deben ser encauzadas jurídicamente. No basta con una regulación que se limite a reducir la discrecionalidad macroeconómica, sino que falta una mayor ambición que permita adecuar el conjunto del sistema jurídico a las importantes novedades que conlleva aquella regulación, preservando los principios y garantías indisponibles del Estado democrático de Derecho. En este sentido, las páginas que siguen tratan de identificar los

f) En forma sucesiva y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando los objetivos propuestos por el Gobierno.

g) Si el Congreso de los Diputados o el Senado rechazan los objetivos, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.

En su tramitación parlamentaria este procedimiento pone en pie de igualdad al Congreso y al Senado, de tal manera que el rechazo por cualquiera de ellos impediría su aprobación. Sobre la singularidad de esta exigencia, véase Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, “Techo de gasto y separación de poderes”, *El País*, 27 de agosto de 2018.

⁴⁵ Véase *infra* el epígrafe 5.6.3.

principales retos que la regulación de la política macroeconómica plantea al Derecho público, así como apuntan algunas posibles líneas de solución.

5.1. La reducción del pluralismo democrático

Uno de los principales desafíos que tiene planteado el Derecho público es la conciliación del principio democrático, más concretamente la preservación del pluralismo, con la reducción de la discrecionalidad en la política macroeconómica. En general, la mayor discrecionalidad macroeconómica acostumbra a corresponderse con unas mayores posibilidades de redistribución inmediata, de políticas más acomodaticias, de mayor extensión de la política social y de mayor igualdad. En cambio, la reducción de la discrecionalidad macroeconómica suele resultar en el contrapunto a la anterior, con una mayor exigencia y competitividad de los individuos y de la sociedad en su conjunto.

En este sentido, las regulaciones sobre la adopción de decisiones macroeconómicas con frecuencia entran en tensión, al menos en el corto plazo, con principios previamente juridificados, generalmente identificados con la cláusula de Estado social y que tienen un valor estructural fruto de una opción del constituyente. Esto ocurre claramente en aquellos ordenamientos como el español, cuyos textos constitucionales se elaboraron bajo un paradigma en el que no se contemplaba la reducción de la discrecionalidad macroeconómica. Lo contrario ocurre en el Derecho de la UE, cuyos Tratados reflejan de manera elocuente esta última tendencia. Y, como quiera que las regulaciones de la discrecionalidad macroeconómica reducen la capacidad de decisión política en este campo, también contraen el pluralismo democrático, concretamente limitan el desarrollo de las políticas identificadas con una mayor redistribución en el corto plazo.

En el plano jurídico se antoja muy difícil la conciliación de dos ideas tan antitéticas, la voluntad de reducir la discrecionalidad macroeconómica de las autoridades y la necesidad contar con tal discrecionalidad para que puedan desplegarse las distintas opciones políticas y con ellas el pluralismo. Además, en este debate no se ventilan únicamente posiciones ideológicas sobre la eficiencia económica y la redistribución en la sociedad, sino que se ve alimentado por la desconfianza y la interdependencia entre Estados a que ha dado lugar la creación de la moneda única en la UE.

5.2. El papel del Parlamento

Las carencias de las actuales regulaciones son muy elocuentes al analizar el papel del Parlamento, pues en esta materia ha perdido gran parte de su protagonismo en la adopción de las decisiones más relevantes que afectan a la comunidad, fundamentalmente en dos planos: el del necesario equilibrio entre poderes y el de la protección de los ciudadanos.

5.2.1. *La incidencia en el equilibrio entre poderes*

5.2.1.1 La posición del Parlamento ante materias muy técnicas

Convendrá empezar por aclarar que el Parlamento conserva su poder de intervención en el diseño de gran parte de las políticas económicas, en la medida en que aprueba los objetivos de estabilidad presupuestaria, los Presupuestos Generales del Estado, así como las reformas constitucionales, la ratificación de los Tratados, y la adopción de las leyes en las que se contienen los elementos nucleares de las regulaciones de contenido macroeconómico.

Sin embargo, la adopción de algunas decisiones macroeconómicas exige calibrar y tener presentes no solo las consecuencias inmediatas, sino también sus efectos futuros y de conjunto para la economía, ya que muchas de las medidas pueden determinar la futura capacidad de decisión de las autoridades, así como las condiciones económicas en que se desarrollará la vida social. Pero tal ejercicio de anticipación dista mucho de ser sencillo y accesible para los legos, por lo que la intervención parlamentaria en materias macroeconómicas no asegura por sí sola la adecuada ponderación y asunción de sus consecuencias. Ciertamente, esto mismo puede acontecer en otras facetas de la vida social, pero una de las singularidades de la regulación que nos ocupa es que se contiene en normas de muy elevado rango (constituciones, tratados), difícilmente modificables, por lo que congelan su proyección sobre el conjunto del ordenamiento. En estas circunstancias, la posición del Parlamento es muy asimétrica respecto del Ejecutivo, pues en la adopción de sus decisiones este último cuenta con unos datos, análisis, informes y asesoramiento altamente especializado, de los que carecen las Cámaras.

Como ejemplo de la falta de conocimiento sobre el alcance de las medidas que se adoptan puede servir la creación de una moneda única en la UE, en cuya virtud los Estados se despojaron de una de sus más importantes prerrogativas económicas. A pesar de la trascendencia de la medida, la explicación de esta iniciativa solo atendió a sus efectos más visibles y no a las consecuencias futuras⁴⁶. Aunque estas han acabado aflorando con el estallido de las crisis económicas de 2007 y 2020, cuando se ha puesto de relieve que el Estado ya no disponía de algunos de los más importantes mecanismos de reacción frente a las crisis⁴⁷, y también que la moneda única exigía

⁴⁶ Es conocido que el Gobierno únicamente consultó al Tribunal Constitucional sobre la compatibilidad entre el Tratado de la UE y la Constitución en relación con el derecho de sufragio en las elecciones municipales (Declaración 1/1992 de 1 de julio).

⁴⁷ Como ha expresado Klaus TUORI, “el escenario económico de la Eurozona se parecería más a un patrón oro mejorado que a un ámbito en el que se desarrollen políticas monetarias activas. En todo caso, es más que cuestionable que todos los Estados miembros sean conscientes de ello o que lo apoyen, aun siendo éste el modelo que claramente quedó plasmado en el Tratado de Maastricht”, “¿Órgano experto, institución política o parte interesada? Roles del banco central europeo en la actual crisis económica”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 39, 2013, pp. 50-61 (p. 58).

una estabilidad presupuestaria que ha transformando el entendimiento de la cláusula de Estado social y autonómico.

5.2.1.2. La preterición del Parlamento en relevantes decisiones macroeconómicas

La posición del Parlamento evidencia la falta de una reconsideración general del papel de las instituciones del Estado respecto de la adopción de las decisiones macroeconómicas. En estas cuestiones la Constitución española resulta en exceso formalista y, dado que algunas de las más importantes decisiones macroeconómicas no requieren la adopción de leyes, frecuentemente se sortea la intervención del Parlamento.

Véase en este sentido la asimétrica regulación de los planes de reforma en el llamado *semestre europeo* en el Derecho de la UE y el español. En su virtud, los Estados deben aprobar anualmente los programas de las reformas estructurales que introducirán a medio plazo en sus ordenamientos. El Derecho de la UE otorga gran importancia a la planificación macroeconómica de los Estados, tanta que el Reglamento 1466/97 del Consejo establece una supervisión multilateral de aquellos programas, consistente en obligar a los Estados a que sometan los programas de reforma al examen de la Comisión y del Consejo, que se pronunciarán sobre su coherencia y adecuación. Sin embargo, en el Derecho español los planes de reforma son aprobados por el Gobierno, sin intervención del Parlamento, que solo es informado una vez elaborados. Nuevamente se pone de relieve una asimetría difícilmente justificable: si la planificación de las reformas estructurales es tan relevante que exige el escrutinio de la Comisión y del Consejo, no se entiende que el Parlamento nacional sea preterido en su adopción.

5.2.2. *La incidencia en la protección de los ciudadanos*

La participación del Parlamento como garantía de los ciudadanos frente a la intervención del poder público se resiente igualmente cuando la adopción de decisiones macroeconómicas no requiere la tramitación de una norma con rango formal de ley. Como es sabido, el principio de reserva de ley se justifica en la conveniencia de asegurar el debate plural, la transparencia y la representación democrática en la adopción de las decisiones más relevantes para la comunidad, ya afecten a la organización institucional básica del Estado, ya a las finanzas públicas, o a la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos. Sin embargo, tal principio no se aplica con igual intensidad cuando las decisiones macroeconómicas revisten carácter difuso, por muy incisivas que sean para la esfera patrimonial de los ciudadanos.

Dos ejemplos recientes y concatenados pueden ayudar a dimensionar la relevancia para la ciudadanía de algunas de estas decisiones macroeconómicas y evidenciar la preterición del Parlamento. Al comienzo de la crisis económica de 2007, cuando las autoridades constataron que gran parte del sistema bancario requería una profunda reestructuración se plantearon esencialmente dos alternativas: la primera de ellas pasaba por un rescate generalizado con fondos públicos; la segunda, por permitir que

las entidades siguieran operando, a pesar de su endeble situación, de manera que con el tiempo ellas mismas fueran generando el capital suficiente para sanearse⁴⁸. Ambas decisiones llevaban asociados efectos macroeconómicos de extraordinaria importancia: el rescate con fondos públicos habría exigido un endeudamiento público muy elevado; mientras que la segunda medida preservaba en mayor medida las finanzas públicas, pero agravaría severamente la crisis, pues determinaría la paralización de buena parte de la actividad económica, dado que la banca reduciría drásticamente su financiación al sector productivo, con el resultado de que se produciría el cierre de decenas de miles de empresas y la pérdida de millones de puestos de trabajo. Finalmente, las autoridades económicas españolas optaron por la segunda medida y el Congreso aprobó una proposición no de ley que fijaba las bases y principios de la reestructuración bancaria con el criterio de que costase lo menos posible⁴⁹, sin embargo, esta toma de posición se adoptó sin que se informase o se debatiesen la disyuntiva ni las consecuencias de cada opción ni las posibles alternativas.

La decisión se reveló a la postre desacertada, por lo que también hubo de acudirse a la primera de las opciones, el rescate generalizado de las cajas de ahorro. Si bien a esas alturas de la crisis fue preciso que, a su vez, el Estado también fuera rescatado por la UE, para lo que suscribió un fuerte empréstito, condicionado a la aplicación de un programa de profundas reformas macroeconómicas⁵⁰. El contenido de este conjunto de medidas es extraordinariamente complejo, pero en lo que aquí interesa deben destacarse varios aspectos. El primero es que, dado que la adopción del euro supuso que el Estado perdiera su capacidad de devaluar la moneda para recuperar la competitividad, el *Memorando* estableció una planificación macroeconómica para llevar a cabo una *devaluación interna*, esto es, una rebaja de salarios, precios y costes en la sociedad mediante reformas legislativas de distinto orden. El segundo, es que esta planificación se adoptó al margen del Parlamento y su materialización se publicó como meros acuerdos por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Ciertamente, las concretas reformas legislativas exigidas por el *Memorando* hubieron de ser posteriormente adoptadas en sede parlamentaria, no así la planificación macroeconómica de conjunto, como tampoco el consenti-

⁴⁸ La disyuntiva se expone aquí en términos muy esquemáticos, pues la segunda de las decisiones fue acompañada de importantes medidas de apoyo a la banca, como un conjunto de fusiones y absorciones, la intervención singular de algunas entidades de crédito y el otorgamiento de importantes avales del Estado en favor de la banca: Real Decreto-ley 7/2008, de 13 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro; Real Decreto-ley 4/2009, de 29 de marzo, por el que se Autoriza la Concesión de Garantías Derivadas de la Financiación que pueda Otorgar el Banco de España a Favor de Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha; y Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre Reestructuración Bancaria y Reforzamiento de los Recursos Propios de las Entidades de Crédito.

⁴⁹ José Luis RODRÍGUEZ ZAPATERO, *El dilema*, Planeta, Barcelona, 2013, p. 197.

⁵⁰ Acuerdos de Facilidad de Asistencia Financiera y de Tránsito y Asunción (*BOE* 10/XII/2012) y Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera (*BOE* 10/XII/2012).

miento a ella, el debate sobre su oportunidad, sus objetivos, instrumentos, alternativas y fórmulas de mitigación o redistribución de los sacrificios⁵¹.

Creo que estos ejemplos muestran con claridad la inadecuación del Derecho público actual para disciplinar el ejercicio del poder en materia macroeconómica, pues ni la Constitución, ni la jurisprudencia constitucional, ni las leyes exigen el consentimiento parlamentario para adoptar decisiones macroeconómicas tan trascendentales para el Estado y la sociedad. Esta falta de atención del Derecho público hacia las medidas macroeconómicas de efecto difuso contrasta vivamente con las rigurosas garantías exigidas en nuestro ordenamiento jurídico respecto de aquella intervención económica tradicional que incide de manera individualizada en la esfera patrimonial de los ciudadanos. Es muy paradójico que la protección patrimonial de los individuos haya llevado al Tribunal Constitucional a exigir la intervención parlamentaria para la aprobación de una tasa portuaria (STC 101/2009) y, sin embargo, decisiones que implican el cierre de decenas de miles de empresas, la pérdida de millones de trabajos o la devaluación general de la economía se adopten al margen del Parlamento.

De los anteriores epígrafes cabe concluir en la necesidad de que el Parlamento cuente con asesoramiento experto para poder valorar la trascendencia de las decisiones macroeconómicas que se someten a su intervención, así como de las que se adoptan extramuros. Y, respecto de estas últimas, también procede considerar fórmulas que aseguren el consentimiento de las Cámaras (mediante ley o autorización), a lo que contribuiría el reconocimiento a las minorías parlamentarias de la capacidad de someter al Parlamento la consideración, debidamente documentada, de las decisiones macroeconómicas.

5.3. La macroeconomía como contexto para la interpretación jurídica

Las decisiones macroeconómicas generalmente se formulan en un plano muy abstracto y general, así como tienen un alcance difuso, por lo que muchas veces su puesta en práctica requiere el desarrollo posterior de medidas legislativas y administrativas concretas en las que ya es posible identificar los concretos grupos o individuos que se verán afectados por ellas.

Esta dualidad de planos da lugar a desajustes adicionales en el Derecho público, pues la aplicación de las medidas de desarrollo y la resolución de las controversias jurídicas a que dan lugar se desconectan con frecuencia del marco general en que se adoptaron, sin conciencia de que este debería guiar su interpretación. Esta forma descontextualizada de aplicar el Derecho impide ponderar todos los factores que

⁵¹ Se deja al margen del análisis si tales compromisos constituyeron tratados internacionales a los efectos de la formación interna de la voluntad del art. 94 CE, pues desde el punto de vista de la prestación externa del consentimiento sí parecen reunir los requisitos poco formalistas del art. 11 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

exigirían tanto la ejecución como el juicio de validez sobre las medidas⁵²: si es proporcionada para la finalidad propuesta, si respeta el principio de igualdad, o si toda la población o el conjunto de sectores y grupos sociales están soportando sacrificios equivalentes. En suma, muchas de las medidas técnicas de desarrollo y de aplicación se legitiman en el marco más amplio que las orienta, por lo que, sin esta perspectiva, pueden perder su justificación.

Un ejemplo tomado de la pasada recesión económica ilustra sobre los resultados diametralmente opuestos a que puede dar lugar el enjuiciamiento de una medida de ejecución, según que se contextualice o no en su marco macroeconómico. La grave situación de las cuentas públicas obligó a las autoridades a reducir drásticamente el déficit público y para su efectiva ejecución se acordaron distintas medidas concretadas en la reducción de las retribuciones de los empleados públicos, las subvenciones, los incentivos fiscales, las inversiones públicas y otras, de las que ahora interesa la reducción de la retribución a las energías renovables⁵³. Cuestionada la validez jurídica de estos recortes por considerarlos contrarios a la seguridad jurídica y la confianza legítima, el Tribunal Constitucional respaldó la validez de la medida otorgando gran peso a su contexto macroeconómico: se adoptaba en un marco general de restricciones presupuestarias [STC 270/2015, FJ 7.a)]; mientras que numerosos arbitrajes internacionales han considerado contrarios a Derecho los recortes⁵⁴, atendiendo principalmente a la naturaleza de los compromisos asumidos entre el inversor individual y el Estado, con abstracción de la afectación a los restantes operadores en la economía⁵⁵.

La importancia de la contextualización de las medidas en su marco general es reconocida en otras parcelas del Derecho público, como ocurre en materia de planificación ambiental, hasta el punto de que los planes y programas de carácter estratégico son evaluados separadamente por los efectos que tendrán luego sobre los concretos proyectos de ejecución, que también se evalúan (Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental). La contextualización también es objeto de estudio atento

⁵² Una posición distinta a la aquí defendida puede encontrarse en Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 19/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 417-437 (p. 430).

⁵³ Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se Adoptan Medidas Urgentes para Garantizar la Estabilidad Financiera del Sistema Eléctrico.

⁵⁴ Los laudos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones también reconocen la capacidad del Estado de modificar su ordenamiento jurídico, pero tienden a primar las “expectativas legítimas y razonables” del concreto inversor: esta tendencia general se ejemplifica en el laudo *Eiser ARB/13/36*; mientras que solo excepcionalmente se reconoce la licitud de los recortes, por ejemplo, en el reciente laudo *Stadtwerke, ARB/15/1*.

⁵⁵ No se oculta que el canon de enjuiciamiento difería en ambas instancias, el Tribunal Constitucional y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, pues en un caso la referencia normativa era la CE y en el otro, unos tratados internacionales de protección de inversores. Sin embargo, también debe tenerse presente que no se enjuiciaba un incumplimiento textual de una disposición, sino la justificación de una medida a la luz de parámetros tan genéricos como su previsibilidad, la seguridad jurídica y las “expectativas legítimas y razonables” del inversor, por lo que creo que los términos de la comparación resultan oportunos.

en la reforma del Derecho administrativo iniciada en Alemania, bajo la denominada teoría de la dirección, que, entre otros aspectos, realza la importancia de los distintos instrumentos de dirección de las conductas sociales, que ya no son exclusiva ni preponderantemente las leyes⁵⁶.

5.4. Transparencia y formalización de las decisiones macroeconómicas

La contextualización de las distintas decisiones jurídicas exige el adecuado conocimiento y comprensión por parte de los operadores jurídicos del marco macroeconómico general en que aquellas se dictan. Ahora bien, los operadores frecuentemente serán profanos en economía, de manera que también será preciso atender a las exigencias de transparencia y formalización propias de un Estado de Derecho avanzado.

La transparencia constituye una exigencia para que la ciudadanía esté informada y el conjunto de los poderes públicos pueda ejercer adecuadamente sus funciones de codecisión o control. Como dispone la Ley de Transparencia, la información deberá proporcionarse de oficio, actualizada, periódica y “de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados” (art. 5), así como acompañada de las proyecciones, cálculos, estudios de alternativas e informes relevantes. Exigencia que dista mucho de la situación actual, en la que, como se ha expuesto en anteriores ejemplos, no se han hecho públicos algunos de los debates sobre las más relevantes decisiones macroeconómicas que han afectado al Estado y la sociedad. En este sentido, es dudoso que las previsiones de la actual Ley de Transparencia basten para traer la suficiente luz al campo de la macroeconomía, dado que muchos de los debates e incluso de las decisiones en esta materia no se documentan, por lo que puede ser necesario imponer determinadas obligaciones sectoriales de publicidad activa.

En cuanto a la formalización de la política macroeconómica, se hace preciso encauzar y formalizar la adopción de las decisiones macroeconómicas más relevantes adecuándolas al ordenamiento jurídico en que se insertan. Esta exigencia supone que tales decisiones se adopten, publiquen y comuniquen en instrumentos jurídicos formales; y que estén motivadas, para así garantizar la certeza, su conocimiento íntegro y, en su caso, la posibilidad de impugnarlas⁵⁷.

La regulación del BCE puede servir para entender aquella problemática. El TFUE se muestra innovador al limitar la discrecionalidad en la política monetaria, confiándosela a un banco central independiente como ya nos consta. Pero, paradójicamente, el Tratado se sirve de las técnicas tradicionales del Derecho público para ordenar esta nueva realidad, a pesar de que aquellas fueron concebidas para proteger a particulares

⁵⁶ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo”, en Javier BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.ª ed., Global Law Press, Sevilla, pp. 21-140 (p. 47).

⁵⁷ La falta de formalización jurídica de la economía ya fue denunciada por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Las nuevas perspectivas de la Administración económica”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, 1988, pp. 31-47 (pp. 44-45).

singularmente afectados por intervenciones públicas en su esfera patrimonial, sin haberlas adaptado al nuevo poder macroeconómico de alcance difuso que ha establecido. Así, respecto de cuestiones un tanto accesorias el TFUE sigue el esquema tradicional de *reserva de ley* para la imposición de obligaciones y la regulación del régimen sancionador, de manera que el BCE no podrá actuar autónomamente en esta materia, sino que la competencia corresponde al Consejo de la UE a través de reglamentos (art. 41 del Protocolo núm. 4). En cambio, algunas de las decisiones más relevantes sobre la política monetaria se residen en el BCE, que las da a conocer mediante notas de prensa o referencias en publicaciones periódicas de carácter informal, como es la propia definición de la estabilidad de precios, que constituye su objetivo primordial⁵⁸. Las notas de prensa se han empleado incluso para comunicar la decisión más trascendente que jamás haya adoptado el BCE, como fue la transformación de su política monetaria para rescatar la economía de la Eurozona, que esta institución decidió los días 5 y 6 de septiembre de 2012. Precisamente fue objeto de discusión ante el TJUE la circunstancia de que una medida tan trascendente y heterodoxa hubiera sido comunicada en una nota de prensa y es interesante constatar que los relevantes efectos económicos de la decisión llevaron al Abogado General a proponer la admisión de su enjuiciamiento: “la capacidad de influir decisivamente en la situación jurídica de terceros justifica que su tratamiento como «acto» se aborde con un enfoque antiformalista”⁵⁹.

5.5. Participación y control jurisdiccional

La regulación del medio ambiente guarda notables paralelismos con la ordenación de la política macroeconómica, aunque la primera ha alcanzado un grado de desarrollo jurídico muy superior, por lo que puede servir de guía a la segunda. Por ejemplo, el Derecho ambiental ha adaptado los instrumentos tradicionales de control jurídico respecto de aquellas actuaciones públicas que, aun teniendo efectos difusos, son extraordinariamente relevantes para la salud de los ciudadanos y el medio ambiente. Como es conocido, en el Derecho ambiental este control se asienta sobre la transparencia informativa y otros dos elementos que se consideran indisociables, la participación social y el control jurisdiccional, este último articulado mediante un sistema de acción popular y de ampliación en el reconocimiento de la legitimación activa (Ley 27/2006, de 18 de julio).

La transparencia, la participación y el control de las actuaciones públicas de efectos difusos son actualmente técnicas irrenunciables para lograr una realización eleva-

⁵⁸ *Monthly Bulletin*, ECB, January, 1999, p. 46; *Monthly Bulletin*, ECB, June, 2003, p. 5; y *La política monetaria del BCE*, BCE, Frankfurt am Main, 2011, p. 9. Sobre la relevancia jurídica de esta cuestión, véase Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho”, en M. Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2014, pp. 251-320 (pp. 298 y ss.).

⁵⁹ Conclusiones de 14 de enero de 2015, C62/14, *Gauweiler et al.*, apartado 76.

da y exigente de la cláusula de Estado democrático de Derecho, en cuanto refuerzan la legitimación en el ejercicio del poder y son prendas de acierto en la adopción de las decisiones que afectan a la colectividad, al enriquecer la información disponible, la pluralidad de puntos de vista e imponer un escrutinio sobre la actuación pública. En igual sentido, la juridificación de la política macroeconómica exige reparar las deficiencias en el sistema de transparencia, así como rectificar el papel residual y pasivo que nuestro Derecho asigna actualmente a la sociedad en la formulación de las distintas políticas macroeconómicas, potenciando la participación social, mediante cauces efectivos de iniciativa, así como de formación y expresión de la opinión pública.

