Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 10 | 2024

Marcial Pons

© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024
Fotocomposición: Ene Estudio

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

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

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

COMITÉ DE DIRECCIÓN

M. Mercè Darnaculleta Gardella
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Girona.

María Amparo Salvador Armendáriz
Profesora Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Navarra.

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

Benito Aláez Corral
Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad de Oviedo.

COMITÉ EDITORIAL

Rosa Inés Fernanda Gómez González
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de los Andes

Dolores Utrilla Fernández-Bermejo
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Elisa Moreu Carbonell
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

José María Porras Ramírez
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

Luis Medina Alcoz
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Diana-Ucrania Galetta
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Milán

Martin Burgi
Catedrático de Derecho Público
Universidad de Múnich

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

Samuel Baena Carrillo, *La colonialidad del Derecho administrativo global: una crítica interdisciplinaria desde el sur global* 7

Julia J. Carceller Stella, *Los análisis de impacto normativo como elemento relevante para el control judicial de los hechos determinantes en el ejercicio de la discrecionalidad reglamentaria* 33

Clàudia Gimeno Fernández, *El fomento y la restricción de usos en el planeamiento urbanístico: técnicas y principios* 63

Francisco Velasco Caballero, *Cuotas y preferencias* 111

José María Baño León, *Inadmisión y desestimación de plano: la importancia de los conceptos* 169

César Cierco Seira, *Reflexiones sobre los actos de trámite cualificados* 189

Marta Lorente Sariñena, *Uso y abuso de la historia del Derecho público* 235

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, *El control de constitucionalidad del estado de alarma. ¿Una oportunidad para desarrollar un correcta teoría general de los derechos fundamentales?* 271

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 7-32
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_1075
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Samuel Baena Carrillo
ISSN: 2695-7191
Recibido: 31/01/2024 | Aceptado: 03/03/2024

LA COLONIALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: UNA CRÍTICA INTERDISCIPLINARIA DESDE EL SUR GLOBAL

COLONIALITY IN GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW: AN INTERDISCIPLINARY CRITIQUE FROM THE GLOBAL SOUTH

Samuel Baena Carrillo
Profesor e investigador del Departamento de Derecho Administrativo
de la Universidad Externado de Colombia
Doctor en Derecho de la Università degli Studi di Torino, Italia

RESUMEN: La idea de Derecho Administrativo Global es universalista porque se funda sobre la noción de un conjunto de principios comunes a todas las tradiciones de derecho administrativo. Desde el punto de vista de la crítica decolonial ese postulado es problemático y amerita una serie de críticas teóricas que no impiden formular una eventual solución: la decolonización del *Global Administrative Law*.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo Global; colonialismo jurídico; colonialidad; decolonialidad.

ABSTRACT: The idea of Global Administrative Law is universalist because it's founded on the notion of a set of principles common to all traditions of administrative law. From the point of view of Postcolonial studies, this is problematic and merits a series of theoretical questions that point to an eventual solution: decolonizing Global Administrative Law.

KEYWORDS: Global Administrative Law; legal colonialism; postcolonial studies.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: OXÍMORON Y UTOPÍA: 2.1. Definición, dimensiones y características del Derecho Administrativo Global; 2.2. *Ius gentium* y *lex administrativa*: el universalismo del Derecho Administrativo Glo-

bal.— 3. HACIA UN DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y DECOLONIAL: 3.1. La crítica decolonial. 3.2. La colonialidad del Derecho Administrativo Global.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

Una esfera espantosa, cuyo centro está en todas partes
y la circunferencia en ninguna.

Jorge Luis Borges

1. INTRODUCCIÓN

El Estado nación está en crisis. La afirmación es curiosa y no deja de resultar algo ambigua: constituye de algún modo un lugar común y un hecho notorio, pero al mismo tiempo supone un juicio tan complejo y un esfuerzo probatorio de tal envergadura que resulta casi absurdo formularla de manera seria. El origen histórico del Estado nación suele ubicarse hacia mediados del siglo XVII, cuando en 1648 se puso fin a la Guerra de los treinta años a través de la Paz de Westfalia, un pacto final que trajo consigo la reordenación de las relaciones de poder entre las potencias europeas de entonces. Ese acuerdo, que entre internacionalistas es reputado como el primer tratado de derecho internacional de la historia moderna, implicó la formalización de la soberanía estatal —ya conceptualizada por Jean Bodin[1]— como criterio ordenador de las relaciones de poder entre las células políticas que conformaban el rompecabezas territorial europeo de la época[2].

La importancia del surgimiento del Estado nación es tan significativa que, con él, suele incluso hablarse de la fundación de un nuevo orden mundial —el paradigma westfaliano[3]—, que modificó la dinámica hasta entonces normal de la historia humana: una historia de descubrimientos y de conquistas, de desplazamientos poblacionales y de amalgamas culturales, hecha posible por la incertidumbre de las fronteras y las disputas constantes sobre su trazado. Con todo, no es que desde 1648 esa historia hubiese llegado a su fin, pero la Paz de Westfalia sí parece haber tenido un efecto sedante sobre la globalización, que no es un fenómeno exclusivo de nuestros días[4], contrario a lo que podría pensarse debido a la relativa novedad del término[5].

---

[1] Cfr. José Fernando FLÓREZ RUIZ, "De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal", *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 107-144, pp. 111-112.

[2] Cfr. Marcílio Toscano FRANCA FILHO, "Historia y razón del paradigma westfaliano" *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 131, 2006, pp. 87-111, pp. 100-101.

[3] Cfr. Marcílio Toscano FRANCA FILHO, "Historia y razón del paradigma westfaliano" *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 131, 2006, pp. 87-111, pp. 87-111.

[4] Cfr. Amartya SEN, *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano, 2003, p. 4.

[5] Cfr. Peter BEYER, "Globalization and Glocalization", en James A. BECKFORD y Jay DEMERATH (eds.), *The SAGE Handbook of the Sociology of Religion*, Sage, London, 2007, p. 98.

Lo que sí parece caracterizar nuestra actualidad es la progresiva reactivación de la globalización y la consiguiente pérdida de vigencia del Estado nación como modelo de organización política y jurídica. En otras palabras, uno de los signos característicos de nuestro tiempo es la obsolescencia del paradigma westfaliano, que encuentra su causa principal en la globalización. El Estado sigue siendo un epicentro del poder, pero ya no es el único[6]: su crisis tiene que ver con el surgimiento de nuevos actores en el ámbito transnacional, que han empezado a invadir la órbita competencial de los Estados nación y a usurpar muchas de las funciones que, de acuerdo con una visión ortodoxa, eran sus monopolios tradicionales. Por otro lado, se asiste al surgimiento de nuevos problemas de alcance transnacional: el cambio climático, el narcotráfico, las crisis financieras, los movimientos migratorios, la proliferación de armas de destrucción masiva, las crisis ambientales, el terrorismo y las pandemias, entre tantos otros. Esas cuestiones demandan de los Estados un formidable esfuerzo de coordinación de políticas públicas y de producción de marcos normativos regionales y globales, dada la facilidad con la que atraviesan fronteras y con la cual, por ende, logran escapar de las soberanías, de los ordenamientos domésticos y, en síntesis, del control que antaño podían ejercer los Estados nación sobre las vicisitudes de sus respectivos territorios y poblaciones[7]. En efecto, *el Estado nación está en crisis*.

El debilitamiento paulatino del paradigma westfaliano y el advenimiento del nuevo orden mundial —el paradigma worldfaliano[8]— dibujan el marco de referencia de una de las incontables manifestaciones de la globalización: la globalización jurídica. De acuerdo con la voz autorizada del profesor Sabino Cassese, este último sí constituye un fenómeno reciente, que conlleva el desarrollo de nuevos ordenamientos jurídicos globales, con normas y sujetos propios[9]. Pues bien, en el marco de la globalización jurídica hay un fenómeno que despierta particular perplejidad: la globalización del derecho administrativo.

Esa perplejidad se debe a la paradoja inherente del término: en efecto, ¿cómo es posible sugerir siquiera que un derecho tan arraigado en la construcción histórica y conceptual del Estado nación se desembarace de ese nexo y trascienda las ideas de soberanía y de frontera? ¿Cómo aceptar la noción de que lo accesorio —el derecho administrativo— se desvincule de lo principal —el Estado nación—? En suma, ¿cómo admitir la contradicción que entraña la expresión *globalización del derecho administrativo*?

---

[6] "States are certain loci of power, but the state is not all that there is of power". Judith BUTLER y Gayatri C. SPIVAK, *Who sings the nation-state? Language, politics, belonging*, Seagull, Oxford, 2007, p. 1.

[7] Cfr. César Arturo VELÁZQUEZ BECERRIL y Gabriel PÉREZ PÉREZ, "Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización", *Política y Cultura*, núm. 34, 2010, pp. 107-127, p. 126.

[8] Cfr. Caterina GARCÍA SEGURA, "*Westfalia*, *Wordfalia*, *Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 2, 2017, pp. 45-70, p. 47.

[9] Cfr. Sabino CASSESE, "A proposito di «The Law of Global Governance» di Eyal Benvenisti. Diritto globale o «polity» globale?", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2014, pp. 911-915, p. 911.

La literatura que busca dilucidar tales problemas es abundante y hoy en día existen modelos explicativos del fenómeno muy diversos. Entre ellos, sin lugar a dudas el que ha hecho más fortuna en tiempos recientes es el llamado *Global Administrative Law*[10], un proyecto académico emprendido por algunos profesores de la Universidad de Nueva York y a partir del cual la academia tradicional ha empezado a asomarse a la globalización del derecho administrativo, cada vez con más interés.

Finalmente, en vista de que el momento de síntesis del que habla Cassese ha sido en buena medida superado por la doctrina[11], es posible complementar su opinión con un modesto aporte: en este punto no solo es importante el esfuerzo de síntesis y sistematización —ya en buena medida acometido— sino también una tarea crítica informada por una perspectiva interdisciplinaria, cuya importancia[12] ha sido puesta de presente por el profesor mismo[13].

Ese esfuerzo crítico puede y debe tomar varias formas, pero entre ellas hay una particularmente relevante dado el contenido y alcance del Derecho Administrativo Global: la que se enfoca en las relaciones de poder entre el Norte y el Sur global. Es importante que esa perspectiva permee la construcción del *Global Administrative Law*, no solo porque puede beneficiar a los países del Sur global sino porque puede también tener efectos positivos para las antiguas potencias coloniales.

En el año 2013 el profesor Giuliano Amato citaba un Manifiesto por la democracia global en el que se afirma que "globalizar la democracia es el único modo de democratizar la globalización"[14]. Hoy en día no solo parece acertado aceptar esa idea, sino que resulta necesario extremar todavía más su alcance: para democratizar la globalización no solo hace falta globalizar la democracia; también es necesario decolonizar la globalización.

El presente trabajo de investigación busca explicar en qué consiste exactamente el Derecho Administrativo Global, cuáles son su definición, sus dimensiones y sus

---

[10] Otros modelos de referencia son los que abordan un Derecho Administrativo Europeo. Cfr. Eberhard SCHMIDT-AßMANN, "La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 7-34, p. 10 ; Pablo FERNÁNDEZ LAMELA, "El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B. STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp. 155-182, pp. 158-159; y Jean-Bernard AUBY, La globalización, el derecho y el Estado, Global Law Press, Sevilla, 2012, pp. 247-249.

[11] Cfr. Sabino CASSESE, "A proposito di «The Law of Global Governance» di Eyal Benvenisti. Diritto globale o «polity» globale?", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2014, pp. 911-915, p. 911.

[12] Cfr. Samuel BAENA CARRILLO, "El derecho administrativo más allá de sus fronteras epistemológicas", en Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo, Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 57-86.

[13] Cfr. Sabino CASSESE, "New paths for administrative law: A manifesto", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, 2012, pp. 603-613.

[14] Cfr. Giuliano AMATO, "Il costituzionalismo oltre i confini dello stato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2013, pp. 1-8, p. 7.

características (2.); en segundo lugar, pretende formular una lectura crítica del Derecho Administrativo Global sobre la base que prestan los llamados *Postcolonial Studies*, con el objetivo de enriquecer el diálogo y procurar que las voces tradicionalmente silenciadas de los pueblos del Sur global sean tenidas en cuenta en el proceso de globalización del derecho administrativo (3.).

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: OXÍMORON Y UTOPÍA

2.1. Definición, dimensiones y características del Derecho Administrativo Global

En el año 2005 se publicó un artículo llamado *The Emergence of Global Administrative Law*, en el que Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart introdujeron por primera vez en el argot de la comunidad científica una expresión que ha hecho fortuna: *Derecho Administrativo Global*, que puede definirse como un nuevo ámbito de la ciencia jurídica que se ocupa de estudiar un conjunto de normas y una serie de órganos pretendidamente universales. Se trata de una categoría polisémica que abarca por lo menos tres dimensiones distintas, pero complementarias.

En primer lugar, el término tiene una dimensión objetiva, que se refiere a "los mecanismos, principios, prácticas y representaciones sociales que promueven o afectan la responsabilidad de los órganos administrativos globales, asegurando que cumplan con estándares adecuados de transparencia, participación, motivación de las decisiones y legalidad, y que proporciona un marco eficaz de valoración de las reglas y decisiones tomadas por tales órganos"[15]. En suma, se trata del conjunto de normas que regulan la actividad de los órganos administrativos globales y, de manera indirecta, de los Estados nación y los particulares.

En segundo lugar, la categoría de *Derecho Administrativo Global* tiene una dimensión subjetiva, que se refiere precisamente a las instituciones que pueden considerarse como órganos administrativos globales de acuerdo con los promotores del proyecto: "órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y acuerdos de coordinación, órganos regulatorios domésticos que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional con una marcada relevancia pública"[16]. En otras palabras, la dimensión objetiva de Derecho Administrativo Global presupone la existencia de una dimensión subjetiva[17].

---

[15] Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 17.

[16] Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 17.

[17] "The conceptualization of global administrative law presumes the existence of global or transnational administration". Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emer-

En tercer lugar, el término *Derecho Administrativo Global* posee además una dimensión teórica o epistemológica, pues alude también a un campo emergente de investigación científica que se encarga del estudio de las dos primeras dimensiones, es decir, "un esfuerzo por sistematizar los distintos estudios de los contextos nacionales, transnacionales e internacionales que tienen relación con el derecho administrativo de la gobernanza global" [18].

Tras haber propuesto una definición y una vez identificadas las tres dimensiones del Derecho Administrativo Global, es posible delinear sus dos primeras características, que solo en apariencia resultan contradictorias: es inductivo desde el punto de vista del origen objetivo de sus normas, porque a partir de distintos derechos administrativos domésticos extrapola al ámbito del espacio jurídico global [19], *mutatis mutandis* [20], ciertos contenidos dogmáticos y normativos que históricamente surgieron y hallan su explicación en contextos nacionales. Por otro lado, también por el origen objetivo de sus normas el *Global Administrative Law* es deductivo, porque los contenidos dogmáticos y normativos construidos en sede global a partir de la inducción eventualmente descienden a los ordenamientos jurídico-administrativos internos, a través de distintos mecanismos que en ocasiones llegan a poner en tela de juicio la distinción dualista entre orden interno y orden internacional [21].

La tercera y cuarta características se refieren a la naturaleza de sus normas y, nuevamente, únicamente en el plano terminológico parecen contradecirse: desde el punto de vista de su naturaleza objetiva el Derecho Administrativo Global es homogéneo, porque las normas que lo integran son universales y suelen tener estructura de principio [22]: la igualdad, la legalidad, el debido proceso, la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, la proporcionalidad, la prevención y la precaución, entre otros [23]. Por otro lado, en lo que atañe a la naturaleza subjetiva de sus normas, el

---

gence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 18.

[18] Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 15.

[19] Cfr. Emilio GUICHOT, "Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 305-326, p. 314.

[20] Cfr. José Luis MEILÁN GIL, "Global Administrative Law and Human Rights", En Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, pp. 11-32, p. 15.

[21] Cfr. Héctor SANTAELLA QUINTERO, "Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En tránsito hacia un ordenamiento jurídico administrativo menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal", en Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo, Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 87-197, pp. 173 y 176.

[22] Cfr. Robert ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 95-96.

[23] En definitiva, su contenido es eminentemente axiológico o, al decir de Jaime Rodríguez Arana, principal. Por demás, para el profesor español los dos pilares sobre los que debería construirse el catálogo de principios para esta construcción jurídica *in fieri* son el principio de legalidad y los derechos humanos, en cuanto derechos universales, idea sobre la que se profundizará más adelante en clave crítica. Cfr.

Derecho Administrativo Global es heterogéneo porque no emana de un único sujeto y la uniformidad propia de los derechos administrativos domésticos —que radica justamente en el hecho de proceder de los Estados y solo de los Estados— se echa de menos. Aquí resulta interesante la erosión de las soberanías nacionales y del principio de supremacía constitucional de cara a las nuevas fuentes, que además no se organizan de manera piramidal ni se relacionan entre sí siguiendo una jerarquía estricta en todos los casos[24]. Se trata de un sistema de fuentes abierto[25] que para el profesor Jacques Chevallier pone en tela de juicio los pilares mismos de la modernidad jurídica[26].

Finalmente, aunque las confusiones sobre ese particular sean comprensibles a la luz del sistema de fuentes[27], el Derecho Administrativo Global es autónomo respecto del derecho internacional. La divergencia fundamental se deriva del hecho de que mientras este tiende a regular relaciones voluntarias, contractuales y no jerárquicas entre los Estados, aquel se caracteriza por disciplinar la actividad de unos órganos administrativos complejos, que producen normas, toman decisiones con relevancia jurídica y ejecutan funciones administrativas más allá de las fronteras nacionales, desprovistos de una legitimidad democrática comparable a la que soporta a las Administraciones públicas domésticas[28]. De allí que tenga sentido afirmar lo que antes resultaba impensable: el derecho administrativo ya no es una rama del derecho doméstico y habita también en el espacio jurídico global, sin que eso signifique llegar a afirmar que hace parte del derecho internacional[29].

El espacio jurídico-administrativo global es cuantitativa y cualitativamente complejo[30], y en él se advierten por lo menos tres defectos: la ausencia de un órgano

---

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, "El derecho administrativo global: un derecho principal", en Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Javier BARNÉS VÁZQUEZ y Mónica Liliana IBAGÓN IBAGÓN (eds.), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 297-355.

[24] Cfr. Héctor SANTAELLA QUINTERO, "Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En tránsito hacia un ordenamiento jurídico administrativo menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal", en Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo, Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 87-197, pp. 145-147.

[25] Cfr. Édgar CORTÉS, "Fluidez y certeza del derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?" *Derecho civil y romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, núm. 1, 2006, pp. 553-579, pp. 558-559.

[26] Cfr. Jacques CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 169-269.

[27] Cfr. Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 29.

[28] Cfr. Emilio GUICHOT, "Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 305-326, pp. 320-321 y Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, p. 133.

[29] Cfr. Carlos E. DELPIAZZO, "Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America", en Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, pp. 99-136, p. 103.

[30] Cfr. Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 19-20.

administrativo supremo, la ausencia total o parcial de legitimidad democrática en los procesos de toma de decisiones y, finalmente, la inexistencia de un aparato unitario de coerción, apto para ejercer control sobre los órganos administrativos globales. En suma, los vicios inherentes del espacio jurídico-administrativo global son el reflejo de una asimetría orgánica y funcional entre las estructuras públicas domésticas y las globales: en las primeras, es posible identificar órganos únicos que dirigen la función administrativa de manera homogénea, órganos que producen normas mediante procedimientos establecidos que permiten la participación de los interesados y, finalmente, órganos habilitados jurídicamente para ejercer un control sobre la actividad de las Administraciones públicas domésticas. Por el contrario, en las estructuras públicas globales esos elementos aparecen solo de manera parcial, o simplemente no existen[31]. Por ese motivo, el término *Derecho Administrativo Global* es un oxímoron, pero esa circunstancia no le resta realidad a lo que el proyecto de la Universidad de Nueva York estudia ni enerva la pertinencia de su enfoque, aunque indudablemente lo hace vulnerable a ciertas críticas[32].

2.2. *Ius gentium* y *lex administrativa*: el universalismo del Derecho Administrativo Global

El anterior recorrido teórico por la definición, las dimensiones y las características principales del Derecho Administrativo Global evidencia que se trata de un sistema jurídico con pretensiones cosmopolitas: postula un patrimonio normativo común entre los pueblos, supone órganos de gobernanza global y prevé la existencia de una dogmática jurídico-administrativa que se alimenta de todas las tradiciones domésticas y, al mismo tiempo, las retroalimenta[33]. El profesor Eberhard Schmidt-Aßmann se ha pronunciado sobre estos movimientos de flujo y reflujo, con referencia a la función receptora de la parte general del derecho administrativo, y su postura apunta a una construcción de los sistemas jurídico-administrativos a través de la síntesis de

---

[31] Cfr. Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 11-12.