Igualmente es necesario reconsiderar el régimen de la legitimación procesal activa para permitir el control efectivo por parte de los ciudadanos y las organizaciones en que se agrupan de aquellas decisiones macroeconómicas que afectan a su esfera patrimonial, aunque tengan carácter difuso. La tensión entre las demandas sociales de protección frente a estas actuaciones y el insuficiente reconocimiento de la legitimación activa para hacerla efectiva ante los tribunales se ha puesto de manifiesto en la impugnación de las medidas heterodoxas de política monetaria acordadas por el BCE, recurridas por decenas de miles de ciudadanos alemanes, a quienes el TJUE inicialmente no reconoció legitimación⁶⁰, mientras que el Tribunal Constitucional Federal alemán sí se la otorgó y acabó presentando varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE⁶¹.

No se propugna aquí una alteración del sistema de impugnación de las decisiones políticas, pues muchas de ellas se contienen en normas con rango formal de ley y no se pretende el reconocimiento de una legitimación popular ante el Tribunal Constitucional frente a aquel tipo normativo. Como tampoco se defiende que los tribunales puedan sustituir la discrecionalidad que aún se reconoce a las autoridades públicas en la adopción de las políticas macroeconómicas. Más sencillamente se trata de adecuar el actual sistema de impugnaciones a la importancia que la macroeconomía ha adquirido para la colectividad. Si la regulación ha reducido la discrecionalidad macroeconómica de las autoridades mediante la introducción de requisitos, límites, elementos reglados, nuevos principios y procedimientos, los ciudadanos, e incluso las fuerzas políticas, deberían poder plantear ante la jurisdicción ordinaria su revisión, sin que se alce en un impedimento la actual exigencia de que las medidas les afecten de manera singularizada (art. 19 LJCA)⁶².

⁶⁰ Auto de 14 de noviembre de 2016, T-492/12, *von Storch et al.*

⁶¹ Resueltas en las sentencias de 16 de junio de 2015, *Gauweiler et al.*, C-62/14, y de 11 de diciembre de 2018, *Weiss et al.*, C-493/17. La posterior sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 5 de mayo de 2020, en el caso *Weiss*, precisamente enfatiza la importante incidencia de las medidas macroeconómicas sobre la población: la política monetaria del BCE tiene un impacto en la práctica totalidad de los ciudadanos, quienes se ven afectados, al menos de manera indirecta, en su condición de accionistas, inquilinos, propietarios inmobiliarios, ahorradores o tomadores de seguros (párrafo 173).

⁶² La STS 1093/2014, de 3 de marzo de 2014, desestimó la impugnación presentada por un partido político parlamentario contra el reglamento que regulaba la denominada *amnistía fiscal*, por considerar que tal medida no afectaba a sus derechos o intereses legítimos. No se entiende que no se reconozca

5.6. La reconsideración de la organización institucional

Las nuevas regulaciones en materia macroeconómica conllevan una notable alteración de la organización institucional, fundamentalmente porque implican la creación de nuevas autoridades independientes o la transformación de las existentes, en unos casos para encomendarles la adopción de decisiones macroeconómicas que antes correspondían a los gobiernos, en otros, para que asuman nuevos cometidos, básicamente de control de la discrecionalidad macroeconómica de otras autoridades. Esta regulación institucional plantea esencialmente tres tipos retos para el Derecho público: el primero de ellos es el encaje de las autoridades independientes en el sistema constitucional; el segundo es el acomodo de algunas de las nuevas autoridades respecto de las tradicionales; el tercero se refiere a la necesidad de que el sistema cuente con órganos especializados de asesoramiento y control macroeconómico.

5.6.1. La problemática de las autoridades independientes

La generalización de autoridades independientes plantea un problema constitucional que, no por conocido, es menos arduo de resolver. Además, no es exclusivo de la macroeconomía, sino que afecta a otras parcelas de la economía y el Derecho, como la seguridad nuclear. En todo caso, se presenta de manera más acusada en la política monetaria, por lo que los bancos centrales nos servirán como caso de estudio.

La evolución de la autonomía del Banco de España es conocida, por lo que bastará con recordar que en una primera fase se le dotó de un régimen de independencia administrativa y gubernamental (Ley 13/1994) que planteaba dificultades de encaje constitucional, dado que la CE atribuye al Gobierno la dirección política y administrativa y en torno a aquel articula el sistema de control parlamentario (arts. 97 y 108 CE)⁶³. En todo caso, en aquella primera fase el Parlamento retenía el control último, en cuanto la autonomía había sido otorgada por una ley ordinaria susceptible de modificación o derogación. Sin embargo, en la actual fase la independencia es también parlamentaria, por aplicación del Derecho de la UE (art. 130 TFUE), e implica una reserva de administración frente al Parlamento⁶⁴ (reglamentaria y ejecutiva)⁶⁵ y la inamovilidad de los responsables de la institución⁶⁶.

tal legitimación cuando corresponde al Parlamento el control de la acción del Gobierno y, para ello, se legitima a un número suficiente de parlamentarios para impugnar leyes ante la justicia constitucional.

⁶³ Andrés BETANCOR, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 143 y 154.

⁶⁴ GARCÍA-ANDRADE, 2000, pp. 192 y ss.; José María BAÑO LEÓN, “Reserva de Administración y Derecho comunitario”, en Carlos ESPLUGUES *et al.* (coord.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 837-850; y Xabier ARZOZ SANTISTEBAN, “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 159-197 (p. 177).

⁶⁵ STJUE de 3 de diciembre de 2009, C-424/07, *Comisión v. Alemania*, sobre la exclusión del Parlamento en el ámbito de decisión de la autoridad nacional independiente en materia de telecomunicaciones.

⁶⁶ STJUE de 19 de octubre de 2016, C-424/15, *Ormaetxea et al.*, sobre la separación indebida de los vocales de una autoridad independiente; y STJUE de 26 de febrero de 2019, C202/18 y C238/18,

El problema constitucional es material y no únicamente formal, ya que no se trata simplemente de que la independencia de las autoridades entre en colisión textual con la letra de determinados preceptos constitucionales, sino que, incluso si se modificase la Constitución para acoger expresamente este tipo de autoridades, el ordenamiento jurídico seguiría sin contar con una fórmula para integrarlas en el sistema de controles y de división de poderes (como acontece actualmente en los Tratados de la UE respecto del BCE). Hoy el núcleo del problema se sitúa en el uso asimétrico del principio de división de poderes, pues, por una parte, este se juzga insuficiente en su formulación tradicional, por lo que se ha profundizado en la división, extendiéndola al seno del propio Ejecutivo, del que se escinden importantes ámbitos de decisión mediante la creación de autoridades independientes. Sin embargo, por otra parte, se han mantenido las tradicionales técnicas de control de la división de poderes, sin que se haya articulado un modelo adaptado a la nueva realidad. Tampoco el control jurisdiccional se antoja suficiente para las exigencias de un Estado democrático y de Derecho⁶⁷, pues los tribunales solo pueden revisar las decisiones administrativas de manera rogada; además, su canon de enjuiciamiento es exclusivamente la legalidad, por lo que no existe control de oportunidad; y, finalmente, se enfrentan a materias altamente técnicas⁶⁸, por lo que aquel control es muchas veces exclusivamente formal, dado que difícilmente resulta posible controlar el acierto de las decisiones macroeconómicas. Con el resultado de que, por el camino, parcelas completas del Ejecutivo han dejado de ser controladas por el Parlamento, lo que seguramente exija fórmulas nuevas de control mediante órganos especializados, como se apunta enseguida.

5.6.2. *El solapamiento de las nuevas autoridades*

La creación de nuevas autoridades macroeconómicas para atender nuevos cometidos no siempre está antecedida de un análisis de conjunto para integrarlas en el entramado institucional previamente existente. Por el contrario, más bien se advierte una respuesta de corte muy sectorial, con frecuencia diseñada en abstracto para muy distintos ordenamientos, pero sin adecuación a la particular configuración constitucional de cada Estado, al modelo de organización territorial, ni a la existencia de autoridades previas con las que con frecuencia se producen solapamientos.

Así, la AIREF vela por el cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y también realiza tareas prospectivas como

Rimševičs, por la que anula una medida nacional de suspensión en el cargo del gobernador de un banco central nacional.

⁶⁷ A pesar de que la jurisprudencia del TJUE parece hacer descansar en los tribunales el control de las nuevas autoridades independientes: STJUE de 9 de marzo de 2010, C-518/07, *Comisión v. Alemania*, apartado 42.

⁶⁸ El problema que plantea el control jurisdiccional de decisiones administrativas de contenido técnico ha sido objeto de un análisis renovado en *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

el análisis de las previsiones macroeconómicas (art. 2 de la Ley Orgánica 6/2013), pero en algunos de estos cometidos se solapa con la función asignada al Tribunal de Cuentas, como supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público (art. 1.1 LOTC). A pesar de que ambas instituciones incidan sobre parcelas comunes, resulta llamativo que la regulación de la AIReF solo mencione al Tribunal de Cuentas respecto de la fiscalización de la propia AIReF (art. 12.5), pero no establezca criterios de delimitación competencial o cooperación. Y es que entre los retos de la incipiente regulación se encuentra la reconsideración de las viejas y nuevas autoridades económicas para adecuarlas a las nuevas necesidades surgidas.

5.6.3. *La necesidad de órganos consultivos y de control macroeconómico*

La creación o transformación de las autoridades macroeconómicas responde esencialmente a los intentos de reducir la discrecionalidad en las políticas públicas y a las lecciones aprendidas en la crisis de 2007. Sin embargo, falta una valoración de conjunto de las necesidades de asesoramiento y de control especializado que la irrupción de la política macroeconómica plantea al Estado, siendo así que la creación de este tipo de órganos podría contribuir a suplir las carencias señaladas a lo largo del trabajo: déficit de conocimiento y de control por parte del Parlamento y los tribunales; déficit de participación y de transparencia.

Desde el punto de vista consultivo, algunas de las autoridades económicas, como los bancos centrales, cuentan con potentes servicios de estudios económicos que les proporcionan la información, los análisis y el asesoramiento precisos para el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el Estado en su conjunto carece de órganos consultivos en materia macroeconómica, lo que dificulta el ejercicio de la función parlamentaria, gubernamental, la transparencia informativa y la participación ciudadana. Al igual que la especialidad e importancia del Derecho han exigido tradicionalmente que el Estado contara con órganos consultivos en aquella materia, la macroeconomía ha adquirido tal relevancia en la actualidad que el Estado y la sociedad contemporánea requieren un asesoramiento independiente en materia macroeconómica, que tanto de oficio como de forma rogada oriente sobre la situación macroeconómica, las previsiones de evolución, los efectos previsibles de las distintas medidas y de sus alternativas.

También resulta insuficiente el actual sistema de control de las decisiones macroeconómicas. En efecto, el contenido muy técnico de la macroeconomía impide un auténtico control por los tribunales, por lo que tal control se está encomendando en parte a autoridades especializadas, como la AIReF y la Autoridad Macropudencial Consejo de Estabilidad Financiera. Sin embargo, este control institucional no debería proyectarse únicamente respecto de las decisiones adoptadas por las *viejas* autoridades económicas, sino también respecto de algunas de las de nuevo cuño, como las autoridades independientes. Ahora bien, en la actualidad la idea de introducir

cualquier control sobre las autoridades independientes se ha convertido en una suerte de tabú. Repárese, si no, en la regulación de las autoridades macroprudenciales en el ámbito financiero. Estas surgieron tras la crisis económica de 2007, ante la evidencia de que en la economía pueden darse desequilibrios sistémicos⁶⁹ (como las burbujas inmobiliarias o bursátiles), que no sean detectados por las autoridades económicas tradicionales e incluso sean alimentados involuntariamente por ellas y que terminen por provocar graves crisis financieras. Para detectar tales desequilibrios y minimizarlos se han creado autoridades como la Junta Europea de Riesgo Sistémico y su homóloga nacional la Autoridad Macroprudencial Consejo de Estabilidad Financiera. Su concepción es ciertamente innovadora, pues extienden su control sobre *casi todo* el conjunto de la economía, incluidas otras autoridades públicas que ejercen sus competencias en régimen de autonomía⁷⁰. Y precisamente para conjugar el necesario control que desarrollan con la preservación de la autonomía de las autoridades controladas se han diseñado nuevos instrumentos jurídicos, como advertencias y recomendaciones, que pueden llegar a ser públicas para dotarlas de mayor efectividad⁷¹. Sin embargo, esta regulación ha dejado fuera de su control a los bancos centrales⁷², a pesar de que sus decisiones monetarias en los años previos a la crisis de 2007 contribuyeron involuntariamente a la formación de los desequilibrios que la desencadenaron⁷³. En otras palabras, se requiere articular jurídicamente sistemas de control respecto de las decisiones macroeconómicas, ya sean estas adoptadas por las *viejas* autoridades o por las de nuevo cuño, sin que el régimen de autonomía de estas últimas deba constituir un obstáculo, pues, como acaba de exponerse, el ordenamiento jurídico ha desarrollado un prontuario de técnicas que permiten conciliar el control con la preservación de la autonomía. Para desarrollar este control se antoja imprescindible contar con órganos independientes y especializados en materia macroeconómica.

⁶⁹ M. Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: una aproximación a las respuestas del derecho a la crisis financiera”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 50, 2010, pp. 145-170 (p. 149).

⁷⁰ Art. 16.2 y apartado 14 del preámbulo del Reglamento 1092/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la Supervisión Macroprudencial del Sistema Financiero en la Unión Europea y por el que se Crea una Junta Europea de Riesgo Sistémico.

⁷¹ Art. 16 y apartado 21 del preámbulo del Reglamento 1092/2010.

⁷² En el Derecho español, la autoridad macroprudencial incluso está dirigida por los responsables de las autoridades sobre las que debería proyectar su control (art. 7 del Real Decreto 102/2019).

⁷³ El Informe de Jacques DE LAROSIÈRE, *The high-level group on financial supervision in the EU. Report*, apartados 6 y 43, elaborado a petición de la UE, destaca que la política de bajos tipos de interés y abundante liquidez fue determinante en el desencadenamiento de la crisis. Este Informe describe la causa, pero no identifica al sujeto responsable de ella y de esta manera evita mencionar de manera directa la responsabilidad de los bancos centrales. También el Banco de Pagos Internacionales ha señalado la política monetaria como una de las dos causas macroeconómicas de la crisis, Bank for International Settlements, *78th Annual Report, 1 April 2007-31 March 2008*, pp. 7-8, y *79th Annual Report, 1 April 2008-31 March 2009*, pp. 5-6 y 16. Asimismo, el Memorando para el rescate de la economía española de 2012, reconocía explícitamente en su apartado 2 que “Los bajos tipos de interés reales desencadenaron la acumulación de grandes desequilibrios internos y externos, así como la creación de una burbuja inmobiliaria”. En fin, otro tanto hace el antiguo Gobernador del Banco de España Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, “Las tribulaciones de los bancos centrales”, *El País*, 2 de octubre de 2019.

A modo de conclusión general, cabe reparar en que, desde su surgimiento, la macroeconomía viene planteando importantes retos al Derecho público. En un primer estadio, desde el Derecho público no se supo ver el enorme poder que las autoridades públicas habían adquirido en materia macroeconómica y, cuando se cobró plena conciencia de esta circunstancia, una miríada de regulaciones ha buscado únicamente la reducción de la discrecionalidad macroeconómica de las autoridades. Pero el reto del Derecho público es ir más allá del control de la discrecionalidad macroeconómica y adecuar sus técnicas e instituciones a un fenómeno que ha transformado la operativa de los Estados contemporáneos y que condiciona de manera muchas veces difusa pero muy incisiva la vida de los ciudadanos, de tal manera que se preserven los principios irrenunciables y trabajosamente conquistados en el Estado democrático de Derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 2004.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, “La autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad”, *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 159-197.
- ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Crisis y Constitución*, CEPC, 2015.
- BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BALLBÉ, Manuel y PADRÓS I REIG, Carlos, *Estado competitivo y armonización europea: los modelos norteamericano y europeo de integración*, Ariel, Barcelona, 1997.
- BAÑO LEÓN, José María, “Reserva de Administración y Derecho comunitario”, en Carlos ESPLUGUES *et al.* (coord.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 837-850.
- BASSOLS COMA, Martín, “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2-155, 2012, pp. 21-41.
- BECK, Thorsten, y KOTZ, Hans-Helmut (eds.), *Ordoliberalism: A German oddity?*, CEPR Press, 2017.
- BETANCOR, Andrés, *Las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BLANCHARD, Olivier, *Macroeconomía*, 7.^a ed., Pearson, Madrid, 2017.
- BLASCO ESTEVE, Avelino (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2012.
- BRUNNERMEIER, Markus K. *et al.*, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton, 2016.
- BUCHANAN, James, y WAGNER, Richard E., *Democracy in Deficit*, Academic Press, New York, 1977.
- CARANDE, Ramón, *Carlos V y sus banqueros*, Crítica, Barcelona, 2000.
- CARRASCO DURÁN, Manuel, “Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas”, *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 18, 2013, pp. 169-206.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis (dir.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid 2003.
- Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Derecho público económico*, Lustel, Madrid, 2011.

- DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè, “Conseqüències institucionals de la limitació del deute públic a les comunitats autònomes i als Länder. Una anàlisi comparada dels mecanismes de control de l'estabilitat pressupostària a Espanya i Alemanya”, *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 20, 2014, pp. 174-213.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, “Techo de gasto y separación de poderes”, *El País*, 27 de agosto de 2018.
- DELGADO RAMOS, David, “La reciente constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: ¿una reforma necesaria?”, *Revista de Derecho Político*, 87, 2013, pp. 317-352.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, “Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva Constitución económica del riesgo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26, julio-diciembre, 2016.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, pp. 99-133.
- EKELUND, Robert B., y HÉBERT, Robert F., *Historia de la teoría económica y de su método*, 3.^a ed., McGraw-Hill, Madrid, 1991.
- EMBED IRUJO, Antonio, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.
- ESTEVE PARDO, José, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel, “Las tribulaciones de los bancos centrales”, *El País*, 2 de octubre de 2019.
- FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Labor, Barcelona, 1933.
- GALBRAITH, John Kenneth, *Historia de la economía*, 3.^a ed., Ariel, Barcelona, 1989.
- GARCÍA ALCORTA, José, *El Banco Central Europeo*, Civitas, Madrid, 2011.
- GARCÍA ROCA, Javier, y MARTÍNEZ LAGO, Miguel Ángel, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, “El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho”, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. Amparo (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2014, pp. 251-320.
- “La adopción de la estabilidad presupuestaria en la Constitución Española”, *Ius Publicum Network Review*, 2013, núm. 3, pp. 1-69.
- “La aplicación del principio constitucional de estabilidad presupuestaria a las entidades locales”, en COSCULLUELA MONTANER, Luis, y MEDINA ALCOZ, Luis (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 293-325.
- *La posición jurídica del Banco de España en el Sistema Europeo de Bancos Centrales*, Civitas, Madrid, 2000.
- “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.
- “Regulación de precios aeroportuarios: reserva de ley y liberalización económica”, en A. RUIZ OJEDA y R. ZAMORA (eds.), *Regulación y competencia en servicios de interés económico general (SIEG): análisis sectoriales y comparativos*, Universidad de Málaga, Málaga, 2015, pp. 131-162.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, pp. 7-40.
- JUDT, Tony, *Ill fares the land*, Penguin, Nueva York, 2010.
- KYDLAND, Finn E., y PRESCOTT, Edward C., “Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans”, *Journal of Political Economy*, vol. 85, 1977, pp. 473-491.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Derecho administrativo económico*, Civitas, Madrid, 2019.
- MALARET GARCÍA, Elisenda (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2019.
- MANZANEDO MATEOS, José Antonio *et al.*, *Curso de Derecho administrativo económico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970.
- MARTÍ DEL MORAL, Antonio, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en COSCULLUELA MONTANER, Luis, y MEDINA ALCOZ, Luis (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 271-292

- MARTÍN MATEO, Ramón, y SOSA WAGNER, Francisco, *Derecho administrativo económico*, Pirámide, Madrid, 1977.
- MARTÍN-ACEÑA, Pablo, “The Banco de España, 1782-2017. The history of a central bank”, *Estudios de Historia Económica*, núm. 73, 2017, pp. 1-80.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo económico*, La Ley, Madrid, vol. I, 1988.
- “Las nuevas perspectivas de la Administración económica”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, 1988, pp. 31-47.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, *Regulación económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MORENO GONZÁLEZ, Gabriel, “La teoría de la Constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, 2017, 1-36.
- NEUMARK, Fritz, *Principios de la imposición*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994.
- ORRIOLS I SALLÉS, M. Àngels, *El Banco Central Europeo y el sistema europeo de bancos centrales. Régimen jurídico de la autoridad monetaria de la Comunidad Europea*, Comares, Granada, 2004.
- ORRIOLS SALLÉS, M. Àngels, y ROCA SAGARRA, Joan, *El Banco de España y estructura plural: los modelos administrativos de la Reserva Federal americana y del Bundesbank alemán*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (coord.), *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho administrativo. XIX Congreso Italo Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Reus, Madrid, 2013.
- PRADO PRADO, Gabriela, *La autoridad monetaria en el sistema institucional de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2006.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma, “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 19/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 417-437.
- Revista Vasca de Administración Pública*, 110-II, 2018.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, “La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado”, *Crónica Presupuestaria*, 1, 2013, pp. 5-39.
- RODRÍGUEZ ZAPATERO, José Luis, *El dilema*, Planeta, Barcelona, 2013.
- RUIZ ALMENDRAL, Violeta, “Estabilidad Presupuestaria y Reforma Constitucional”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 41, 2012, pp. 33-112.
- RUIZ OJEDA, Alberto (dir.), *Fundamentos de regulación y competencia: (el diálogo entre derecho y economía para el análisis de las políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2013.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, “Estado de derecho y Hacienda pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, 1951, pp. 193-212.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. Amparo, “El principio constitucional de estabilidad presupuestaria y el derecho administrativo”, *XIV STEM*, 2019, pp. 1-49.
- “El riesgo sistémico en la regulación bancaria: una aproximación a las respuestas del derecho a la crisis financiera”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 50, 2010, pp. 145-170
- SANTACREU SOLER, José Miguel, “La revolución monetaria española de 1968”, *Anales de Historia Contemporánea*, núm. 10, 1994, pp. 511-523.
- SARDÁ, Joan, *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, Alta Fulla, Barcelona, 1998.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho administrativo”, en Javier BARNES (ed.), *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, 2.ª ed., Global Law Press, Sevilla, pp. 21-140.
- SIMÕES PATRÍCIO, José, “Autonomía de los bancos centrales: perspectiva de Derecho comparado”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 69, 1998, pp. 9-44.
- SKIDELSKY, Robert, *John Maynard Keynes*, RBA, Barcelona, 2013.
- STOLLEIS, Michael, *Origins of the German Welfare State*, Marcial Pons, Springer, Berlin, 2013.
- Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012.

- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Obras completas. Manual de Historia del Derecho español*, vol. II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- TUORI, Klaus, “¿Órgano experto, institución política o parte interesada? Roles del banco central europeo en la actual crisis económica”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 39, 2013, pp. 50-61.
- VICENS VIVES, Jaume, *Historia económica de España*, Ed. Vicens Vives, 1974.

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL MARCO DE LA MACROECONOMÍA: CONSECUENCIAS Y DIFICULTADES DE SU JURIDIFICACIÓN*

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF BUDGETARY STABILITY IN THE CONTEXT OF MACROECONOMICS: CONSEQUENCES AND DIFFICULTIES OF ITS JURIDIFICATION

M.ª Amparo Salvador Armendáriz
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Navarra
Orcid: 0000-0001-7293-3932

* Este trabajo se terminó el 20 de julio de 2020.

Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada el 29 de noviembre de 2019, en el XIV Seminario de Teoría y Método, celebrado en Pamplona, en la Universidad de Navarra. El título y el objeto de la ponencia defendida entonces fue *El principio constitucional de estabilidad presupuestaria y el derecho administrativo*. La ponencia tenía dos partes bien diferenciadas. Este artículo desarrolla la primera de ellas, la relativa al origen, contenido y significado del propio art. 135 CE como instrumento de la política económica, desde la perspectiva del Derecho público. Quiero aprovechar para agradecer a los participantes en aquella jornada todos sus comentarios. Especialmente a Antonio Fortes, a Jorge García-Andrade y a José Luis García de Cal que formaron parte de la mesa en la que se presentó ese trabajo.

Quiero también agradecer a los revisores de este trabajo por sus comentarios y correcciones que me han ayudado a mejorar su resultado.

Abreviaturas: AGE: Administración General del Estado. AIREF: Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. ATC: Auto del Tribunal Constitucional. BCE: Banco Central Europeo. CCAA: Comunidades Autónomas. CE: Constitución Española. EELL: Entidades Locales. EEUU: Estados Unidos de América. FMI: Fondo Monetario Internacional. IPC: Índice de precios al consumo. LOEPSF: Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. PIB: Producto Interior Bruto. RAP: Revista de Administración Pública. RDL: Real Decreto Ley. REDA: Revista Española de Derecho Administrativo. REDC: Revista Española de Derecho Constitucional. RGDA: Revista General de Derecho Administrativo. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional. TECG: Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza. TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. TS: Tribunal Supremo

RESUMEN: La reforma del art. 135 de la CE y la consiguiente incorporación del régimen de estabilidad presupuestaria han impactado en nuestro modelo de Constitución económica. Se ha reforzado el lenguaje macroeconómico presente en la CE: PIB, recesión económica, volumen de deuda pública, déficit público. Por otro lado, la constitucionalización del compromiso de estabilidad presupuestaria preexistente en el nivel europeo ha elevado la integración de España con Europa al máximo nivel y afectado profundamente nuestra política fiscal. El alcance y la vinculatoriedad del nuevo mandato constitucional pueden contrastarse con ocasión de la crisis de la COVID-19. Ello permite analizar las consecuencias y dificultades que plantea su juridificación.

PALABRAS CLAVE: estabilidad presupuestaria; política fiscal; política monetaria; constitución económica; macroeconomía; sostenibilidad.

ABSTRACT: The amendment of Article 135 of the Spanish Constitution (CE) and the subsequent incorporation of the budgetary stability regime have impacted our existing economic Constitution model. The macroeconomic language present in the EC has been reinforced: GDP, economic recession, volume of public debt, public deficit. Additionally, the constitutionalisation in Spain of the pre-existing commitment to budgetary stability at the European level has raised Spain's level of integration with Europe to the highest level and profoundly affected the fiscal policy. The scope and binding nature of the new constitutional mandate can be tested in light of the COVID-19 crisis. This makes it possible to analyse the consequences and difficulties which may arise as a consequence of its juridification.

KEYWORDS: budgetary stability; fiscal policy; monetary policy; economic constitution; macroeconomics; sustainability.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ALGUNOS PRESUPUESTOS DE PARTIDA. 2.1. La economía como sistema. 2.2. La estructural limitación del gasto. 2.3. La sostenibilidad como aproximación holística.—3. ORIGEN Y CONTEXTO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. 3.1. ¿De dónde viene la necesidad de incorporar un límite presupuestario al contenido de la constitución? 3.2. La estabilidad presupuestaria y el euro: conexión con la política económica y con la política monetaria.—4. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL CONTEXTO DEL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL: EL REFORZAMIENTO DE LA PERSPECTIVA MACROECONÓMICA Y SU SOMETIMIENTO A DERECHO. 4.1. El modelo económico constitucional, estabilidad presupuestaria y macroeconomía. 4.2. Marco jurídico básico de la estabilidad presupuestaria: el techo de gasto como punto de partida.—5. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA TRAS LA COVID-19: UNA OCASIÓN PARA REFLEXIONAR SOBRE SU ALCANCE Y DIFICULTADES. 5.1. La crisis de la COVID y sus efectos sobre el presupuesto. 5.2. La cláusula de excepción de la estabilidad presupuestaria. 5.3. Dificultades para la estabilidad presupuestaria y, en particular, para su cumplimiento en situaciones de excepción.—6. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS. 7. BIBLIOGRAFÍA

1. PLANTEAMIENTO

Como es bien sabido, en septiembre de 2011, la Constitución española (CE) fue modificada –con carácter exprés– para dar nueva redacción a su art. 135 CE. Se incorporó al texto constitucional, entre otras cosas, el principio de *estabilidad presupuestaria*. El contexto de la *gran crisis financiera*, como se le conoce, determinó aquella modificación, cuyo destinatario principal entonces fueron los mercados financieros internacionales así como las instituciones europeas e internacionales que, a la postre, terminarían rescatando la economía española bajo la modalidad de un rescate bancario, en mayo-junio de 2012. En aquel momento la situación de la deuda pública española en los mercados financieros internacionales comenzaba a ser preocupante: la prima de riesgo¹ rozaba los 400 puntos básicos y aún llegaría a superar los 600 en mayo de 2012. El nuevo art. 135 CE recogía expresamente, y al máximo nivel constitucional, la garantía de la *prioridad absoluta del pago de la deuda pública*, en un claro intento de tranquilizar a los mercados.

Son, pues, muchas las perspectivas desde las que puede ser abordado el principio de estabilidad presupuestaria, empezando por la perspectiva jurídico-constitucional que analiza la reforma de la CE en 2011 y siguiendo por el estudio de su impacto en la economía española. Este trabajo se centra en el papel que la política económica asigna a la estabilidad presupuestaria, en el marco de la estabilidad económica a la que hace referencia el art. 40.1 CE y del fenómeno que supone la juridificación de la macroeconomía.

Con carácter general, al hablar de *estabilidad presupuestaria* me estoy queriendo referir a la situación de un presupuesto que se diseña y se liquida en condiciones de *equilibrio* (ingresos igual a gastos) o con un *déficit* (más gastos que ingresos) asumible en un tiempo razonable. Es decir, un mayor gasto que se paga vía endeudamiento siendo este calculado en función de la riqueza futura estimada².

En cuanto a la estructura del trabajo, dedicaré, con carácter previo, una primera parte a intentar hacer explícita mi aproximación y comprensión del funcionamiento de la actividad económica.

Posteriormente, daré cuenta mínimamente del propio contenido del art. 135 CE, en el contexto de su interpretación sistemática, en el marco del modelo económico

¹ La expresión “prima de riesgo” alude al sobreprecio que un país ha de ofrecer por encima del precio –o tipo de interés– de referencia del bono alemán para poder colocar sus emisiones de deuda pública en los mercados de deuda internacionales. Se estima que el bono alemán es el “más seguro”, por lo que la *prima* sobre ese precio estaría indicando la confianza que los mercados muestran sobre la solvencia de un país. La prima de riesgo aumenta en la medida en que la inversión implica más riesgo, por ello es un indicador de la fortaleza o debilidad de una economía nacional.

² Desde un punto de vista jurídico, se entiende por estabilidad presupuestaria la que aparece así definida en el art. 3.2 de Ley Orgánica 2/2012, 27 de abril de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (en adelante, LOEPSF); esto es, “la situación de equilibrio o superávit estructural”. El art. 11 concreta, en sentido negativo, en qué consiste el *déficit estructural* como el *déficit ajustado al ciclo*, es decir, “el 0,4 por 100 del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior”.

constitucional, para terminar abordando el papel que el principio de estabilidad presupuestaria tiene en el diseño de la política macroeconómica y del objetivo constitucional de la estabilidad económica, al centrar el foco de atención en el impacto que la reforma constitucional tiene en el Derecho público y en la posición jurídica en que se pueden ver afectados poderes públicos y ciudadanos.

También es importante dar cuenta de lo que no tratará este trabajo, delimitando así negativamente su objeto. No se abordará aquí el debate sobre la oportunidad —o no— de incorporar este precepto en la Constitución ni del procedimiento seguido para ello³. Tampoco abordaré, no al menos con carácter específico, la relevancia que la reforma constitucional tiene sobre el modelo autonómico, aspecto que, hasta la fecha más ha ocupado a la doctrina iuspublicista, tanto en lo que hace a las relaciones Estado-CCAA⁴ como a las implicaciones que puede tener sobre la autonomía local, en particular a la vista de las profundas reformas legales que han afectado a ésta última⁵. Asimismo, este trabajo tampoco aborda las cuestiones relativas al impacto que la aplicación de la estabilidad presupuestaria tiene sobre el modelo del Estado social⁶,

³ La reforma exprés de la Constitución en 2011 fue sin duda merecedora de no pocas críticas. Desde la perspectiva jurídica, véase por todos Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR “De la Constitución “irreformable” a la reforma constitucional ‘exprés’”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 199 y ss. También Pía GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del art. 135 de la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 433-452; Martín BASSOLS COMA, “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *REDA*, núm. 2-155, 2012, pp. 21-41 y Marc CARRILLO “Constitución y control de las finanzas públicas”, *REDC*, núm. 101, 2014, en particular, pp. 24-26. Todos ellos plantean reparos razonablemente fundados al procedimiento seguido. Con todo, el ATC 9/2012 de 13 de enero de 2012 ha convalidado y dado por buena la constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional; véase también Susana RUIZ TARRÍAS, *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2016.

⁴ Al respecto, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico”, *Informe sobre Comunidades Autónomas*, 2016, pp. 77-110; Carlo Alberto CIARALLI, “Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas”, *REALA Nueva Época*, núm. 9, (2018), pp. 60-83. También, muy crítico, Joan PAGÈS I GALTÈS, “Análisis jurídico de la utilización de la estabilidad presupuestaria como límite del principio de autonomía financiera” *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial), 2019, pp. 73-100.

⁵ En el caso de los entes locales, junto con la expresa mención que el art. 135.2 hace al *equilibrio financiero*, y su sometimiento a las exigencias de la LOEPSF, en 2013 fue aprobada, como es de sobra conocido, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. El Tribunal Constitucional ha corregido en varias Sentencias el alcance de algunas de sus reformas, en orden a garantizar la autonomía local frente a algunos excesos del legislador, en concreto las SSTC, 41/2016, de 3 de marzo, 54/2017, 111/ 2016, 93/2017, de 6 de julio, 101/2017 de 20 de julio y 107/2017, de 21 de septiembre. *Vid.* la reflexión de Tomás FONT LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN, anterior a esta jurisprudencia, en “La reordenación de las competencias municipales ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local* 2013, 2014, pp. 8-9.

⁶ Sobre el particular, y especialmente crítico con la reforma, véase Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 439 y ss.

en particular en momentos de crisis, ni la menos explorada perspectiva del impacto sobre el Estado democrático, que también lo tiene, más allá de algunas aproximaciones puntuales a este último aspecto. Por otra parte, la perspectiva relativa a la influencia del Derecho europeo solo se tratará en la medida en que sea necesario para la argumentación.

Por otro lado, el análisis del principio de estabilidad presupuestaria que aquí se va a abordar es solo una parte del contenido del nuevo art. 135 CE. Conviene recordar que en dicho precepto se incorporan otros contenidos, más novedosos incluso que el principio de estabilidad presupuestaria, la limitación al volumen de deuda pública o los límites al déficit público. Concretamente los siguientes:

- a) la previsión de prioridad absoluta para el pago de la deuda, ya mencionada;
- b) la específica forma en que se interpreta la estabilidad presupuestaria para el caso concreto de los entes locales como *equilibrio presupuestario*;
- c) la encomienda al legislador estatal para aprobar una ley orgánica, con las con- siguientes previsiones acerca de su contenido y su correspondiente impacto en el modelo de reparto territorial del poder, y
- d) la propia mención a la Unión Europea en la Constitución Española, con las implicaciones que ello tiene.

Como era previsible, esta importante reforma constitucional ha dado lugar a una abundante reflexión. Inicialmente, fueron sobre todo los constitucionalistas quienes abordaron la cuestión⁷. También los tributaristas⁸, en particular aquellos que se han

⁷ Algunas revistas especializadas dedicaron, al poco de la aprobación de la reforma de la Constitución, sendos números monográficos a analizarla. Así por ejemplo es el caso del núm. 29 del *Teoría y Realidad constitucional*, publicado en 2012. O del núm. 93 de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, publicado en 2011, donde se incluyen algo más de cincuenta páginas con las opiniones de un buen número de constitucionalistas. Estos autores dan ahí respuesta a tres preguntas que la Revista les formula en relación con: a) la base teórica a la que obedece la reforma, b) el procedimiento que se siguió, c) el desarrollo legislativo que habrá de llevarse a cabo, así como d) la oportunidad de llevar a cabo la citada reforma (pp. 159-210).

⁸ Destacan, entre otros, los trabajos de Violeta RUIZ ALMENDRAL, en concreto, “La reforma Constitucional a la luz de la Estabilidad presupuestaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, (2009), pp. 89-159 (conviene apuntar que la fecha que aparece en el número de la revista –ya desaparecida– puede dar lugar a cierta confusión; el artículo se envió y fue aceptada su publicación en febrero de 2012). También Esther MARCO PEÑAS, “Delimitación del sector público y estabilidad presupuestaria”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 12, 2019, pp. 219-243; M.^a Luisa ESTEVE PARDO, “El impacto del principio de estabilidad presupuestaria sobre los Gobiernos locales”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2012, número dedicado a “Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?”, pp. 153-172; Fernando DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, 2012, pp. 21-48; Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, en Diego LÓPEZ GARRIDO (dir.) y M.^a Luz MARTÍNEZ ALARCÓN (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El art. 135 de la Constitución española*, CEP, Madrid, 2013, pp. 131-171 y Álvaro RODRIGUEZ BEREIJO, *La Constitución fiscal de España*, CEP, Madrid, 2015 y más recientemente, del mismo autor, “Una

dedicado más a los temas de derecho presupuestario –área, en principio, ocupada por esta disciplina, por más que la propia autonomía de la materia respecto del derecho administrativo sea dudosa⁹– han escrito sobre el tema, en especial, aunque no solo, en relación con los problemas de financiación autonómica. En el campo del derecho administrativo también se han publicado algunos análisis¹⁰. No obstante, y salvo excepciones, el asunto no ha suscitado un especial interés entre los administrativistas. Y aún son escasos los trabajos que, desde el Derecho público, se centran en el impacto que esta reforma tiene en la configuración del modelo económico constitucional y en la determinación de la política económica y su sometimiento al derecho, como aquí se pretende.

Ciertamente el impacto y alcance que el principio de estabilidad presupuestaria tuvo en el momento de su incorporación a la Constitución y que sigue teniendo es grande,¹¹ tanto política como jurídica y económicamente. Por otro lado, la situación concreta que se ha planteado, tanto en nuestro país como a nivel mundial, con ocasión de la pandemia de la COVID-19, ofrece la oportunidad de observar desde una perspectiva renovada el alcance de las obligaciones que se derivan de este mandato constitucional. La emergencia y excepcionalidad de la situación, así como la necesidad de tomar decisiones de gasto extraordinario para abordar la crisis sanitaria¹², no debiera confundirnos en cuanto a la vigencia del principio. En mi opinión, el princi-

perspectiva constitucional del control del gasto público”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 58 2018, pp. 229-244. Susana RUIZ TARRÍAS, *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2016.

⁹ Sobre el particular, y entre otros, véase José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 155.

¹⁰ Destaca en este sentido el trabajo de Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *RAJ*, núm. 187, 2012, pp. 31-66. También Martín BASOLS COMA, “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *REDA*, núm. 2-155, 2012, pp. 21-41, y Antonio MARTÍ DEL MORAL, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en Luis COSCULLUELA MONTANER, Luis MEDINA ALCOZ (dirs.) y María HERNANDO RYDINGS (coord.), *Crisis económica...*, *op. cit.*, pp. 271-291. Trabajos todos ellos publicados en 2012. Sobre los aspectos institucionales, véase M. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, “Conseqüències institucionals de la limitació del deute públic a les comunitats autònomes i als Länder. Una anàlisi comparada dels mecanismes de control de l’estabilitat pressupostària a Espanya i Alemanya”, *Revista d’estudis autonòmics i federals* núm. 20, 2014, pp. 74-213.

¹¹ Así apunta con acierto GARCÍA-ANDRADE, al señalar su “[p]otencial transformador sobre la regulación del Estado social y del derecho tributario”, Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La aplicación del principio constitucional de estabilidad presupuestaria a las entidades locales”, Luis COSCULLUELA MONTANER, Luis MEDINA ALCOZ, (dirs.) y María HERNANDO RYDINGS (coord.) *Crisis económica y Reforma del Régimen Local*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, p. 307.

¹² El 15 de junio de 2020, El País publicaba una entrevista a Kristalina Georgieva, directora gerente del FMI, en la que afirmaba: “[a]hora mismo el foco debe estar en salir de esta crisis con las mínimas cicatrices. Ustedes no oyen al FMI decir esto a menudo: gasten. Pero es lo que estamos diciendo a los Gobiernos: *gasten tanto cuanto puedan*, aunque guarden los recibos, asegúrense de que se rinden cuentas de cómo se usa el dinero. Y asegúrense también de que las medidas son temporales y tienen objetivos concretos”.

pio de estabilidad presupuestaria ha venido para quedarse; no se ha ido y reaparecerá para plantear sus exigencias en el momento en que la emergencia surgida en 2020 comience a controlarse, algo que ocurrirá antes o después.

2. ALGUNOS PRESUPUESTOS DE PARTIDA

2.1. La economía como sistema

La primera premisa es una aproximación de contenido principalmente económico: en concreto, que la *economía funciona como un sistema*. Aunque resulte una obviedad, creo que es importante recordarlo en este momento inicial. Esta consideración –generalmente aceptada en la ciencia económica– se encuentra en el sustrato de algunas de las conclusiones que más adelante se alcanzarán. No pretende ser una afirmación de carácter “experto”. Es en parte resultado de la propia observación de la realidad, pero también del bagaje acumulado de los conocimientos teóricos en los que se asienta, con carácter general, la ciencia económica¹³. Por otro lado, y entre otras cuestiones, esta consideración, que arranca de la aplicación de la Teoría General de Sistemas a la economía, ha facilitado el uso de las matemáticas más avanzadas así como de la computación en la moderna ciencia económica. Precisamente el uso de las matemáticas, junto con el avance tecnológico en el área de la computación por parte de la ciencia económica, dota de carácter *científico* a sus propuestas, lo que en ocasiones logra eclipsar su condición de ciencia social, esto es, de ciencia que estudia el comportamiento humano.

Volviendo a la afirmación inicial: la economía es un sistema y además es un *sistema abierto*. Esto es, sus distintos elementos –o subsistemas– interaccionan entre sí y con el “ambiente”, lo que da lugar a procesos de retroalimentación. Así, la mal llamada “economía real” –por contraposición a la economía financiera, que dicho sea de paso, también es real– incide en la marcha de la economía financiera. Cuando aquella crece, aumentan la riqueza, el ahorro y la inversión, lo cual impacta positivamente en los mercados financieros –bancarios y bursátiles–. Y al contrario, la recesión de la “economía real” se traduce en aumento de la morosidad, baja demanda de financiación, etc. Igualmente la economía financiera impacta y condiciona la “economía real”, al determinar uno de sus factores de producción más relevantes: el coste de la financiación (medido en términos de tipo de interés).

Lo mismo puede sostenerse en relación con las interacciones entre la llamada economía privada y la economía pública, esto es, entre el sector privado y el sector público. A través de múltiples instrumentos bidireccionales, uno y otro sector encadenan sus efectos. Así, el nivel de la presión tributaria o el volumen del gasto público no solo pueden ser analizados desde la perspectiva del funcionamiento y evolución del sector público (incluido su cumplimiento o no de los compromisos de deuda y

¹³ Gregory MANKIWI, *Macroeconomía*, 8.ª ed., trad. de Esther RABASA, Bosch, Barcelona, 2014.

déficit público, es decir de la estabilidad presupuestaria) sino desde sus efectos sobre la economía privada, ya sea como factores de impulso¹⁴ o, en su caso, de recesión, incluido el efecto *crowding out*¹⁵.

Igualmente, si observamos el fenómeno del sistema económico desde su perspectiva territorial e incorporamos a su análisis el factor de la globalización económica y de sus interacciones, la conclusión acerca de funcionamiento sistémico se acentúa más si cabe.

La condición de sistema abierto, antes citada, del sistema económico implica además que es especialmente sensible al impacto de fenómenos no estrictamente económicos, como la política, la estabilidad institucional, los desastres naturales y, de forma cada día más importante, al cambio climático, entre otros muchos. Esta afirmación queda hoy constatada al observar el impacto de la crisis sanitaria global en la economía mundial.

Particularmente relevante, en el contexto de esta reflexión, es la interacción entre la bien llamada *política monetaria*¹⁶ y el sistema económico en su conjunto. Así como también entre el subsistema financiero¹⁷ y la “economía real”, ya mencionada.

¹⁴ A comienzos de otoño, en 2019, no era raro oír y leer comentarios acerca del impacto económico de la política de estímulos de 40.000 millones de euros que hizo público la canciller Angela Merkel el pasado 20 de septiembre de 2019, para potenciar un ambicioso plan de medidas ambientales.

A nivel estatal, en junio de 2020 –por poner un ejemplo– se habla de la *Renta Mínima Vital*, aprobada por el Congreso, no solo como una medida de “justicia social” también como lo que los economistas llaman un *estabilizador automático* de la demanda, en la medida en que esos recursos revierten en el sostenimiento del gasto de la familias con efectos sobre el sector privado e, indirectamente también, sobre el sector público. Las ayudas para la compra de vehículos, recientemente anunciada por el Gobierno, sería otro ejemplo de cómo el gasto de sector público incide en la evolución del sector privado.

¹⁵ El efecto *crowding out* hace referencia al desplazamiento de la deuda privada en favor de la deuda pública. La rentabilidad y el menor riesgo que ofrecen los títulos de deuda pública los hace más interesantes para los inversores financieros, alejando así su interés en financiar a los inversores privados, que de ese modo encuentran encarecida y escasa la financiación en los mercados de valores. En este sentido, sector privado y sector público compiten por hacerse con la financiación que los mercados financieros ofrecen. La deuda pública, habitualmente, gozará de mejor calificación crediticia que la privada.

¹⁶ Al calificar como *política*, me estoy refiriendo al hecho de que en materia monetaria el comportamiento del mercado monetario está determinado inicialmente por decisiones *políticas*, esto es, de un poder público, y no como el resultado del encuentro entre la oferta y la demanda. Son los bancos centrales quienes operan a estos efectos como un poder público centralizado con capacidad para determinar por sí mismos la cantidad y precio del bien comercializado: su moneda nacional. A partir de ahí se desarrolla el mercado de divisas. Sobre las funciones de los bancos centrales, ver por todos, Charles GOODHART, *The Evolution of Central Bank*, Londres, 1988. También, Rosa M.ª LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

La reciente salida de Mario Draghi de la Presidencia del BCE ha ofrecido una interesante oportunidad para leer no pocos comentarios en la prensa especializada acerca de su función y del modo en que ha desempeñado su presidencia en los convulsos años de la crisis y después. Resulta interesante –y también algo inquietante– leer la entrevista a Luis de Guindos, actual vicepresidente del BCE, y sus reflexiones publicadas en *El País* el 26 de octubre de 2019, acerca de la “política en un banco central” y su interferencia.

¹⁷ Habla de esta interacción Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en “Sistema bancario y crédito”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Derecho Administrativo económico* (vol. II), La

Este aspecto o presupuesto es esencial en esta aproximación al concreto objeto de estudio del presente trabajo. De hecho, la reforma de la Constitución en 2011 trae fundamentalmente causa de la creación del euro y de las funciones que en materia de política monetaria han quedado transmitidas en favor de BCE a partir de 2001, como institución independiente¹⁸ respecto de los Estados miembros y del resto de instituciones europeas¹⁹.

El dinero, como bien intercambiado en el mercado financiero, es, hoy por hoy, un bien que se gestiona bajo un régimen de monopolio público cuyo operador es, en la mayoría de casos, el banco central de cada país. Su precio y cantidad se determinan en función de criterios técnico-políticos y no como resultado del encuentro de oferta y demanda, sin perjuicio del papel asignado por el sistema al llamado “mercado de divisas”²⁰. El impacto de estas decisiones –incluso la mera sospecha o expectativa acerca de ellas²¹– es directo sobre los mercados bursátiles y financieros, que toman como elemento de referencia el precio del bien-dinero (esto es, el tipo de interés)²².

Ley, Madrid, 1991, p. 93.

¹⁸ La referencia a la *independencia* del BCE lo es sin perjuicio de la coexistencia de vías o mecanismos de vinculación al poder público, aunque sea de efecto ciertamente restringido (designaciones o nombramientos sin facultades discrecionales de cese). En general sobre las Administraciones Independientes, me remito a Mariano MAGIDE HERRERO, *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.