[32] "Finally, a growing body of literature focuses on Global Administrative Law (…). These projects react to the phenomenon that there are more and more international institutions whose activities, in terms of their modes of operations and their effect vis-à-vis private citizens, resemble that of domestic administrations. Instead of making use of classical public international law concepts and methods, they draw on (domestic) administrative law thinking and analogies to analyze the resulting problems of accountability when international institutions take decisions that directly impact the lives of ordinary citizens. However, as a general theory of administrative law they are also limited because they exclude the area where administrative law still is most widely practiced and rooted, namely the domestic level. Furthermore, the distinction between private and public remains crucial for them, thus excluding an analysis of the influence of private actors on public governance". Stephan W. SCHILL, "Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2014, pp. 1-33, p. 14.

[33] Cfr. Emilio GUICHOT, "Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 305-326, p. 324.

fuentes domésticas y fuentes derivadas de la internacionalización[34], gracias a las dinámicas inductivas y deductivas que se comentaron anteriormente.

De ahí que los promotores del proyecto se refieran al *Global Administrative Law* como un *ius gentium*[35], haciendo alusión a las normas del ordenamiento jurídico que en Roma regían las relaciones entre los romanos y otros pueblos, precisamente porque eran consideradas como denominadores culturales comunes entre estos y aquellos[36]. En la doctrina también se encuentran expresiones como *lex administrativa*[37], un guiño al derecho mercantil que con la expresión *lex mercatoria* indica las costumbres con fuerza vinculante desarrolladas de manera autónoma entre los comerciantes[38].

Con independencia del significante, el hecho es que el significado de la expresión *Derecho Administrativo Global* contempla la idea de una convergencia normativa entre los sistemas domésticos, que hace solo algunas décadas era considerada imposible y que hoy, más que posible, resulta a todas luces incuestionable: los trasplantes jurídicos y el sometimiento conjunto a regímenes normativos de fuente transnacional producen de manera automática coincidencias entre distintos ordenamientos[39], y sus proximidades resultan a veces tan cercanas que la heterogeneidad característica del panorama del derecho administrativo comparado de otro tiempo ha empezado a ceder el paso a una creciente homogeneidad[40].

Sobre la base de una confluencia normativa semejante no es de extrañar entonces que se llegue a plantear incluso la posibilidad de un Estado global, como de hecho sugiere la filosofía del derecho desde hace siglos: ya Kant había ponderado la noción de una república planetaria como medio para alcanzar la paz perpetua —*Zum ewigen Frieden*— entre los seres humanos, aunque la descartara sobre la base de nuestras

---

[34] Cfr. Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 9-10.

[35] Cfr. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, "El derecho administrativo global: un derecho principal", en Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Javier BARNÉS VÁZQUEZ y Mónica Liliana IBAGÓN IBAGÓN (eds.), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 297-355, pp. 338-339.

[36] Cfr. Alejandro VALIÑO ARCOS, "Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas", en Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, y Rosa María MOLINER NAVARRO (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. II*, Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 1690-1703, p. 1692.

[37] Cfr. Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010; Jacques CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 217.

[38] Cfr. Oliver VOLCKART y Antje MANGELS, "Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?", *Southern Economic Journal*, vol. 65, núm. 3, 1999, pp. 427-450, p. 427.

[39] Cfr. Sabino CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 498.

[40] Cfr. Manuel Alberto RESTREPO MEDINA, Lina Marcela ESCOBAR MARTÍNEZ, Javier Gustavo RINCÓN SALCEDO y José Eduardo RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Globalización del derecho administrativo colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 47.

imperfecciones como especie, favoreciendo finalmente la idea de una federación de pueblos que pusiera en el núcleo del *foedus* la renuncia a la guerra[41]. El proyecto de Estado ecuménico fue también considerado por Kelsen y Bobbio como la única manera de evitar los conflictos[42], y Habermas ve en él un proceso en curso e inevitable[43].

Desde una mirada menos abstracta, Giuliano Amato afirma que el globalismo jurídico sería una prolongación natural de los procesos de integración —como el europeo— y atravesaría obstáculos similares, que a su juicio no se derivan tanto de las cesiones de soberanía necesarias por parte de los Estados sino más bien de una intergubernamentalidad intrusiva y paralizante, que tiende a despertar los nacionalismos y a resaltar las diferencias entre las tradiciones jurídicas en lugar de evidenciar sus puntos en común. En la misma línea de Kant, para el profesor italiano el destinatario de las cesiones de soberanía debería ser, en cambio, una suerte de sistema federal que logre acomunar a las distintas realidades domésticas sin irrespetar sus identidades[44].

Ambas nociones, la de un cuerpo de principios jurídicos comunes a todos los pueblos y la de unos órganos administrativos globales que parecen anunciar un Estado planetario, suscitan al menos dos inquietudes capitales: en primer lugar, si la división tradicional entre derecho público nacional e internacional ha perdido sentido y, en segundo término, si tales principios realmente tienen un valor universal o si se trata de parámetros relativos[45].

En cuanto a la primera pregunta, debe señalarse que las relaciones entre derecho público nacional y derecho público internacional no pueden ser estudiadas desde una única perspectiva, que distintos puntos de vista asignan diversos grados de importancia a esa distinción[46] y que se trata de un problema teórico sobre el que han existido siempre interpretaciones muy diversas. Por ejemplo, son famosas las reflexiones de Kelsen sobre el particular[47]. Sin querer ahondar en ese debate, lo cierto es que

---

[41] Cfr. Giuliano AMATO, "Il costituzionalismo oltre i confini dello stato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2013, pp. 1-8, p. 7.

[42] Cfr. Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, p. 32.

[43] Cfr. Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, p. 33.

[44] Cfr. Giuliano AMATO, "Il costituzionalismo oltre i confini dello stato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2013, pp. 1-8, p. 6.

[45] Cfr. Giacinto DELLA CANANEA, "The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en Edoardo CHITI y Bernardo Giorgio MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison.* Springer, Berlin, 2011, pp. 89-110, p. 106.

[46] Cfr. Giacinto DELLA CANANEA, "The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en Edoardo CHITI y Bernardo Giorgio MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison.* Springer, Berlin, 2011, pp. 89-110, p. 106.

[47] Cfr. Alberto PUPPO, "El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66; Robert WALTER, "Desarrollo y estado de la teoría pura del derecho", en Robert WALTER

no es claro si hay lugar o no a dividir el derecho público nacional del internacional, su separación no es universalmente aceptada y su integración no debe descartarse[48].

La segunda pregunta es también compleja y se presta para diversas e intensas discusiones. La respuesta puede oscilar entre dos posiciones antagónicas: por un lado, la de un *ethos* rigurosamente liberal, que defiende la uniformidad de principios sobre la base de la retórica de los derechos humanos y que ve con buenos ojos la utopía kantiana de una federación de pueblos y, por el otro, la postura del relativismo cultural extremo, que impugna tanto la idea de parámetros axiológicos comunes a todas las tradiciones como la posibilidad de un aparato de poder sin fronteras, equivalente a una distopía despótica y totalitaria[49].

En conclusión, la teoría del Derecho Administrativo Global se funda sobre el universalismo, es decir, sobre el discurso acerca de la universalidad de su enfoque teórico, de ciertos principios[50] y del poder de unos órganos de gobernanza global, que ejercen funciones típicamente administrativas y que, aunque no hayan alcanzado aún un nivel de convergencia suficiente para hablar de un Estado planetario, sí parecen tender hacia ese ideal, descrito así por Kant: "(...) después de muchas revoluciones transformadoras, se realizará lo que la Naturaleza presenta como propósito supremo: un estado de ciudadanía mundial, como el seno en el que se desenvolverán todas las disposiciones del género humano"[51]. En definitiva, como modelo teórico el *Global Administrative Law* es universalista, pero como cuerpo de principios supuestamente generales no es universal. Como se ilustrará a continuación, son precisamente el universalismo del proyecto y la universalidad que predica de sus dimensiones objetiva y subjetiva lo que puede resultar problemático desde ciertos puntos de vista.

3. HACIA UN DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y DECOLONIAL

3.1. La crítica poscolonial

Los *Postcolonial studies* son un cuerpo de perspectivas teóricas interdisciplinarias que estudian y critican las consecuencias políticas, jurídicas, socioeconómicas y cul-

---

(ed.), *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 21-37.

[48] Cfr. Giacinto DELLA CANANEA, "The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en Edoardo CHITI y Bernardo Giorgio MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison.* Springer, Berlin, 2011, pp. 89-110, p. 107.

[49] Cfr. Gaetano SILVESTRI, "Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2013, pp. 905-919, pp. 909-910.

[50] La igualdad, la legalidad, el debido proceso, la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, la proporcionalidad, la prevención y la precaución, entre otros.

[51] Immanuel KANT, *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*, São Paulo, Martins Fonte, 2004, p. 17.

turales que tuvo y tiene el colonialismo, tanto en el Sur como en el Norte global[52]. De acuerdo con estos enfoques, el colonialismo no debe ser entendido simplemente como un periodo histórico que llegó a su fin con los procesos de independencia en América, África, Asia y Oceanía, sino como "un conjunto de dispositivos sociales y culturales que legitima, da sentido y hace posible la subordinación y la explotación de las personas y los grupos y de sus formas de vida social, económica y política para poner en marcha los designios de una cultura y de su modo de producción, en este caso de la cultura moderna"[53].

En ese orden de ideas, la relación de explotación colonial constitutiva de la modernidad[54] sigue presente en nuestros días, aunque sus mecanismos se hayan sutilizado y ya no requieran del ejercicio de soberanía por parte del colonizador sobre una población y un territorio colonizados. Los estudios poscoloniales buscan evidenciar la supervivencia del colonialismo en todos los ámbitos en los que este logró perpetuarse y, por ende, sus críticas no se dirigen únicamente a la realidad social sino también al conocimiento académico[55], pues la dominación no solo ha sobrevivido en el ámbito empírico de las relaciones sociales sino también en el contexto epistemológico de las disciplinas, y los *postcolonial studies* propenden por una decolonización de ambas esferas[56].

Para reflexionar acerca del Derecho Administrativo Global en clave poscolonial deben tenerse en cuenta por lo menos dos de los dispositivos discursivos coloniales, que están profundamente relacionados entre sí.

El primero es la visión unilineal de la historia, que se remonta a Aristóteles[57] y consiste en la ilusión de una gran historia universal de la humanidad en la que supuestamente pueden enmarcarse todas y cada una de las historias singulares de los pueblos que han existido y existen. Se trata de una línea recta ascendente que se proyecta de un imaginario estado de naturaleza hacia un futuro anhelado, en la que

---

[52] Cfr. Harald FISCHER-TINÉ, "Postcolonial Studies", en *European History Online*, Mainz, 2010, pp. 1-11, p. 1.

[53] Margarita SERJE, *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, p. 13.

[54] "La explotación colonial fue pues la condición de posibilidad del desarrollo del que se ha llamado el sistema moderno. […] Desde esta perspectiva, el colonialismo es constitutivo de la experiencia de la modernidad. En adelante, los dos términos, colonial-moderno, son indisociables". Margarita SERJE, *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, p.13.

"Uno de los temas más importantes y discutidos de la teoría social contemporánea durante las últimas décadas ha sido la relación entre modernidad y colonialidad. Las teorías poscoloniales en el mundo anglosajón han contribuido mucho a mostrar la complicidad entre el proyecto científico, económico y político de la modernidad europea con las relaciones coloniales de poder establecidas desde el siglo xvi y los imaginarios sociales allí generados". Santiago CASTRO-GÓMEZ, "Michel Foucault y la colonialidad del poder", *Tabula Rasa*, núm. 6, 2007, pp. 153-172, p. 155.

[55] Cfr. Robert J.C. YOUNG, "¿Qué es la crítica poscolonial?", *Pensamiento Jurídico*, núm. 27, 2010, pp. 281-294, p. 283.

[56] Cfr. Robert J.C. YOUNG, "¿Qué es la crítica poscolonial?", *Pensamiento Jurídico*, núm. 27, 2010, pp. 281-294, p. 283.

[57] Cfr. Andrés CLARO, *La Inquisición y la Cábala. Un capítulo de la diferencia entre ontología y exilio*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2009, p. 709.

es posible organizar a los pueblos en una jerarquía imaginada, según se acomoden o no a los estándares de medición del pensamiento occidental moderno[58].

El segundo dispositivo discursivo del colonialismo consiste precisamente en el sistema de falsas oposiciones que se derivan de la ficción de una historia universal, y que supuestamente existen entre la cultura europea y otros pueblos. Como efecto del primer discurso analizado, Europa representaría entonces el pináculo de la evolución humana, y los otros pueblos no serían otra cosa que los fósiles en los que es posible leer las versiones anteriores de la cultura europea, a la que se concede el derecho e impone el deber de ayudarlos a avanzar. Aunque hayan conservado siempre intacta la idea de jerarquía, las falsas oposiciones han sido reeditadas con el tiempo: civilización y barbarie[59], progreso y atraso[60], desarrollo y subdesarrollo[61]. Todas esas nociones han servido para legitimar una misión de intervención paternalista por parte de la cultura hegemónica en los parajes más remotos del planeta Tierra[62], a través de las más variadas formas de violencia[63]. Incluso en nuestros días el discurso del desarrollo sostenible se ofrece como una versión humanizada[64] del desarrollo puramente economicista propuesto por Harry Truman en 1949[65].

---

[58] "Quizá el principal de los artefactos discursivos que sustentan el Estado-nación sea que su concepción de la legitimidad y la soberanía se basan en una noción particular de la historia, que es la misma sobre la que se fundamenta el proyecto colonial-moderno. Se trata de una representación lineal que parte, como lo señala P. Chaterjee, de dos corolarios centrales: el primero es que la historia de cualquier pueblo del planeta se inscribe dentro del marco unitario de una misma 'historia universal' y el segundo es que el marco para entender cualquier historia es el de las categorías modernas de la historiografía occidental y de la economía política que esta sustenta". Margarita SERJE, *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, pp. 18-19.

[59] Cfr. Fernando LÓPEZ AGUILAR, "Dos opuestos: civilización y barbarie, vistos desde la antropología de la complejidad", *Anales de Antropología*, vol. 35, núm. 1, 2001, pp. 79-89; Bernardo VELA ORBEGOZO, *Lecciones de derecho internacional, Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 19.

[60] Cfr. Eduardo GUDYNAS, "Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", en Miriam LANG y Dunia MOKRANI (eds.), *Más allá del desarrollo*, Ediciones Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012, pp. 21-53, pp. 40-41; Ricardo CASTAÑO TÁMARA, "Una crítica a la ideología del progreso", *Revista Vínculos*, vol. 11, núm. 1, 2014, pp. 79-100.

[61] Cfr. Pablo QUINTERO, "Los estudios antropológicos del desarrollo", *Temas Antropológicos, Revista Científica de Investigaciones Regionales*, vol. 34, núm. 2, 2012, pp. 131-154; Arturo ESCOBAR, "Antropología y desarrollo", *Maguaré*, núm. 14, 1999, pp. 42-73.

[62] Cfr. Margarita SERJE, *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005, pp. 9-10.

[63] Cfr. Andrés CLARO, *La Inquisición y la Cábala. Un capítulo de la diferencia entre ontología y exilio*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2009, p. 168; Tzvetan TODOROV, *La conquista de América: el problema del otro*, Siglo XXI Editores, México D.F., 2010, p. 207; Arturo ESCOBAR, *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y Diferencia*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Universidad del Cauca, Bogotá, 2005, p. 23.

[64] Cfr. Asier TAPIA GUTIÉRREZ, "Los Objetivos de Desarrollo Sostenible como el último paso tecnificador del discurso de Desarrollo", *Revista Internacional de Cooperación & Desarrollo*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 211-224.

[65] Cfr. Arturo ESCOBAR, *El final del salvaje: Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 1999, pp. 33-34.

La visión unilineal de la historia y su sistema de falsas oposiciones se relacionan con el historicismo y el eurocentrismo, es decir, con la idea de que la historia sigue un devenir prefijado —como el de la escatología judeocristiana— y que en él la cultura europea constituye el modelo de modelos con base en el cual todo puede ser medido y juzgado. Es la soberbia del universalismo cultural, o lo que desde una perspectiva epistemológica el profesor Santiago Castro-Gómez llama la *Hybris* del punto cero[66].

Poco antes de la caída del Muro de Berlín, en 1989, Francis Fukuyama publicó un artículo[67] en el que formuló su famosa tesis del fin de la historia, recogida pocos años después en un libro igualmente popular[68]. De acuerdo con su idea original, "[l]o que podríamos estar presenciando no es solo el fin de la Guerra Fría, o la terminación de un periodo particular de la historia de la postguerra, sino el fin de la historia misma: es decir, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal occidental como la forma final de la organización política humana"[69].

A tres décadas de distancia no hace falta un gran esfuerzo argumentativo para demostrar que la idea del fin de la historia estaba fundamentalmente errada, no solo porque la historia siguió su curso, sino por la inmensa ingenuidad y la ciega arrogancia que entonces suponía —y supone aún— pensar que puede haber algo así como un "punto final de la evolución ideológica de la humanidad", que ese punto es la democracia liberal y, finalmente, que esta se ha universalizado. De hecho, si hemos de reconocer el fin de algo, ese algo probablemente sea la idea misma de universalidad[70], que para el profesor Chevallier está en la base misma de la modernidad jurídica[71] que

---

[66] "La idea de ciencia moderna supone un conocimiento que niega su localidad, su "lugar de enunciación", para así procalamar su neutralidad y universalidad. Este sería un conocimiento que se construye por fuera de los intereses particulares y que, por lo tanto, debe ser inmune a la política. Y, sin embargo, es precisamente dicha pretensión de autoridad absoluta la que constituye la más radical de todas las posiciones políticas. La aspiración de un conocimiento universal no solamente niega otras posibles formas de conocer y actuar, sino que hace de quien posee la razón y la verdad el legítimo portavoz de todos. (...) Esta idea del punto cero, de la *tabula rasa*, está en el centro del pensamiento moderno y de la hegemonía de Occidente. (...) De este proyecto son herederos los pensadores de la Ilustración europea y todos aquellos que quisieron proclamar dominio universal, control absoluto del mundo natural y de otros seres humanos, que parecen estar al margen del mundo de la razón, de la verdad y de la civilización". Mauricio NIETO OLARTE, "Reseña de "La Hybris del Punto Cero: ciencia, raza e Ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)" de Castro-Gómez, Santiago", *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, 2007, pp. 176-179, p. 177.

[67] Cfr. Francis FUKUYAMA, "The End of History?", *The National Interest*, núm. 16, 1989, pp. 3-18.

[68] Cfr. Francis FUKUYAMA, *The End Of History and the Last man*, The Free Press, New York, 1992.

[69] Francis FUKUYAMA, "The End of History?", *The National Interest*, núm. 16, 1989, p. 4.

[70] Cfr. Ramón GROSFOGUEL, "Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno decolonial desde aimé césaire hasta los zapatistas", en Santiago CASTRO-GÓMEZ y Ramón GROSFOGUEL, *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2007.

[71] Cfr. Jacques CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 15-16.

la posmodernidad impugna[72]. Como se señaló en el acápite anterior, el Derecho Administrativo Global no está exento de universalismo, y puede por tanto estar contaminado de colonialidad.

3.2. La colonialidad del Derecho Administrativo Global

Proponer la decolonización del Derecho Administrativo Global impone la carga probatoria de demostrar primero su colonialidad, es decir, para formular la solución del problema es primero necesario demostrar que este existe. Para hacerlo, es conveniente recordar que, en ausencia de un Estado y una constitución mundiales, la doctrina ha querido ver en la Declaración Universal de los Derechos Humanos un andamiaje normativo adecuado para construir el Derecho Administrativo Global en su dimensión objetiva[73], pues en su contenido pueden subsumirse muchos de los principios propios del derecho administrativo tradicional que el proyecto propone extrapolar al contexto global[74]. Eso no es gratuito, pues además de aportar una base sólida sobre la cual apuntalar las axiologías jurídico-administrativas domésticas, los derechos humanos prestan un ingrediente invaluable al proyecto: el discurso acerca de su universalidad[75], que hace parte de su naturaleza misma[76].

Pues bien, sin querer tomar una posición al respecto, pues no es el objeto de este trabajo, es necesario poner de presente que el discurso de la universalidad de los derechos humanos es hoy el objeto de serias impugnaciones filosóficas, políticas y jurídicas[77]. Acaso en contra de la tesis de Fukuyama, se ha llegado al punto de suge-

---

[72] "Con la expresión 'posmodernidad', Lyotard quería hacer referencia a ese movimiento de revisión crítica de los valores que habían sido el eje de gravitación del pensamiento moderno. Si la modernidad se había expresado a través de postulados o valores como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, en nuestro tiempo la 'condición posmoderna' plantea como valores alternativos, las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia". Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 28.

[73] Cfr. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, "El derecho administrativo global: un derecho principal", en Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Javier BARNÉS VÁZQUEZ y Mónica Liliana IBAGÓN IBAGÓN (eds.), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 297-355, p. 352.

[74] Cfr. Emilio GUICHOT, "Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 305-326, p. 324.

[75] Cfr. Fausto DE QUADROS, "Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law", En Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, pp. 329-340, pp. 332-333.

[76] Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 23-26.