¹⁹ Tomando la expresión de MARTÍN-RETORTILLO, ésta –la estabilidad presupuestaria– llega en cierto modo *arrastrada* de la política monetaria, tras la creación del euro. En 1975, MARTÍN-RETORTILLO utilizaba la expresión para explicar cómo la política monetaria del Banco de España acabó “arrastrando” hacia sí la regulación bancaria, véase *Crédito, banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 38.

²⁰ El dinero, en tanto que *bien* intercambiado, determina su precio en el contexto de un mercado muy peculiar, en el que la oferta es resultado de la decisión de un único oferente (su banco central), lo que le otorga el control del precio (tipo de interés) mediante la fijación de la cantidad de dinero en circulación. En la medida en que la moneda nacional se intercambia además en el mercado internacional de divisas, las decisiones que cada banco central adopta han de considerar el efecto que tiene en la moneda la solvencia de la economía del país que representa. Sobre la historia del dinero y del mercado monetario, véase Charles P. KINDLEBERGER y Robert Z. ALIBER, *Manías, pánicos y cracs: historia de las crisis financieras*, traducción de B. RIBERA DE MADARIAGA, Ariel, Barcelona, 1991.

²¹ Es paradigmático en este sentido citar el impacto inmediato que tuvieron sobre el mercado de deuda las palabras de Mario Draghi en 26 de mayo de 2012, cuando afirmó: “haré todo lo que sea necesario para evitar la ruptura del euro y créanme será suficiente”. Aún tardaría un tiempo en poner en marcha el programa de expansión cuantitativa (QE, *Quantitative Easing*, en sus siglas en inglés) y el de compra de activos (deuda pública) por parte el BCE. Pero desde ese día, las tensiones en el mercado de deuda comenzaron a rebajarse.

²² Los actuales intentos por crear monedas “apolíticas”, esto es, desvinculadas de un poder central, como es el caso del *bitcoin*, tienen a fecha de hoy una presencia residual en los mercados financieros. En un futuro, quién sabe. Así por ejemplo, la pretensión de *Facebook* de poner en marcha una moneda propia –la *libra*– ha puesto en alerta a los reguladores monetarios. De momento, el proyecto está parado. Probablemente no por mucho tiempo.

Ives Mersch, miembro del Consejo de Ejecutivo del BCE, en una conferencia impartida el 2 de septiembre de 2019, alertaba sobre los riesgos de este tipo de iniciativas –en referencia al proyecto *libra*– y de la necesidad de garantizar la seguridad y estabilidad del sistema financiero. El texto de la conferen-

Pues bien, este funcionamiento sistémico de la economía –esquemáticamente expuesto– y la fuerte vinculación entre *política monetaria*, sistema financiero, deuda pública y, como expondré, el cumplimiento de los presupuestos del principio de estabilidad presupuestaria, configuran uno de los aspectos más importantes en esta aproximación de carácter previo. Dicho funcionamiento es, por otra parte, manifestación evidente de ese carácter abierto del sistema económico y de la interacción entre la “política” – en particular, la monetaria, aunque no solo–, el derecho y la economía.

2.2. La estructural limitación del gasto

Podría resultar ingenuo recordar la que sería la segunda idea o presupuesto de partida: *no se puede gastar más de lo que se tiene*²³, si no es asumiendo el riesgo de una probable insolvencia. Ya sea en el ámbito privado como en el público, en el doméstico como en el empresarial, la responsabilidad y la prudencia exigen tomar en consideración esta *restricción* de partida. Ciertamente es que ello no impide el endeudamiento en las condiciones razonables de devolución, como experimentan cada día empresas y economías domésticas, en el bien entendido de que “lo que se tiene” puede calcularse y *actualizarse* incluyendo el ahorro del futuro. En definitiva, aquello que determina la capacidad de endeudamiento en el momento presente.

El sobreendeudamiento –a nivel privado y público– genera graves dificultades a quienes lo sufren –deudores y acreedores– y sus implicaciones económicas y sociales trascienden, interactuando nuevamente entre sí en el contexto sistémico de la economía –entre lo privado y lo público; lo financiero y lo “real”–. En los años anteriores, los rescates bancarios han sido la manifestación más visual del problema²⁴.

Más allá del sentido común que, entiendo, subyace en la anterior afirmación, lo cierto es que la percepción acerca de los riesgos respectivos del sobreendeudamiento en el ámbito privado y en el ámbito público no son los mismos ni del mismo modo evidentes²⁵.

cia puede consultarse en: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp190902-aedded9219.en.html>.

Este tipo de iniciativas evocan las tesis de Friedrich HAYEK, en *La desnacionalización del dinero*, traducción de LIANO, Instituto de Economía de Mercado Unión Editorial, Barcelona, 1983, donde propone la eliminación del sistema de monopolio público para la creación de moneda en manos de los bancos centrales y su sustitución por un sistema de competencia de mercado, donde los emisores de moneda compitan entre sí, en función de la solvencia de cada uno.

²³ Como han recordado Javier GARCÍA ROCA y Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, “nadie puede pagar lo que no tiene”, véase *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2013, p. 248.

²⁴ El 2012, el rescate del sistema bancario español, llegó a resultados de una profunda situación de impagos y morosidad de deudores que se sobreendeudaron o, visto desde el otro lado, de una situación en la que los prestamistas infraestimaron el riesgo crediticio.

²⁵ Ver en este sentido, Álvaro RODRIGUEZ BEREIJO, *La Constitución fiscal...*, op. cit., pp. 79-89.

En el caso del sobreendeudamiento privado, las consecuencias son claras: el impago, la insolvencia, el empobrecimiento..., incluida la morosidad trasladada y contagiada al conjunto del sistema bancario cuando dicho sobreendeudamiento se hace sistémico²⁶.

Sin embargo, en el caso del sobreendeudamiento público, la percepción que en ocasiones existe de que los recursos del sector público son casi-inagotables²⁷ está, a mi juicio, en la base de algunas aproximaciones muy críticas con las limitaciones que impone la estabilidad presupuestaria²⁸. Entre nosotros, quizá la falta de memoria de la historia, el hecho de que hayamos olvidado que la Hacienda Pública española ya quebró en más de una ocasión, ahonda en esta percepción. Es cierto que, con sus vaivenes, el crecimiento económico de los últimos 40 años en España, así como el desarrollo del sistema tributario y de las técnicas administrativas para su eficaz aplicación²⁹, han servido de fundamento para un aumento del gasto público como no se había conocido antes. Y, en consecuencia, para la puesta en marcha de un modelo político-social en el que los derechos sociales –con sus carencias, por supuesto– se han podido costear razonablemente.

La crisis económica trajo nuevamente a la memoria y permitió contrastar con la realidad que también los Estados pueden quebrar –Grecia, Malta, Islandia...–. De repente, nos hemos encontrado con el problema del *sobreendeudamiento*, en este caso de los poderes públicos, y de las dificultades para pagar la deuda pública. Dificultades

²⁶ Tanto es así que junto con las respuestas jurídico-privadas, el Derecho público ha reaccionado imponiendo obligaciones de información y transparencia que recaen sobre las entidades financieras a favor de los tomadores de créditos en la fase precontractual, con objeto de limitar y condicionar la concesión de créditos al consumo o hipotecarios. De este modo se da la paradoja de que quien otorga el crédito se ve obligado a ponerse en el lugar del cliente y velar por sus intereses (por los del cliente). El carácter tuitivo de este tipo de normas está afectando a la relación jurídico-privada de ciertos contratos y la posición de las partes en dichos contratos (derecho privado) así como al papel que el Derecho público sectorial se reserva para controlar y ordenar la actividad de las entidades de crédito y financiación.

Normas como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo y, la más reciente, Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario son ejemplos de esta marcada tendencia, de la que no es ajena ni el Derecho europeo ni la tarea llevada a cabo en los últimos años por los Tribunales. Sobre el particular, cabe mencionar los trabajos publicados en los últimos años por Matilde CUENA CASAS, en particular la obra colectiva dirigida por ella *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable*, ed. Thomson-Aranzadi, 2017 y las colaboraciones ahí publicadas. También, de Matilde CUENA CASAS, “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento el mercado de crédito”, *InDret*, 3/2017.

²⁷ En sentido contrario, Stephen HOLMES y Cass R. SUSNSTEIN, *The cost of Rights. Why liberty depends on Taxes*, Norton & Co, Nueva York, 1999. Está traducido al castellano *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p.153, para quienes “tomar en serio los derechos equivale a tomar en serio la escasez”.

²⁸ Esta podría ser, entre otros argumentos de fondo, la idea que está en la base de tesis como las de Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, tremendamente críticas con las implicaciones que trae consigo el principio de estabilidad presupuestaria.

²⁹ Incluso antes, desde la puesta en marcha de las políticas de *estabilización* a partir de 1959.

agravadas, en el caso de los países de la eurozona, al carecer de moneda propia y no disponer ya del recurso a la devaluación y otras herramientas de política monetaria

Por otro lado, la receta de “subir los impuestos” para mantener el nivel de ingresos y reducir deuda, no puede obviar algo apuntado en el apartado anterior: la interacción de la economía privada y pública y los límites que ello implica. Tampoco los recursos tributarios son infinitos³⁰.

Es cierto, no obstante, que existe, en el caso de las finanzas públicas, un factor distorsionante de la percepción sobre la financiación del gasto público. Me refiero al papel que la política monetaria puede llevar a cabo en relación con la “deuda pública”. Esto es, la llamada “monetización de la deuda pública”. Esta se produce cuando el banco central correspondiente compra deuda pública, la retira de mercado e “inyecta”, de ese modo, dinero en el sistema, convirtiendo la deuda pública en dinero³¹. Es un mecanismo habitual en el funcionamiento de los Bancos Centrales, en el ejercicio de su función de control de precios³². Este modo de operar de los Bancos Centrales facilita que se genere la percepción, antes señalada, de que el poder público puede “crear” dinero de la nada con el que financiar *ilimitadamente* sus gastos. Nuevamente los efectos sistémicos sobre la economía serán significativos. El primero y principal será la inflación, algo que directamente incide en la economía privada y en la renta

³⁰ Como sabemos, la discusión política en este punto es intensa entre quienes sostienen recetas de bajada de impuestos para aumentar la recaudación con fundamento en la llamada *curva de Laffer*, medida propuesta desde los planteamientos liberales y quienes niegan dicho efecto. El tema suele, cada tanto, salir a la luz pública. Así, por ejemplo, ocurrió con el aumento de la recaudación que habría tenido lugar en Andalucía tras la bajada de impuestos que allí se adoptó por el gobierno de PP-Cs en otoño de 2019. La cuestión reside en saber si ese aumento fue resultado –o no– de las medidas tributarias o si responde a la confluencia de otros factores. Nuevamente, aparece la complejidad de las interacciones entre distintos factores y la dificultad de recetas simples. Y al contrario, la receta de subir los impuestos para equilibrar el presupuesto puede ser la solución... o no.

³¹ Sobre el particular, ver el interesante trabajo de Alberto RUIZ OJEDA “Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC. (A propósito de la jurisprudencia *Pringle-Gauweiler-Weiss* del TJUE)”, publicado en el num. 2/2020 de *Indret*. En él se da cuenta con detalle del fenómeno de monetización de la deuda y de sus consecuencias jurídicas, políticas y económicas. También, Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la decisión OMT”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 119-163 y del mismo autor, “El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho”, en M.ª Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de derecho*, 2014, Cizur Menor (Navarra), pp. 151-320. Y más recientemente, Agustín José MENÉNDEZ, “¿Qué clase de Unión es ésta? A vueltas con la saga *Gauweiler*”, *REDC*, núm. 11266, 2019, pp. 269-299.

³² Por cierto, un instrumento en principio prohibido en el caso del BCE en virtud de lo dispuesto en los arts. 123 y 124 del TFUE. A pesar de lo cual, el BCE ha recurrido a mecanismos alternativos con una función semejante. Recordemos el efecto en los mercados de la *frase* de Draghi pronunciada el 26 de julio de 2012: “de acuerdo a nuestro mandato, el BCE está dispuesto a hacer lo que sea necesario para preservar el euro. Y créanme, será suficiente”. Posteriormente esta afirmación quedó confirmada con la puesta en marcha de las llamadas Operaciones Monetarias de Compraventa (OMC, esto es, compras de bonos condicionadas a la aplicación de determinadas reformas para los países rescatados y España) y más adelante, a partir de marzo de 2015, por el programa de compras de activos, conocido como QE –*expansión cuantitativa*–, destinado a impulsar la recuperación económica. Sobre el particular, me remito al trabajo de Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “El sistema monetario...”, *op. cit.*, pp. 151-320.

de las personas (más inflación, menos renta en el bolsillo de los ciudadanos: lo que lo convierte en un *impuesto encubierto*, que ninguna ley tributaria regula directamente, ni respeta principio alguno del derecho tributario). Y el segundo, la pérdida de credibilidad de las economías nacionales que monetizan su deuda en el panorama de los mercados internacionales de divisas.

En definitiva, ninguna decisión es, pues, neutra en sentido económico. Todas, privadas y públicas, impactan en el sistema, generando reacciones, ya positivas, ya negativas, o de los dos tipos, depende dónde se coloque el foco. En todo caso, la consideración de que los recursos son escasos (recordemos aquello de que la economía es la ciencia que estudia las decisiones humanas para la optimización de recursos escasos) sobrevuela sobre cualquier decisión de carácter económico –pública o privada– o con impacto sobre la economía³³.

Por lo que aquí respecta: el gasto público de un país estará en todo caso limitado al poder adquisitivo de la economía de dicho país, incluida su capacidad de financiarse en el futuro. Es decir, el gasto público –al igual que el privado– se encuentra estructuralmente limitado. Cuál sea el alcance –económico y jurídico– de esas limitaciones, con relación al *déficit público* y a la *deuda pública*, es ya otra cuestión.

2.3. La sostenibilidad como aproximación holística

Un tercer elemento apriorístico de esta aproximación tiene que ver con el nuevo paradigma de la *sostenibilidad*. La sostenibilidad es, por otra parte, efecto y consecuencia del carácter sistémico y de sistema abierto de la economía.

Por primera vez el nuevo art. 135 CE ha incorporado esta expresión a la Constitución. Su apartado 4 la utiliza al tratar de los supuestos en los que será posible incumplir los “límites del déficit estructural y de volumen de deuda pública”, en referencia al caso de que “perjudiquen considerablemente [...] la sostenibilidad económica o social del Estado”.

El concepto de *sostenibilidad* es uno de esos conceptos que se ponen de moda, lo que no significa que se trate de una idea que carezca de sentido. Antes al contrario, ya que está cargado de realismo, razonabilidad y prudencia³⁴, y está alineado, sin duda, a la satisfacción de los intereses generales. La preocupación por la *sostenibilidad* apareció inicialmente en el ámbito de la protección medio ambiental y del uso de los recursos naturales, significativamente, en el uso de la energía proveniente de

³³ Las normas reguladoras sectoriales que imponen obligaciones a los operadores –p.ej. imponer a los bancos obligaciones de control y prevención de blanqueo de capitales– llevan consigo gastos e inversiones que no se dedican a otros destinos (efecto del coste de oportunidad), impactando así en su estructura de costes y beneficios.

³⁴ Hace ya un tiempo José ESTEVE PARDO publicaba un sugerente artículo de prensa –ahora rescatado– que tituló “¿Es sostenible el Estado social?”, en *El País*, aparecido el 24 de octubre del 2013.

fuentes no renovables³⁵. Pero lo cierto es que los objetivos de equilibrio, estabilidad, permanencia y durabilidad que subyacen en el fenómeno de la *sostenibilidad* en el caso de los recursos naturales han ido paulatinamente trasladándose a otros ámbitos. En particular y durante los años duros de la crisis, lo ha hecho al ámbito financiero, para el sector bancario, objetivo prioritario de las primeras grandes reformas³⁶, tanto a nivel internacional como europeo y nacional.

La expresión sostenibilidad se ha convertido en un “tópico” de importancia y presencia creciente en todos los ámbitos³⁷, políticos, económicos, sociales, académicos³⁸ y, cada vez más, también jurídicos.

Volviendo al derecho español y junto con la previsión constitucional del art. 135.4 CE citado, esta expresión ya dio nombre, en 2011, a un proyecto normativo de vocación integradora como fue la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible³⁹. Meses después, en septiembre, el nuevo art. 135 CE incorporó la expresión a nuestra norma fundamental. Por su parte, la LOEPSF, que desarrolla el art. 135 de la CE, no solo incorpora la expresión en su título, también lo adjetiva, en referencia a la *sostenibilidad financiera* para el caso de las finanzas públicas. De este modo da un paso más allá de la estabilidad presupuestaria. Puede decirse que el objetivo de la

³⁵ Es significativo que exista ya una Dirección General –la de sostenibilidad de la costa y el mar–, dependiente del Ministerio de Transición energética, que haya incorporado la expresión a su denominación. La adopción de la expresión alude ya a un planteamiento concreto y una orientación de las políticas públicas en ese ámbito. Imágenes no muy lejanas, como las del Mar Menor en otoño de 2019 con millones de peces muertos en sus orillas, dan cuenta de la necesidad de planteamientos de sostenibilidad, en concreto, en el ámbito de las costas y los mares.

³⁶ En un trabajo que publiqué hace unos años, apuntaba ya en esta línea, véase “Transformaciones en la regulación bancaria: una perspectiva desde el Derecho público”, en José Luis COLINO MEDIAVILLA y José Carlos GONZÁLEZ VÁZQUEZ (dirs.), *Las Cajas de Ahorro y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, Comares, 2014, pp. 113-145.

³⁷ Destacan en este sentido, los llamados 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) que la ONU aprobó en 2015 con la mira puesta en 2030. El adjetivo “sostenible” aparece vinculado al uso de los recursos naturales (agricultura, agua, energía, océanos, mares y recursos marinos, bosques) y las estructuras de la vida actual, desde las ciudades a las industrias. Puede consultarse: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>.

³⁸ A modo ejemplo, cabe destacar el *Sustainability Science Program* del Mossavar-Rahmani Center for Business & Government, de la Harvard Kennedy School y las iniciativas de investigación que promueve, inicialmente centradas en los aspectos medioambientales de los países en vías de desarrollo, pero que cada vez más ensancha su mirada al conjunto de la acción humana como pone de manifiesto el trabajo de William C. CLARK y Alicia G. HARLEY, *Sustainability Science: Towards a Synthesis*. Sustainability Science Program Working Paper 2019-01. Sustainability Science Program, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Cambridge, MA. <https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/sustsci/files/SSP2019-01.pdf>.

Para estos autores, “*sustainability science draws from a great variety of perspectives including traditional and practical knowledge, ecology and economics, engineering and medicine, political science and law, and a multitude of others*”. Todo ello compone una ambiciosa visión holística de la realidad y una metodología de análisis.

³⁹ Con todo quizá, en aquellas fechas, a la pretendida vocación integradora y sistémica de la Ley había que añadir la necesidad de “vender” o hacer bueno un proyecto político de reformas frente a la crisis que, en otras circunstancias, hubiera encajado bajo el título habitual de *Ley de Medidas*.

sostenibilidad –que la Exposición de Motivos de la LOEPSF califica como principio rector– busca una estabilidad presupuestaria permanente o, al menos, a medio plazo y, en todo caso, más allá de la anualidad presupuestaria. Es en realidad un objetivo más ambicioso que el exigido por el art. 135 CE. Como dice en su art. 1, se plantea “como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo”⁴⁰. Se trata, además, de una sostenibilidad distinta de la del art. 135. 4 CE, pues allí se la califica de “económica o social del Estado”. En ese mismo sentido se menciona también en el art. 11.3 de la LOEPSF, desarrollando el supuesto que permitirá excepcionar el rigor de la estabilidad presupuestaria, en los casos de “catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones Públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social”. La LOEPSF, no obstante, fija las condiciones en las que esta cláusula podrá ser aplicada y *juridifica* un nuevo concepto económico, el de “recesión económica grave”, cuya determinación queda vinculada a los parámetros formulados por la normativa europea. Por otra parte, añade un límite a la excepción: la “desviación temporal no puede poner en peligro la *sostenibilidad fiscal* a medio plazo”. Aparece así otro tipo de sostenibilidad: la fiscal, y lo hace en esta ocasión como límite, a su vez, de la *sostenibilidad económica y social*.

Sostenibilidad ambiental, sostenibilidad de los recursos naturales, sostenibilidad energética, sostenibilidad financiera⁴¹, sostenibilidad económica, sostenibilidad fiscal, sostenibilidad social..., son facetas de una visión sistémica de la sostenibilidad en relación con la acción humana sobre su entorno. En particular la última, la sostenibilidad social, cobra fuerza en contextos de crisis humanitarias... y sanitarias. Son ya muchos los centros de investigación y expertos que trabajan y reflexionan en este ámbito⁴².

La aproximación a una sostenibilidad sistémica, que incorpore la consideración conjunta de aspectos medioambientales, económico-financieros y sociales aparece como el próximo reto metodológico. La perspectiva de la sostenibilidad añade a los análisis de todo tipo la *variable temporal*, construida mediante estimaciones elaboradas a partir de datos actuales. La generalización de indicadores que miden los más

⁴⁰ Conectaría en este sentido con el art. 40.1CE y el mandato que ahí se contiene dirigido a los poderes públicos que “promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. De hecho, para algunos autores existe una fuerte vinculación entre este art. 40.1 y el nuevo art. 135, incluso al punto de apuntar que la estabilidad presupuestaria estaría ya en el art. 40.1. Véase *infra* nota 68.

⁴¹ Como una manifestación más de esta preocupación, existe en marcha una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles, COM/2018/353 final.

⁴² Así, por ejemplo y por seguir con Harvard, El *Mossavar-Rahmani Center for Business & Government*, de la *Harvard Kennedy School*, ha puesto en marcha un programa de investigación sobre *COVID-19 and the Economy* (accesible: <https://www.hks.harvard.edu/centers/mrcbg/programs/covid-19>).

complejos parámetros⁴³ y las metodologías de cálculo avanzadas que la computación actual permite, nos aproximan a la posibilidad de contar con este tipo de herramientas que faciliten la toma de decisiones que incluyan esta visión sistémica y holística.

En este sentido, en mi opinión, en el trasfondo del art. 135 CE y de sus implicaciones⁴⁴, aparece la idea de *sostenibilidad* como objetivo a medio y largo plazo. Ello obliga a hacer una aproximación dinámica del mandato de estabilidad presupuestaria, en el sentido de estabilidad sostenida en el tiempo. Pienso que en el futuro habremos de dedicar más atención a esta cuestión, en particular por lo que tiene de conexión con el principio democrático desde la perspectiva intergeneracional.

3. ORIGEN Y CONTEXTO DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

3.1. ¿De dónde viene la necesidad de incorporar un límite presupuestario al contenido de la Constitución?

La preocupación por atender los problemas derivados del gasto público, del déficit público, del presupuesto..., en definitiva, de las finanzas públicas, está lejos de ser una novedad en el panorama constitucional comparado e histórico. Se trata además de un problema particularmente espinoso en el caso de los Estados compuestos –EEUU, Alemania y ahora la UE⁴⁵–.

La disciplina –o, en su caso, la indisciplina– en materia de gasto, la necesaria solidaridad entre las partes de los Estados compuestos, los posibles rescates ante situaciones de insolvencia... son elementos que históricamente han aparecido y han formado

⁴³ Así por ejemplo, se alcanzaron las conclusiones en relación con los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio propuestos por la ONU en 2000. Véase el informe de 2015 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio, elaborado a partir de los datos que suministra la United Nations Statistical Commission (accesible: <https://unstats.un.org/unsd/statcom/>). Sobre el uso de indicadores como instrumento para la adopción de decisiones, ver: Kevin. E. DAVIS, Angelica. FISHER, Benedict KINGSBURY y Sally E. MERRY, *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, 2012. Posteriormente, este mismo grupo de investigadores ha publicado: Sally E. MERRY, Kevin. E. DAVIS. y Benedict KINGSBURY (eds.) *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*, Cambridge University Press, 2015.