[77] "We should not fail to criticize the ethnocentric prejudice (European and Western) of the globalist legal philosophy. Whilst they propose a normative unification of the world, the legal globalists are usually not very interested in those political, cultural and legal traditions that depart from Western traditions. (…) This is valid first and foremost for the doctrine of human rights, which can be considered 'universal' only within the legal and political *koiné* of the West.

rir incluso el fin de los derechos humanos[78], con base en argumentos muy variados sobre los que es imposible detenerse aquí de manera pormenorizada[79], pero dos de ellos resultan relevantes.

El primer argumento es el relativismo cultural, es decir, la noción de que "cada pueblo, a lo largo de su devenir histórico, ha forjado un tejido institucional propio y que ese conjunto de formas de vida e instituciones no se puede juzgar ni mejor, ni peor que el de cualquier otro pueblo. (...) De ello se infiere la improcedencia de querer juzgar las instituciones culturales y políticas desde un único parámetro o modelo ideal, porque tal modelo no existe. La idea de un modelo ideal/universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades, y en consecuencia exportable a todas ellas, es una falacia; se trata de una hipóstasis destinada a enmascarar la imposición coactiva y/o ideológica de un modelo histórico y concreto, por tanto, de una forma de particularismo político cultural: el modelo europeo occidental en su versión forjada en la modernidad" [80].

En lo que incumbe al Derecho Administrativo Global cabría un razonamiento análogo: cada pueblo ha dado lugar a una tradición jurídico-administrativa distinta y diseñada a la medida de sus necesidades y circunstancias y, como sugiere Francisco Velasco, aunque la existencia misma del derecho administrativo pueda considerarse una constante, en el planeta existe una verdadera torre de Babel de derechos administrativos distintos[81]. No es posible establecer una jerarquía entre esas distintas tradiciones simplemente porque no existe un modelo objetivo, válido para todo tiempo y lugar, que lo permita. De acuerdo con este argumento, asumir que los modelos europeo y estadounidense son mejores que el resto y pretender por ello que todas las tradiciones se plieguen a ellos resultaría colonialista.

El segundo argumento es que "una comunidad internacional asimétrica en la que existen enormes diferencias de poder entre los distintos Estados que la integran, no puede pretender allanar o ignorar esas diferencias ocultándolas bajo la pantalla encubridora de los derechos universales" [82].

(…) The theory of the normative universality of human rights is in essence a dogmatic postulate of Western ethical rationalism, which fails to be confirmed at theoretical level. It is criticized with good arguments by the Western philosophies with historicist and realist orientations, and also mistrusted by non-Western cultures that see it essentially as an ideological support of 'Western globalism'". Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, pp. 39-40.

[78] Cfr. Costas DOUZINAS, *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007 y Costas DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

[79] Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 26-36.

[80] Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 31-32.

[81] Cfr. Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones Públicas y Derechos Administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

[82] Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 33.

Nuevamente, se trata de un reparo que puede dirigirse también contra la universalidad del Derecho Administrativo Global, pues la idea de que existe algo así como un patrimonio axiológico común a todas las tradiciones jurídico-administrativas oculta tras de sí una realidad empírica evidente: que no existe una igualdad material entre los Estados, pese a la grandilocuencia del derecho internacional, y en la arena global las relaciones de fuerza y las imposiciones *de facto* entre ellos están puestas a la orden del día. En suma, cuando se sugiere la existencia de un *ius gentium* o de una *lex administrativa*, ¿qué alcance se da al vocablo *todas* en la expresión *todas las tradiciones jurídico-administrativas*? ¿*Todas* las del planeta tierra? ¿*Todas* las de Occidente? ¿*Todas* las del Norte global? ¿*Todas* las de Europa y Estados Unidos? ¿Quién levantará acta de estos denominadores comunes? ¿Es posible que el *Global Administrative Law* no sea otra cosa que una expresión jurídica del colonialismo? En definitiva, ¿es posible hablar de una colonialidad del Derecho Administrativo Global?

La tesis que el presente trabajo de investigación propone es que la respuesta a esa última pregunta es afirmativa. La prueba está en la definición, las dimensiones y las características mismas del *Global Administrative Law*, que permiten formular una serie de críticas en clave decolonial: en efecto, si su definición se fundamenta en los conceptos de universalidad y comunidad de principios, y si siguiendo la argumentación anterior ambas nociones deberían por lo menos despertar dudas razonables, entonces también el proyecto debería suscitarlas.

Por otro lado, si la dimensión objetiva del Derecho Administrativo Global postula un *ius gentium* que se reduce a las tradiciones europea y estadounidense, entonces no es realmente un derecho de gentes ni resulta global en estricto sentido. Eso no sería problemático si su ambición fuese la de nutrir únicamente a los derechos administrativos domésticos de Europa y Estados Unidos, pero no es así, justamente porque el proyecto tiene una ambición universal, como su solo nombre indica[83]. Lo ilustra elocuentemente la profesora Maria Mercé Darnaculleta Gardella:

> "En otro orden de consideraciones, si prescindimos de las razones que arguyen sus promotores para utilizar el término «global» y analizamos si este adjetivo caracteriza adecuadamente las realidades calificadas como tales, se plantean también algunas dudas. Como se ha visto, se califica de global a un conjunto de realidades que tienen un carácter extra-, trans- o supra-territorial, pero que no son en absoluto globales, en el sentido de universales. Significativamente, en las organizaciones supra- y trans-nacionales no participan todos los Estados, ni todos los que participan lo hacen en las mismas condiciones. Los denominados «nuevos reguladores globales» están formados mayoritariamente por sujetos, públicos o privados, provenientes de los países más poderosos en términos económicos. (...) Y con ello, bajo la propuesta de un Derecho Administrativo Global subyace la convicción de que existen principios del Derecho Administrativo que han entrado a formar parte de un acervo común universal o universalizable, sin tomar en consideración que el universo desborda con mucho las fronteras de las democracias occidentales"[84].

---

[83] Salvo que se trate de una sinécdoque, es decir, salvo que al emplear el vocablo *global* los promotores entiendan *europeo y estadounidense*, lo cual no resultaría extraño, en vista de que en Estados Unidos el vocablo "América" suele ser reductible a los cincuenta Estados federados.

[84] Maria Mercé DARNACULLETA GARDELLA, "El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?", *Revista de administración pública*, núm. 199, 2016, pp. 11-49, pp. 42-43.

De otra parte, como ya se insinuaba antes y como lo expresa la profesora catalana, en su dimensión subjetiva el Derecho Administrativo Global incurre en una omisión inexcusable: no dar cuenta de la desigualdad que existe en las relaciones de poder entre Estados y, sobre todo, entre los órganos administrativos globales y los Estados del Sur global. Su perspectiva no permite poner en evidencia el hecho de que un país como Colombia, por ejemplo, no pueda oponer una resistencia eficaz a los estándares impuestos por la banca multilateral o impugnar los índices internacionales con los que se miden su ordenamiento interno y su nivel de desarrollo[85]. Aquí la discusión no se refiere necesariamente a si los estándares e índices están bien diseñados o no, pues incluso asumiendo que lo sean lo cierto es que en su diseño Colombia no cuenta con una posibilidad de participación relevante. Aunque el déficit democrático denunciado por la doctrina[86] sea uno de los problemas que el Derecho Administrativo Global busca solucionar[87], lo cierto es que no tiene en cuenta que buena parte de su explicación radica justamente en la desigualdad material que existe en el espacio jurídico global.

También en su dimensión epistemológica el *Global Administrative Law* puede ser considerado colonialista, porque implica la generalización de un modelo teórico de comprensión del derecho administrativo que corresponde, en realidad, a unas tradiciones muy acotadas geográficamente: la europea y la estadounidense. Es más, si se quiere ser teóricamente rigurosos, el solo hecho de asimilar la una y la otra ya constituye un grave error, no solo porque en términos jurídicos generales la tradición continental europea difiere abismalmente de la anglosajona —lo cual es obvio—, sino porque, además, en los términos más específicos del derecho administrativo las divergencias son muy profundas y tan innumerables que aquí ni siquiera se ensayará un esfuerzo de inventario[88].

Las características del Derecho Administrativo Global también apuntan a su colonialidad: en efecto, ¿qué asegura una selección objetiva de los principios que por

---

[85] Cfr. Helena ALVIAR GARCÍA, "What indexes leave behind: measuring law in Colombia", en Michele GRAZIADEI (ed.), *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 171-194.

[86] "È fuori discussione il *deficit* di democrazia che si rileva a livello globale. Se è vero che «l'inesistenza di istituzioni elettive globali non può essere considerata espressione di un «deficit democratico», perché non esiste un'autorità superiore nei confronti della quale «difendersi» e sulla quale esercitare un controllo», è pure vero che, nello spazio globale prevalgono accordi e indirizzi, cogenti di fatto, dai quali i destinatari «deboli» sono esclusi. Non viene tanto in rilievo il problema della difesa dall'autorità, quanto la partecipazione, anche minima, dei singoli e di intere popolazioni ai processi di formazione delle decisioni.

Se si discute di scarsa democrazia nell'ambito delle istituzioni dell'Unione europea, a maggior ragione si deve ammettere che, nello scenario mondiale, di democrazia non si può proprio parlare. Ciò indebolisce in partenza qualunque tentativo di trasporre il costituzionalismo, *ut sic*, nella dimensione mondiale". Gaetano SILVESTRI, "Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2013, pp. 905-919, p. 913.

[87] Uno de los principios "comunes" es, justamente, el de participación.

[88] A título puramente enunciativo, ténganse en cuenta las diferencias en cuanto a la estructura administrativa, al papel de la noción de servicio público en la fundamentación de un régimen diferenciado respecto del derecho común, al sistema de fuentes, al tipo y alcance del control sobre la Administración pública, entre tantas otras diferencias.

inducción nutren el sistema y que no se prefieran siempre contenidos provenientes de Italia sobre aquellos propios de Colombia? ¿Qué garantiza que en el proceso de deducción entre el espacio jurídico global y los ordenamientos internos no sean dejados por fuera los pocos parámetros axiológicos del Sur global que hayan logrado ascender inductivamente a la esfera transnacional?

Finalmente, si la homogeneidad del Derecho Administrativo Global radica en el hecho de estar integrado por normas universales con estructura de principios, sería necesario demostrar que todas y cada una de las tradiciones jurídico-administrativas efectivamente las comparten, sin ninguna excepción, lo que antropológicamente resulta poco menos que imposible[89]. Finalmente, si es cierto que el *Global Administrative Law* es heterogéneo desde el punto de vista de la naturaleza subjetiva de sus normas, ¿cómo asegurarnos de que los diversos sujetos que colaboran en la producción de sus fuentes tengan una participación igualitaria? ¿Deberían tenerla? ¿Una norma introducida por el órgano propio de un acuerdo internacional formal debería pesar lo mismo que aquella producida por un órgano regulatorio privado que ejerce funciones de gobernanza transnacional?

A partir de las críticas apenas formuladas se espera haber despertado sospechas razonables acerca de la probable colonialidad del Derecho Administrativo Global. No obstante, si las anteriores formulaciones críticas no resultasen suficientes para ese fin, vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que los promotores mismos advierten contra estos riesgos en el artículo inaugural del proyecto y en otro aporte bibliográfico en el que se refieren concretamente a América Latina[90]. Por ejemplo, admiten que los modelos tenidos en cuenta en su propuesta son justamente el europeo y el estadounidense y que, por ende, extenderlos al orden global implicaría en cierta medida agravar el déficit democrático antes aludido e incurrir en una imposición. Además, afirman la necesidad de informar el *Global Administrative Law* con ingredientes que no provengan necesariamente y en todos los casos de una tradición rigurosamente liberal, lo cual es importante si su alcance ha de ser genuinamente global[91].

---

[89] Vale señalar que para Claude Lévi-Strauss, gran exponente de la antropología estructuralista, la única norma de alcance verdaderamente universal —que está presente en todas las culturas— es la proscripción del incesto: "La prohibición del incesto presenta, sin el menor equívoco y reunidos de modo indisoluble los dos caracteres en los que reconocimos los atributos contradictorios de dos órdenes excluyentes: constituye una regla, pero la única regla social que posee, a la vez, un carácter de universalidad. No necesita demostrarse que la prohibición del incesto constituye una regla; bastará recordar que la prohibición del matrimonio entre parientes cercanos puede tener un campo de aplicación variable según el modo en que cada grupo define lo que entiende por pariente próximo; sin embargo, esta prohibición sancionada por penalidades sin duda variables y que pueden incluir desde la ejecución inmediata de los culpables hasta la reprobación vaga y a veces solo la burla, siempre está presente en cualquier grupo social". Claude LÉVI-STRAUSS, *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1969, p. 42.

[90] Cfr. Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART, "Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B. STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp, 11-20.

[91] "The models of administrative law used in this essay and throughout the project are of European and American origin, and are closely connected with the rise of the liberal state and the expansion of

Los autores del proyecto son conscientes de la posibilidad de que las instituciones y normas que conforman el espacio administrativo global funcionen como órganos y mecanismos de imposición por parte de los países del Norte global sobre los países del Sur global. El Derecho Administrativo Global podría funcionar entonces como un potenciador de la desigualdad o como un mecanismo para atemperarla; eso depende principalmente de su capacidad para hacerse consciente de la heterogeneidad de la realidad planetaria y para formular soluciones que maximicen la inclusión y participación de los países del Sur global[92], que como los autores mismos reconocen son más vulnerables a los efectos nocivos de la globalización[93], especialmente en el caso de América Latina[94], para el que incluso proponen una serie de preguntas de investigación[95].

4. CONCLUSIONES

El *Derecho Administrativo Global* es un término anfibológico que alude tanto a un proyecto teórico inaugurado por ciertos profesores de la Universidad de Nueva York como a su objeto de estudio, a saber, un conjunto de normas que emanan

---

its regulatory and administrative activities in the late nineteenth and early twentieth centuries. Thus, transferring these models to the global administrative space may seem to imply a liberal order for that sphere, at the expense of somewhat different ways of ordering society that exist especially in Asia and Africa. But not all normative bases of global administrative law are connected to a liberal model of society. Approaches focused on intra-regime control and protecting states' rights might just as well apply in a non-liberal order. However, in order to justify a more demanding conception of global administrative law (and one more congenial to democratic views), it is unlikely that reliance solely on these two approaches will suffice; instead, justifications must probably be based, in one way or the other, on individual civil rights, economic rights, and democracy, reflecting in some measure solidarist or cosmopolitan conceptions of international ordering. Yet even a limited form of such reconceptualization could face political challenges: an international order based on individual or economic rights may be too close to Western, liberal conceptions to be universally acceptable. Emphasizing the organizing role of state sovereignty may prove superior in coping with the challenge of diversity". Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 51.

[92] Cfr. Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 52.

[93] Cfr. Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART, "Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B. STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp, 11-20, pp. 12-13.

[94] Cfr. Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART, "Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B. STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp, 11-20, p. 12.

[95] Cfr. Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART, "Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B. STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp, 11-20, pp. 13.

de las distintas tradiciones de derecho administrativo y que regulan la actividad de unos órganos administrativos globales. Se trata de un derecho tanto inductivo como deductivo, tan homogéneo como heterogéneo, y autónomo respecto del derecho internacional. Por sus pretensiones universales podría ser concebido como una suerte de *ius gentium* o *lex administrativa*, es decir, como un cuerpo de principios comunes a todos los pueblos.

Si "la globalización implica la profundización y universalización de la modernidad" [96], y si el Derecho Administrativo Global es una de sus manifestaciones jurídicas y entraña cierta colonialidad, como se sugirió anteriormente, entonces es preciso decolonizarlo, especialmente si se tiene en cuenta que una de sus aspiraciones es la extrapolación de los principios de igualdad y participación al espacio jurídico global.

Un problema tan complejo seguramente amerita soluciones complejas, que en un futuro trabajo podrán ser abordadas con mayor grado de detalle y profundidad, pero aquí se quiere sugerir una serie de remedios genéricos en ese sentido, no sin antes advertir que formularlos no equivale a proponer la abolición del proyecto, sino a todo lo contrario: existen en él ideas valiosas, que efectivamente podrían traducirse en una globalización más justa, pero para lograrlo es necesario enriquecerlo con miradas interdisciplinarias como la que aquí se propone. Todo parece indicar que el problema fundamental del Derecho Administrativo Global está en su visión unilineal de la historia, su sistema de falsas oposiciones jerárquicas, su historicismo y eurocentrismo inherentes, o, en otros términos, en los dispositivos discursivos universalistas propios del colonialismo que en él habitan. Lo que aquí se plantea es que para purgar al proyecto bastaría con librarlo de tales discursos y acercarlo más a un verdadero cosmopolitismo, fundado sobre el relativismo y el pluralismo culturales y sobre un verdadero respeto a la autodeterminación de los pueblos. En otras palabras, no se trata de apuntar a una defensa a ultranza de los nacionalismos y a un rechazo categórico de las influencias externas y recíprocas, sino de oponer una resistencia legítima a la convergencia y la homogeneidad impuestas.

Para proponer esta decolonización, Un buen punto de partida para la decolonización del *Global Administrative Law* puede estar en sus tres dimensiones, pues justamente sobre cada una de ellas debería proyectarse el giro decolonial.

A pesar de que "la globalización no haya producido aún un [auténtico] sistema jurídico-administrativo global con reglas y principios comunes que puedan aplicarse a todos los Estados" [97], en su dimensión objetiva el *Global Administrative Law* se funda sobre esa idea. Como se precisó en el acápite anterior, "[c]uando en nombre del universalismo se tratan de imponer unos determinados valores o instituciones

---

[96] Arturo ESCOBAR, *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y Diferencia*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Universidad del Cauca, Bogotá, 2005, p. 11.

[97] Juan Carlos CASSAGNE, "Globalization and its Impact on the Rule of Law", en Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, p. 9.

político-culturales, lo que se está haciendo es eurocentrismo, neoimperialismo o neocolonialismo, por más que ello se pretenda disfrazar de retórica universalista"[98], según una visión decolonial.

Para resolver ese problema pueden tomarse varias vías. La primera consistiría en asegurar que, en su construcción normativa, el Derecho Administrativo Global verdaderamente incluya a todas las tradiciones domésticas. El segundo camino sería el de admitir que no se trata de un proyecto verdaderamente universal, clausurarlo a otras tradiciones y hablar simple y llanamente de *Derecho Administrativo Liberal*. Finalmente, una tercera y media vía sería moderar formal y materialmente el alcance del proyecto, admitiendo que no tiene un alcance universal, pero sin excluir a quienes *motu proprio* quieran sujetarse a su contenido. Formalmente, eso se traduciría en repensar el adjetivo *global*, y, materialmente, en aceptar que son las tradiciones europea y estadounidense las que lo construyen, y en permitir que los Estados y ordenamientos ajenos a esas tradiciones puedan suscribir a esas normas solo cuando así realmente lo decidan en ejercicio de su autonomía.

En lo que incumbe a la dimensión subjetiva, la decolonización del *Global Administrative Law* corresponde a una solución del déficit democrático que caracteriza al espacio jurídico global. Lo dicen los autores mismos del proyecto: debemos "diseñar maneras de empoderar e incluir a los ciudadanos del Sur global y sus representantes. Desde esta perspectiva, una participación más efectiva del mundo en vía de desarrollo en las estructuras administrativas globales puede ser más urgente que la implementación de nuevas rutas de influencia por parte de los países ricos"[99].

Finalmente, la decolonización epistemológica del Derecho Administrativo Global implica dejar de lado la *Hybris* del punto cero comentada con anterioridad y aceptar, por ende, que el proyecto tiene un lugar de enunciación claro del que difícilmente puede librarse: el de la tradición democrática liberal que Fukuyama juzgó erróneamente universal. Resolver la *Hybris* no quiere decir apuntar a una verdadera universalidad, sino a concientizar al proyecto de su propio universalismo. Y es que como afirma también la profesora Darnaculleta, "el debate doctrinal sobre este fenómeno es también un debate monopolizado por profesores de Derecho Administrativo de las universidades del primer mundo"[100], y decolonizarlo implicaría entonces una participación del Sur global en su construcción.

Como nota final conviene volver al principio: que el Estado nación esté en crisis no quiere decir que haya perdido del todo su vigencia, que no tenga aún un papel im-

---

[98] Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 32.

[99] Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61, p. 52.

[100] Maria Mercé DARNACULLETA GARDELLA, "El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?", *Revista de administración pública*, núm. 199, 2016, pp. 11-49, pp. 42-43.

portante que jugar en el escenario de las relaciones internacionales[101] o, finalmente, que no tenga capacidad de adaptación a la nueva realidad global[102]. Puede que para los países que suscriben a la tradición liberal el Estado se revele como el único obstáculo para la implementación de la utopía cosmopolita última, pero para otros países la estructura westfaliana es la última línea de defensa contra un universalismo[103] que depende de la abolición gradual de las diferencias políticas, jurídicas y culturales[104], y que está estrechamente emparentado con una tradición problemática, que ha instrumentalizado las nociones de civilización, progreso y desarrollo como banderas legitimadoras de la relación de explotación colonial aún vigente en nuestros días[105]. Si el Derecho Administrativo Global ha de ser justo, tendrá por fuerza que reconocer y resolver ese vicio inherente.