⁴⁴ En su trabajo, “La garantía del Estado frente a la crisis económica”, publicado en *RAP*, núm. 2016, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ ya se refiere *al principio constitucional de sostenibilidad económica como límite a la garantía del Estado*, pp. 120-129. Desde otra perspectiva, principalmente económica, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ también utiliza este concepto en “Reflexiones sobre a la sostenibilidad de los servicios públicos”, *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

⁴⁵ Resulta especialmente esclarecedor el trabajo de Josu DE MIGUEL BÁRCENA, “Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva Constitución económica del riesgo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26, julio-diciembre, 2016 y el interesante recorrido que hace de la experiencia norteamericana en el s. XIX y el modo en que se resolvieron en EEUU las tensiones entre las finanzas estatales y la hacienda federal. El resultado llevó a la incorporación de “frenos legales al endeudamiento” en las Constituciones de los Estados, ya a mediados del s. XIX (p. 29, versión accesible en internet).

parte de las cuestiones políticas complejas. Afectan tanto al principio democrático⁴⁶ como al principio autonómico, resultando ser una exigencia de la eficacia del funcionamiento político y económico de los Estados.

Desde este punto de vista, y aunque la *crisis* haya sido la “ocasión” para que el principio de estabilidad presupuestaria haya pasado a un primer plano constitucional en el derecho español, para nada estamos ante una cuestión novedosa ni ante un problema derivado de la “desregulación”, como algunos han querido ver.

En este sentido, el caso alemán resulta significativo. En 2009, modificó su norma constitucional e incorporó reglas relativas a la estabilidad presupuestaria que han servido de orientación para nuestra reforma⁴⁷.

La inclusión en un texto constitucional de un mandato limitativo dirigido a los poderes públicos en materia presupuestaria no es una novedad ni un hecho aislado⁴⁸, siendo particularmente relevante en el caso de los Estados compuestos, como he señalado⁴⁹.

Por otro lado y al margen de las perspectivas jurídicas o políticas, en el marco del pensamiento económico, ya a comienzos de los años setenta, incluso antes, algunos renombrados economistas –de forma destacada, James E. Buchanan– comenzaron a señalar los problemas –no solo económicos, también jurídicos e incluso morales⁵⁰– vinculados a la financiación de la deuda pública y abogaron por la incorporación de reglas fiscales en las Constituciones⁵¹.

Eran fechas en que los modelos macroeconómicos daban cuenta del funcionamiento de la economía en general utilizando modelos –como el modelo IS-LM, que muchos estudiamos en su día– que explicaban de forma relativamente sencilla la

⁴⁶ Esta es la perspectiva que subyace bajo el conflicto jurídico-político que analiza Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, en “La cuestión prejudicial...”, op. cit., pp. 119-163, en la pugna entre el TC alemán y el BCE.

⁴⁷ Sobre el particular, ver Antonio ARROYO GIL, “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 10, 2010, pp. 40-71. Del mismo autor, “La cláusula de estabilidad presupuestaria: tras la senda constitucional alemana”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 6, 2013, pp. 39-47. También, Manuel MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización de la *regla del equilibrio presupuestario*: integración europea, centralización estatal”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014, pp. 194-196.

⁴⁸ Aunque no es una cláusula que esté generalizada, véase Gonzalo VILLALTA PUIG, “La constitucionalización del principio de equilibrio presupuestario: un análisis de derecho comparado”, *Revista las Cortes Generales*, núm. 86, 2012, p. 176, sobre la situación de Alemania, Suecia, Chile, Hong Kong así como de algunos de los Estados norteamericanos.

⁴⁹ Así lo apunta Josu DE MIGUEL BÁRCENA, J., “Estabilidad financiera en entornos ...”, op. cit.

⁵⁰ Así señala en James M., BUCHANAN “Concerning Future Generations”, FERGUSON, J.M. (ed.) *Public Debt and Future Generations*, University of North Carolina Press, 1964, p. 55.

⁵¹ En 1995, tuvo ocasión de publicar James M., BUCHANAN, “Clarifying Confusion about the Balanced Budget Amendment”, *National Tax Journal*, 1995, núm. 48 (3), pp. 347-350.

interacción entre las políticas fiscales (gastos e ingresos) y las políticas monetarias⁵². Aquellos, y otros, modelos parecían dejar claras las ventajas de llevar adelante políticas económicas de corte ortodoxo. La idea de que las políticas económicas y fiscales, así como las finanzas públicas, funcionaban, en definitiva, al modo de una economía doméstica —esto es, donde no se puede gastar más de lo que se tiene y el endeudamiento queda limitado a la cantidad que razonablemente se prevé que se pueda devolver⁵³—, motivaron la puesta en marcha de modelos de política económica ortodoxa, que incluían limitaciones como la *regla de oro*⁵⁴ o el freno al endeudamiento. Se trataba de propuestas que depositaban su confianza en la validez de aquellos modelos matemáticos con atrayentes explicaciones de una realidad, por lo demás, compleja.

La crisis de las políticas keynesianas a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta, así como su repercusión en la evolución de la deuda pública de muchos países, unido a las políticas promovidas desde instituciones internacionales —significativamente el FMI y el Banco Mundial— facilitaron que las ideas que abogaban por la necesidad de garantizar el equilibrio presupuestario comenzaran a extenderse, incorporándose en ocasiones también al máximo nivel normativo. Es significativo en este sentido el caso chileno⁵⁵.

Recuperando la mirada hacia la situación de nuestro país, no debe olvidarse, como ya se ha apuntado, que el fenómeno de una Hacienda quebrada no es algo ajeno a nuestra historia. La Hacienda española ha suspendido el pago de su deuda en numerosas ocasiones —entre los siglos XVI y XIX— habiendo conocido las consecuencias nefastas que ello genera⁵⁶.

Así pues, tanto desde la doctrina económica como desde el derecho y la política, lo cierto es que la preocupación por las finanzas públicas y por el equilibrio económico y presupuestario han sido cuestiones recurrentes. En España y en 2011 han acabado dando el salto hacia su *juridificación y constitucionalización*⁵⁷.

⁵² El modelo IS-LM ve la luz en la década de los años 30 y surge a partir de la explicación propuesta por John Maynard KEYNES sobre el funcionamiento de la economía. Fue desarrollado por el economista John HICKS en 1937, poco después de que Keynes publicara su obra *The General Theory of Employment, Interest and Money*, en 1936.

⁵³ Este es planteamiento que, por ejemplo, sigue abiertamente Gonzalo VILLALTA PUIG, “La constitucionalización de principio de equilibrio presupuestario...”, cit. pp. 186-187.

⁵⁴ La expresión “regla de oro”, en el contexto de la política fiscal, alude a la limitación que implica que la emisión de deuda pública solo podrá financiar gasto en inversión (que repercutirá positivamente en las generaciones futuras) y no en gasto corriente. Conviene apuntar que en ocasiones esta expresión tiende a confundirse con la de equilibrio presupuestario incluso con estabilidad presupuestaria.

⁵⁵ G. VILLALTA PUIG, “La constitucionalización del principio de equilibrio presupuestario...”, *op. cit.*, pp. 181-184 da cuenta del modo en que la Constitución chilena ha dejado recogida la regla de equilibrio presupuestario, incluidos requisitos formales (ley) para la aprobación de nuevos préstamos al ejecutivo, limitación de estos al mandato presidencial..., entre otras exigencias, que son desarrolladas en Leyes complementarias.

⁵⁶ Véase por todos, Francisco COMÍN COMÍN, *La crisis de la deuda soberana en España (1500-2015)*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2016.

⁵⁷ Álvaro RODRIGUEZ BEREIJO señala que no habría *parangón* en el derecho constitucional de nuestro entorno en lo que se refiere a los *principios constitucionales del gasto público* (arts. 134, 135 y 136

La *juridificación* ha llegado por diversas vías. La regla de la estabilidad presupuestaria, con sus efectos sobre el volumen de deuda pública y el nivel de déficit público, entre otros, comenzó imponiéndose a ciertos Estados como parte de los compromisos que adquirieron con el Banco Mundial o con el Fondo Monetario Internacional, con ocasión del apoyo económico y financiero recibido⁵⁸. Su formulación en forma de “acuerdo” quedaba recogida en los memorándums de entendimiento que han dado cobertura legal a las relaciones jurídico-financieras que se entablan entre estos Estados receptores y el FMI⁵⁹.

Por otro lado, la *juridificación* de esta regla ha tenido también lugar a través de instrumentos normativos de Derecho internacional, como ha sido el caso del propio TFUE⁶⁰ o del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, firmado el 2 de marzo de 2012 (TECG, en adelante)⁶¹ así como de otros instrumentos normativos europeos, también de carácter vinculante. En esta segunda categoría destaca, de una parte, el llamado *Six Pack* de 1997, que recoge y desarrolla el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, posteriormente en 2011, el Pacto fiscal surgido con ocasión de la crisis.

Tanto en el caso del TECG como en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997, España adquiriría un conjunto de compromisos y condiciones cuyo contenido en lo sustancial coincide con que el que ha quedado recogido en el artículo 135 CE. De hecho, es en el TECG donde aparece el compromiso de los Estados firmantes de modificar y, en su caso, incorporar la mención expresa al principio de estabilidad presupuestaria *al máximo nivel normativo*⁶², aunque en el caso de España la reforma constitucional ya había tenido lugar meses antes⁶³.

CE), que califica como una de las “innovaciones más interesantes de nuestra Constitución”, véase “Una perspectiva constitucional...”, *op. cit.* p. 231.

⁵⁸ Esta situación se dio en el caso de algunos países americanos, como parte del contenido de sus correspondientes *MOU (Memorandum of understanding)* en la década de los ochenta y noventa.

⁵⁹ Rosa M.ª LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.

⁶⁰ Véanse arts. 123 y ss. TFUE y el Protocolo núm. 12.

⁶¹ Este Tratado fue ratificado por España en 9 de agosto de 2012, y finalmente publicado en el *BOE* de 2 de febrero de 2013, una vez que entra en vigor. Sobre el particular, Francisco Jesús CARRERA HERNÁNDEZ, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿un impulso a la realización de la Política Económica de la Unión Europea o un tratado superfluo e innecesario?”, *RGDE*, núm. 28, 2012.

⁶² El art. 3.2 de TECG prevé que: “[l]as normas establecidas en el apartado 1 se incorporarán al Derecho nacional de las Partes Contratantes a más tardar un año después de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, *preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados* a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales”.

⁶³ Otros países europeos también modificaron su Constitución para acomodarse a estas exigencias. Es el caso de Italia, en 2012. Sobre el particular, Josu DE MIGUEL BÁRCENA, “La recepción constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en Italia. Comentario a las Sentencias 10/2015 y 70/2015 de la Corte Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp. 431-449.

Como idea resumen de este epígrafe, puede decirse que lo novedoso en 2011, no ha sido tanto la propia regla de la estabilidad presupuestaria entendida como límite a las políticas fiscales, cuanto su *constitucionalización* y, en consecuencia, su elevación al *máximo nivel normativo*. Antes de 2011, el Reino de España, en el marco de sus compromisos internacionales⁶⁴ y, sobre todo, europeos, había ya asumido la estabilidad presupuestaria para el diseño de sus políticas públicas y la formulación de sus cuentas públicas⁶⁵.

3.2. La estabilidad presupuestaria y el euro: conexión con la política económica y con la política monetaria

Una vez apuntadas algunas cuestiones que están en el trasfondo del principio de estabilidad presupuestaria, lo cierto es que dicho principio afecta directamente al ejercicio de lo que, desde el punto de vista económico, referimos como *política fiscal*. Política fiscal que bajo el presupuesto del funcionamiento sistémico de la economía, está directamente correlacionada con la política monetaria, siendo ambas, conjuntamente, instrumentos de la política económica. Así, desde el punto de vista de su eficacia económica, política fiscal y política monetaria se presentan como las herramientas macroeconómicas de la política económica.

Desde hace ya décadas, la explicación clásica de la macroeconomía y de la política económica de los países occidentales ha tenido lugar a través de modelos más o menos complejos, considerando dichas economías de forma relativamente aislada –no integradas en modelos globales– y disponiendo de moneda propia. Así, los objetivos que la política económica persigue –crecimiento de la renta nacional, estabilidad de precios, pleno empleo y una balanza de pagos equilibrada– pueden manejarse con dos “palancas”: la fiscal, a través del presupuesto, y la monetaria, a través de la cantidad de dinero que existe en circulación y su tipo de interés. La flexibilidad y relativa opacidad que para la mayoría de los ciudadanos tienen los instrumentos de la política monetaria hacen que esta se presente como un instrumento político-económico muypreciado. La tentación de “darle a la máquina de hacer billetes” ha sido histórica-

⁶⁴ Sin necesidad de ir más lejos, véase el propio contenido del TFUE y el Protocolo núm. 12.

⁶⁵ Hay que recordar el papel que en su ya día tuvieron las Leyes 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior, como elemento de disciplina presupuestaria en el contexto de nuestra incorporación al euro. Sobre el particular, véase F. URÍA FERNÁNDEZ, “Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12 (2001), pp. 117-137. El mismo autor, y tras haberse publicado la STC que avaló la constitucionalidad de las leyes de estabilidad presupuestaria, publicó: “Una sentencia oportuna e imprescindible. Comentario a la sentencia 134/2011, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional, sobre determinados preceptos de las leyes de estabilidad presupuestaria”, en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, 2012, pp. 373-395

mente una tentación poderosa en manos de los Gobiernos⁶⁶. Sus peligros fueron y son manifiestos. Desde la Alemania de entreguerras, a la Argentina de los ochenta o la actual situación de Venezuela, el recurso a imprimir billetes ha dado lugar a situaciones dramáticas y al empobrecimiento de la población, entre otras terribles consecuencias⁶⁷. El uso de una y otra política requiere la alineación de los objetivos para poder generar un efecto sistémico positivo y armónico.

Es cierto que en los países occidentales, la consolidación de la creencia en los beneficios de una política monetaria neutra en manos de bancos centrales independientes ha ido afianzándose, ya desde el final de la Segunda Guerra Mundial, y limitando en consecuencia el alcance y uso de la política monetaria, como herramienta de la política económica. El paradigma de este modelo ha sido, sin duda, Alemania y su *Bundesbank*. La creación del euro supuso una aspiración y un reto para los países que se integraron en el proyecto. Formar parte de la zona euro, y de sus ventajas, implica la renuncia a disponer definitivamente de la política monetaria. Política y económicamente supone una clara cesión de soberanía, cediendo una de las potestades que con mayor arraigo identifican la propia configuración del modelo de Estado moderno⁶⁸. La potestad monetaria es la formulación moderna, heredera del viejo *señoreaje*, uno de los más antiguos privilegios del monarca.

Obviamente las ventajas de la Unión Monetaria habrían de ser mayores que los sacrificios. Con todo, para el eficaz funcionamiento de la nueva moneda no bastaba la cesión por parte de los Estados miembros de la citada potestad. El artificio de una Unión Monetaria solo puede sostenerse razonablemente si el comportamiento de las economías de los Estados pertenecientes está dotado de la coherencia y sistematización propia de una economía estatal. De ahí se entiende el rigor de las condiciones iniciales para formar parte del club del euro⁶⁹. Y de ahí viene también el compromiso

⁶⁶ Véase el trabajo de Alberto RUIZ OJEDA, “Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC. (A propósito de la jurisprudencia *Pringle-Gauweiler-Weiss* del TJUE)”, *op. cit.*

⁶⁷ En 1922 Arthur R. G. SOLMSEN, publicó su novela *Una princesa en Berlín*, un interesante relato que refleja dramáticamente las consecuencias de la hiperinflación que sufrió Alemania ente 1922 y 1923.

⁶⁸ Desde una perspectiva dogmático-jurídica, el concepto de soberanía choca abiertamente con la afirmación de que ésta pueda ser cedida. Cosa distinta serían las diversas potestades que el Poder soberano –y constituyente– asigna a los distintos Poderes constituidos, con los que se configura (se estructura y se forma) el Estado en su conjunto. En este sentido se manifiesta José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, en “Persistencia en la UE actual del fecundo proyecto originario”, en Guillermo PÉREZ SÁNCHEZ (dir.) y María Belén MIRANDA ESCOLA y Begoña VIDAL FERNÁNDEZ, (coords.), *La UE al cumplirse 90 años de la Declaración de Schuman, 1950-2020*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2020, p. 259. El modo en que ha tenido lugar la integración de España en la Unión Europea, la naturaleza jurídica y el alcance jurídico de dicha Unión son aspectos intensamente debatidos, sobre los que no voy a entrar en este trabajo.

⁶⁹ Según dispuso, en 1992, el Protocolo núm. 21 del TUE que concretó los *criterios de convergencia* del art. 121 TrCE, también introducido en ese momento por el Tratado de Maastricht y que estuvieron en vigor desde noviembre de 1993

del pacto fiscal por la estabilidad y el crecimiento de 1997 al que se comprometen los Estados, en especial de la zona euro.

El euro ni se entiende ni se sostiene sin el Pacto fiscal⁷⁰. Por esta razón las tensiones políticas y económicas surgidas con ocasión de la gran crisis fueron en Europa tan graves. Por ello también la situación de Grecia –en concreto su falta de rigor en el cumplimiento inicial de sus compromisos incluido el falseamiento de algunos de sus datos macroeconómicos– impactó como lo hizo en la situación económica de la eurozona. Solo así se explica que por aquellas fechas se llegara a hablar de la ruptura del euro, debido a las diferencias internas en el funcionamiento de las economías de los distintos Estados miembros.

En este sentido se ha de señalar la íntima relación existente entre el principio de estabilidad presupuestaria –ahora constitucionalizado– y la pertenencia de España a la eurozona. Desde esta perspectiva tampoco el compromiso constitucional de la estabilidad presupuestaria supone una novedad radical en la política económica, como se ha apuntado en el epígrafe anterior.

Para algunos autores es posible incluso llevar su recepción más atrás en el tiempo, argumentando que ya el art. 40.1 la Constitución española, al mencionar la *estabilidad económica*, habría incorporado un mandato que indirectamente estaría incluyendo una política fiscal y presupuestaria de estabilidad, aunque en este punto no existe consenso en la doctrina⁷¹.

En consecuencia, esta interacción entre las diferentes manifestaciones de la política económica –la política fiscal, con el presupuesto como herramienta básica, y la política monetaria– determina el modo de concebir el papel del presupuesto como elemento en el que se concretan los objetivos que la Constitución encomienda a los poderes públicos. Desde 1997, y expresamente a partir de 2011, esta tarea se lleva a cabo en el marco de los compromisos asumidos por España en el TFUE (en particular, el Protocolo 12) y en el TECG y el resto de normas europeas que lo desarrollan.

⁷⁰ Un análisis de los antecedentes y consolidación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, así como del modo en que se entendió en la UE la relación entre la política monetaria y la política fiscal, en Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución...*, *op. cit.*

⁷¹ De hecho, son pocas –aunque autorizadas– las voces que, con ocasión de la reforma constitucional, han vinculado el principio de estabilidad presupuestaria con la estabilidad económica del art. 40.1 CE. Así, Antonio EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, p. 36; Martín BASSOLS COMA, “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho Público; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, 2012, p. 12; Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La garantía del Estado frente a la crisis económica”, *RAP*, núm. 201, 2016, p. 129 y Luciano PAREJO ALFONSO (dir.) *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 3.ª ed. revisada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 40.

4. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL CONTEXTO DEL MODELO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL: EL REFORZAMIENTO DE LA PERSPECTIVA MACROECONÓMICA Y SU SOMETIMIENTO A DERECHO

4.1. El modelo económico constitucional, estabilidad presupuestaria y macroeconomía

La anterior referencia al art. 40.1 CE sirve para conectar con la cuestión relativa al papel del nuevo art. 135 en la configuración del modelo económico constitucional⁷².

Vistos los antecedentes –ceranos y remotos– que enmarcan el principio de estabilidad presupuestaria que la reforma de 2011 constitucionalizó, puede decirse que este nuevo mandato avanza un paso en la formulación del citado modelo económico, al disciplinar su concreción (la de la estabilidad presupuestaria), cifrando el alcance del gasto presupuestado, así como la propia estructura de financiación del presupuesto. El alcance del gasto fiscal lo determinará anualmente el *techo de gasto*, cuya cifra viene condicionada por las previsiones de crecimiento del producto interior bruto (PIB, en adelante), de una parte, y el tope de déficit público, de otra. Así, estos

⁷² La doctrina ha reflexionado extensamente sobre este particular, desde los primeros momentos posteriores a la aprobación de la Constitución. La bibliografía es extensa, pero sirva como referencia general, la siguiente: el volumen colectivo, dirigido por Fernando GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981; Juan Ignacio FONT GALÁN, “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, en *RDM*, núm. 152, 1979, pp. 205-239; Alberto ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos jurídico constitucionales y de derecho económico*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985; Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, vol. I, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 1991; Martín, BASSOLS COMA, “La Constitución económica”, *RDP*, núm. 366, 1992, pp. 277-290; José María GIMENO FELIU, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *RAP*, núm. 135, 1994, pp. 149-212; Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1999; Manuel ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill Madrid, 1995. En una fase posterior, puede verse, entre otros, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica”, en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 165-184; en esta misma obra colectiva, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La *publicatio* de recursos y servicios”, pp. 687-718, así como Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”, pp. 139-164; Enoch ALBERTÍ ROVIRA, “La constitución económica de 1978. (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, *REDC*, núm. 71, 2004, pp. 123-159; Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004; Antonio CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2006; José ESTEVE PARDO, “La regulación de la economía desde el Estado garante”, en *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 79 y ss.; José GARCÍA ALCORTA, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier, Barcelona, 2008. También Santiago MUÑOZ MACHADO, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación económica. I Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Lustel, Madrid, 2009, pp. 15-243, entre otros.

límites condicionan la estructura de financiación (ingresos tributarios *vs* ingresos no tributarios y financieros) del presupuesto.

Al concretarse de esta manera el marco en el que ha de moverse la capacidad de gasto de los poderes públicos, la Constitución está determinando también e indirectamente el alcance de las políticas públicas, al obligar a cada Gobierno a elegir el destino de sus recursos escasos⁷³. Serán las preferencias políticas democráticamente representadas en cada momento –vía aprobación del presupuesto– las que otorguen prioridad a unos objetivos frente a otros. Para muchos autores la incorporación de este mandato constitucional habría implicado el triunfo del neoliberalismo de la Unión Europea. Partiendo de esta premisa, queda por concluir que el modelo económico inserto en la CE de 1978 habría “mutado” como consecuencia de la incorporación del art. 135 CE. En mi opinión, el asunto merece un análisis más complejo y matizado.

La reflexión acerca del modelo económico de la CE a la que estamos acostumbrados está formulada a partir de planteamientos propios de la *microeconomía*. Considera como sujeto a la empresa y reconoce su libertad para operar en los mercados, al tiempo que atribuye a los poderes públicos la tarea de ordenar su actividad y la de los mercados. Se presenta, en ocasiones, como una suerte de confrontación entre los derechos de los ciudadanos y las empresas, por una parte, y, por otra, la posición jurídica de las AAPP en relación con dichos sujetos, en su función de garantía de los intereses generales (desde la protección del consumidor, a la protección medioambiental, pasando por el buen funcionamiento de los mercados o a la garantía de prestación de los servicios esenciales, entre otros intereses generales dignos de protección). Se plantea pues como una dinámica en la que el alcance de las libertades económicas se armoniza con el interés general por medio de las potestades de intervención de los poderes públicos. Es decir, el modelo económico constitucional es el resultante de esta concepción jurídica sobre el contenido de los derechos reconocidos a los ciudadanos y empresas y las relaciones jurídico-económicas que se generan entre estos, en el marco de las posibles restricciones o condicionantes establecidos al servicio del interés general.

Con todo, la visión de la economía desde la “macroeconomía” también se atisba en algunos pasajes de la Constitución española. Lo hace inicialmente en su preámbulo, cuando se refiere al *orden económico y social justo*, e indirectamente cuando menciona *el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*. También, el propio art. 38, que reconoce *la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*, recoge esta perspectiva cuando menciona *las exigencias de la economía general*. Obviamente está presente en el art. 40.1 (“Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al

⁷³ Para algunos y de modo simplificado es tanto como decir que la Constitución estaría imponiendo un modelo en el que la economía condiciona la política.

pleno empleo”). Por su parte, y en sede de reparto competencial, el art. 148.13º CE menciona el “fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”, mientras que los arts. 148.7º CE y 140.1.13ª CE se refieren respectivamente a la “ordenación general de la economía y a la planificación general de la economía”.

También el art. 131 CE, que regula la planificación de la actividad económica general, se aproxima a la realidad económica desde esta perspectiva macroeconómica. El plan, como instrumento de dirección económica, tal y como está diseñando en la Constitución, se concibe al servicio de “las necesidades colectivas, [para] equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”⁷⁴.

La expresión “riqueza”⁷⁵ o “renta” en el sentido que le otorga la ciencia económica —como variable que mide la evolución y el bienestar económico— aparece expresamente en los arts. 40 y 131 CE. Al menos en todas estas referencias, la Constitución estaría contemplando la economía en su aproximación *macroeconómica*.

La reforma constitucional de 2011 ha venido a completar esta perspectiva, al incorporar y “juridificar” conceptos típicamente “macroeconómicos”, como son los de *producto interior bruto*, *déficit estructural* (del presupuesto se entiende), *volumen de deuda pública*, o *recesión económica*⁷⁶. En el nuevo art. 135 CE el uso de estos conceptos se encuentra al servicio de mandatos cuyos destinatarios son los poderes públicos, siendo por tanto expresión típica del Derecho público.

⁷⁴ En relación con el art. 131 CE y su significado me remito al trabajo de Martín BASSOLS COMA, “La planificación”, en Fernando GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, así como al extenso capítulo que dedica a la planificación Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en su *Derecho Administrativo económico* (vol. I), La Ley, Madrid, 1991 pp. 325 y ss.

⁷⁵ La expresión *riqueza* también aparece en el art. 128.1 (“ Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”), pero con distinta función.

⁷⁶ El concepto *recesión económica* aparece recogido en el art. 135.4, que regula la cláusula de excepción del régimen previsto para la estabilidad presupuestaria. Se prevé que “los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública *solo podrán superarse* en caso de catástrofes naturales, *recesión económica* o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”.

Entre los economistas, la *recesión económica* viene interpretándose como dos trimestres consecutivos de decrecimiento económico. Conviene distinguir la *recesión económica* de la *desaceleración económica*, situación en la que la renta o PIB sigue creciendo pero a tasas menores y de *depresión económica*, situación que se vincula con una caída del 10 por 100 del PIB en un año. Esos conceptos son de uso común en teoría económica; algunos de ellos se han convertido en conceptos jurídicos con lo que ello conlleva. Menos precisos son, sin embargo, los perfiles del concepto *crisis económica*.

Por su parte, el art. 11.3, párrafo 2 de la LOEPSF, considera que “*recesión económica grave* se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se dé una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional”. En este sentido, es más exigente.

La novedad radica en que los principios que orientan la política con impacto en la macroeconomía han pasado ahora a ser mandatos concretos, con las dificultades que ello implica al tratarse de algo tan complejo como la macroeconomía. Bien es cierto que la Constitución española no ha configurado un derecho subjetivo de los ciudadanos a la estabilidad presupuestaria, ni un cauce jurisdiccional ordinario que pudiera permitir forzar su cumplimiento por vía judicial y, menos aún, un régimen sancionador⁷⁷. No obstante, no por ello el mandato del art. 135 CE deja de ser vinculante. En primer lugar, porque sí caben controles judiciales ordinarios en el caso de los conflictos interadministrativos, así como, en su momento, el control de la jurisdicción constitucional.

Como es sabido, el mandato del art. 135 CE requiere de un desarrollo legal –de carácter *orgánico*– del que se encarga la LOEPSF. Aunque la LOEPSF no es propiamente una norma de carácter competencial⁷⁸, sí regula las relaciones interadministrativas en relación con el ejercicio de la tarea presupuestaria –Estado-CCAA-EELL– y tiene, además, carácter organizativo-funcional; es en este sentido una norma propia de un Estado compuesto. Podría incluso discutirse si forma o no parte de lo que, en una expresión ciertamente confusa, viene entendiéndose como *bloque de la constitucionalidad*. En todo caso, no cabe duda que en este ámbito, el art. 135 CE tiene su correspondiente impacto en el diseño del modelo autonómico.

En este sentido puede afirmarse que la macroeconomía ha pasado a formar parte de lo que el Derecho público regula, y que lo ha hecho al máximo nivel⁷⁹, sumándose a las cláusulas constitucionales de las que se deduce el modelo económico constitucional⁸⁰.

La mención *al marco de una política de estabilidad económica* del art. 40.1 estaría ya, al menos indirectamente, determinando un modelo macroeconómico que incluye el crecimiento de la renta, la estabilidad de los precios, el pleno empleo y una balanza de pagos equilibrada, típicos conceptos de la macroeconomía. Con

⁷⁷ Todo el capítulo IV de la LOEPSF, que contempla las medidas *preventivas, correctivas y coercitivas*, está diseñado para garantizar el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria de CCAA y EELL como potestad atribuida al poder central. El principio autonómico determina los límites de esta potestad. Y en todo caso, nada se dice para el caso de que el incumplimiento venga de la AGE. En ese caso, la tarea de control salta las fronteras nacionales y se traslada a las instituciones europeas, y a la aplicación de las normas relativas al *procedimiento del déficit excesivo*.

⁷⁸ Sobre esta cuestión, me remito al ya citado trabajo de Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La incidencia de la reforma...”. También, Javier GARCÍA ROCA y Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, “La repentina constitucionalidad de la Ley de Estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre”, *REDE*, núm. 54, 2015, pp. 89-122 y Fernando DE LA HUCHA CELADOR, “Artículo 135 CE: Estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Tribuna en Diario La Ley*, 14 de diciembre de 2018.

⁷⁹ En este sentido, aconsejo la lectura del interesante trabajo de Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “La regulación de la macroeconomía: un desafío para el derecho público”, de próxima publicación y que he tenido ocasión de consultar *pro manuscrito*.

⁸⁰ En el sentido dado por Manuel GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre la cláusulas económicas de la Constitución” en Manuel RAMÍREZ, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 27 y ss.

todo, una política económica con estos objetivos, a mi juicio, no necesariamente exige una concreción de la estabilidad presupuestaria como la que recoge ahora el art. 135 CE, que mira en definitiva a unas finanzas públicas sostenibles en el tiempo. Hay que considerar que la idea de estabilidad económica a la que aludía el art. 40 en 1978 venía determinada por el pensamiento económico dominante en ese momento, muy centrado en las políticas de pleno empleo –en la medida en que el desempleo implicaba la infrautilización de recursos y condicionaba el crecimiento económico, tirando de la demanda hacia abajo–. La visión predominante era cortoplacista, muy en línea con el keynesianismo dominante. En 2011, y más si cabe en 2020, se impone la idea de estabilidad sostenible, de modo que, por fin, el medio y largo plazo han entrado a formar parte de la ecuación, con efectos sobre el modelo económico constitucional.

Más allá, por tanto, de si la regulación de la actividad de los poderes públicos desde la perspectiva de sus efectos sobre la *macroeconomía* ya formaba parte o no del modelo económico en la Constitución, lo cierto es que la reforma de 2011 da lugar a un evidente reforzamiento de esta perspectiva. En este sentido, en 2011, la Constitución Española, al modificar el art. 135 CE, acomoda el texto constitucional al tiempo actual y, como ocurrió en 1978, a las ideas y al pensamiento económico dominante del momento. Prueba de ello es el amplio consenso con que fue aprobada la reforma y con el que se ha buscado posteriormente su aplicación.

La crisis de la COVID-19 sin duda marcará un antes y un después. Y ciertamente va a ser ocasión de testar la vitalidad del modelo y a nadie se le escapan las dificultades que ha supuesto y va a suponer para la economía y su evolución. Junto con la COVID-19, como causa de la nueva crisis económica, en mi opinión la presencia en el plano de la primera línea de la política de ideas de corte marcadamente comunista, representadas por la participación de Unidas Podemos en el Gobierno de coalición con el PSOE –recuérdese, promotor de la reforma de 2011–, pudiera trasladar la equivocada conclusión de que la vigencia del modelo constitucional de disciplina presupuestaria habría pasado a formar parte del contenido constitucional *olvidado*, como ha ocurrido, por ejemplo, con el art. 131 CE. En los próximos meses habrá ocasión de comprobar el real alcance de este modelo constitucional macroeconómico. Me atrevo a pronosticar que la necesidad de recursos financieros y de acceso a los fondos europeos darán lugar, antes o después, a un baño de realidad. No es que la economía se imponga sobre la política, es que *no se puede gastar más de lo que se tiene*⁸¹.

⁸¹ Por otra parte, y al margen de las razones políticas y económicas, no son contenidos constitucionales comparables. Desde la perspectiva jurídica, la planificación en el art. 131 está expresamente prevista como posibilidad; la estabilidad presupuestaria del art. 135 como exigencia obligatoria. Aquella podrá “olvidarse” por la falta de uso, pero no cabe posibilidad de “olvido” de esta, pues su inaplicación viola directa y manifiestamente lo preceptuado por la Constitución.

4.2. Marco jurídico básico de la estabilidad presupuestaria: el *techo de gasto* como punto de partida

Los principios materiales que tradicionalmente han informado el derecho presupuestario –con fundamento en los arts. 134 y 31.2 CE– se han visto ahora reinventados por las exigencias del art. 135 CE. El art. 135 impone exigencias de contenido material y estructural, que condicionan, de una parte, la cuantía –el coloquialmente llamado *techo de gasto*⁸²– y, de otra, la estructura de los ingresos (ingresos tributarios *vs* ingresos no tributarios y financieros).

Hasta 2011, la Constitución del 78 no fijaba límite al endeudamiento, aunque sí imponía principios materiales al gasto público (economía y eficiencia), a lo que habría que añadir, además, los principios generales informadores de la actuación de los poderes públicos del art. 103.1 CE, que indirectamente también hacen referencia a la racionalidad de la actuación de la que no es ajena la racionalidad económica. Otra cosa es que la justiciabilidad a partir de estos principios siempre ha resultado difícil.

A partir de 2011, los nuevos límites que el modificado art. 135 CE impone se manifestarán a lo largo de todo el proceso presupuestario –elaboración, aprobación y gestión–⁸³. El marco jurídico es el que viene determinado por lo previsto en la Ley 47/2003, General Presupuestaria y, ahora también, en la LOEPSF de 2012.

En este punto aparece el “techo de gasto”, que contempla el art. 15 de la LOEPSF, como punto de partida de todo el *iter* presupuestario.

Según ahí se prevé, se fijarán mediante acuerdo del Consejo de Ministros

“los *objetivos de estabilidad presupuestaria*, en términos de capacidad o necesidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y el *objetivo de deuda pública* referidos a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones Públicas como para cada uno de sus subsectores. Dichos objetivos estarán expresados en términos porcentuales del Producto Interior Bruto nacional nominal” (art. 15.1. LOEPSF).

⁸² La expresión *techo de gasto* no aparece como tal ni en la CE ni en la LOEPSF. No es pues propiamente en un concepto legal. Lo que sí aparece es, en el art. 30, la mención al “límite de gasto no financiero” que deben aprobar Estado, CCAA y EELL y que “*marcará el techo de asignación de recursos de sus Presupuestos*”. Entiendo que la expresión *techo de gasto* alude a la cantidad total que se prevé gastar, incluida la devolución de la deuda –gastos financieros–, y que viene determinada como un porcentaje del PIB nominal (art. 15.1 LOEPSF) estimado. Dado que la partida de gastos financieros –devolución de la deuda pública– es fija (el art. 135.3, párrafo 2º, CE garantiza la inclusión de estos créditos “en el estado de gastos de sus presupuestos”), es el gasto no financiero el que, en su caso, variará y será determinante en el cálculo de *techo de gasto*.

⁸³ Así prevé el art. 26.1 de la LGP, al tratar de los *Principios y reglas de programación presupuestaria*, donde establece que: “La programación presupuestaria se regirá por los principios de *estabilidad presupuestaria*, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, responsabilidad y lealtad institucional, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.” Este texto proviene de la modificación incorporada en 2012 en virtud de la LOEPSF. Esta modificación solo cambió la redacción original, incorporando la referencia a la Ley. Y añadió también, como novedad, la expresa mención a los principios de *responsabilidad y lealtad institucional*.

La LOEPSF prevé que el acuerdo sea remitido a las Cortes Generales, para su debate en pleno, tanto en el Congreso como en el Senado. Serán las Cámaras –ambas y por separado⁸⁴– las que aprueben o rechacen el acuerdo (art. 15.6 LOEPSF).

Una vez determinados los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, *la elaboración de los presupuestos generales de las AAPP habrá de acomodarse a dichos objetivos* (art. 15.7 LOEPSF). Aprobado el *techo de gasto*, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF, en adelante)⁸⁵, formulará una propuesta en la que se concretarán los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública para cada CCAA (art. 16. LOEPSF). Esta propuesta, dirigida previamente al Consejo de Política Fiscal y Financiera, será la que finalmente corresponderá aprobar al Gobierno.

Precisamente en relación con estos acuerdos y su naturaleza jurídica, el Pleno de la Sala 3.^a del TS ha tenido ocasión de manifestarse en sus SSTS de 10 de mayo de 2016. Cataluña, Andalucía, Canarias y Asturias interpusieron sendos recursos contencioso-administrativos frente a cinco acuerdos del Consejo de Ministros adoptados entre julio y octubre de 2013 en relación con la fijación del techo de gasto y de deuda pública para 2014⁸⁶. Entre ellos se incluía el previsto en el art. 15.1 LOEPSF,

⁸⁴ Precisamente esta exigencia –la necesidad de que el Acuerdo sea aprobado por ambas cámaras– provocó que el 27 de julio de 2018 el Senado rechazara el *techo de gasto* presentado por el Gobierno de Sr. Sánchez. Con posterioridad, el 24 de agosto de 2018, el Grupo Socialista en el Congreso presentó una Proposición de Ley (*BOCG*, de 7 de septiembre de 2018) con objeto de modificar la LOEPSF en este punto, previendo que en caso de rechazo por el Senado, el Acuerdo volviera al Congreso donde finalmente podría ser aprobado por mayoría simple.

La tramitación de esta Propuesta de Ley solicitaba a la Mesa del Congreso su tramitación por el procedimiento de urgencia y lectura única, propuesta que fue desestimada. La Diputada Adriana Lastra presentó recurso de amparo ante el TC que finalmente resolvió el 2 de octubre de 2019, desestimando dicho recurso.

⁸⁵ La creación de la AIReF tuvo lugar en virtud de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. En su Exposición de Motivos se menciona la “Directiva 2011/85/EU, del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados Miembros” y la exigencia que en ella se contiene “de contar con instituciones fiscales independientes que realicen el ejercicio de un seguimiento efectivo del cumplimiento de las reglas fiscales”, como fundamento, entre otros, de esta iniciativa. Sobre el particular, me remito a Juan CALVO VÉRGEZ, “La creación de la nueva autoridad independiente de responsabilidad fiscal en torno al alcance de sus informes y opiniones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (marzo), 2014, pp. 61-75; Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, “Reglas fiscales y organismos independientes de supervisión: la Autoridad de responsabilidad fiscal española”, en Francisco David ADAME MARTÍNEZ y Jesús RAMOS PRIETO (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiero del sector público: homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Ministerio de Hacienda e IEF, Madrid, 2014, pp. 61-75 y Antonio-Martín PORRAS GÓMEZ, “La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero”, *REDC*, núm. 110, 2017, pp. 143-163.

⁸⁶ Son cinco Sentencias de la misma fecha: 10 de mayo de 2016 (número de resolución de 1035 a 1039, de 2016) en las que se sostienen los mismos argumentos para dar respuesta a los conflictos que plantearon cada unas las CCAA con la AGE y entre ellas, en relación con el reparto del déficit público. Cada Sentencia, redactada por distinto ponente, incluye ligeras variantes que no afectan a los argumentos ni, obviamente, al fallo.

que el Gobierno debía remitir a las Cortes y el mencionado en el art. 16 LOEPSF, que concreta los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública para cada una de las CCAA. El TS inadmite los recursos para dos de los acuerdos recurridos – aquellos que considera como una suerte de *acto de trámite* de un procedimiento cuya aprobación tiene lugar en sede parlamentaria (los del art. 15.1 LOEPSF, relativos a la aprobación del *techo de gasto*), desestima en otros dos casos y estima y declara nulo el Acuerdo del Consejo de Ministros que había concretado los objetivos para las CCAA (del art. 16 LOEPSF) por carecer de *presupuesto habilitante*, dado que el acto que pretendía desarrollar *carecía de eficacia* (en referencia al Acuerdo del Gobierno que *acordaba* el “techo de gasto”, que el propio TS había considerado una suerte de *acto de trámite* sin efectos jurídicos por sí mismo)⁸⁷.

El TS deja claro en estas Sentencias que la decisión que finalmente compete a las Cortes para fijar el *techo de gasto* “delimita el contenido de la potestad presupuestaria de las AAPP y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley (en referencia a la LOEPSF), a los efectos de velar por la observancia de la disciplina presupuestaria”. Entiende que “sostener que el acuerdo del Consejo de Ministros tiene sustantividad propia, no subordinada a la decisión parlamentaria, supondría desapoderar a las Cortes generales de una facultad que constitucionalmente les corresponde en exclusiva. Y si se afirma la jurisdicción de esta Sala para enjuiciar este acuerdo, no habría argumentos serios para rechazarla respecto de otros actos del Consejo de Ministros, como sería el caso del que apruebe el proyecto de Ley de presupuestos o cualquier proyecto de Ley, actuaciones éstas que, como hemos visto, la jurisprudencia considera ajenas al ámbito propio de esta Jurisdicción”. En la práctica esta doctrina jurisprudencial viene a concluir que el Acuerdo del Gobierno que propone a las Cortes los objetivos de *techo de gasto* entraría a formar parte de los llamados “actos de gobierno” –en la subcategoría de actos de relación entre el ejecutivo y el legislativo–⁸⁸.

Este es un asunto de relevancia teórica que hasta la fecha ha pasado relativamente desapercibido. Pone en el centro del debate la vieja cuestión sobre el papel del poder legislativo en materia presupuestaria y control financiero sobre el ejecutivo.

En este sentido pueden además destacarse los siguientes aspectos:

a) Uno primero de carácter político, que tiene que ver con el papel del Senado, como ya ha sido apuntado.

⁸⁷ La expresión “acto de trámite” es mía. El TS dice que sería un acto “inserto en un procedimiento especial, [...] acto carente de autonomía”, FJ 5 (STS de 10 de mayo de 2016, (núm. Resolución: 1036/2016), ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

⁸⁸ En su voto particular, Rodríguez-Zapata discrepa precisamente en este punto, con argumentos también razonables. Básicamente entiende que la aprobación del *techo de gasto* por las Cámaras no es manifestación del ejercicio de su potestad legislativa, sino de su función de control al Gobierno. Entiende que “la aprobación parlamentaria no sana los vicios de que pudieran adolecer los actos que ser aprueban”. Por su parte, Peces Morate, que firma otro voto particular, entiende que el Acuerdo del Consejo de Ministros previsto en el art. 15 LOEPySF y aquí recurrido debería de ser considerado como un “acto definitivo adoptado por un órgano manifestamente incompetente y, por tanto, nulo de pleno derecho”.

No parece descabellada, en mi opinión, la atribución de un papel relevante al Senado, habida cuenta de la progresiva pérdida de presencia del legislador y en particular de la Cámara baja. Este papel reforzado del Senado parece, de inicio, tener su lógica en su función de cámara territorial y dado el complejo trasfondo que el *techo de gasto* tiene en relación con la financiación territorial y sus consecuencias. Los acontecimientos políticos de los últimos años, la inestabilidad política generada por el nuevo y más complejo arco parlamentario, ha visto esta opción como una complicación más y no como una herramienta que facilite el acuerdo y el consenso entre las fuerzas políticas. Será quizá que la falta de una cultura de acuerdos ha llevado al traste un modelo que, sobre el papel, parecía cargado de sentido común desde la perspectiva del equilibrio legislativo-ejecutivo y del reparto del poder territorial. Sin mencionar la oportunidad de dar contenido al Senado.

b) Desde una perspectiva doctrinal, en el caso de la fijación del *techo del gasto* por el Gobierno, nos encontramos ante un nuevo caso de “acto del Gobierno” (art. 2.1 LJCA) cuyo control ha quedado fuera del perímetro de la Jurisdicción ordinaria. Llegado el momento, será al TC a quien corresponderá el control del “techo de gasto” aprobado por las Cámaras, un control que en sus aspectos materiales remite *ex constitutione* al Derecho europeo, que por esta vía de remisión recepticia –en última instancia, disponible soberanamente por el constituyente– puede llegar a convertirse en parámetro de la constitucionalidad.

c) Desde una perspectiva económica, cabe señalar dos cuestiones.

La elaboración del presupuesto y, en general, la política presupuestaria plantean un serio problema de adaptación a la realidad. La fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública (*techo de gasto*) en un momento concreto implica la realización de una “foto”, cuando la materialidad sobre la que se proyecta se comporta como una película. Es decir, es una visión estática de una realidad dinámica. En un mundo que, además, evoluciona a gran velocidad, donde la información macroeconómica acerca de las perspectivas y la evolución económica llega casi diariamente y –de forma oficial– trimestralmente, la principal herramienta de la política económica corre riesgo cierto de obsolescencia⁸⁹. La estrategia y complementariedad con la política monetaria es, en este sentido, imprescindible debido, entre otras cosas, a su mayor flexibilidad.

Además y siguiendo con la metáfora, el *techo de gasto* no solo es un foto fija de una realidad en movimiento, es que ni siquiera es una fotografía; se parece más a un dibujo. Se parece más a una representación de la realidad, cuyo ajuste a la realidad representada resulta una tarea compleja. Dicho de otro modo, los datos macroeconómicos que explican la evolución de la situación económica, lo hacen en un momento fijo, siendo que aquella, la situación económica es dinámica. El IPC y el PIB son las

⁸⁹ Basta con recordar la imagen de la economía española a comienzos de 2019 y en el momento actual. Los datos, pero sobre todo las expectativas, incluida la influencia de los factores externos (Brexit, evolución de la economía alemana, guerra comercial entre China y USA...) pintan hoy un panorama francamente distinto.

macrovariables que *dibujan* –estiman– cuál va a ser esa situación económica en un futuro próximo inmediato. A partir de esa estimación se toman las decisiones que determinan el *techo de gasto*, el presupuesto, los ingresos, los gastos, y el endeudamiento público. A través de este mecanismo, la macroeconomía pasa a la política y de ahí, al derecho y a las decisiones administrativas concretas. La fragilidad de la macroeconomía como ciencia de predicción del futuro genera no pocas dudas. Con todo, eludir la información que la ciencia de la macroeconomía aporta es un riesgo que políticamente pocos se atreverán a asumir y, tras su constitucionalización, resulta ya imposible puesto que ha pasado a formar parte de su modelo económico.

5. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA TRAS LA COVID-19: UNA OCASIÓN PARA REFLEXIONAR SOBRE SU ALCANCE Y DIFICULTADES

5.1. La crisis de la COVID y sus efectos sobre el presupuesto

En marzo de 2020, como ya se ha dicho, la realidad social, económica, política y jurídica a nivel mundial se ha visto completamente alterada con la llegada de la pandemia generada por la COVID-19⁹⁰.

La crisis de la COVID-19 no solo ha impactado de lleno en la vida y en la salud de todos nosotros, lo ha hecho también, y de modo muy profundo, en la marcha de la economía y, en consecuencia, en las cuentas públicas. El cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria se ha visto, y se va a ver, fuertemente comprometido. La situación está condicionando, y aparentemente relegando, dicho cumplimiento tanto en España como en el resto del mundo⁹¹.

Más allá de las cifras⁹², la falta de una perspectiva temporal hace difícil prever qué va a ocurrir en el medio plazo con el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en materia de política fiscal, ya sea desde la perspectiva constitucional como desde la perspectiva del compromiso europeo. La propia Unión Europea ha dado

⁹⁰ El Gobierno español, en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo, califica la crisis de la COVID-19 como “La magnitud del impacto de este *shock* exógeno sobre la economía *no tiene precedentes en la historia reciente*”.

⁹¹ Recordemos las palabras de Kristalina Giorgieva, Directora Gerente del FMI, citadas en nota 14. Bien es cierto que este mensaje conviene leerlo en su totalidad. El consejo de *gastar* para afrontar las necesidades sanitarias que está generando la pandemia no significa que, llegado el momento, no habrán de adoptarse ajustes fiscales que permitan recuperar la senda de la estabilidad.