5. BIBLIOGRAFÍA

Robert ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

Helena ALVIAR GARCÍA, "What indexes leave behind: measuring law in Colombia", en Michele GRAZIADEI (ed.), *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, pp. 171-194.

---

[101] Cfr. Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, p. 34.

[102] Cfr. Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, p. 34.

[103] "This is well known by the people of Africa and Asia who have emancipated themselves from colonial powers. From their own point of view as poor and politically weak communities, the state structures that they struggled to conquer offer the only possible barrier to the political and economic penetration of the West. For these countries, the erosion of their sovereignty would mean their increased exposure to the aggression of Western values, with which cosmopolitanism is impregnated. A good example of this is the paternalistic ideology of the 'international protection of human rights' and of 'humanitarian intervention'. Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, p. 34.

[104] "The philosophical premise of 'legal globalism' is the moral unity of the human species. This Enlightenment idea has been analyzed by Hans Kelsen in several innovative and radical theses: the supremacy of international law, the 'partial' character of the national legal system, and the need to ban the very concept of sovereignty. On a normative level, Kantian universalism translates into an instance of legal globalization in the form of a universal legal system that attributes to all individuals full subjectivity within international law, and supersedes all other systems. The law should take the form of universal legislation —a sort of *lex mundialis* valid *erga omnes*— on the basis of a gradual abolition of political and cultural differences, and national legal traditions". Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42, p. 38.

[105] "Los académicos críticos, en cambio, conciben esos encuentros "internacionales" entre el derecho internacional y el proyecto del desarrollo como manifestaciones significativas, si bien esporádicas, de un conjunto mucho más profundo y amplio de prácticas y de fuerzas que ligan el derecho (internacional) con una tradición larga y problemática, que ha usado las ideas de *civilización*, *modernidad*, *progreso* y ahora *desarrollo* para medir el mundo (pos)colonial a partir del Norte desarrollado y sus condiciones de existencia y reproducción". Luis ESLAVA, *Espacio local, vida global. La operación cotidiana del derecho internacional y el desarrollo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 80.

Giuliano AMATO, "Il costituzionalismo oltre i confini dello stato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2013, pp. 1-8.

Jean-Bernard AUBY, La globalización, el derecho y el Estado, Global Law Press, Sevilla, 2012.

Samuel BAENA CARRILLO, "El derecho administrativo más allá de sus fronteras epistemológicas", en Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo, Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 57-86.

Peter BEYER, "Globalization and Glocalization", en James A. BECKFORD y Jay DEMERATH (eds.), *The SAGE Handbook of the Sociology of Religion*, Sage, London, 2007.

Judith BUTLER y Gayatri C. SPIVAK, *Who sings the nation-state? Language, politics, belonging*, Seagull, Oxford, 2007.

Juan Carlos CASSAGNE, "Globalization and its Impact on the Rule of Law", en Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010.

Sabino CASSESE, "A proposito di «The Law of Global Governance» di Eyal Benvenisti. Diritto globale o «polity» globale?", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2014, pp. 911-915.

Sabino CASSESE, "New paths for administrative law: A manifesto", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, 2012, pp. 603-613.

Sabino CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2010.

Sabino CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009.

Ricardo CASTAÑO TÁMARA, "Una crítica a la ideología del progreso", *Revista Vínculos*, vol. 11, núm. 1, 2014, pp. 79-100.

Santiago CASTRO-GÓMEZ, "Michel Foucault y la colonialidad del poder", *Tabula Rasa*, núm. 6, 2007, pp. 153-172.

Jacques CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

Andrés CLARO, *La Inquisición y la Cábala. Un capítulo de la diferencia entre ontología y exilio*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2009.

Édgar CORTÉS, "Fluidez y certeza del derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?" *Derecho civil y romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, núm. 1, 2006, pp. 553-579.

Maria Mercé DARNACULLETA GARDELLA, "El Derecho Administrativo Global ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo?", *Revista de administración pública*, núm. 199, 2016, pp. 11-49.

Fausto DE QUADROS, "Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law", En Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, pp. 329-340.

Giacinto DELLA CANANEA, "The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law", en Edoardo CHITI y Bernardo Giorgio MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison.* Springer, Berlin, 2011, pp. 89-110.

Carlos E. DELPIAZZO, "Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America", en Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, pp. 99-136.

Costas DOUZINAS, *Human Rights and Empire. The political philosophy of cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2007.

Costas DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

Arturo ESCOBAR, *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y Diferencia*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Universidad del Cauca, Bogotá, 2005.

Arturo ESCOBAR, "Antropología y desarrollo", *Maguaré*, núm. 14, 1999, pp. 42-73.

Arturo ESCOBAR, *El final del salvaje: Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 1999, pp. 33-34.

Pablo FERNÁNDEZ LAMELA, "El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B.

STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp. 155-182.

Harald FISCHER-TINÉ, "Postcolonial Studies", en *European History Online*, Mainz, 2010, pp. 1-11.

José Fernando FLÓREZ RUIZ, "De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal", *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 107-144.

Marcílio Toscano FRANCA FILHO, "Historia y razón del paradigma westfaliano" *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 131, 2006, pp. 87-111.

Francis FUKUYAMA, *The End Of History and the Last man*, The Free Press, New York, 1992.

Francis FUKUYAMA, "The End of History?", *The National Interest*, núm. 16, 1989, pp. 3-18.

Caterina GARCÍA SEGURA, "*Westfalia*, *Wordfalia*, *Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 2, 2017, pp. 45-70.

Ramón GROSFOGUEL, "Descolonizando los universalismos occidentales: el pluri-versalismo transmoderno decolonial desde aimé césaire hasta los zapatistas", en Santiago CASTRO-GÓMEZ y Ramón GROSFOGUEL, *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2007.

Eduardo GUDYNAS, "Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", en Miriam LANG y Dunia MOKRANI (eds.), *Más allá del desarrollo*, Ediciones Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012, pp. 21-53, pp. 40-41.

Emilio GUICHOT, "Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea", *Revista de Administración Pública*, núm. 187, 2012, pp. 305-326.

Immanuel KANT, *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*, São Paulo, Martins Fonte, 2004.

Benedict KINGSBURY y Richard B. STEWART, "Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America", en Benedict KINGSBURY, Agustín GORDILLO, Richard B. STEWART y Ezequiel NINO, *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, pp, 11-20.

Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH y Richard B. STEWART, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, núm. 3 & 4, 2005, pp. 15-61.

Alexander S. KUZNETSOV, *Theory and Practice of Paradiplomacy. Subnational governments in international affairs*, Routledge, Oxon, 2015.

Claude LÉVI-STRAUSS, *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1969.

Fernando LÓPEZ AGUILAR, "Dos opuestos: civilización y barbarie, vistos desde la antropología de la complejidad", *Anales de Antropología*, vol. 35, núm. 1, 2001, pp. 79-89.

José Luis MEILÁN GIL, "Global Administrative Law and Human Rights", En Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010, pp. 11-32.

Mauricio NIETO OLARTE, "Reseña de "La Hybris del Punto Cero: ciencia, raza e Ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)" de Castro-Gómez, Santiago", *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, 2007, pp. 176-179.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Alberto PUPPO, "El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2015, pp. 35-66.

Pablo QUINTERO, "Los estudios antropológicos del desarrollo", *Temas Antropológicos, Revista Científica de Investigaciones Regionales*, vol. 34, núm. 2, 2012, pp. 131-154.

Manuel Alberto RESTREPO MEDINA, Lina Marcela ESCOBAR MARTÍNEZ, Javier Gustavo RINCÓN SALCEDO y José Eduardo RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Globalización del derecho administrativo colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Javier ROBALINO ORELLANA y Jaime RODRÍGUEZ-ARANA (eds.), *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*, CMP Publishing, London, 2010.

Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, "El derecho administrativo global: un derecho principal", en Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Javier BARNÉS VÁZQUEZ y Mónica Liliana IBAGÓN IBAGÓN (eds.), *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 297-355.

Héctor SANTAELLA QUINTERO, "Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En tránsito hacia un ordenamiento jurídico administrativo menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal", en Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo, Tomo I, Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 87-197.

Stephan W. SCHILL, "Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 1, 2014, pp. 1-33.

Eberhard SCHMIDT-AßMANN, "La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, pp. 7-34.

Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2003

Amartya SEN, *Globalizzazione e libertà*, Mondadori, Milano, 2003.

Margarita SERJE, *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.

Gaetano SILVESTRI, "Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 4, 2013, pp. 905-919.

Asier TAPIA GUTIÉRREZ, "Los Objetivos de Desarrollo Sostenible como el último paso tecnificador del discurso de Desarrollo", *Revista Internacional de Cooperación & Desarrollo*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 211-224.

Tzvetan TODOROV, *La conquista de América: el problema del otro*, Siglo XXI Editores, México D.F., 2010.

Alejandro VALIÑO ARCOS, "Aproximación a la distinción conceptual entre *ius civile* y *ius gentium* en las fuentes romanas", en Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, y Rosa María MOLINER NAVARRO (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. II*, Universitat de València, Valencia, 2008, pp. 1690-1703.

Bernardo VELA ORBEGOZO, *Lecciones de derecho internacional, Tomo I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones Públicas y Derechos Administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.

César Arturo VELÁZQUEZ BECERRIL y Gabriel PÉREZ PÉREZ, "Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización", *Política y Cultura*, núm. 34, 2010, pp. 107-127.

Oliver VOLCKART y Antje MANGELS, "Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?", *Southern Economic Journal*, vol. 65, núm. 3, 1999, pp. 427-450.

Robert WALTER, "Desarrollo y estado de la teoría pura del derecho", en Robert WALTER (ed.), *Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 21-37.

Robert J.C. YOUNG, "¿Qué es la crítica poscolonial?", *Pensamiento Jurídico*, núm. 27, 2010, pp. 281-294.

Danilo ZOLO, "The Political and Legal Dilemmas of Globalisation", *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 103, 2004, pp. 28-42.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 33-61
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_1599
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Julia J. Carceller Stella
ISSN: 2695-7191
Recibido: 31/07/2023 | Aceptado: 16/10/2023

LOS ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO COMO ELEMENTO RELEVANTE PARA EL CONTROL JUDICIAL DE LOS HECHOS DETERMINANTES EN EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD REGLAMENTARIA*

IMPACT ASSESSMENT AS A RELEVANT TOOL FOR THE JUDICIAL REVIEW OF FACTUAL PREMISES IN ADMINISTRATIVE REGULATORY DISCRETION

Julia J. Carceller Stella
Investigador postdoctoral Juan de la Cierva
Universitat de Valencia, España

RESUMEN: El presente trabajo reflexiona en torno a la capacidad y el valor de los análisis de impacto normativo como mecanismo de control y análisis de la efectividad y adecuación de las decisiones normativas. El instrumento permite ser soporte de los elementos fácticos en el ejercicio de la potestad reglamentaria y conformar una base de evidencias sobre las que analizar el ejercicio de discrecionalidad.

PALABRAS CLAVE: potestad reglamentaria, análisis de impacto, discrecionalidad administrativa, hechos determinantes, evaluación y control jurisdiccional.

ABSTRACT: This paper reflects on the capacity and value of regulatory impact analysis as a mechanism for control and analysis of effectiveness and adequacy of regulatory decisions. The instrument makes it possible including factual elements for the regulatory public power and bringing evidence base according to which analyze discretionary exercise.

---

* Fecha de finalización del trabajo: 17 febrero de 2024. Abreviaturas utilizadas: AGE: Administración General del Estado; AI: análisis de impacto; CE: Constitución española; MAIN: memoria análisis de impacto normativo; OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos; RD: Real Decreto; STS: Sentencia Tribunal Supremo; TEDH: Tribunal Europeo de derechos Humanos; TIDH: Tribunales internacionales de derechos humanos; TJUE: Tribunal Justicia Unión Europea.

KEYWORDS: rulemaking, impact assessment, administrative discretion, decisive facts, evaluation and control.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. El ANÁLISIS DE IMPACTO (AI) COMO ELEMENTO DE LA DECISIÓN NORMATIVA: 2.1. El AI en el proceso de elaboración de los reglamentos; 2.2. Ejercicio de la potestad reglamentaria y actividad administrativa discrecional como decisión.— 3. PREMISAS FÁCTICAS DEL ANÁLISIS DE IMPACTO PARA LA EFECTIVIDAD Y EL CONTROL: 3.1. Datos e información en los AI. Evidencias y premisas fácticas como recurso cognitivo en la toma de decisiones; 3.2. El AI como base para evaluación de la efectividad reglamentaria y análisis en la consecución de los objetivos; 3.3. El AI como como soporte de los hechos determinantes. Su virtualidad como elemento de control jurisdiccional ante la decisión discrecional.— 4. CONCLUSIONES.— REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUCCIÓN

La elaboración de disposiciones generales es la manifestación más significativa o prominente de la actividad discrecional. La Administración en su participación en el desarrollo de las potestades normativas lleva a cabo una actividad que, frente al ejercicio de las potestades regladas, permite la toma de una decisión entre alternativas todas ellas conforme a derecho[1] y que genera a su vez, propiamente, derecho. La potestad de dictar reglamentos se atribuye constitucionalmente al Gobierno y, también, de forma indirecta a la Administración pública en su condición de parte y por su naturaleza de ente al servicio al poder Ejecutivo. Nadie niega la verdadera y determinante participación de las administraciones públicas, como complejos entes diferenciados de las estructuras gubernativas, en el efectivo ejercicio de estas potestades normativas. Este protagonismo se agudiza y enmarca, además, en la creciente función "legislativa" del poder Ejecutivo en nuestros días.

Puede que, el haber excluido tradicionalmente de la actividad "puramente" administrativa a esta actuación y su cercanía a la actividad política, haya condicionado la atención de la doctrina y el ordenamiento hacia la actividad de elaboración de reglamentos, reduciendo la consideración tanto de politólogos como de juristas por no ser terreno firme de su saber (PONCE SOLÉ, 2017, p. 88 y ss.). Por otra parte, si bien la discrecionalidad administrativa y su control se reafirman como uno de los grandes temas del derecho administrativo es una cuestión difícil que suscita innumerables controversias sobre cuyas soluciones o condiciones de aplicación es difícil dar una respuesta (DOMÉNECH PASCUAL, 2018, p. 132)[2]. Se pretende en este trabajo

[1] Esta es la concepción tradicional de discrecionalidad administrativa que ha sido cuestionada por algunos autores como, por ejemplo, Juli PONCE SOLÉ, «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», REDA, 175, 2016, pp. 57-84.

[2] «…un problema ineluctablemente difícil, que no se deja resolver con reglas claras y sencillas, cuyas condiciones de aplicación pueden ser definidas de manera precisa e inequívoca. Pero, en nuestra opinión, también ha influido el hecho de que las construcciones doctrinales que hace décadas se elaboraron sobre el particular y que todavía hoy ocupan una posición dominante en el seno de la comunidad

aproximarse a ellas, pues la consolidación y la extensión de la fiscalización de los actos de gobierno por la jurisdicción contencioso-administrativa (BOIX PALOP, 2002) y la paralela expansión de las potestades reglamentarias en términos cuantitativos y cualitativos (en desarrollo de los contenidos legales) abocan a reflexiones detenidas sobre dicho proceso y sus resultados.

El ejercicio de la potestad reglamentaria como actuación discrecional implica la toma de decisiones por parte del poder público sobre el que recae dicha competencia. Una decisión pública que en todo caso deberá ser conforme a derecho, que tenderá a la búsqueda del interés general y al cumplimiento de los fines previstos en el ordenamiento y que aspira a ser eficaz. En el presente artículo creemos poder identificar un instrumento que se ofrece como valioso recurso tanto para el control como para examinar la efectividad de estas decisiones normativas. En concreto, se plantea y valora la capacidad de los análisis de impacto normativo para constituir la base fáctica sobre la que mejorar la adecuación y la efectividad de las normas sobre el entorno y un mejor ejercicio de la potestad reglamentaria. Se explora su virtualidad como soporte de los hechos determinantes de la actuación administrativa discrecional en el ejercicio de la potestad reglamentaria y su aptitud como medio de control y verificación en sede jurisdiccional.

2. EL ANÁLISIS DE IMPACTO (AI) COMO ELEMENTO DE LA DECISIÓN NORMATIVA

2.1. El AI en el proceso de elaboración de reglamentos

Por influencia esencialmente europea ha llegado desde hace ya unos años a nuestro país el análisis de impacto normativo. Este se identifica formalmente en nuestro ordenamiento como las *memorias de análisis de impacto normativo*, una memoria entre otras para la elaboración de normas por parte del poder Ejecutivo. Su introducción se está produciendo en España, como marco analítico de este trabajo, tal y como veremos de manera paulatina, débil y un tanto dispersa.

Identificar con precisión los orígenes de este instrumento, no es una cuestión sencilla. Sin embargo, parece existir cierto consenso en que los primeros antecedentes los encontramos en los EEUU, en relación con la actividad regulatoria de las agencias norteamericanas (RENDA, 2006). La importancia de la perspectiva económica y el cuasi monopolio de la metodología coste beneficio (*Cost Benefit Analysis*) son dos notas que se han reproducido en la expansión internacional del instrumento,

---

jurídica española presentan notables insuficiencias, especialmente a la hora de responder a tres cuestiones clave: (i) porqué, en determinadas circunstancias, los Tribunales deben reconocer cierto margen de apreciación o discrecionalidad a las Administraciones públicas a la hora de revisar la legalidad de las actuaciones de estas; (ii) en qué casos deben reconocerlo; y (iii) cuáles son los límites del mismo y, por lo tanto, cuándo puede afirmarse que la Administración los ha rebasado o, por el contrario, se ha mantenido dentro de ellos.»

esencialmente a través de los impulsos de la OCDE. No obstante, debemos tener en cuenta que los intentos de elaboración de un modelo teórico de AI o el actual europeo se alejan de circunscribirlo o identificarlo a esta metodología predominante para la medición de impactos, amplían los tipos de efectos generados por la norma y las decisiones normativas sobre las que aplicarlo.

Para las potestades normativas del Gobierno de España y de la Administración General del Estado (en adelante AGE) en 2009 el Real Decreto 1083/2009[3] introdujo por primera vez en nuestro país este instrumento. Este RD se aprobaba en desarrollo de la ley de Gobierno[4] y la memoria suponía la inclusión en un único documento de los informes de necesidad, oportunidad y la memoria económica de los costes, así como «los informes, dictámenes y aprobaciones previas preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto»[5]. Sus contenidos se han ido ampliando progresivamente y su obligatoriedad aparece por prescripción legal con las modificaciones que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público hizo[6] del Título V de la Ley de Gobierno[7]. La concreta regulación de los análisis de impacto, para este ámbito el ejercicio de potestades normativas, aparece hoy en el art. 26. 3 de dicha ley y en el RD 931/2017[8].

También las Comunidades autónomas han ido adoptando el instrumento. Cataluña fue la primera autonomía en incorporar una memoria de evaluación de los impactos y una memoria general con contenidos parecidos al modelo europeo en su ley de procedimiento administrativo en 2010[9]. Otras han ido incorporando el instrumento con carácter general, para la elaboración de los proyectos de ley y las disposiciones generales, algunas de forma muy reciente, como es el caso de la Comunitat Valenciana con la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana[10].Téngase también en cuenta que los análisis de impacto en determinadas cuestiones o sectoriales, como el impacto de género, que se incluyen dentro del modelo general, también se han ido incorporando, algunos incluso con anterioridad.

En concreto, y limitándonos al Gobierno de España y la AGE, las memorias de análisis de impacto normativo contienen información acerca de: la oportunidad y

---

[3] Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo

[4] Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

[5] Artículos 22. 2 y 24.1 a y b de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

[6] Disposición final tercera de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

[7] TÍTULO V. De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno

[8] Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

[9] Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña. Título IV, Procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, artículo 64.

[10] Art. 61 de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana.

necesidad de la propuesta, su contenido y análisis jurídico de su encaje en el ordenamiento y adecuación al orden de distribución de competencias, el impacto económico y presupuestario y efectos sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad, identificación de las cargas administrativas para la Administración y los obligados, impacto por razón de género, un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública, impacto por razón de cambio climático e incluirá cualquier otro extremo que pudiera ser relevante[11].

Estos contenidos básicos y con cláusula abierta para la incorporación de cualesquiera otros son los contemplados en la ley que a su vez se desarrollan y concretan por el RD 931/2017. Sin embargo, más allá de la estructura o la guía sobre la información formalmente requerida por la norma, importa aquí la concreción de cuál es y cómo se recoge esta información, teniendo la finalidad de este sistema o medio, que es la de ilustrar al agente que tome la decisión y servir de recurso para dicha acción.

La memoria de AI es pues un elemento del proceso de elaboración y aprobación de disposiciones generales requerido por la ley[12]. Un elemento que adquiere plena realidad en el diseño de la norma y que contiene y exterioriza, al menos debería hacerlo, gran parte de la información sobre la que se basa la decisión pública normativa.

2.2. Ejercicio de la potestad reglamentaria y actividad administrativa discrecional como decisión

La justificación funcional de la potestad reglamentaria, presente en los primeros momentos del constitucionalismo, se junta hoy con las justificaciones formales o el reconocimiento expreso de dichas potestades por las Constituciones y numerosas leyes (PARADA VÁZQUEZ, 2017, p. 68). Las razones que subyacen a la capacidad de elaborar normas jurídicas por parte del poder Ejecutivo se hacen implícitas con el reconocimiento expreso por las normas de esta facultad. Pero las funciones que justificaron la posibilidad de dictar normas por parte del poder Ejecutivo cobran de nuevo interés para dotar de una legitimidad renovada a dicha función. La justificación funcional de este ejercicio de poder cobra nuevas dimensiones en la actualidad.

La explosión cuantitativa (SANTAMARÍA PASTOR, 1999, p. 568) de las normas de rango reglamentario se consolida sobre la base de que este tipo de normas permiten desarrollar y completar los mandatos genéricos y abstractos de la ley y suplir las carencias de las instituciones parlamentarias, constituyendo decisiones de poder

---

[11] Artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

[12] Recordemos que esto es así para el ejercicio de la potestad reglamentaria a nivel nacional y para aquellas comunidades autónomas que hayan asumido en instrumento en sus respectivos ordenamientos. Para las potestades locales puede consultarse: Cayetano PRIETO ROMERO, "La mejora regulatoria en el ámbito de las entidades locales", en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 907, Ejemplar dedicado a: La mejora de la regulación, 2019. En este sentido también puede verse: Sentencias del TC 55/2018 y 110/2018.

que permiten responder con mayor efectividad y rapidez a situaciones de urgencia y necesidad. Pero también asumiendo la regulación de determinadas materias, donde no existe reserva material o formal de ley, en un escenario de continuo intervencionismo normativo. Una actividad de regulación amparada en la necesidad e idoneidad de especialización, acorde con la complejidad de las sociedades contemporáneas que pretende organizar. La potestad reglamentaria extiende su entidad también en términos cualitativos sobre esta base en el fenómeno de *desmaterialización de la ley* y *procedimentalización de derecho*, ante la cada vez más frecuente concreción y remisión de los contenidos legales a la decisión de entes administrativos. Una administración que genera criterios o contenidos de fondo a través de procedimientos que se alejan de una mera ejecución de los contenidos legales (BARNÉS, 2019)[13]. Para Muñoz Machado (2015, p. 15) la dualidad de justificaciones (formal y funcional) descansa en *razones operativas y prácticas de aplicación del derecho*.[14]

Pero, tanto si entendemos por aplicación del derecho a la que del mismo hacen los tribunales de justicia, como toda la actividad ejecutiva del poder que lleva su nombre, o como la efectividad directa de la norma sobre sus destinatarios, la realidad y dimensión reglamentaria en el ordenamiento jurídico empieza a plantear dudas respecto a su verdadero valor para la aplicación de los contenidos legales, eclipsados por el sobredimensionamiento de este rango normativo. Los fundamentos de la potestad reposan en el favorecimiento de la ejecución y el cumplimiento de los contenidos legales pero su nueva dimensión cuantitativa y cualitativamente ampliada los aboca a un choque paradójico con los fines de su existencia[15]. Pese a la constatación de la

---

[13] «La consiguiente procedimentalización del derecho explica asimismo que se haya desdibujado la clásica separación entre el momento legislativo y su ulterior ejecución a cargo de la Administración. De acuerdo con el planteamiento clásico de la división de poderes (y de la distribución de competencias), se trata de un esquema bifásico en el espacio y en el tiempo: la ley decide y la Administración aplica. Ahora bien, si la ley difiere qué hacer al momento "aplicativo" que a la Administración corresponde, y es en el seno del procedimiento que esta impulsa donde ha de generarse el criterio o la solución de fondo, la nítida diferenciación entre legislación y ejecución tenderá a disolverse. Es este un fenómeno bien conocido (como ha venido ocurriendo, entre otros, con la creación de ciudad a través del planeamiento urbanístico), hoy multiplicado exponencialmente.»

[14] «Esta dualidad de legitimaciones no es sino el refrendo constitucional final de que los reglamentos son piezas normativas precisas para que las disposiciones que las leyes contienen, más genéricas y abstractas, puedan ser aplicadas en la práctica. Son, para la ley, imprescindibles e insustituibles porque esa misma función de pormenorización, preparación de la aplicación y desarrollo, no la podría llevar a cabo el legislador, unas veces por razones técnicas y otras de medios, pero siempre, además, porque en tal caso cada ley requeriría una elaboración tan detallada de su contenido que la productividad parlamentaria anual descendería, abandonándose la atención a otros objetivos relevantes. Por lo demás, la ley no debe perder sus características de norma general y principal. El proceso de la *legis executio* requiere la concurrencia de otros instrumentos, entre los cuales los reglamentos, hasta llegar a su aplicación al caso concreto». (Santiago MUÑOZ MACHADO *Tratado de derecho administrativo y derecho Público general*, BOE, 2015, p. 15)

[15] Los problemas del sobredimensionamiento normativo, al cual contribuyen especialmente las normas de rango reglamentario, ha sido un tema tratado ya desde hace ya tiempo por numerosos autores Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, (Dir.) *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

ruptura del reglamento como figura jurídica unitaria (TORNOS MAS, 2003) su consideración única en los constructos teórico doctrinales básicos de nuestro derecho administrativo se topa con algunos interrogantes. La función de la potestad reglamentaria adquiere vivo y renovado interés desde la perspectiva de efectividad de la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas.

La actividad reglamentaria se sitúa en una zona de penumbra, marginal o dudosa entre la actividad administrativa o política y, pese a los progresivos intentos doctrinales y teóricos de distinguir entre estos tipos de actividad, la distinción es complicada ya que «no siempre son acciones netamente diferenciables. Así, la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida es un instrumento fundamental para la acción política del Gobierno, y a la vez, una herramienta fundamental para dotar a la Administración de su organización y del marco normativo necesarios para desarrollar su acción» (GARCÍA-GALLARDO FRINGS y BUENO SÁNCHEZ 2018, p. 87).

Pero lo que sí puede afirmarse plenamente es que el poder de hacer y aprobar reglamentos, como normas con rango inferior a ley, implica una decisión del poder público y supone, desde el derecho administrativo, el ejercicio de una actuación discrecional con amplios márgenes de movimiento dentro de un marco cada vez más difuso y debilitado de prescripciones legales. Pues recordemos que estas emergen de una institución legislativa secuestrada por el sistema de partidos y cuyos contenidos se fraguan de facto, en su mayoría, sobre los proyectos de ley elaborados por el poder Ejecutivo, cuando no son delegados para su posterior concreción, como hemos apuntado, por parte de otros entes de naturaleza administrativa.

La actividad de producción reglamentaria supone la propia creación de derecho y es una de las más representativas muestras del ejercicio discrecional de poder que conjuga y combina la discrecionalidad política y la técnica e implica márgenes de decisión propios. Según Parejo Alfonso (2022, p.533): «Potestad o competencia discrecional es la que, idealmente y en su definición normativa, no anticipa o programa, en todos o al menos en algunos de sus aspectos, los términos o el resultado de su ejercicio, de suerte que remite (en grado variable) la toma de la decisión pertinente al juicio o a la voluntad de la propia administración.»

Independientemente de la tesis o corriente doctrinal utilizada para definir la discrecionalidad (BACIGALUPO SAGESSE, 1997), esta supone una decisión administrativa en la que, bien sobre las consecuencias jurídicas, bien sobre los supuestos de hecho o en la propia determinación del interés público, pueden entrar en juego criterios *extrajurídicos* o *indiferentes jurídicos*.

Así, los elementos fácticos sobre los que se apoya la decisión entran en juego con fuerza. Los hechos actúan siempre como presupuesto y límite, uniéndose así a los criterios jurídicos cuya sumisión está plenamente integrada y asumida en nuestros Estados de derecho. La realidad que subyace a la decisión discrecional opera como presupuesto básico de su desarrollo. Y así, esta realidad y el conocimiento que tenemos sobre ella condicionan en primer orden la decisión. Una decisión que en este punto se aproxima a cualquier otra, en su sentido más común, y podríamos definir

como la formación de juicio o del propósito de hacer algo tras una reflexión que implica una elección entre alternativas. [16]

La decisión administrativa discrecional que implica el ejercicio de la potestad reglamentaria comparte con cualquier decisión [17] algunos de sus elementos como ser un acto de voluntad sobre la existencia de alternativas, que implica un proceso a través del cual se llega a la elección, que presupone una potencial transformación o cambio externo o "del mundo" y que conlleva objetivos, valores y análisis de los medios para alcanzarlos (DENTE Y SUBIRATS, 2014, p. 35 y ss.). Y, adoptemos el modelo teórico de decisión que adoptemos *(racional, de racionalidad limitada, incremental o garbage-can),* uno de los recursos esenciales del proceso decisional es el cognitivo y dentro de él, como elementos primarios, los datos y la información. El conocimiento es un *hecho implícito en diversas teorizaciones sobre el proceso de toma de decisiones* (ídem, p. 97), también la decisión normativa discrecional que produce el reglamento.

3. PREMISAS FÁCTICAS DEL ANÁLISIS DE IMPACTO PARA LA EFECTIVIDAD Y EL CONTROL

Gobernar las complejas sociedades contemporáneas exige mejorar las infraestructuras cognitivas del poder (INNERARITY, 2020). La toma de decisiones requiere en nuestros días más y mejor información, también las decisiones que implican la emergencia de nuevas normas jurídicas, en este caso las reglamentarias. La información y el conocimiento son recursos esenciales para la efectividad de la actuación administrativa y base de legitimidad.

3.1. Datos e información en los AI. Evidencias y premisas fácticas como recurso cognitivo en la toma de decisiones

Pese a que podemos extraer una determinada concepción y contenido del AI a través de la asunción que nuestro derecho positivo ha hecho del instrumento [18], tomamos

---

[16] Definición propia extraída de las acepciones del verbo decidir de la Real Academia española de la Lengua.

[17] Esta relación parte de la reflexión sobre las relaciones, similitudes y/o distinción entre las actuales formas de actuación pública, privada y *la ley*. Una aportación muy interesante podemos encontrarla en: Aurelia COLOMBI CIACCHI & DIETMAR VON DER PFORDTEN "Exploring the relationship between law and governance: a proposal*", The Theory and Practice of Legislation*, 11:2, 2023, pp. 151-167.

[18] El AI se suele identificar con las memorias, pero estas no son sino el reflejo de un proceso o de un instrumento más rico y complejo. (Francisco MARCOS FERNÁNDEZ, "Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo" en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, Madrid, 2009, pp. 333-365. O PINILLA PAREJA, R. "Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo", *Papeles de evaluación 8/2008*, Agencia estatal de evaluación de las políticas públicas y la Calidad de los servicios, 2008). Tampoco responde bien, a nuestro entender, con un estricto análisis desde el análisis

de partida aquí un concepto algo más amplio y ambicioso que deriva del modelo europeo más reciente[19]. Partimos de un modelo propositivo propio, inspirado en el de la Comisión Europea y del que se recoge su idea esencial: recopilar datos e información de manera que esta sea operativa y contrastable para poder hacer un análisis predictivo de los impactos y una medición de los resultados cuantificable y objetiva, sin caer en los formalismos de argumentaciones y justificaciones tradicionales.

Los AI constituyen un mecanismo de recopilación de evidencias para el análisis de efectos y resultados de las medidas y actuaciones realizadas por el poder público, incluidas de forma clara y esencial las normas jurídicas. Las insuficiencias de nuestros actuales instrumentos de AI a nivel nacional (SIEIRA MUCIENTES, 2019 o Tribunal de Cuentas, 2021) y dando un somero vistazo a las ultimas MAIN publicadas, que en su mayoría siguen los contenidos de la Guía Metodológica[20], permiten darse cuenta del escaso valor de sus contenidos para hacer factibles tales operaciones. Nuestro modelo nacional actual que asume una concepción restringida dificulta en gran medida un verdadero análisis prospectivo y *ex post* de los impactos de carácter cuasi científico. Y limita las inmensas posibilidades y nuevos recursos que para su desarrollo ofrecen las nuevas tecnologías y los novedosos mecanismos de recopilación y tratamiento de información (CANALS AMETLLER, 2019).

Los análisis de impacto deberían recoger y analizar la información, al menos en su concepción teórica, de forma objetiva y neutral (AUBY Y PERROUD, 2013). Una información que versa esencialmente sobre la realidad desde la que surge la norma jurídica y sobre la que pretende aplicarse la norma. El AI es por definición un instrumento que se presupone como soporte y sistematización de la información relevante para la norma, información que a su vez puede ser, en él, objeto de interpretación y generadora de conocimiento. La recolección e identificación de esta información y su análisis son elementos sustantivos (EUROPEAN COMMISSION, 2021b)[21]. Como fase, proceso o instrumento en los procedimientos de elaboración y modificación de normas jurídicas reglamentarias (EUROPEAN COMMISSION, 2021b, p. 20 y ss.) en los que aparecen por tanto *criterios extrajurídicos* (aunque también los jurídicos) de la decisión discrecional y la información de la realidad que habilita al ejercicio de la potestad y sus premisas de desarrollo.

---

económico del derecho (Pedro MERCADO PACHECO, "Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 47, 2013).

[19] Para la Comisión europea, principal impulsor y artífice de este modelo de AI en nuestro contexto, los identifica como uno de los instrumentos clave para la mejora de la regulación y señala que los AI (EUROPEAN COMMISSION, 2021, p. 10): «recopilan evidencia (…) y deben: identificar y describir el problema a abordar; establecer objetivos para la acción de la UE; formular opciones de política, evaluar sus impactos potenciales y, cuando corresponda, identificar una opción preferida; y establecer cómo se controlarán y evaluarán los resultados esperados» (traducción propia).

[20] Hay que tener en cuenta que la actual Guía se aprobó hace ya más de 13 años, en 2009.

[21] La Comisión Europea ofrece directrices y herramientas para la realización y efectiva implantación de los AI como un mecanismo de mejora regulatoria en el que podemos encontrar una guía de los contenidos de información del modelo europeo, métodos para el tratamiento de esta información o criterios para su manifestación.

Pese a la consideración del instrumento desde una perspectiva cíclica de la actuación y decisión pública, los análisis de impacto están esencialmente pensados para el diseño de la medida, para constituir una ayuda a la toma de la decisión (EUROPEAN COMMISSION, 2021a, p. 36) [22] y no ser propiamente la decisión en sí. Un medio que con carácter previo informe e ilustre de la situación y los posibles efectos de esta al sujeto o ente encargado de tomar la decisión, definirla y concretarla. El AI constituye un soporte de los elementos fácticos de las decisiones normativas y un refuerzo justificativo de la norma. Los AI aspiran a contener información de la realidad sobre la que se proyecta la norma, el problema al que pretende hacerse frente y los objetivos de la intervención normativa, así como los impactos que esta genere. El instrumento pretende, sobre el análisis de esta información (no solo jurídica), generar conocimiento para el decisor y hacerla pública y accesible. De manera que (tanto esta información como el conocimiento generado de su análisis) sea utilizada argumentativamente en la interpretación de los hechos y del derecho como presupuestos básicos para el ejercicio de las potestades normativas.

Las "evidencias" son un recurso esencial para preparar las propuestas políticas y las normas en el modelo europeo de "better regulation" (EUROPEAN COMMISSION, 2021a, p. 5). Estas evidencias se refieren a «múltiples fuentes de datos, información y conocimiento, incluidos datos cuantitativos, como estadísticas y mediciones, datos cualitativos, como opiniones, aportes de las partes interesadas, conclusiones de evaluaciones, así como asesoramiento científico y de expertos» [23]. Y el tratamiento de los datos, para generar y aprovechar evidencias, se realiza atendiendo a un proceso transparente (EUROPEAN COMMISSION, 2021b, p. 21). Y es sobre estas premisas que descansa y se concibe de manera amplia el AI.

Los recursos con que contamos hoy para la gestión y el tratamiento de esa información, también su magnitud y naturaleza, son cuestiones que rebasan en mucho su consideración aquí, pero que apuntan sobre la potencialidad y posibles vías de desarrollo de lo que se muestra en este trabajo [24].

---

[22] «The impact assessment informs collegiate decision-making. It is complete before the Commission decides. »

[23] Traducción propia: « 'Evidence' refers to multiple sources of data, information, and knowledge, including quantitative data such as statistics and measurements, qualitative data such as opinions, stakeholder input, conclusions of evaluations, as well as scientific and expert advice. The official portal for European data: data.europa.eu is an important source of open data. Further operational guidelines related to evidence are presented in Tool #4 (Evidence-informed policymaking). »

[24] La magnitud y el valor de la información y los datos para la toma de decisiones se encuentra en la base de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos) COM/2020/767 final.

3.2. El AI como base para evaluación de la efectividad reglamentaria y el análisis en la consecución de los objetivos

Frente a la mera ejecución de la ley, «en la actualidad, la idea que mejor transmite la posición de la Administración frente al ordenamiento jurídico es la que se contiene en la afirmación de que la ley y el derecho dirigen la actividad administrativa», existiendo grados de densidad de esa dirección por el derecho (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, p. 20) *25*. La elaboración y aprobación de reglamentos es una de las principales manifestaciones de la actividad administrativa dirigida desde una perspectiva finalista por la ley (aunque también condicionante en lo que atañe al desarrollo de las previsiones legales). El ejercicio de la potestad reglamentaria a través de reglamentos ejecutivos, independientes, de necesidad o incluso organizativos implica directamente una forma de aplicación de la ley y un instrumento para la consecución de sus fines, y, por ende, como instrumento de ejecutabilidad puede ser valorado en términos de eficacia aplicativa.

Como dice Sánchez Morón «La discrecionalidad puede referirse a la decisión de si actuar o no, al momento de hacerlo, al contenido mismo de la decisión o a determinadas circunstancias o elementos, así como las formas o los instrumentos de acción administrativa» (SÁNCHEZ MORÓN, 2022). Todas estas opciones caben en el desarrollo de las potestades reglamentarias y pueden ser objeto o tomadas como referencia para el intento de analizar el cumplimiento de los objetivos de la propia potestad o de su producto, el reglamento. Estas decisiones como partes de la decisión final que genera la norma son contempladas por el AI con la finalidad de analizar la efectividad de dicha decisión, mejorando su diseño. Y en el que se encuentra implícita una concepción instrumental de la norma.

Sin embargo, las dificultades de fijar o alcanzar respuestas o soluciones se reflejan también en la elaboración de reglamentos y no solo de leyes. Y así, los déficits de programación material se suplen compensando los silencios o indeterminaciones con regulaciones procedimentales y organizativas (BARNÉS, 2006) que refuercen garantías de la actuación y que aspiran a procurar cierto grado de acierto de los contenidos para hacer efectiva la consecución de los objetivos finales o en definitiva el interés general. Desde esta perspectiva, los AI encajan bien como mecanismo para colmar las carencias, pues asumen el carácter dinámico y abierto de las respuestas y la fuerte interacción de las decisiones (las normas jurídicas) con el entorno. Su preocupación por la efectividad y los impactos externos del reglamento, la concepción procedimental del instrumento y la entrada en juego de la colaboración *multi* agente en su desarrollo podrían ilustrar este papel[26].

---

[25] En referencia a José Esteve Pardo y Oriol Mir Puigpelat.

[26] Pensemos por ejemplo en la incorporación al AI de las aportaciones de los trámites de consulta pública.

Aun así, los AI aspiran a ser el instrumento sobre el que predecir prospectivamente el impacto de la medida normativa y la base para la evaluación o análisis posterior de la efectividad de la norma o la propia actuación normativa, entendiendo así el grado de consecución de los objetivos planteados y su adecuación para hacer frente al problema para el que surge. El instrumento pretende ser el recurso sobre el que incluir evidencias y, a través de métodos variados, recoger e interpretar datos y analizar cuantitativa y cualitativamente los impactos de la actuación pública, también la normativa (EUROPEAN COMMISSION, 2021a, p. 33 y 34).

La Administración se convierte, con su protagonismo en el ejercicio de la potestad reglamentaria y a través de este medio, en uno de los sujetos aplicadores del derecho por excelencia y sobre el que es posible centrar la atención para hablar en términos de efectividad jurídica. Y, en este sentido, Schmidt-Assmann, apunta a la necesidad de «construir un modelo complejo para estructurar y explicar la aplicación de la ley por parte de la administración» (SCHMIDT-ASSMANN, 2006, p. 92)[27]. También, siguiendo a Rodríguez de Santiago (2016), la aplicación del derecho que hace el juez y la que hace la Administración es algo distinta. Las reglas de racionalidad están presentes y deben ser observadas tanto para las decisiones que, dirigidas por el derecho, toma la administración pública, como para aquellas que en el control de dichas decisiones toman los jueces. Atendiendo al sujeto que decide la aplicación del derecho conlleva metodologías distintas.