⁹² En concreto el porcentaje del volumen de deuda pública en función del PIB en el caso de España, en diciembre de 2019, rondaba el 95 por 100 y en marzo-abril de 2020 se situó en casi en el 99 por 100, rompiendo la tendencia descendente que había iniciado la economía española desde 2014. Una magnífica fuente para acceder a este tipo de datos macroeconómicos es: <https://datosmacro.expansion.com/>.

pasos al frente para incrementar los gastos, mediante la creación de un fondo para la “reconstrucción”⁹³. También a nivel interno, y una vez levantada la situación de alerta, desde el Gobierno se han puesto en marcha iniciativas de impulso económico de parecido tenor, aunque a la medida de la capacidad financiera de nuestras finanzas públicas⁹⁴.

Ciertamente esta extraordinaria situación, que ha impactado de lleno sobre la posición jurídica de ciudadanos y empresas –sus derechos y obligaciones, particularmente los derechos fundamentales como la libertad de desplazamiento, entre otros⁹⁵–, también lo ha hecho en las potestades y obligaciones de los poderes públicos desde el punto de vista de su compromiso presupuestario. En particular, y por no salirme del ámbito específico de este trabajo, la crisis del COVID-19 ha determinado hasta la fecha la aprobación de créditos extraordinarios⁹⁶ y el recurso a la deuda para

⁹³ “Reparar los daños y preparar el futuro”: así es como la Comisión Europea ha titulado su propuesta hecha pública el 27 de mayo de 2020. Fue presentada como un “plan exhaustivo de recuperación”, mediante la creación del Fondo *Next Generation EU*, véase la Comunicación *The EU budget powering the recovery plan for Europe* COM (2020) 442 final y en la *Europe’s moment: Repair and Prepare for the Next Generation* COM (2020) 456 final. Al momento de cerrar estas líneas, los países miembros negocian las condiciones en que podrán acceder a estos fondos. Me atrevo a pronosticar que no será gratis.

⁹⁴ Entre otras, el Real Decreto-ley 25/2020, de 3 de julio, de medidas urgentes para apoyar la reactivación económica y el empleo contempla precisamente un “Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas”, bajo la modalidad de fondo carente de personalidad jurídica, adscrito a la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Hacienda. Este Fondo “tiene por objeto aportar apoyo público temporal para reforzar la solvencia empresarial, en particular mediante la concesión de préstamos participativos, deuda subordinada, suscripción de acciones u otros instrumentos de capital, a empresas no financieras, que atraviesen severas dificultades de carácter temporal a consecuencia de la pandemia de la COVID-19 y que sean consideradas estratégicas para el tejido productivo nacional o regional, entre otros motivos, por su sensible impacto social y económico, su relevancia para la seguridad, la salud de las personas, las infraestructuras, las comunicaciones o su contribución al buen funcionamiento de los mercados” (art. 2.2 RDL 25/2020, cit.). Junto con ello, se ha aprobado también una “Línea para la cobertura por cuenta del Estado de la financiación otorgada por entidades financieras supervisadas a empresas y autónomos con la finalidad principal de financiar inversiones”, por un importe máximo de 40.000 millones de euros, hasta el 31 de diciembre de 2020 (art. 1 RDL 25/2020, cit.).

⁹⁵ La respuesta jurídica a la crisis de la COVID-19, empezando por el propio recurso a la declaración del estado de alarma, ha dado lugar a multitud de reflexiones doctrinales de todo tipo, y por supuesto también desde el Derecho público. A modo de mero ejemplo, véase el número 86-87, de *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Dedicado a: Coronavirus y otros problemas, de 2020 y los trabajos que ahí se publican. También el núm. 54 de la *RGDA*, de 2020, ha incluido una nueva sección, con cuatro estudios, específicamente dedicada a la COVID.

⁹⁶ Las primeras concesiones de créditos extraordinarios para atajar la crisis de la COVID-19 estaban ya incluidas en el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico de la COVID-19: 1.000 millones de euros para el Ministerio de Sanidad (art. 1) y 25.000 millones euros para el Presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar los programas de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, destinados a la partida presupuestaria correspondiente a: “Protección a la familia y atención a la pobreza infantil. Prestaciones básicas de servicios sociales”. Con posterioridad, en los sucesivos Reales Decretos Leyes que han seguido a este primero dedicados a la crisis de la COVID-19 se han incluido nuevas autorizaciones a créditos extraordinarios. Es el caso, por ejemplo, de los 16.000 millones de euros del

cubrir los nuevos gastos, de todo tipo, generados por la crisis, así como la aprobación de excepciones a las normas de contratación pública⁹⁷ o la suspensión de los plazos administrativos y, en general, su impacto sobre el procedimiento administrativo⁹⁸.

5.2. La cláusula de excepción de la estabilidad presupuestaria

Lo cierto es que tanto las normas europeas como la propia CE han previsto la existencia de situaciones extraordinarias que impidan *de facto* el cumplimiento de las obligaciones inherentes al principio de estabilidad presupuestaria.

En concreto, el art. 135.4 CE prevé que “[l]os límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”⁹⁹. En el caso de las normas europeas, es el art. 3 del TCEG el que prevé la existencia de “*circunstancias excepcionales*” [art.3.1.c)], circunstancias que, en su caso permitirán a los países firmantes “desviarse temporalmente de su objetivo a medio plazo respectivo o de la senda de ajuste hacia dicho objetivo”. Según la letra b) del art.3.3 se entiende por circunstancia excepcional “aquel *acontecimiento inusual* que esté fuera del control de la Parte Contratante afectada y tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas o aquellos períodos de grave recesión económica a tenor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, siempre que la desviación temporal de la Parte Contratante afectada no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo”. Con diferente lenguaje, en ambas normas se alude a circunstancias extraordinarias, excepcionales o inusuales; y en ambas aparece también la expresión *recesión económica*. No se trata de una mera *situación excepcional*, se trata de una situación

Real Decreto Ley 22/2020, de 16 de junio, por el que se regula la creación del Fondo COVID-19 y se establecen las reglas relativas a su distribución y libramiento.

⁹⁷ En materia de contratación pública han sido muchas y de distinta naturaleza las medidas acordadas por vía de urgencia. Así, por ejemplo, el art. 16 del RDL 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, luego modificado por la DF 2 RDL 9/2020, de 27 de marzo para declarar la tramitación de emergencia de ciertos contratos; o la modificación el art. 159.4 LCSP, en virtud de la DF 3 del RDL 16/2020, de 28 de abril. Sobre el particular, véase José María GIMENO FELIÚ, “La crisis sanitaria COViD-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, dedicado a: Coronavirus y otros problemas, núm. 86-87, 2020, pp. 42-53.

⁹⁸ Al respecto, véase Vicente ÁLVAREZ GARCÍA y Flor ARIAS APARICIO, “La incidencia del derecho de necesidad en el procedimiento administrativo: la alteración de las reglas procedimentales por motivos de necesidad”, *RGDA*, núm. 54, 2020.

⁹⁹ El art. 11 del LOEPSF desarrolla este precepto añadiendo al supuesto de hecho una limitación que no está en la Constitución, y que la “*desviación temporal no puede poner en peligro la sostenibilidad fiscal a medio plazo*”.

excepcional que impacte sobre la marcha de la economía hasta el punto de generar una *recesión económica*.

Hasta la fecha, la excepcionalidad de la crisis de la COVID-19 no ha llevado, en el caso español, a activar formalmente el procedimiento parlamentario previsto en el art. 135.4 *in fine*, que exige la apreciación de la situación por mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Por cierto que poco más aclara la Constitución. Nada se dice sobre *quién* debe pedirlo ni sobre el *cómo*. Se entiende que corresponderá al Gobierno puesto que es quien debe iniciar el procedimiento parlamentario para la aprobación, primero del *techo de gasto* y después de los Presupuestos y es, en definitiva, destinatario de este precepto. Tampoco se dice nada acerca de *cuándo* debe o puede pedirse. En este caso, pienso que también puede defenderse la idea de que debería pedirse antes de la aprobación del *techo de gasto*, puesto que, en definitiva, lo determina¹⁰⁰. En las circunstancias actuales, podría incluso plantearse si las sucesivas autorizaciones de las posteriores ampliaciones del estado de alarma –en algún caso con mayoría absoluta– implican *de facto* un reconocimiento por parte del Congreso de los Diputados de una *situación inusual* o de una *situación de emergencia extraordinaria que escape al control del Estado*, situación que avala el desplazamiento circunstancial de las exigencias de la disciplina presupuestaria.

La activación de la cláusula de excepción no implica el incumplimiento de las provisiones constitucionales, antes bien es una manifestación de su carácter normativo.

Volviendo al caso planteado, según pasen los meses y la situación sanitaria llegue a estabilizarse, la preocupación por los aspectos económicos de la crisis se recrudecerán y la evolución de las finanzas públicas, sin duda tomará todo el protagonismo. La crisis de la COVID-19 supone un ejercicio de resistencia del modelo macroeconómico que subyace en la Constitución que tiene, como elemento determinante, la necesaria estabilidad económica. El cumplimiento de la norma constitucional se muestra especialmente sensible a la propia evolución de la economía. Ello plantea, a mi juicio, un elemento de fragilidad del modelo de juridificación de la macroeconomía, en la medida en que su estricto cumplimiento se torne casi imposible. A no ser que lo que realmente se pretenda sea un objetivo de estabilidad presupuestaria en sentido tendencial o con carácter principal.

En mi opinión, un modelo constitucional que aluda al límite de la sostenibilidad –entendida como estabilidad sostenida y con impacto intergeneracional– resultaría más creíble. En primer lugar por su mayor vinculación al principio democrático, así como la lógica de la restricción de no gastar lo que no se tiene. También porque reforzaría la responsabilidad para con nuestro propio desenvolvimiento como país frente a una posición de país “tutelado” por las instancias europeas.

¹⁰⁰ También podría argumentarse que una propuesta de *techo de gasto* presentada al Congreso y al Senado, cuya cifra se desviase del objetivo de estabilidad presupuestaria, podría justificarse precisamente en alguna de las causas del art. 135.4, permitiendo así –indirectamente– la aprobación de la existencia de la causa.

5.3. Dificultades para la estabilidad presupuestaria y, en particular, para su cumplimiento en situaciones de excepción

La opción por “constitucionalizar”, en definitiva someter a derecho, las decisiones de los poderes públicos con impacto macroeconómico, manifiesta sus claroscuros, precisamente, con ocasión de la crisis. La dirección de la economía por parte de los poderes públicos se ha mostrado en todo momento y hasta la fecha –y no solo con ocasión de esta reciente crisis– como un ejercicio de *ajuste fino*. Someter a reglas excesivamente rígidas estas decisiones suscita muchos interrogantes y dificultades, y obliga a reflexionar sobre el papel correlativo del derecho, en particular del Derecho público, sobre la economía y viceversa.

La primera de las dificultades tiene que ver con la evolución y el comportamiento de las variables económicas que aportan información acerca de la marcha de la economía de un país o región –o en su caso, grupo de países, como la Unión Europea–. Conviene recordar que su comportamiento no es solo, ni mucho menos, resultado de decisiones de los poderes públicos, por más que éstas sean determinantes. El devenir de lo económico y su impacto en el bienestar y en el progreso social es resultado de múltiples factores, una parte importante de ellos ajenos al poder político, como he querido apuntar cuando me he referido a la economía como un sistema abierto. La crisis de la COVID-19 ofrece un perfecto ejemplo. En este contexto, y en el bien entendido que los poderes públicos trabajan para lograr un mejor y mayor progreso económico y social, así como la estabilidad económica, ¿qué opción es preferible? ¿La fijación de reglas fiscales rígidas y densamente determinadas y predecibles? ¿O la atribución de un margen de maniobra suficiente y necesario en el marco de unos objetivos que faculte al poder político-económico de capacidad para adaptarse a la evolución del entorno? Nuestra norma constitucional y la LOEPSE, así como el Derecho europeo, parece que han optado por la primera. El resultado de esta opción es un modelo aparentemente rígido aunque quizá más seguro, previsible y estable a medio plazo.

A esta dificultad se une, como es bien sabido, el desfase temporal que implica la “medición” de lo económico. Los presupuestos se diseñan y ejecutan, en el mejor de los casos, en el marco temporal de una anualidad, mientras que la evolución de la economía se mide por trimestres, cuando no por meses. Si, desde el análisis de los datos económicos, dos trimestres consecutivos de decrecimiento se consideran recesión económica, y estos tienen lugar, por ejemplo, en el primer y segundo trimestre del año, la eficacia de las medidas fiscales y presupuestarias adecuadas (por ejemplo, tributarias), en el mejor de los casos, tardarán casi un año en llegar. Este desfase temporal entre la evolución de la economía y las grandes decisiones de política fiscal y presupuestaria ha sido tradicionalmente uno de los argumentos a favor del uso de la política monetaria como herramienta de estabilidad económica y no solo como mera función de protección del nivel de precios y del valor de la moneda. En este sentido, la política monetaria ofrece soluciones *ad hoc* que permiten llevar a cabo ajustes en la

economía de modo más rápido y eficaz¹⁰¹ ante situaciones de inestabilidad, recesiones o, al contrario, de “recalentamiento” de los precios. Sin embargo, en el contexto del euro, el recurso a los instrumentos de política monetaria presenta no pocas dificultades. La primera de ellas está relacionada con el hecho de que la evolución de la economía de los distintos países de la eurozona manifiesta diferencias no pequeñas, como de hecho ocurre en el momento actual en relación con la respuesta que cada Estado ha adoptado ante la COVID-19 y el impacto en sus economías. Tampoco ayudan las políticas monetarias de bajos tipos de interés que, desde años, practican el BCE o la Reserva Federal y que dejan poco –o ningún– margen de maniobra. Y, en tercer lugar y más importante desde el punto de vista jurídico, el principal escollo radica en el propio diseño institucional del BCE como autoridad monetaria independiente y en las funciones que tiene atribuidas –proteger la estabilidad de la moneda y de nivel de precios en la eurozona¹⁰²– y no, al menos en teoría, otro tipo de objetivos¹⁰³.

La tercera dificultad que plantea el cumplimiento del régimen de estabilidad presupuestaria previsto en la CE tiene que ver con la complejidad que supone la propia medición y cálculo de las macrovariables que la CE ha juridificado, empezando por el PIB. Hay que tener en presente que cuando hablamos de cuantificar el PIB nos estamos refiriendo tanto a una cuantificación real y necesariamente *a posteriori* como a una previsión estimada de su evolución futura. No será el mismo el dato del PIB que se toma como referencia para el diseño de los presupuestos y la aprobación del *techo de gasto* –obviamente, una estimación– que el PIB que se toma en consideración para activar la cláusula de excepción en caso de recesión económica que se mide sobre datos reales y, como digo, *a posteriori*. No hay que perder de vista que la cuantificación del PIB es uno de los principales problemas que se le ha planteado a la ciencia económica, tanto cuando intenta explicar lo ocurrido como cuando intenta adivinar qué ocurrirá.

¹⁰¹ Recordemos la eficacia de unas pocas palabras. Bastó que Draghi afirmara que haría lo necesario –es decir, que el BCE haría lo necesario– para responder a la crisis para tranquilizar a los mercados internacionales de deuda y la tensión vivida por el euro.

¹⁰² Véase, por todos, Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “El sistema monetario en una Unión Europea ...”, *op. cit.*, pp. 151-320. También, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva unión bancaria y apuntes para su solución”, *Revista de Estudios Europeo*, núm. 63, 2013, pp. 79-114.

¹⁰³ Aquí radica precisamente el problema de fondo que ha dado lugar a la STC alemán contra el BCE y sus operaciones de compra de bonos. Entendían los recurrentes, y así lo ha aceptado el tribunal que el BCE habría sobrepasado su mandato estatutario. La política monetaria del BCE, capitaneada por Mario Draghi durante la Gran Crisis financiera, puso en marcha planes de compra de bonos que permitieron bajar la tensión en los mercados de deuda pública, controlando de ese modo el tipo de interés pagado por los Estados y el coste de su financiación, eliminando tensiones en el sistema económico de los Estados miembros en situación de fragilidad; en particular, Italia y España. Sobre esta sentencia y el problema de fondo, véase José Eugenio SORIANO GARCÍA, “*Deutschland über alles*: una canción entonada por el Tribunal Constitucional alemán que invade Europa”, en *LA LEY Unión Europea*, núm. 82, 2020, Wolters Kluwer.

El papel que tienen las *estimaciones* para la toma de decisiones en materia presupuestaria es crucial para la fijación de las cuantías ¿Cuánto crecerá o decrecerá el PIB en el año entrante? ¿A cuánto alcanzará la recaudación tributaria que depende del PIB? ¿A cuánto, en definitiva, alcanzará el *techo de gasto*? Centros de estudio, públicos y privados, nacionales e internacionales¹⁰⁴, proveen de información y previsiones sobre la evolución del PIB, en ocasiones contradictorias, sobre la base de modelos matemáticos y de estimaciones¹⁰⁵. No olvidemos que, en definitiva, este es el *factum* a partir del cual se toman las decisiones de política económica con fundamento macroeconómico, ahora sometidas al Derecho público.

6. ALGUNAS REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Desde la perspectiva de la macroeconomía, en nuestro modelo económico constitucional y en la medida en que la opción de acudir a la política monetaria se encuentra restringida, los ajustes de política económica pasan necesariamente por la política fiscal y presupuestaria y por las reformas estructurales que permiten incidir en algunos de los costes de producción para hacerlos más o menos *competitivos*. Significativamente forman parte de estas reformas aquellas que inciden sobre el empleo y la legislación laboral¹⁰⁶, así como ciertas medidas liberalizadoras que permiten el abaratamiento —o en su caso, encarecimiento— de algunos bienes y servicios. Dejando al margen este último factor, que abre una compleja gama de problemas jurídico-económicos, y también políticos, que desbordaría los límites de esta reflexión, la “juridificación” de la estabilidad presupuestaria supone la introducción al máximo nivel normativo de límites cuantitativos a las posibles opciones de política fiscal, estrechando el margen de discrecionalidad política y económica. Puede decirse que la Constitución ha puesto cifra al principio operativo de “nadie puede gastar más lo que tiene”, en concreto incorporando el modelo del TFUE, en cuyo Protocolo 12 se fija en el 60 por 100 el volumen total de deuda pública en relación con el PIB y en el 3 por 100 el déficit público en relación con dicho PIB.

La pregunta que surge es: ¿y por qué estos límites y no otros? ¿Qué criterios técnicos o de razonabilidad avalan esta concreta opción? Lo cierto es que, al menos en el caso de España, aún estamos lejos de cumplir con estos límites cuantitativos, más después de la crisis de la COVID-19 y la recesión económica abierta. Constatar que una norma constitucional tan concreta resulta de difícil o imposible cumplimiento,

¹⁰⁴ Son muchas las instituciones —públicas y privadas— que se dedican al análisis de datos económicos, que elaboran informes y opiniones acerca del comportamiento —pasado y futuro— de la economía: el FMI, el BE, el BCE, las agencias públicas de información estadísticas, el Servicio de Estudios del BBVA y de otros tantos bancos nacionales e internacionales, empresas de consultoría, entre otros.

¹⁰⁵ No puedo evitar recordar en este punto a mi profesor de economía, Miguel Alfonso Martínez-Echeverría, en sus primeras clases, En particular su reflexión sobre la capacidad de estimación de la macroeconomía, según la cual *su capacidad de acierto se parecía a la de un cazador tuerto que caza palomas en vuelo con una escopeta con la mira descentrada.*

¹⁰⁶ Es el caso de las normas laborales que determinan el coste del despido.

es altamente ineficaz tanto desde el punto de vista jurídico como económico, además de plantear fuertes tensiones políticas. Si a ello se une la inestabilidad política, que hace que sigamos con los mismos presupuestos por tercer año consecutivo, la norma constitucional corre el riesgo de perder la *auctoritas* que la hace creíble y eficaz.

Al imponerse un modelo que somete a normas de Derecho público la política económica, en concreto ciertas decisiones de los poderes públicos con relevancia macroeconómica como son la determinación del nivel de gasto público y el nivel máximo de endeudamiento, el margen de decisión política –y la actual situación de crisis generada por la COVID-19 así lo pone de manifiesto– se reduce y condiciona drásticamente. Por otra parte, hay que considerar que en realidad, este sometimiento a derecho y su control es operativo en el ámbito europeo, donde se han previsto los procedimientos de déficit excesivo para aquellos países que incumplan los compromisos de estabilidad presupuestaria y, en su caso, las vías de legitimación jurisdiccional necesarias para que el TJUE pueda revisar la corrección de estos controles que la UE lleva a cabo¹⁰⁷.

En situaciones de fuerte caída del PIB la evolución de resto de variables se verá condicionada tanto por su impacto en la recaudación vía impuestos como por la necesidad de aumentar los gastos y auxilios sociales. Este desequilibrio solo podrá financiarse con deuda pública.

Si el alcance del déficit público está normativamente limitado y el volumen de deuda también, las opciones son pocas: subir impuestos, bajar gastos... o los dos. Ninguna de estas opciones es oportuna para resolver el desequilibrio generado por la crisis. El funcionamiento sistémico de la economía, del que hablaba al comienzo de estas páginas, apunta a que cualquiera de estas recetas, en el corto plazo, agravaría la situación y no al contrario. Si aumenta la presión fiscal habrá menos recursos disponibles para dedicarlos a la inversión, ahondando en el círculo vicioso de la recesión. Y, si se reduce el gasto público se resentirán los mecanismos de solidaridad social en el momento en que es más necesario, tanto desde un punto de vista humanitario y de los derechos fundamentales como incluso desde a perspectiva económica, en la medida en que estos mecanismos se comportan como estabilizadores automáticos de la economía¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Véase Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexión tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2004”, *REP (Nueva Época)*, núm. 176, 2004, pp. 151-176. En el caso de España, nuestro país ha estado sometido desde 2009 hasta mediados de 2019 a la tutela y control derivada de la situación *déficit excesivo* por parte de la Comisión Europea, al igual por cierto que la práctica totalidad de los Estados miembros, que en algún momento han pasado también por este procedimiento.

¹⁰⁸ Así, los fondos públicos destinados al subsidio de desempleo o, incluso, el más reciente Ingreso Mínimo Vital, aprobado por el RDL 20/2020, de 29 de mayo, tienen un incidencia desde el punto de vista económico positiva en la medida en que “regresan” al presupuesto público dado que generan una cierta actividad económica y, al menos, minimizan su estancamiento.

Los *estabilizadores automáticos* “son medidas que estimulan o deprimen la economía en el momento necesario sin necesidad de introducir cambios deliberados en la política económica. Por ejemplo, el impuesto sobre la renta recauda automáticamente menos impuestos cuando la economía entra en una

En materia de política económica y fiscal, los Gobiernos se encuentran siempre, especialmente en tiempos de recesión pero también en épocas de bonanza, ante *dilemas* cuya solución vendrá condicionada por los planteamientos ideológicos de cada momento, pero teniendo que elegir con un margen de decisión cada vez menor. Esta situación es particularmente acentuada en la eurozona, allí donde ha desaparecido la política monetaria nacional (centralizada en manos del BCE) y el pacto de estabilidad y crecimiento, en su día acordado, ha restringido las opciones de política fiscal fijando un concreto compromiso de estabilidad presupuestaria (el del Protocolo 12, del TFUE)¹⁰⁹. Pero no los países de la eurozona no son los únicos. El dilema se le presenta a cualquier economía mundial que necesite financiarse en los mercados internacionales de deuda. En definitiva, estamos hablando de la solvencia que como acreedor presenta cada país y, al igual que ocurre con los deudores privados, los mercados valoran al buen gestor, que garantiza la devolución del préstamo y el pago del interés y castigan al manirroto, al que gasta por encima de lo que tiene o puede generar.

La crisis de la COVID-19 va a permitirnos observar el alcance de los compromisos europeos y de la “juridificación” de la estabilidad presupuestaria en un contexto de fuerte recesión. La *válvula de presión* del art. 135.4 CE todavía no se ha activado formalmente. El peso de las instituciones europeas encargadas de controlar el *techo de gasto* que las Cortes han de aprobar, como primera fase para la tramitación de los nuevos presupuestos, va a resultar determinante como muestra de la profunda integración de los países de la eurozona.