Los AI encajan bien en el planteamiento que hace este autor sobre una metodología de derecho administrativo como reglas de racionalidad para el rigor de la actuación administrativa discrecional y que posibilitan el control intersubjetivo de la decisión (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016, p. 14). Los AI aspiran, en los términos utilizados por R. de Santiago, a construir y completar correctamente la norma de conducta, aportando otros criterios además de los jurídicos (que actúan como límites y orientaciones) para la decisión. El instrumento asume el *principio de investigación de oficio* para la fijación de los hechos y exterioriza y ofrece soporte de los criterios propios que la Administración utiliza ("en el margen que la norma que dirige su actuación no ha querido programar enteramente") para interpretar la norma de conducta aplicable (p. 23). Para R. de Santiago, la racionalidad en la decisión administrativa discrecional parte de la fijación de los hechos y la elaboración de la información fáctica que es tenida en cuenta para decidir y como el mismo autor señala «el estudio científico sobre las reglas racionales de elaboración de los hechos por la propia Administración se encuentra, pues, en un estadio incipiente» (2016, p. 33). Es aquí donde adquiere interés el instrumento/proceso de AI, pues como elemento o proceso (o regla) para la elaboración normativa contribuye claramente a pasar del

[27] «La aplicación de la ley o, si se prefiere, la tarea de realizar con el texto normativo no consiste únicamente en reproducir las decisiones previas que haya adoptado el legislador. Al aplicador del Derecho se le puede exigir que lleve a cabo difíciles y complejas ponderaciones de los intereses, bienes y valores en presencia antes de adoptar una decisión determinada (…) los criterios que enmarcan el ejercicio de las potestades discrecionales forman parte también de este modelo. La discrecionalidad es concreción o aplicación del Derecho...»

hecho bruto al *hecho neto* o relato fáctico relevante para la decisión administrativa y/o ordenar los juicios de ponderación que en ella se inscriben.

Los AI aspiran por todo ello, a un avance en la valoración de la efectividad de la actuación administrativa. Las razones, vinculadas a transformaciones que afectan a los constructos teóricos liberales (esencialmente la legitimidad racional legal weberiana), que en su día motivaron un cambio en la perspectiva del estudio de la administración pública hacia el análisis de las políticas públicas subsisten. Y la preocupación por la actuación pública y sus productos que acabó por generar la teoría y el análisis de políticas públicas (Subirats, 1989) parece proyectarse ahora sobre la dimensión jurídica. Los esquemas y presupuestos del análisis de las políticas públicas cobran virtualidad en el AI para los productos normativos. El instrumento o proceso, aplicado a las normas, constituye una decidida apuesta por trasladar el análisis de efectividad a la norma jurídica como elemento esencial del ejercicio de poder. La introducción de elementos extrajurídicos de forma ordenada en el proceso de creación de normas reglamentarias a través de los AI pude ser útil para acercar el derecho administrativo a la realidad de su aplicación y sus aspiraciones de efectividad (CERRILLO I MARTÍNEZ, 2015, p. 5)[28].

3.3. EL AI COMO SOPORTE DE LOS HECHOS DETERMINANTES. SU VIRTUALIDAD COMO ELEMENTO DE CONTROL JURISDICCIONAL ANTE LA DECISIÓN DISCRECIONAL

El control de la potestad reglamentaria por los tribunales tiene expreso reconocimiento en nuestro texto constitucional[29]. La decisión que genera el reglamento, y el reglamento en sí, deben considerar los límites que la doctrina ha perfilado sobre dicha potestad y también los análogos del ejercicio discrecional de poder.

La elaboración de reglamentos, bien entendida como actividad administrativa o política, está siempre y en cualquier caso también sometida al control jurisdiccional al que están sujetos en último término los actos de gobierno[30] en especial en

---

[28] Siguiendo a Agustín Cerrillo los AI pueden verse como instrumentos que posibilitan el enriquecimiento del derecho administrativo favoreciendo la «irrupción del principio de realidad que permite una mayor eficacia del derecho y una mejor adaptación de los controles jurídicos del Estado». Agustín CERRILLO I MARTÍNEZ, "Sobre la interdisciplinariedad en el Derecho administrativo. Las utilidades de la Ciencia Política y de la Administración para el Derecho Administrativo" en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 168, Civitas, 2015, p. 16

[29] Artículo 106.1 CE: *Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.* Tal previsión se expresa de manera concreta para los tribunales contencioso-administrativos en el art. 153 c de nuestro texto constitucional en referencia a las normas reglamentarias de las comunidades Autónomas.

[30] Los aspectos o elementos expresamente previstos por la ley para el control de los actos de Gobierno constituyen los primeros elementos a tener en cuenta, por ser directamente observables para el control de la actuación que conlleva la aprobación de normas de rango reglamentario aun en el caso de que restrictivamente la consideremos una actividad no administrativa en esencia, sino más cercana a la

su respeto a los elementos reglados. La revisión judicial de la decisión normativa y su producto se dirige esencialmente hacia las concretas determinaciones formales o materiales previstas por las normas que puedan entrar en conflicto con estas decisiones y los reglamentos resultantes. Sin embargo y, por otra parte, a nadie escapa que, como actividad discrecional, le corresponden y se ejerce generalmente con amplios márgenes de apreciación, opción o decisión sobre criterios *extrajurídicos* o *indiferentes jurídicos*[31]. La preocupación por su correcto ejercicio y sus límites ha sido una de las preocupaciones constantes del derecho administrativo. Y la decisión discrecional, como ejercicio de la potestad reglamentaria, debería conllevar también formas de control distintas (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016 p. 24)[32] que se apoyan para ello en instrumentos como el AI.

Si, efectivamente, «se asigna a los parlamentos y a los gobiernos un amplísimo margen de configuración para elegir los fines relevantes y los medios idóneos» (MEDINA ALCOZ, 2016, p. 106) no debemos olvidar la esencial orientación y el marco establecido para su concreción establecido en los textos constitucionales. Y como, en el caso de las normas reglamentarias, ese margen se reduce a su vez por las prescripciones legales pero que en la actualidad denotan ciertos déficits de dirección delegando a la posterior actividad administrativa su concreción. No se trata tanto de reflexionar o justificar la disputa entre una Administración más o menos *maniatada o liberada* (Ídem, 2016, p. 31) para el cumplimiento de los fines constitucionales, legales o incluso para la determinación por ella misma de algunos, como que, al actuar para ello, en su ejercicio de discrecionalidad, lo haga siempre con las debidas garantías y de manera diligente teniendo presentes y valorando la conveniencia o perjuicio para su consecución.

Siguiendo a Medina Alcoz (2016, p. 33), en el ejercicio de discrecionalidad «el vacío que la Administración debe rellenar está siempre en el supuesto de hecho… la discrecionalidad es siempre un supuesto de hecho, imperfecto, inacabado o inexistente que perfecciona, acaba o crea la administración». Es por ello por lo que, en el caso de los reglamentos, parece muy sensato exigir un ejercicio reforzado de información y nivel de análisis de la realidad fáctica que subyace a la decisión y que parece

---

actividad política y por tanto algo más "lejos" del control jurisdiccional de los tribunales contencioso-administrativos. Su consideración implica preservar y un buen entendimiento del Estado de derecho y permite el cumplimiento de la función básica y esencial del derecho administrativo de control del ejercicio de poder público. Precisamente esta consideración amplia del ejercicio de poder parece ser la que subyace a la expresión "cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos" a la que hace referencia el artículo 2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

[31] Debemos recordar que la indiferencia en los márgenes de decisión debe ser vista como una indiferencia relativa, puesto que siempre se encuentra sometida a algún elemento de carácter reglado o límites propiamente jurídicos: generales o específicos (como los principios constitucionales, los principios generales del derecho o los específicamente previstos en la norma que habilita la potestad) o también formales y sustantivos de las previsiones legales o constitucionales.

[32] «Quién no actúa solo conforma a criterios de legalidad no puede tampoco extraer de la ley su única fuente de legitimidad, ni puede ser controlado solo con criterios jurídicos.»

estar consagrándose en el instrumento de AI[33]. Este instrumento no solo aspira a ser una ayuda y refuerzo en la justificación y la motivación de la decisión sobre el conocimiento empírico, sino que además supone una más rigurosa regulación procedimental y organizativa que pueda funcionar como contrapeso o compensación y garantía en este ejercicio de poder. En este sentido, el AI elige, comprueba, determina y conoce hechos. Selecciona, fija y expone los elementos fácticos relevantes para la decisión normativa y los ofrece para que puedan ser objeto de contraste tanto para el momento previo a la toma de la decisión como después. A esta segunda cuestión, el control a posteriori a la decisión es la que hacemos referencia a continuación reivindicando, a través del AI, la necesidad y el valor de elementos y parámetros de control en este ejercicio de discrecionalidad.

Nos detendremos aquí en una de las técnicas o instituciones utilizada esencialmente para el control de los límites del ejercicio discrecional de poder: los hechos determinantes. Esta supone en esencia, la adecuación de la decisión, la actuación o el ejercicio de las potestades a los hechos, esto es, a la realidad fáctica que subyace. Los hechos que legitiman la facultad discrecional deben existir y su certeza, calificación o valoración administrativa puede ser objeto de prueba. Los jueces y tribunales sopesan si ha existido algún tipo de error, inexactitudes o contradicción en la determinación de los hechos y la falta de racionalidad y coherencia entre estos y la decisión tomada para determinar la licitud o ilicitud de la actuación administrativa y su resultado. El AI puede contribuir a una mejor aplicación de esta institución.

En primer lugar, la constatación del hecho a posteriori puede ser facilitada por el AI. Si la información no ha sido fijada en algún soporte contrastable desde el principio podría en ocasiones resultar imposible acceder a ella, máxime si tenemos en cuenta la extraordinaria, constante y veloz mutación de la realidad contemporánea. Además, la forma de exponer los hechos tiende a ser poco analítica y consiste a menudo en argumentaciones e interpretaciones en torno a los mismos, más que información sobre ellos objetiva y neutral. Estas carencias son especialmente acusadas si estos hechos se refieren a hechos sociales cuya determinación goza en muchas ocasiones de grandes problemas de determinación y formulación.

Pero, en segundo lugar, los problemas de prueba se derivan además de un profundo desequilibrio respecto de los recursos y medios con que cuentan las partes (incluso el juez) en el proceso contencioso para la determinación o valoración de los hechos. En este sentido, la apuesta de algunos autores por *invertir la carga de la prueba* (FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, 2012, p. 254[34] o DESDENTADO DAROCA,

[33] Se discrepa en este sentido del carácter estrictamente político y de oportunidad del grado de consistencia empírica de las decisiones normativas y, en especial, de aquellas cuyo resultado es una norma reglamentaria, más débil o lejana en el grado y las fuentes de legitimación democrática del poder. (Luis MEDINA ALCOZ, "Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación", en *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 177, 2016, p. 33)

[34] «Por todo ello, entendemos que son la propia administración y los poderes públicos quienes deben internalizar la exigencia de esta realidad jurídico-constitucional y su preceptiva obligación de justificar y explicar los motivos de sus decisiones, fundamentándolas en informes y criterios objetivos y

1999, p. 252 y ss.) o la relevancia del *principio de investigación de oficio* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2016) para la actividad de fijación de los hechos, con el fin de reducir esa desigualdad o estándares de racionalidad en su determinación.

Es en respuesta a todo ello que se plantea la consideración y el valor del AI como soporte, que manifiesta y objetiviza, los hechos determinantes para el control de la potestad reglamentaria. El instrumento pretende la consideración de la realidad que trata de regular el reglamento, tanto aquella que fundamenta el ejercicio de la potestad discrecional que la origina como la que sostiene los contenidos mismos de dicha regulación. El AI aspira a un tratamiento de la información y los datos que lo convierten en un soporte excepcional para determinar, objetivar y sistematizar los hechos, cuya existencia y razonabilidad o error de apreciación en la decisión podrá ser objeto de revisión en sede jurisdiccional.

En este sentido, pensemos que la respuesta jurisdiccional que se da ante el control de la decisión administrativa que determina un concepto jurídico indeterminado y la actuación discrecional es tradicionalmente distinta. Sin embargo, en ambas actuaciones los márgenes de decisión que se le otorgan a la Administración existen por la dificultad de fijar de manera estática y jurídicamente definitiva los contenidos de la decisión o la decisión en sí. Y ello por la consideración de la mutabilidad fáctica que subyace o la necesaria flexibilidad en la valoración de los hechos, que cambiantes, debe hacerse pensando en la correcta ejecución finalista de los objetivos legales o la consecución del interés general.

La realidad opera como elemento determinante en la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados frente a su naturaleza como límite en el ejercicio de discrecionalidad, sobre el que se otorgan mayores márgenes de libertad a la actuación administrativa y mayor deferencia judicial. La respuesta y el control judicial de ambas formas de decisión es diferente, pero puede buscarse un punto de encuentro a través de este instrumento[35].

---

veraces. La discrecionalidad, como establece la jurisprudencia citada, ya no es un *prius* sino una «consecuencia del previo respeto a la legalidad», una mera opción, que no se tiene en los actos reglados, por la que la administración pueda decidir, en razón del interés general y solamente en base al mismo, entre varias opciones que deben respetar escrupulosamente la legalidad. Para ello, siguiendo el camino iniciado por prestigiosos autores citados en el presente trabajo, consideramos que el único y eficaz remedio es invertir la carga de la prueba y del dogma de la «presunción de legalidad del acto administrativo», siendo la administración quien tenga que acreditar y justificar previa y detalladamente el interés público de su decisión, la realidad de los hechos sobre los que va adoptar la decisión, el cumplimiento de todos los principios generales del derecho (igualdad, proporcionalidad, etc.) y del contenido de las normas aplicables en cada caso. »

[35] Creemos que se debe huir de su consideración formal como memoria o trámite del procedimiento de elaboración reglamentaria sin más, pues su consideración como la exteriorización de toda una actividad o proceso de análisis para la toma de decisiones y la determinación de la realidad fáctica para el establecimiento de los contenidos materiales de la norma, requeriría efectuar precisiones sobre su incidencia y las consecuencias jurídicas derivadas de su inobservancia por parte del control judicial. En relación con este punto puede verse: Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial", en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 5, Marcial Pons, 2022, pp. 73-114.

El elemento volitivo y cognitivo, que se utiliza de manera tradicional para la diferenciación y determinación de la actuación administrativa en ambos constructos teóricos (conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad), converge fuertemente en el ejercicio de las potestades reglamentarias. Las decisiones que subyacen a la aprobación de un reglamento implican un serio ejercicio cognitivo de la realidad que trata de regularse que se une a una elección de oportunidad o voluntad dirigida de manera finalista por prescripciones constitucionales y legales. Pero los márgenes de la decisión administrativa se fundan en ambos casos, la determinación del concepto jurídico indeterminado y el ejercicio de la potestad reglamentaria, en los hechos que deben ser fijados y susceptibles de ser contrastados. El AI configura un proceso que al menos refuerza la racionalidad y transparencia en su fijación.

El papel de los tribunales para el desarrollo de las políticas de mejora de la regulación y la utilización de sus instrumentos, como lo es el AI, ha sido algo ya apuntado por autores como Wim Voermans (2010). En este sentido, se cita como ejemplo significativo la sentencia[36] relativa a la utilización que del AI hizo España para probar la vulneración del principio de proporcionalidad frente a un reglamento europeo[37] (MEUWESE, 2008). La cuestión en sede europea ha sido tratada con más detalle por Alemanno (2011 y 2016).

En nuestro país, parece que la introducción del instrumento (así como otras medidas derivadas de las políticas de mejora regulatoria) en las distintas y múltiples normas que regulan los procesos de elaboración reglamentaria[38] está generando consecuencias en el control jurisdiccional. Los AI, aunque sea en su forma de memoria, forman ya parte y desde hace tiempo de un importante elemento del procedimiento de elaboración de los reglamentos. Su existencia y contenido están siendo objeto de consideración por los tribunales (teniendo en cuenta los AI también sectorialmente, esto es relativos al análisis de los impactos en una determinada materia, por ejemplo, género) y han dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales sobre la validez de normas reglamentarias. La jurisprudencia no es del todo clara y quizás algo errática (Yánez Díaz, 2019) en cuanto a la exigibilidad de algunas de las memorias y la suficiencia de sus contenidos[39] (e incluso, los efectos de su inobservancia) en los

---

[36] 6 Judgment of 7 September 2006, C-310/04 Spain v Council, [2006] ECR I-7285.

[37] Reglamento (CE) nº 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores.

[38] El proceso de incorporación del análisis de impacto se ha producido en nuestro país de manera progresiva y desigual si atendemos, por ejemplo, a la regulación e implantación de este instrumento en los procesos de elaboración de disposiciones de carácter general en las CCAA o los distintos ámbitos sectoriales. Por otra parte, también otros instrumentos derivados de las políticas de mejora regulatoria han propiciado la inclusión de trámites, como el de consulta pública prevista en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas que pese a su carácter general (en relación a la STC 55/2018, de 24 de mayo) también ha generado algún pronunciamiento de nulidad como la sentencia del TS que anula el Real Decreto 668/2022 que modificó el Reglamento General de Costas.

[39] La STS 712/2023, de 26 de mayo, nº rec. 4035/2021, valora la suficiencia de los contenidos atendiendo a las características de la norma. En este caso el Decreto del Consell 58/2018, de 4 de mayo,

procedimientos de elaboración de las disposiciones generales. Sin entrar a abundar sobre esta cuestión, no por su insoslayable interés, lo cierto es que la virtualidad de los contenidos de tales memorias como elementos de prueba para la apreciación de las circunstancias de hecho se muestra todavía de forma limitada[40].

Parece que las controversias se han suscitado, esencialmente, en torno a la exigibilidad de algunas de ellas y la existencia formal en el procedimiento de elaboración[41]; esto, acorde con nuestra actual concepción restringida y como manifestación de la dispersión normativa que las recoge en nuestro derecho. Algunas sentencias menos, en cambio y quizás, con respecto a la suficiencia de los contenidos, aunque también este aspecto ha dado lugar a pronunciamientos[42].

---

por el que se aprueba el Plan de Acción Territorial de la Infraestructura Verde del Litoral de la Comunitat Valenciana (PATIVEL), siendo este decreto ordenación territorial y no urbanística, distinción conceptual sobre la que basa las suficiencias del análisis. Junto a, además, la necesidad de realizar la evaluación de los impactos y la consideración de las alternativas desde la perspectiva de la sostenibilidad, esto es, conjugando recíprocamente los elementos medioambientales, económicos y sociales.

[40] Podría ser interesante (pero no es objeto de este trabajo) un estudio de detalle sobre la magnitud de sentencias que, al igual que en el caso 6 Judgment of 7 September 2006, C-310/04 Spain v Council, [2006] ECR I-7285 los contenidos de las memorias de impacto hayan servido para la construcción de la prueba de parte y para fundar las pretensiones de incorrección o error administrativo en la fijación de los hechos por contraste. La debilidad de los contenidos (o lo que es lo mismo, los resultados de estos análisis) o muchas veces su inexistencia dificulta que sobre ellos se construya el control en sede jurisdiccional, pues rebatir la fijación de los hechos a posteriori se trona cuasi imposible para el que sustenta lo contrario. No es tanto una apreciación por parte de la jurisprudencia en torno a la suficiencia de las memorias, aunque también, como que estas permitan o faciliten *de facto* ese control de parte y que de otra manera se vuelve enormemente complicado.

[41] STS 4382/2015, de 6 de octubre, que declara la nulidad de pleno derecho del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental (Málaga) por falta del informe de impacto de género; STS 350/2019, de 15 de marzo, que anula el RD 848/2017, por el que se aprueba el reglamento de destinos del personal de la Guardia Civil por haberse omitido el informe de impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, no constando el mismo en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo; STSJ 1814/2016, de 29 de diciembre, que anula el Decreto 2/2016, de 4 de febrero, de autorización y funcionamiento de los centros de carácter social para la atención de las personas mayores de Castilla y León por haberse omitido la preceptiva memoria económica que debe acompañar a todo proyecto de disposición general; entre otras.