La política, el derecho y la economía resultan inescindibles en materia presupuestaria. La aprobación de la Ley de Presupuestos se presenta como el momento central del curso político y parlamentario y la ocasión para comprobar el alcance del papel que el derecho ha otorgado realmente a la macroeconomía. Es mucho más que un trámite de buena administración y gestión eficiente y de control político. Es el momento clave del Estado social y democrático¹¹⁰. Por otra parte permite tomar el pulso al *grado* de soberanía democrática¹¹¹ representada en el Parlamento, en la medida

recesión, sin necesidad de modificar la legislación tributaria, ya que los individuos y las empresas pagan menos impuestos cuando su renta disminuye. Asimismo, el seguro de desempleo y los programas de asistencia social aumentan automáticamente las transferencias cuando la economía entra en una recesión porque aumenta el número de personas que tienen derecho a estas prestaciones”, véase Gregory MANKIŪ, *Macroeconomía*, 8.ª ed., Trad. Esther RABASA, Bosch, Barcelona, 2014, p. 710.

¹⁰⁹ Al momento de cerrarse este trabajo llegan noticias del histórico pacto que han alcanzado los líderes europeos para la creación de un fondo de 750 mil millones de euros –entre transferencias a fondo perdido y créditos– para la *reconstrucción y salvamento* de las economías europeas más afectadas por la Crisis COVID-19. Habrá ocasión de analizar tan histórico acuerdo, así como las herramientas jurídicas y económicas a través de las que se va a arbitrar. La principal novedad es, sin duda, la financiación de dicho fondo vía deuda pública siendo su emisora la propia UE, lo que por primera vez implica una mutualización de los riesgos con garantía de la propia UE.

¹¹⁰ Por ello la anomalía de unos presupuestos ampliados por más de dos años suscita dudas no pequeñas de legitimidad –que no de legalidad– de un Gobierno que no es capaz de sacar adelante su propio proyecto político y económico.

¹¹¹ Precisamente afirmar que la soberanía es *graduable* implica ya un claro contrasentido. Me remito en este punto a la nota 68 *supra* y a la mención ahí expuesta sobre el concepto jurídico de soberanía.

en que aprueba unas cuentas cuyas determinaciones principales (macroeconómicas) vienen fijadas por la UE. Dejando a un lado el espinoso asunto sobre el concepto político-jurídico de *soberanía*, en el que no voy a entrar, sí quiero insistir en la idea de que la cesión de una parte de la soberanía —la monetaria, con la creación del euro— ha actuado como factor de arrastre de otras manifestaciones de la soberanía¹¹². O dicho de otro modo, del alcance del principio democrático a la hora de determinar la política económica, manifestado en la política presupuestaria. Desde la teoría económica este efecto sin duda se explica debido al comportamiento sistémico de la economía, que apuntaba al comienzo de este trabajo, así como a la estructural restricción del gasto.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Enoch ALBERTÍ ROVIRA, “La constitución económica de 1978. (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española)”, *REDC*, núm. 71, 2004, pp. 123-159.
- Alberto ALONSO UREBA, *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- Vicente ÁLVAREZ GARCÍA y Flor ARIAS APARICIO, “La incidencia del derecho de necesidad en el procedimiento administrativo: la alteración de las reglas procedimentales por motivos de necesidad”, *RGDA*, núm. 54, 2020.
- Manuel ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y estado social*, McGraw-Hill Madrid, 1995.
- Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1999.
- Antonio ARROYO GIL, “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la República Federal de Alemania”, *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 10, 2010, pp. 40-71.
- “La cláusula de estabilidad presupuestaria: tras la senda constitucional alemana”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 6, 2013, pp. 39-47.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004.
- Martín BASSOLS COMA, “La planificación”, en Fernando GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Español*, IEE, Madrid, 1981.
- “La Constitución económica”, *RDP*, núm. 366, 1992, pp. 277-290
- “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *REDA*, núm. 2-155, 2012, pp. 21-41.
- “La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho Público; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria” *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, 2012, pp. 3-15.

¹¹² También para Susana RUIZ TARRÍAS “sin que exista constancia de cómo y en qué momento los Estados de la UE han realizado una cesión en el ejercicio de sus competencias soberanas en materia presupuestaria a las instituciones europeas, en tanto que no se ha producido una modificación expresa en este sentido en el Derecho originario, la intervención de éstas últimas en el procedimiento presupuestario nacional conduce a una modificación de la fisonomía del concreto sistema de gobierno de cada Estado de la eurozona, cuyos órganos constitucionales y sus respectivas competencias aparecen condicionadas por decisiones adoptadas por instancias supraestatales”, véase *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona 2016, p. 254.

- Marc CARRILLO, “Constitución y control de las finanzas públicas”, *REDC*, núm. 101, 2014, p. 24-26.
- James M. BUCHANAM, “Clarifying Confusion about the Balanced Budget Amendment”, *National Tax Journal*, 1995, núm. 48 (3), pp. 347-350.
- “Concerning Future Generations”, en J. M. FERGUSON (ed.) *Public Debt and Future Generations*, University of North Carolina Press, 1964.
- Juan CALVO VÉRGEZ, “La creación de la nueva autoridad independiente de responsabilidad fiscal en torno al alcance de sus informes y opiniones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11(marzo), 2014, pp. 61-75.
- Francisco Jesús CARRERA HERNÁNDEZ, “El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: ¿un impulso a la realización de la Política Económica de la Unión Europea o un tratado superfluo e innecesario?”, *RGDE*, núm. 28, 2012.
- Carlo Alberto CIARALLI, “Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas”, *REALA Nueva Época*, núm. 9, (2018), pp. 60-83.
- Antonio CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Francisco COMÍN COMÍN, *La crisis de la deuda soberana en España (1500-2015)*, Los Libros de la Catarata, D.L., Madrid, 2016.
- Matilde CUENA CASAS, “Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento el mercado de crédito”, *InDret*, 3/2017.
- M. Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, “Conseqüències institucionals de la limitació del deute públic a les comunitats autònomes i als Länder. Una anàlisi comparada dels mecanismes de control de l'estabilitat pressupostària a Espanya i Alemanya”, *Revista d'estudis autonòmics i federals* núm. 20, 2014, pp. 74-213.
- Kevin. E. DAVIS, Angelina FISHER, Benedict KINGSBURY y Sally E. MERRY, *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford University Press, 2012.
- Fernando DE LA HUCHA CELADOR, “La reforma del artículo 135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *REDE*, núm. 153, 2012, pp. 21-48.
- “Artículo 135 CE: Estabilidad presupuestaria y deuda pública”, Tribuna en *Diario La Ley*, 14 de diciembre de 2018.
- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “La discrecionalidad política del ECOFIN en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexión tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de junio de 2004”, *REP (Nueva Época)*, núm. 176, 2004, pp. 151-176.
- “La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico”, *Informe sobre Comunidades Autónomas*, 2016, pp. 77-110.
- Josu DE MIGUEL BÁRCENA, “Estabilidad financiera en entornos federales: la nueva Constitución económica del riesgo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 26, julio-diciembre, 2016.
- “La recepción constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en Italia. Comentario a las Sentencias 10/2015 y 70/2015 de la Corte Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp. 431-449.
- Antonio EMBID IRUJO, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.
- José ESTEVE PARDO, “La regulación de la economía desde el Estado garante”, en *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 79 y ss.
- María Luisa ESTEVE PARDO, “El impacto del principio de estabilidad presupuestaria sobre los Gobiernos locales”, en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2012, número dedicado a “Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?”, pp. 153-172
- German FERNÁNDEZ FARRERES, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica”, en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 165-184.
- Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre a la sostenibilidad de los servicios públicos”, *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

- Juan Ignacio FONT GALÁN, “Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978”, *RDM*, núm. 152, 1979, pp. 205-239
- Tomás FONT LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN, “La reordenación de las competencias municipales ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, 2014, pp. 8-9
- José GARCÍA ALCORTA, *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, Atelier, Barcelona, 2008.
- Manuel GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre la cláusulas económicas de la Constitución”, en Manuel RAMÍREZ, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 27 y ss.
- Javier GARCÍA ROCA y Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Mayor, 2013.
- “La repentina constitucionalidad de la Ley de Estabilidad presupuestaria según la STC 215/2014, de 18 de diciembre”, *REDE*, núm. 54, 2015, pp. 89-122.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho”, en María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de derecho*, 2014, Cizur Menor (Navarra), pp. 151-320.
- “La aplicación del principio constitucional de estabilidad presupuestaria a las entidades locales”, en Luis COSCULLUELA MONTANER, Luis MEDINA ALCOZ (dirs.) y María HERNANDO RYDINGS (coord.), *Crisis económica y Reforma del Régimen Local*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 293-327.
- “La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la decisión OMT”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 119-163.
- “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *RAP*, núm. 187, 2012, pp. 31-66.
- “La garantía del Estado frente a la crisis económica”, *RAP*, núm. 201, 2016, p. 101-129.
- Pía GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, “La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del art. 135 de la Constitución”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 433-452.
- Fernando GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución Española*, IEE, Madrid, 1981.
- José María GIMENO FELIÚ, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, *RAP*, núm. 135, 1994, pp. 149-212.
- “La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Dedicado a: Coronavirus y otros problemas, núm. 86-87, 2020, pp. 42-53.
- Charles GOODHART, *The Evolution of Central Bank*, Londres, 1988.
- Friedrich HAYEK, *La desnacionalización del dinero*, traducción de C. LIAÑO, Instituto de Economía de Mercado Unión Editorial SA, Barcelona, 1983.
- Charles P. KINDLEBERGER y Robert Z. ALIBER, *Manías, pánicos y cracs: historia de las crisis financieras*, traducción de B. RIBERA DE MADARIAGA, Ariel, Barcelona, 1991.
- Rosa María LASTRA, *International Financial and Monetary Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, “De la Constitución “irreformable” a la reforma constitucional ‘expres’”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 29, 2012, pp. 199 y ss.
- Gregory MANKIW M., *Macroeconomía*, 8ªed., Trad. RABASA, Esther, ed. Bosch, Barcelona, 2014.
- Esther MARCO PEÑAS, “Delimitación del sector público y estabilidad presupuestario”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 12, 2019, pp. 219-243.
- Antonio MARTÍ DEL MORAL, “La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria”, en Luis COSCULLUELA MONTANER, Luis MEDINA ALCOZ (dirs.) y María HERNANDO RYDINGS (coord.), *Crisis económica y Reforma del Régimen Local*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 271-291.
- Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Crédito, banca y Cajas de Ahorro. Aspectos jurídico-administrativos*, ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- “Sistema bancario y crediticio”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Derecho Administrativo económico* (vol. II), La Ley, Madrid, 1991, 39-278.
- *Derecho Administrativo económico*, vol. I, 2.ª ed., La Ley, Madrid, 1991.

- Miguel Ángel MARTÍNEZ LAGO, “Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria en la Unión Europea y en España. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”, en Diego LÓPEZ GARRIDO (dir.) y M.ª Luz MARTÍNEZ ALARCÓN (coord.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria. El art. 135 de la Constitución española*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 131-171.
- “Reglas fiscales y organismos independientes de supervisión: la Autoridad de responsabilidad fiscal española”, en Francisco David ADAME MARTÍNEZ Y Jesús RAMOS PRIETO (coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiero del sector público: homenaje al Profesor Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*, Ministerio de Hacienda e IEF, Madrid, 2014, pp. 61-75.
- José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- “La *publicatio* de recursos y servicios”, en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 687-718.
- “Problemas de cobertura jurídica de la supervisión bancaria del BCE en la nueva unión bancaria y apuntes para su solución”, *Revista de Estudios Europeo*, núm. 63, 2013, pp. 79-114.
- “Persistencia en la UE actual del fecundo proyecto originario”, en Guillermo PÉREZ SÁNCHEZ (dir.) y María Belén MIRANDA ESCOLA y Begoña VIDAL FERNÁNDEZ (coords.), *La EU al cumplirse 90 años de la Declaración de Schuman, 1950-2020*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2020, pp. 245-268.
- Manuel MEDINA GUERRERO, “La constitucionalización de la *regla del equilibrio presupuestario*: integración europea, centralización estatal”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 165, 2014, pp. 194-196.
- Agustín José MENÉNDEZ, “¿Qué clase de Unión es ésta? A vueltas con la saga *Gauweiler*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 116, 2019, pp. 269-299.
- Sally E. MERRY, Kevin. E. DAVIS, y Benedict KINGSBURY (eds.), *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*, Cambridge University Press, 2015.
- Gabriel MORENO GONZÁLEZ, *Estabilidad presupuestaria y constitución. Fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica”, en Santiago MUÑOZ MACHADO y José ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la Regulación económica. I Fundamentos e Instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15-243.
- “Los límites constitucionales de la libertad de empresa”, en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 139-164.
- Joan PAGÈS I GALTÉS, “Análisis jurídico de la utilización de la estabilidad presupuestaria como límite del principio de autonomía financiera”, *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial), 2019, pp. 73-100.
- Luciano PAREJO ALFONSO (dir.), *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden económico y sectores de referencia*, 3.ª ed. revisada y actualizada, Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- Antonio-Martín PORRAS GÓMEZ, “La posición de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal en el sistema constitucional de control financiero”, *REDC*, núm. 110, 2017, pp. 143-163.
- Álvaro RODRIGUEZ BEREIJO, *La Constitución fiscal de España*, ed. CEPC, Madrid, 2015.
- “Una perspectiva constitucional del control del gasto público”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 58, 2018, pp. 229-244.
- Violeta RUIZ ALMENDRAL, “La reforma Constitucional a la luz de la Estabilidad presupuestaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 89-159.
- Alberto RUIZ OJEDA, “Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/ SEBC. (A propósito de la jurisprudencia *Pringle-Gauweiler-Weiss* del TJUE)”, *Indret*, 3/2020, pp. 358-405.
- Susana RUIZ ZARRÍAS, *Las dimensiones constitucionales de la Unión Económica y Monetaria Europea*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2016.
- María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Transformaciones en la regulación bancaria: una perspectiva desde el derecho público”, en José Luis COLINO MEDIAVILLA y José Carlos GONZÁ-

- LEZ VÁZQUEZ (dirs.), *Las Cajas de Ahorro y la prevención y tratamiento de las crisis de las entidades de crédito*, Comares, 2014, pp. 113-145.
- José Eugenio SORIANO GARCÍA, “*Deutschland über alles*: una canción entonada por el Tribunal Constitucional alemán que invade Europa”, en *LA LEY Unión Europea*, núm. 82, 2020, Wolters Kluwer.
- Francisco URÍA FERNÁNDEZ, “Una reflexión acerca de la constitucionalidad de las Leyes de Estabilidad Presupuestaria”, *RDP*, núm. 12 (2001), pp. 117-137.
- “Una sentencia oportuna e imprescindible. Comentario a la sentencia 134/2011, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional, sobre determinados preceptos de las leyes de estabilidad presupuestaria”, en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 1, 2012, pp. 373-395.
- Gonzalo VILLALTA PUIG, “La constitucionalización del principio de equilibrio presupuestario: un análisis de derecho comparado”, *Revista las Cortes Generales*, núm. 86, 2012, pp. 175-206.

COMENTARIOS

FLAVIO QUEZADA, “UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA COMPARACIÓN DE DERECHOS ADMINISTRATIVOS”. *REVISTA DE DERECHO PÚBLICO: TEORÍA Y MÉTODO*, VOL. 2 (2020), PP. 7-34.

Susana de la Sierra

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha

El artículo acierta al condensar de una forma tan rigurosa diversos aspectos de la metodología jurídico-comparada en el Derecho público y, en particular, en el Derecho administrativo. Es un compendio detallado de la evolución de esta metodología y de los diversos hitos que han marcado su historia, que profundiza en algunos de los instrumentos más relevantes de dicha metodología y que apunta debates relevantes que trascienden incluso la propia noción de Derecho comparado. Me centraré a continuación en un par de aspectos, para concluir con una reflexión de carácter más general.

Coincido, en primer lugar y desde un punto de vista más formal, en que la denominación de “Derecho comparado” es equívoca. Entiendo que es útil como categoría organizativa de los saberes universitarios, para designar un área de especialización caracterizada no por un objeto sino por un método, pero con cautelas que indicaré más adelante. En general, me parece más adecuado referirse a la metodología jurídica comparada o, como se indica en el artículo, a la comparación de Derechos, en este caso de Derechos administrativos. Siendo esta consideración una constatación de orden formal, lo cierto es que presenta además consecuencias prácticas que han de ser tenidas en consideración. De un lado, referirse al Derecho comparado como saber autónomo aísla el método comparado y se corre el riesgo de situarlo en una “casilla separada”, cuando se trata de un útil que habría de permear todas las disciplinas y, por ello, se requeriría formación en todas las disciplinas. De otro lado, la decisión

estructural no es casual. En general, las Cátedras de Derecho comparado lo fueron inicialmente sólo de Derecho privado, dados los vínculos históricos con esta disciplina que llevaron a algunos autores a afirmar, como se recoge en el estudio, que la comparación no es posible en el Derecho público.

En segundo lugar, y pese a alguna teoría a mi juicio tremendista que sostiene que la comparación en el Derecho público no tiene cabida, la prueba fehaciente de que esta afirmación no es válida es el hecho de que las comparaciones en el Derecho Público se vienen haciendo desde los orígenes del mismo y su potencial es muy amplio en los procesos de globalización. En mi opinión, esas teorías se encuentran en este momento superadas, lo cual no obsta para insistir en las cautelas del comparatista. El método comparado es un método trufado de cautelas. Coincido en que el método comparado ayuda a plantear buenas preguntas. De hecho, es un instrumento eficaz para el avance de los ordenamientos jurídicos, no necesariamente para imitar lo que otros han hecho ya (que también, si son experiencias de éxito y pueden adoptarse), sino sobre todo para reflexionar sobre cuestiones que quizás no estaban en la agenda jurídica.

En tercer lugar, y en conexión con lo anterior, el método comparado –por la vía del contraste– conlleva necesariamente cuestionarse las categorías tradicionales, en el Derecho administrativo y en otras áreas del Derecho. Interesa aquí especialmente la relación entre Derecho constitucional y Derecho administrativo, por cuanto no en todos los países se establece una línea tan estricta que separa la labor de quienes se dedican a uno y a otro. La reflexión sobre la noción de Derecho administrativo y sobre la noción de poder se enriquecen con las aportaciones del método comparado. Más allá de esta constatación resulta pertinente plantearse hasta qué punto la división clásica por áreas del Derecho continúa siendo válida a día de hoy. Asistimos a una hibridación de las normas reguladoras de los distintos ámbitos de la realidad, de modo que quizás resulte más operativo avanzar hacia una especialización (también desde el punto de vista institucional) por sectores y no tanto por áreas clásicas del Derecho, que tuvieron un sentido en su día, pero quizás hoy no son tan capitales.

Por último, en algún momento del artículo se alude al carácter cultural del Derecho y ello se hace en el marco de las críticas a la comparación del Derecho público. Esta afirmación es muy potente desde el punto de vista metodológico y trasciende ese aspecto específico, dado que pone de manifiesto la insuficiencia del método jurídico clásico para abordar problemas reales. Así, convendría profundizar en la relación entre distintos ámbitos del saber, el jurídico y otras, y reclamar una mayor formación en disciplinas como la economía o la sociología, entre otras, dado que son las que permiten conocer también el contexto en el que las normas se gestan y se aplican. Y esto es fundamental para el comparatista.

JOSÉ ESTEVE PARDO, “LA APELACIÓN A LA CIENCIA EN EL GOBIERNO Y GESTIÓN DE LA CRISIS DE LA COVID-19”, *REVISTA DE DERECHO PÚBLICO: TEORÍA Y MÉTODO*, VOL. 2 (2020), PP. 35-50.

Christian Rojas-Calderón

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad Adolfo Ibáñez

Con la agudeza que lo caracteriza y en una temática que conoce de sobra –basta revisar *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental* (Ariel, 1999) y *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia* (Marcial Pons, 2009)–, José Esteve Pardo nos presenta este nuevo trabajo. Sobre éste, estimo necesario comentar algunas cuestiones que creo son el centro de lo que sostiene.

1) Como primera afirmación, se coincide en la constatación imbatible que hace: los muy diferentes caminos, tiempos y objetivos de la Ciencia y el Derecho –casi su opuesto–, pues donde el Derecho pretende la certeza y permanencia, la Ciencia es probable y temporal. Y frente a la pandemia del COVID-19 cada uno hace lo suyo: el Derecho permite decidir, y la Ciencia busca enfrentarla y vencerla; pero ambos operan en espacios diferentes y de reconocidos cambios.

2) En este contexto, la clave es la adopción de decisiones con un deseable conocimiento científico, ante la situación de reconocida incertidumbre. Pese ello, constata que con la pandemia, y echando mano a algo que se conoce bien como es la relación entre los riesgos y el Derecho –en cuya virtud se identifican tres acciones: la determinación, la gestión, y la responsabilidad derivados de ellos–, propone “saltarse” la primera fase, pasando a la segunda, pues no tenemos nada claro, nada determinado o cierto, siendo la actual una situación de incertidumbre plena.

3) Pese a ello, ante esa falencia y desde el Derecho, sostiene que es posible identificar dos clases de estrategias. La estrategia externa de conexión del sistema jurídico con los dictados y valoraciones de la ciencia. Y la estrategia interna, de reordenación y adaptación del sistema jurídico para encausar la incertidumbre y poder resolver y tomar decisiones. Sobre la estrategia externa (cientificista), señala que es posible hacer esa conexión a través del principio de precaución, reconocido en varias regulaciones –incluso a nivel constitucional–; el que debe conectarse con el de proporcionalidad, lo cual permite modular la magnitud e intensidad de las medidas adoptadas ante el COVID-19, y en la misma línea con el de ponderación. Pero, con ello, ve un riesgo en la posible llegada en plenitud de las relaciones especiales de sujeción, en cuya virtud rigen sólo las órdenes de la autoridad desapareciendo el imperio de la ley, lo que fuera objeto de atención crítica en otro libro más reciente: *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa* (Marcial Pons, 2019). Precisamente por ello, las medidas adoptadas tienen o deben tener sólo carácter provisorio y estar sujetas a constantes revisiones, con el objeto de reducir la

incertidumbre. Sobre la estrategia interna, propia del sistema jurídico, nos recuerda que hay un conjunto de presunciones o ficciones que, construidas desde el Derecho romano, se han trasladado hasta nuestros días (recuerdo la muerte presunta regulada en los artículos 80 a 94 del Código Civil chileno, o la presunción legal de responsabilidad ambiental del artículo 52 de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente), que permiten construir certezas donde no hay y tomar decisiones. Pero, también en este ámbito, existen otras herramientas meramente procedimentales e institucionales que encausan la toma de decisiones. Piénsese en la referencia normativa a algún órgano, cuyos informes deben tomarse como fundamento de las decisiones por quienes se encuentran legitimados democráticamente para hacerlo; o al procedimiento que debe seguirse para la toma de decisiones. Esto es bastante usual en la toma de decisiones en situaciones de “normalidad”, pero que ahora se echa en falta. Lo que hay es simplemente una generalización en el uso de órdenes de los agentes, escasa transparencia, comisiones ad hoc, escasa inteligibilidad de la información; lo que ha generado una comprensible desconfianza, desconocimiento, hasta resistencia ante las medidas tomadas, cuya eficacia y/o certeza está permanentemente en duda. Luego, si no se encausa procedimental e institucionalmente la toma de decisiones –como afirma Esteve Pardo–, no aumentará esa tan anhelada certidumbre y un combate más adecuado al COVID-19.

4) En suma, es un artículo que merece mucha atención, pues Esteve Pardo extiende aún más –ahora para enfrentar la pandemia–, los trabajos y reflexiones previos, llevándonos a identificar herramientas y riesgos sistémicos que hay que considerar permanentemente al tomar decisiones. Al cierre, escribo este comentario desde Viña del Mar (Chile), y sucede que en esta ciudad y en este país, los problemas fácticos son los mismos y las dificultades regulatorias muy parecidas. Celebro así el trabajo de Esteve Pardo que también acá sirven para reflexionar, analizar y enfrentar la pandemia desde el Derecho. No queda más que recomendar vivamente su lectura, especialmente pertinente para estos tiempos.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