[42] STS 5372/2016 que anula el RD 639/2014, de troncalidad de la formación sanitaria por insuficiencia en la Memoria de Impacto Normativo de un adecuado análisis de las repercusiones económicas y presupuestarias, (FD 7º *Cabe, pues, que las normas reglamentarias sean nulas no solo en los casos en que carezcan por completo de análisis económico y presupuestario, sino también en aquellos otros en los que el que acompaña a la decisión de que se trate resulta ser de todo punto insuficiente de manera que no permita a la Memoria cumplir la importante finalidad que, a tenor de la normativa vigente, le es propia (motivar la necesidad y oportunidad de la norma, suministrar información relevante a la propia Administración y a sus destinatarios y facilitar, en su caso, el necesario control del ejercicio de la actividad. En el caso de autos, entendemos que la Memoria que acompaña al Real Decreto recurrido resulta palmariamente insuficiente, lo que determina la nulidad de la disposición reglamentaria que nos ocupa).*

STS 7505/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de noviembre de 2006, (Rec. 53/2005) que anula el Real Decreto nº 2397/2004, de 30 de diciembre, por el que se regulan determinados aspectos organizativos en el ámbito del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, ante la insuficiencia de la memoria económica y justificativa (FD 8ª *La ausencia en los documentos analizados de los elementos que el legislador ha considerado imprescindibles para que la Administración haga un uso*

No obstante, se observa ya en algunos pronunciamientos jurisprudenciales la relevancia de las memorias e informes más allá de ser un mero requisito formal, destacando su carácter medial e instrumental por ser *una herramienta fundamental* [43] para la garantía de bienes y derechos, en especial cuando estos hacen referencia a cuestiones con respaldo constitucional expreso. De este modo, y como ejemplo, la STS 1750/2018 [44], pese a considerar la inexigibilidad (discutible) del informe de impacto de género, asume que los contenidos que en él deben esgrimirse forman parte de la demostración o justificación de la debida observancia de la administración con el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Un principio (sobre el que sí fija doctrina jurisprudencial) que caracteriza de *inspirador de la nueva concepción del desarrollo urbano, que exige una ordenación adecuada y dirigida, entre otros fines, a lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres* (FJ15ª) y por ello plenamente exigible en la aprobación del planeamiento [45]. Pero creemos que, pese a que en la sentencia se exige que la vulneración concreta de este principio de carácter transversal para la actuación administrativa debería alegarse y probarse en el proceso por el recurrente, ante una memoria inexistente la prueba para el reclamante se topa con una enorme desigual-

---

racional de sus potestades organizatorias podría haberse superado si en el expediente se hubieran aportado otros que proporcionasen a aquella los datos necesarios para adoptar una decisión ponderada y acertada. A estos efectos el artículo 24.1.b) LGO, permite al Gobierno recabar a lo largo del proceso de elaboración del reglamento cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Aparte del informe del Secretario General Técnico del Ministerio de Administraciones Públicas, de carácter preceptivo, según el artículo 24.2.a) LGO, que no aporta nada al texto informado, el Gobierno no ha creído conveniente recabar ningún otro. Ni al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, creado por la Disposición Adicional Quinta de la LGTL como órgano asesor del Gobierno en materia de telecomunicaciones, que hubiera podido ilustrar al Gobierno, antes de tomar su decisión, sobre las ventajas e inconvenientes de la misma, ni se ha oído a la propia CMT, que hubiera podido proporcionar los datos económicos que la Memoria Económica reconoce desconocer. No cabe reprochar a la Administración que actúe con rapidez en la consecuencia de los objetivos que se proponga, pero en la elaboración de la Disposición Adicional única del Real Decreto 2397/2004, aquella ha actuado con precipitación privándose de los datos que hubieran podido poner de relieve el acierto de su decisión. Por todo ello procede la estimación del presente recurso.) O la STSJ 246/2023 (rec. 142/2022), de 26 de mayo, que anula varios artículos de la Ordenanza de Convivencia de Alicante por la ausencia del informe de impacto de género. En este sentido recordar también la necesaria y urgente modificación de la LBRL (art.49) para adecuarla a las exigencias de la LPAC (Ponce y Villoria, 2020) O, también, Velasco Caballero, 2013 y Cano Campos, 2019.

[43] Véase voto particular (Magistrada Dña. Celsa Pico Lorenzo) en sentencia TS de 29 de febrero de 2012 (recurso 234/2010).

[44] Sentencia 1750/2018 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 10 de diciembre de 2018. Recurso de casación Núm: 3781/2017 Ponente Excmo. Sr. Cesar Tolosa Tribiño.

[45] FJ 15ª STS 1750/2018 (supra): *En definitiva, si bien no es exigible al plan impugnado la incorporación del Informe de impacto de género, tal y como sostiene la Sala de instancia, ello no es óbice para que puedan discutirse a través de la impugnación del Plan, los concretos y específicos aspectos que pueden incidir en una ordenación de naturaleza discriminatoria. Lo que ocurre es que, en el presente caso, al haberse quedado el análisis en la existencia o no del citado Informe, la cuestión de fondo no ha sido abordada, esto es, desconocemos, porque no se han puesto de relieve, qué concretos aspectos del plan pueden resultar, a juicio de los recurrentes, contrarios al principio de igualdad de género, por lo que el plan no puede ser objeto de una declaración genérica de nulidad, con base en la infracción de un trámite formal que, como hemos razonado, no le era exigible.*

dad de medios, sin base siquiera para su contraste y evidencia de alguna manera la falta de la debida diligencia administrativa en el ejercicio de sus potestades discrecionales. La omisión del trámite formal la aboca a una forma de justificación *in pectore*.

De las respuestas jurisdiccionales parece emanar un creciente debate sobre los efectos de invalidez de los reglamentos (por ejemplo, LÓPEZ RAMÓN, 2018) pero que parece acabar decantándose, al menos en sede jurisdiccional, por las respuestas de nulidad, y podría ser sobre el argumento que asumimos íntegramente de Tolosa Tribiño (2019)[46]. La posibilidad de subsanar algunos trámites del proceso de elaboración a posteriori, entre los que se encuentra el AI, solo podría generar dos resultados: que se estableciesen cambios sustantivos en la norma, lo que seguiría planteando problemas de aplicación temporal de las disposiciones que obligaría a adoptar medidas para adaptar las situaciones creadas por la nueva regulación, o que el desarrollo acabara por no tener incidencia en la norma, desvirtuando la finalidad y el sentido mismo del trámite (la ayuda a la toma de la decisión) y posibilitando además una justificación a posteriori de la decisión tomada que desincentiva y obstaculiza el control de la misma.

Si tomamos la definición que da Rodríguez de Santiago (2023) del plan como resultado de la actuación administrativa de planificación, parece que la potestad reglamentaria es una cuestión distinta o una manera de formalizar, entre otras, dicha actuación. Pero lo cierto es que este concepto procedimental de plan se asemeja mucho a un concepto amplio de AI[47] que, aplicado a la elaboración de reglamentos, permiten extraer algunos paralelismos. Así pues y en este sentido, si realizamos esta "identificación" entre este concepto procedimental de plan de R. de Santiago y el AI (en su concepción también procedimental y más ambiciosa que la desarrollada hasta ahora en la práctica administrativa), podemos reflexionar, como lo hace el autor en

---

[46] «El problema es que, si admitimos que trámites como la participación ciudadana, la emisión de informes preceptivos y, en ocasiones, vinculantes, o la falta de soporte en la memoria de la necesidad y conveniencia de la norma, se produzcan después de su aprobación y consiguiente aplicación temporal mediante actos concretos, la incertidumbre e inseguridad que tratan de remediarse con las tesis que abogan por una flexibilización del régimen de la nulidad tampoco encontrarían solución, dado que tras la cumplimentación de dichos trámites, la norma, en cuanto a su contenido sustantivo, podría no ser idéntica a la vista de las alegaciones, informes o estudios que se incorporan, con lo que seguiríamos teniendo un problema de aplicación temporal de una disposición que obligaría a adoptar medidas para adaptar las situaciones creadas a la nueva regulación, salvo que se considerara que tales trámites constituyen un mero formalismo intrascendente para modificar la voluntad y decisión administrativa, solución que, a mi juicio, desactivaría la eficacia del control ciudadano y judicial, y convertiría el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales en un mero «ropaje» formal, cuya trascendencia e influencia sobre el contenido material de la norma devendría irrelevante, conclusión que me parece sumamente preocupante.» César TOLOSA TRIBIÑO, C. "La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento," *Revista de Administración Pública,* 210, 2019, pp. 21-42 (p.41).

[47] Véase y compárese el concepto de planificación ofrecido por Rodríguez de Santiago y el concepto de *impact assessment* de la Comisión Europea (European Commission 2021a, p. 10). Jose María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2023, p. 20.

torno al control que los tribunales pueden hacer de este instrumento y de forma indirecta, y a través de él, en la forma de ejercer la potestad reglamentaria.

En concreto, respecto a los *estándares* (parámetros, criterios o cánones) utilizados para el examen de la decisión, tanto de la actividad que conduce a ella como de su resultado. Los criterios de control de los planes o actividad administrativa de planificación se corresponden para nosotros con los criterios de control que pueden operar para los AI o del procedimiento de elaboración reglamentaria en el que se incluyen los AI (teniendo en cuenta, en relación con esto último, que todavía hoy estos no asumen la sistematización del conjunto del procedimiento de elaboración).

Estos criterios de control, tal y cómo recuerda el autor, se proyectan tanto sobre el contenido de la decisión, como sobre el procedimiento[48] y, entre ellos y en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el más utilizado es el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Siguiendo a R. de Santiago, este parámetro asume tres versiones, siendo la ausencia de motivación convincente y la perspectiva de la motivación ponderativa las que «han ido desplazando a la primera (irracionalidad en el resultado de la decisión) en la jurisprudencia» (2023, p.148). La justificación de la aplicación de estos criterios (en relación con los planes urbanísticos) recaería en «el rigor metodológico decisorio que imponen los intereses sobre los que se decide y su estricta eficacia vinculante» cuestión también trasladable, en gran medida, sobre el conjunto de las decisiones que implica el ejercicio de la potestad reglamentaria. Ambas versiones del estándar de control se centran en dos elementos que pretenden asumir los AI, un refuerzo general de motivación de la decisión normativa y la transparencia en el proceso de identificación y ponderación de intereses.

Ilustrativos podría ser también los estándares utilizados por el Tribunal Constitucional en el control de los planes, como son el control derivado del principio de igualdad (artículo 14 CE)[49] o del principio de proporcionalidad examinando la existencia del interés público sobre el que se fundan las limitaciones del artículo 24.1 CE, siendo el plan medida idónea, necesaria y ponderada (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2023, p. 151). La posible incidencia y resultados de la decisión/reglamento en los derechos fundamentales y la necesidad de una reflexión o proceso ponderativo de intereses destacan en la valoración del correcto ejercicio de las potestades normativas. Estos dos elementos aparecen en los contenidos de los AI. El primero todavía en un estadio incipiente en nuestro país, pues solo se hace referencia al impacto sobre determinados derechos (como género o infancia) pese a que el examen de los impactos sobre derechos fundamentales, con carácter general, es también objeto de especial valoración en el modelo europeo (EUROPEAN COMMISSION, 2021b, Tool#29) y

[48] Para juzgar por tanto la suficiencia de un AI creemos que de partida podemos asumir también este criterio; por lo que el control se proyecta no solo a la existencia del trámite sino también a su sustantividad o resultado del análisis de cuyo proceso deriva una parte más o menos sustancial de la decisión reglamentaria.

[49] «que exige la justificación objetiva, razonable y proporcionada de la diferenciación introducida por la ley concreta y/o singular» (Rodríguez de Santiago, 2023, p. 151).

es también una recomendación del Consejo de Europa desde 1999 (Sounion 1999). Y, respecto al segundo, la ponderación entre alternativas es uno de los contenidos de los AI que se repiten en todos los modelos en el ámbito comparado y en el europeo [50].

Los criterios de control de la norma (en su caso, plan) o actuación administrativa (actividad de planificación, ejercicio de la potestad reglamentaria o correcta elaboración de los análisis de impacto) residen en un juicio por parte del órgano jurisdiccional que versa sobre el grado de afectación a los derechos fundamentales y la justificación de un proceso deliberativo con carácter ponderativo al que responde el AI que contiene y exterioriza, al menos, sus elementos esenciales.

También en este sentido, y desde la perspectiva de la afección de la norma reglamentaria a los derechos, la concepción procedimental del AI (como todo un proceso y no solo una memoria, pero cuyos resultados si se ven expuestos en esta última) encaja bien en las teorías del giro procedimental del TEDH (IGLESIAS, 2024). La deferencia de los TIDH al criterio nacional se apoyaría en la satisfacción por parte de los Estados de sus responsabilidades cooperativas, entre las que encontramos la consolidación una *cultura de la justificación*. En la que (cualquier institución pública de) las autoridades nacionales se sujetan «a la exigencia de dar fundamento a sus políticas y medidas desde el objetivo de proteger derechos humanos y fundamentales, mostrando que han incorporado los derechos humanos en sus razones para la acción» y asumen un compromiso de justificación «que sus políticas públicas e instrumentos jurídicos contribuyen a mejorar estos derechos» (IGLESIAS, 2024, p. 13 y 14). [51] Los AI que recogen, o deberían recoger, pruebas sobre el posible grado de afectación del reglamento a derechos, constituyen sin duda un refuerzo a la consolidación de esta cultura de la consolidación por parte del Estado y el conjunto de sus instituciones, afectando también en alguna medida al alcance del control jurisdiccional en este ámbito, pues el control judicial se centra en este sentido no tanto en el resultado final (esto es del reglamento) sino sobre su proceso de elaboración. Un proceso que

[50] En España, art. 26.3 a) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno: *El centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que deberá contener los siguientes apartados: a) Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación.* El completo artículo 26 de la LG 50/1997, en la redacción dada por la L. 40/2015, está pensado para un procedimiento de elaboración de las normas que tienda mejor al acierto, la necesidad y resultante de un proceso más transparente de deliberación y ponderación de intereses.

[51] «El TIDH puede apreciar la presencia de una buena cultura de la justificación examinando la calidad deliberativa del proceso que ha precedido a la medida impugnada. Utilizando los términos de Roberto GARGARELLA (2016a: 4), la calidad deliberativa depende del grado de amplitud y profundidad del debate interno previo a la decisión del estado. En cuanto a la amplitud, esta calidad se produce cuando las autoridades nacionales, tanto en la fase de creación normativa como a lo largo de proceso judicial, han escuchado e incorporado las voces y los intereses de todos los afectados. Esta inclusión contribuye a la imparcialidad del proceso y evita el voluntarismo estatal. Respecto a la profundidad del debate interno, la calidad deliberativa requiere que se hayan ponderado de buena fe todas las razones en juego en un examen profundo de proporcionalidad» Marisa IGLESIAS VILA, "Deferencia en los tribunales internacionales de derechos humanos", en *Revista de derecho público: Teoría y Método*, 9, 2024 (en prensa), p. 14.

saldría claramente reforzado, en especial, aquella parte en la que se analiza y valora la incidencia de la futura norma con los derechos fundamentales.

Y, en este sentido y de mayor interés o especialmente significativos, son los criterios de control (de los planes[52]) utilizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que Rodríguez de Santiago (2023) califica como «notablemente deferente en cuanto al contenido material de dichas decisiones, lo que, en parte, se compensa por un más estricto control procedimental[53]» y entre los que identifica, como el más relevante la obligación de motivar las decisiones planificadoras del (artículo 296 TFUE)[54]. Esta cuestión es a la que aspira y cubre en primer orden el instrumento de AI, pues supone un proceso de análisis añadido y/o reforzado a los procedimientos de elaboración reglamentaria que ofrece información adicional, relativa esencialmente a la realidad que subyace a la norma, con el fin de mejorar su motivación. «El control del tribunal incide tanto en la suficiente obtención de información relativa a los hechos por parte del órgano que aprueba el plan como la valoración de estos hechos en el proceso de ponderación entre alternativas en que consiste a acción planificadora» (RODRIGUEZ DE SANTIAGO, 2023, p. 154).

Los hechos, cuya identificación y tratamiento son objeto de análisis a través del instrumento/proceso de AI parece que adquieren un renovado protagonismo. Se incrementa, al menos cuantitativamente, su peso como elemento para la conformación de la decisión y, a su vez también posibilitan, en sí mismos y en su proceso de obtención y tratamiento, un mayor análisis del órgano jurisdiccional. Los hechos suponen la materia prima o el punto de partida sobre la que elaborar todo un proceso de valoración de alternativas. Los AI aspiran a optimizar o mejorar, las exigencias procedimentales de recogida, gestión y análisis de información para la toma de la decisión.

El estricto control procedimental del TJUE, al que se refiere R. de Santiago para el control jurisdiccional de los planes, parece responder y ser más consciente de las dificultades y la complejidad en la toma de decisiones a las que hace frente el poder público en la actualidad, también en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Intensificar el control y los esfuerzos sobre las formas a través de las cuales conformar los contenidos de la decisión normativa podría ser la salida frente a la parálisis y el exceso del decisor y su controlador.

No se trata solo de apostar, por medio de los AI, por un proceso más riguroso y complejo para reforzar las garantías y favorecer un comportamiento más diligente del decisor público normativo contemporáneo *ab initio*, sino, y sobre todo, de atender a las mayores y mejores posibilidades de conocimiento sobre la realidad fáctica que

---

[52] Recordemos aquí el paralelismo que hemos hecho unos párrafos más arriba entre esta figura con los AI.

[53] R. de Santiago recuerda además que «los defectos procedimentales tienen, en principio, eficacia invalidante, salvo que se pueda acreditar con claridad que no han tenido efecto en el resultado de la decisión» (2023, p.153).

[54] Así, recuerda R. de Santiago en relación con la STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018 (asunto C-493/17, Weiss), ap. 30, «l*a motivación debe ser más detallada cuanto mayor sea el margen de la discrecionalidad ejercida*».

trata de regularse y sobre la que versan en último término los objetivos y resultados de la decisión. La vocación de sistematizar la información relevante para la norma de los AI lo convierte en una parte esencial del proceso de elaboración de la norma, sin cuya presencia parece que se desvirtúa seriamente su finalidad, la de garantizar la oportunidad, acierto y legalidad de la norma que se elabora[55]. Y sin olvidar la interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales, pues un correcto entendimiento del AI incluye la valoración de las especialidades materiales de la norma, salvo de aquellas cuestiones que se consideran comunes para todas ellas, como podrían ser los impactos sobre derechos y libertades fundamentales, o cuyo objeto haya sido señalado por el legislador como especialmente relevante[56].

Y así, si asumimos que la realidad opera como límite y fundamento de la decisión reglamentaria (de la que se deriva la determinación de contenidos jurídicos positivo-materiales), parece conveniente reforzar la entidad o el valor de los presupuestos fácticos de esta decisión discrecional que son tenidos en cuenta en los AI. De esta manera el instrumento permite ayudar al control de posibles excesos en el ejercicio de poder que se acerquen a la arbitrariedad y templar la desigualdad de armas de las partes, incluida la judicial, en el contencioso-administrativo ante aquellas controversias que, frente a decisiones y actuaciones administrativas, partan de la fijación de los hechos.

El AI aspira a permitir un mayor control judicial de la potestad reglamentaria posibilitando entrar a valorar no solo el cumplimiento de la legalidad formal sino de fondo y favorece un mejor reparto de la carga probatoria en sede jurisdiccional. Esta tendencia que lleva ya años verificándose en el derecho europeo y la jurisprudencia norteamericana (REVUELTA PÉREZ, 2014), parece que continua sin implantarse en España, a la que se contrae este estudio. Puede que la insuficiencia de los contenidos de las memorias[57] y la asunción de un AI conceptualmente restringido acarree la dificultad de encontrar sentencias que lo contemplen en tal sentido en nuestro país. Los pronunciamientos jurisprudenciales siguen en su mayoría debatiéndose en torno a la obligatoriedad de algunas de ellas y su cumplimiento formal, manteniendo la tesis unitaria frente a las gradualistas, y no entrando en la mayoría de las ocasiones a valorar su suficiencia atendiendo al cumplimiento de su finalidad.

Desatender la comprobación de que la Administración realiza un análisis completo y detenido de la situación de partida, de los hechos, y que refuerza la fundamentación de su decisión a través de este instrumento, obteniendo y haciendo pública más información contrastable y el completo proceso mediante el que la obtiene, conlleva que se perpetúen las dificultades de prueba como principal problema del control de discrecionalidad.

---

[55] Jurisprudencia que se contempla entre otras en la STS 1227/2020, 30 de septiembre, nº rec 36/2019.

[56] Aquí, por ejemplo, los contenidos del artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno con las especificades previstas en el apartado 4 del mismo artículo.

[57] Recordemos que muchos de ellos siguen la Guía metodológica aprobada en 2009, estando todavía pendiente de aprobación su adaptación prevista por la Disposición adicional primera del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

4. CONCLUSIONES

Los análisis de impacto normativo suponen un elemento del procedimiento de elaboración de las normas que, más allá de su consideración más o menos formal (como memoria), forman parte de nuestra actual regulación. Con una progresiva implantación para todos los poderes normativos y sus productos (BERTRAND-LÉO COMBRADE, 2015) los AI pueden ser contemplados, con una perspectiva amplia, como un proceso de sistematización y análisis de información relevante para la ayuda a la toma de decisiones normativas. Una actividad en la que se incrementa el protagonismo del poder Ejecutivo y la actuación administrativa y que se manifiesta especialmente en el ejercicio de las potestades reglamentarias.

Los AI entran, de esta manera y plenamente, en el desarrollo de esta actividad discrecional administrativa fuerte, que combina su carácter técnico y político. El instrumento aspira a recoger, generar y hacer transparente la información y el conocimiento utilizado para la decisión normativa, su diseño y la elección. Información y conocimiento especializado (no solo jurídico) que sostenga un ejercicio de discrecionalidad más evaluable y justificado sobre la doble perspectiva de los principios de legalidad y eficacia.

Las evidencias contenidas en los AI contribuyen a una toma de las decisiones administrativas reglamentarias más orientada hacia la consecución de los resultados y posibilitan de alguna manera su comprobación a posteriori sobre los pronósticos en ella realizados de los impactos. Pero, además, la información generada en el proceso y plasmada en las memorias, podría posibilitar un mejor equilibrio en el control de la legalidad y eficacia de dicha acción por parte de los tribunales. Pues los datos y la información que por este medio se hacen públicos pueden ser considerados como un recurso para el administrado y para el juez a los efectos de contrastar o valorar los hechos sobre las que se apoya dicha actuación administrativa discrecional, en atención a la clara supremacía administrativa para su determinación y fijación.

Podríamos concluir que los AI constituyen un paso para hacer frente a la rudimentalidad procedimental (SANTAMARÍA PASTOR, 1999, p. 574 y SANTAMARÍA PASTOR, 2004)[58] del ejercicio de la potestad reglamentaria; un avance en el procedimiento (o un procedimiento en sí) para mejorar la calidad y efectividad de la actuación administrativa y de los elementos de control jurisdiccional en la actividad discrecional de elaboración de reglamentos (PONCE SOLÉ, 2003). Los AI entroncan directamente con el derecho a una buena administración, favoreciendo una búsqueda activa del interés general y un impulso a la efectividad de la actuación pública y de las normas jurídicas (ISSALYS, 2013).

Los AI otorgan nuevos recursos para el control de la arbitrariedad (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y PONCE SOLÉ, 2017), pues la asunción de este instru-

[58] El autor se pronuncia sobre el nivel rudimentario y la inexcusable necesidad de una reflexión más profunda sobre los trámites de elaboración reglamentaria.

mento en el ejercicio de la potestad reglamentaria constituye un paso actualizado en *la lucha contra las impunidades del poder*, presentándose como recurso de valor para dicho control ante una actividad discrecional y el ejercicio de las potestades normativas de la administración, con nuevas dimensiones en la actualidad, pero que se mantiene como la primaria manifestación de poder a la que se enfrenta el ciudadano (GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, 1962, p. 161). En concreto, aquí, apuntándose a su capacidad para soportar los elementos fácticos que legitiman al ejercicio de la potestad normativa y sus contenidos.

El presente artículo trata de poner de manifiesto cómo el restringido concepto de análisis de impacto, utilizado por la doctrina y materializado en la práctica administrativa en nuestro país, frecuentemente identificado con una memoria más en algunos de los procesos de elaboración de reglamentos, con carácter justificativo, de contenidos escasos y sobre un análisis del impacto en ámbitos poco sistematizados, dificulta en gran medida una de sus más elementales funciones: dotar al proceso de elaboración de la norma de un carácter transparente y proporcionar elementos que permitan un verdadero contraste (algo más objetivo, al menos) de los hechos que sostienen el ejercicio de la potestad reglamentaria y la efectividad de la norma. Una mejor comprensión de los AI, más amplia, ambiciosa y de carácter procedimental, permite proporcionar una fundamentación fáctica bastante que, más allá de la veracidad o exactitud científica de sus resultados, permita a los tribunales servir como parámetro para evidenciar la debida diligencia en el ejercicio de las potestades discrecionales y el correcto ejercicio de la potestad reglamentaria. Es obvio que el diseño y la creación de normas no puede asimilarse a un proceso epistémico, pero si beneficiarse de los mismos, su renuncia sería abandonar de plano un elemento de racionalidad normativa esencial. Los AI, bien entendidos no son la decisión normativa en sí, sino una ayuda a la misma que no solo las beneficia en términos de oportunidad o acierto político, sino que contribuye (especialmente en el ejercicio de la potestad reglamentaria) a un mejor cumplimiento del principio de legalidad.

Los medios que en la actualidad se tienen para establecer los fundamentos cognitivos sobre los que se basa la decisión discrecional son mucho mayores. Los recursos para fijar el escenario sobre el que se desarrolla el ejercicio normativo de la potestad reglamentaria son mejores pero su uso no parece haber evolucionado en relación con la ampliación que de dicho ejercicio, y la discrecionalidad que lleva aparejada, traen fenómenos como la planificación o los déficits de programación material de las leyes. Por ello, el AI no es tanto un instrumento para el avance científico sino para que la ciencia ayude al decisor publico normativo, canalizando el conocimiento por esta vía y ayudando a reforzar al menos las garantías procedimentales en el ejercicio de la potestad reglamentaria, aunque también y en gran medida, la calidad sustantiva del reglamento. Una atenta observación del instrumento, en sus dos vertientes (procedimental y de contenidos) por parte de los tribunales proporciona elementos más objetivos de control jurisdiccional y sobre todo más acordes para reajustar el equilibrio de poderes.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alberto ALEMANNO, "Regulatory Impact Assessment and European Courts: When Ex Ante Evaluation Meets Ex Post Judicial Control", *European Public Law Journal*, Volume 17, 2011, pp. 485, 499-503.

Alberto ALEMANNO, Claire A. DUNLOP, Claudio M. RADAELLI, "Courts and regulatory impact assessment", *The Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 127-141.

Jean-Bernard AUBY y Thomas PERROUD (2013) *La evaluación de impacto regulatorio*, Global Law Press, Editorial derecho global, INAP, Sevilla, 2013.

Mariano BACIGALUPO SAGESSE, M., *La discrecionalidad administrativa: (estructura, normativa jurídica, control y límites constitucionales de su atribución),* Madrid, Marcial Pons, 1997.

Javier BARNÉS, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2006.

Javier BARNÉS, "Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 77-123. https://doi.org/10.18601/21452946.n21.06

Bertrand-Léo COMBRADE, L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, Thèse de doctorat en droit public, Droit Paris 1 - Panthéon-Sorbonne, 2015, (Français), p. 23 y ss

Andrés BOIX PALOP, "Muerte y resurrección del acto de gobierno (a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés), *Revista de administración pública,* núm. 157, 2002, 495-508. https://urlzs.com/cTwhe

Dolors CANALS AMETLLER, D., "El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

Dolors CANALS AMETLLER, D., "Per la confiança en el dret: tècniques de contenció de la inflació normativa i d'actualització i reducció de l'ordenament jurídic", *Revista catalana de dret públic*, núm. 64, 2002.

Agustí CERRILLO MARTÍNEZ, "Sobre la interdisciplinariedad en el Derecho administrativo. Las utilidades de la Ciencia Política y de la Administración para el Derecho Administrativo" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 168, 2015, pp. 39-66.

Aurelia COLOMBI CIACCHI y Dietmar VON DER PFORDTEN, "Exploring the relationship between law and governance: a proposal", *The Theory and Practice of Legislation*, núm. 11-2, 2003 pp. 151-167.

Bruno DENTE y Joan SUBIRATS, *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Barcelona, 2014.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Aranzadi, 1999.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa", *Revista andaluza de administración pública*, núm. 100 (ejemplar dedicado a: Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: balance y perspectivas), 2018, pp. 131-164.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 5, Marcial Pons, 2022, pp. 73-114. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_5_2022_720

EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Better Regulation Guidelines*, Brussels, (2021a) https://commission.europa.eu/system/files/2021-11/swd2021_305_en.pdf

EUROPEAN COMMISSION, Better regulation "Toolbox". (2021b) https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/br_toolbox- nov_2021_en_0.pdf

Luis Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, "El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control" en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012, pp. 211-258.
https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/Publicacion/1284222326120/Redaccion
Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El control judicial del poder discrecional y el derecho a una buena administración", en Juli PONCE SOLÉ y Agustí CERRILLO MARTÍNEZ (Coords.), *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción a propósito de la buena regulación en las leyes españolas 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común y 40/2015, de 1 de octubre, del sector público*, INAP, Madrid, 2017 pp. 31- 37.
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de administración pública*, núm. 38, 1962, pp. 159-208.
Patricia GARCÍA-GALLARDO FRINGS y Jose Miguel BUENO SÁNCHEZ, "La Administración pública. Actividad administrativa y actividad política. El derecho administrativo. El régimen administrativo: sistemas; rasgos fundamentales del español. La consideración no jurídica de la administración: la Ciencia de la Administración" en Jose Miguel BUENO SÁNCHEZ y José Ramón DE HOCES ÍNIGUEZ, *Lecciones Fundamentales de Derecho administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 77-95.
Marisa IGLESIAS VILA, "Deferencia en los tribunales internacionales de derechos humanos", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 9, 2024, pp. 65-85.
Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja: gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, 2020.
Pierre ISSALYS, "Analyse d'impact et production normative: de l'efficacité à la légitimité, *Rev. Fac. Direito UFMG*, Número Especial: Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá, 2013, pp. 245 – 274.
Fernando LÓPEZ RAMÓN, "La calificación de los vicios de los Reglamentos", *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 13-48.
Francisco MARCOS FERNÁNDEZ, "Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009, pp. 333-365.
Luis MEDINA ALCOZ, "Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 177, 2016, pp. 103-158.
Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
Pedro MERCADO PACHECO, Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 47, 2013, pp. 85-108.
Anne C.M. MEUWESE, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, Kluwer Law International, The Hague, 2008.
Juan S. MORA-SANGUINETTI, "Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 114, Segundo semestre, 2022, pp. 231-253.
Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I*, UNED Ediciones académicas, 2017.
Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
Rafael PINILLA PAREJA, "Qué es y para qué sirve la evaluación de impacto normativo", *Papeles de evaluación 8/2008*, Agencia estatal de evaluación de las políticas públicas y la Calidad de los servicios, 2008.
Juli PONCE SOLÉ, "La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones", *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 89-144.
Juli PONCE SOLÉ, "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.
Juli PONCE SOLÉ, "Innovación para la calidad normativa al servicio del buen gobierno y la buena administración", en Juli PONCE SOLÉ y Agustí CERRILLO MARTÍNEZ (Coords.), *Innovación*

en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción a propósito de la buena regulación en las leyes españolas 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común y 40/2015, de 1 de octubre, del sector público, INAP, Madrid, 2017, pp. 87-143.

Juli PONCE SOLÉ y Manuel VILLORIA MENDIETA, *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación* 2019, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2020.

Cayetano PRIETO ROMERO, "La mejora regulatoria en el ámbito de las entidades locales", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 907, Ejemplar dedicado a: La mejora de la regulación, 2019, pp. 131-144. https://revistasice.com/index.php/ICE/article/view/6785

Andrea RENDA, *Impact Assessment in the EU: The State of the Art and the Art of the State,* Centre for European Policy Studies, Brussels, 2006.

Inmaculada REVUELTA PÉREZ, "Análisis del impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria" *Revista de administración pública*, núm. 193, 2014, pp. 83-126.

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.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo parte general*, Tecnos, Madrid, 2002.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "El sistema de fuentes del derecho en los primeros cincuenta años de vida de la «Revista de administración pública» (1950-1999)", *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 533-576.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, "Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, 2004, pp. 74-95.

Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, en Javier BARNÉS, *Innovación y reforma en el Derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla,2006, pp. 15-132.

Sara SIEIRA MUCIENTES, "La necesaria objetividad en la evaluación ex ante de la calidad de las normas. Estudio de la memoria de análisis del impacto normativo en la familia", *Revista de las Cortes Generales*, núm.107, Segundo semestre, 2019, pp. 137-194.

Joan SUBIRATS, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1989.

César TOLOSA TRIBIÑO, "La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento," *Revista de Administración Pública,* núm. 210, 2019, pp. 21-42.

Joaquín TORNOS MAS, "La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya" *Derecho privado y Constitución*, núm. 17 (Número Monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández), 2003, pp. 479-498.

TRIBUNAL DE CUENTAS (España), *Informe de Fiscalización del Análisis de Impacto Normativo en los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado*, Informe núm. 1.408, 2021. https://www.tcu.es/repositorio/faae4a65-ae15-4afa-95be-708168592069/I1408.pdf

Wim VOERMANS y Ymre SCHUURMANS, "Better regulation by Appeal", *European Public Law*, 2010,
https://www.researchgate.net/publication/228150473_Better_Regulation_by_Appeal

Carlos YÁÑEZ DÍAZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la exigencia de informe de impacto de género en la aprobación del Plan general de ordenación urbana de Boadilla del Monte", *Revista General de derecho administrativo*, núm. 51, 2019. https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1509694

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 63-109
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_2010
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Clàudia Gimeno Fernández
ISSN: 2695-7191
Recibido: 27/10/2023 | Aceptado: 07/06/2024

EL FOMENTO Y LA RESTRICCIÓN DE USOS EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: TÉCNICAS Y PRINCIPIOS

THE PROMOTION AND RESTRICTION OF USES IN URBAN PLANNING: TECHNIQUES AND PRINCIPLES

Clàudia Gimeno Fernández
Profesora ayudante doctora de Derecho administrativo
Universitat de València – Estudi General

RESUMEN: El presente artículo explora y analiza las distintas vías que a través del urbanismo se utilizan para fomentar y restringir usos en la ciudad. Con este objetivo, el trabajo estudia las técnicas que pueden utilizarse para regular los usos del suelo en el planeamiento urbanístico y propone una serie de principios de intervención pública en su determinación para hacer frente a los conflictos que se manifiestan en las ciudades de una forma más ambiciosa. Estos se centran en el análisis de (1) la escala idónea para abordar los diversos conflictos, (2) la intensidad y eficiencia de las medidas y su impacto en las libertades individuales, (3) su impacto social y (4) ambiental y (5), la proporcionalidad de las medidas y otros criterios derivados de las políticas y los principios de buena regulación. Además de plantear propuestas concretas sobre cómo incorporar estos principios a través de las específicas técnicas de regulación de los usos del suelo, el trabajo subraya que la adopción de estas normas es positiva, siempre que se respeten unos criterios básicos y determinadas cautelas, ya que permite flexibilidad a escala local y, desde el punto de vista democrático, cierta diferenciación ideológica.

PALABRAS CLAVE: Urbanismo, zonificación, usos del suelo, derecho administrativo

ABSTRACT: This article explores and analyses the different ways in which urban planning is used to promote and restrict uses in the city. To this end, the paper examines the techniques that can be used to regulate land uses in urban planning and proposes a set of principles for public intervention in their determination, in order to address the conflicts detected in cities in a more ambitious way. These focus on the analysis of (1) the appropriate scale to address the various conflicts, (2)

the efficiency of measures and their impact on individual freedoms, (3) their social and (4) environmental impact and (5) the proportionality of measures and other criteria derived from better regulation policies and principles. In addition to including concrete proposals on how to incorporate these principles through the specific techniques of land use regulation, the paper underlines that the adoption of these rules is positive, provided that basic criteria and certain safeguards are respected, as it allows for flexibility at the local level and, from a democratic point of view, some ideological differentiation.

KEYWORDS: Urban planning, zoning, land uses, Administrative Law

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA DETERMINACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: 2.1. Las normas de calificación urbanística. 2.2. Instrumentos para la regulación de los uszos del suelo; 2.3. La flexibilización de la reserva de ley en el ámbito del planeamiento urbanístico; 2.4. Técnicas de restricción o limitación de usos en el planeamiento urbanístico: 2.4.1. Restricciones relativas al régimen de compatibilidad de usos; 2.4.2. La fijación de números absolutos de inmuebles dedicados a un uso; 2.4.3. Restricciones relativas a los parámetros de la edificación o la parcelación; 2.4.4. Restricciones de distancias entre usos. 2.5. Técnicas de fomento de usos en el planeamiento urbanístico: 2.5.1. La reserva o vinculación de suelo con un determinado destino; 2.5.2. La relajación de requisitos urbanísticos o del régimen de compatibilidad de usos; 2.5.3. La introducción de cláusulas interpretativas. 2.5.4. La provisión directa de inmuebles por las Administraciones.— 3. PRINCIPIOS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA REGULACIÓN DE USOS URBANÍSTICOS: 3.1. Criterios relativos al ámbito idóneo para abordar la regulación del conflicto; 3.2. Principios relativos al impacto de las medidas de intervención en las libertades individuales; 3.3. Elementos ligados al impacto social de las medidas; 3.4. Directrices vinculadas al impacto ambiental de las normas urbanísticas: 3.5. La proporcionalidad de las medidas y otros criterios derivados de las políticas de calidad normativa: 3.5.1. El principio de proporcionalidad y la regulación de los usos del suelo: 3.5.2. Las políticas de calidad normativa.— 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN[1]

El presente artículo explora y analiza las distintas vías que a través del urbanismo se utilizan para fomentar y restringir usos del suelo en la ciudad. Con este objetivo, el trabajo estudia las técnicas que pueden utilizarse para regular los usos del suelo en el planeamiento urbanístico y propone una serie de principios de intervención pública en la determinación de los instrumentos urbanísticos que regulan los usos del suelo para hacer frente a los conflictos actuales relativos a los usos del suelo de una forma más ambiciosa. Asimismo, el artículo subraya que la adopción de estas normas mediante técnicas como la calificación de suelos es positiva, siempre que se respeten

[1] Lista de abreviaturas utilizadas: CE (Constitución Española de 1978), LPAC (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), PGOU (Plan General de Ordenación Urbana), S (Sentencia), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), TRLSRU (texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, TS (Tribunal Supremo), TSJ (Tribunal Superior de Justicia).

unos criterios básicos y determinadas cautelas, ya que permite flexibilidad a escala local y, desde el punto de vista democrático, cierta diferenciación ideológica.

El interés por el estudio de estas cuestiones aparece por la detección de una multiplicación de conflictos que, enmarcados en un insuficiente y complicado marco normativo, se manifiestan en nuestras ciudades. Estos integran elementos que van desde la voluntad de conservar y proteger las características y la identidad de los centros históricos y el comercio tradicional frente a modelos homogeneizadores de la ciudad, hasta las soluciones que se sugieren como respuesta a amenazas que se plantean en términos de gentrificación, turistificación o terciarización de las ciudades por la proliferación de determinados tipos de usos o a los distintos retos que el cambio climático puede suponer para su configuración. Así, surgen continuamente fenómenos que, vinculados de una u otra forma a la ordenación de los usos del suelo, evidencian la necesidad de clarificación de su régimen jurídico para poder (1) conocer y sistematizar las distintas técnicas existentes para fomentarlos o restringirlos y (2) articular ordenadamente el modelo de ciudad deseado en cada caso por la colectividad a través de las distintas instituciones que la representan, a partir de una serie de principios generales.

Por eso, después de un análisis de la caracterización actual de las normas de calificación de los suelos y las distintas técnicas para el fomento y la restricción de usos en el planeamiento urbanístico (epígrafe 2), se procederá a desarrollar una serie de criterios de intervención pública de necesaria consideración a la hora de regular los conflictos relativos a los usos del suelo de una forma más cuidadosa y que realmente tenga en cuenta los distintos elementos que se manifiestan en este tipo de normas (epígrafe 3). Estos se centran en el análisis de (1) la escala idónea para abordar los diversos conflictos, (2) la intensidad y eficiencia de las medidas y su impacto en las libertades individuales, (3) su impacto social y (4) ambiental y (5), la proporcionalidad de las medidas y otros criterios derivados de las políticas y los principios de buena regulación[2].

2. LA DETERMINACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

2.1. Las normas de calificación urbanística

Las principales técnicas urbanísticas para la regulación de la planificación del suelo y la implantación de actividades son la clasificación y la calificación de los usos. Ambas comprenden en España lo que con carácter general en nuestro entorno com-

[2] En el desarrollo del contenido de este trabajo se ha considerado interesante incorporar, además, ejemplos deducidos de un análisis comparado respecto a algunos de los elementos clave que se estudian. Los países a los que se hace referencia, que son principalmente Italia, Francia, Países Bajos y Estados Unidos, se han elegido después de un análisis preliminar en atención al especial interés que para el objeto del trabajo presentan. Con todo, las experiencias indicadas deben tomarse como referencias a ideas que, huyendo de trasplantes acríticos normativos y teniendo siempre en cuenta las diferencias entre los distintos sistemas jurídicos, pueden servir como elementos de reflexión en el contexto en que se mencionan.

parado se ha entendido como zonificación[3], que comprende el conjunto de técnicas de intervención pública con las que se subdivide la ciudad y se asigna a cada una de dichas subdivisiones determinados parámetros relativos a la edificación, principalmente relativos al uso o función a que debe ser destinada, sus características físicas y la densidad o cantidad de volumen que es posible realizar en ella (MANCUSO, 1980: 17, y LÓPEZ DE LUCIO, 1993: 86).

La clasificación del suelo se ha entendido como la técnica de división de los terrenos de un municipio o conjunto de municipios según su destino urbanístico (GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, 1981: 447; ROMERO SAURA, 1975; BUSTILLO BOLADO, 2009: 507 y ss., y BELTRÁN AGUIRRE, 2006: 83). Pese a que se concreta para cada uno de los terrenos en los planes urbanísticos, las distintas clases de suelo vienen fijadas por la legislación urbanística. Por lo general, las clases de destino urbanístico que prevén las normas autonómicas son el suelo urbano o urbanizado, el urbanizable y el no urbanizable. La clasificación del suelo se ha impuesto en nuestro ordenamiento jurídico como la herramienta clave para acotar el régimen jurídico de cada terreno y el conjunto de derechos y deberes de las propietarias (DE GUERRERO MANSO, 2010: 144, y 2011: 34, y MUÑOZ GUIJOSA, 2009: 87). A su vez, es el antecedente necesario para proceder a la segunda de las técnicas (la calificación de suelos), ya que preconfigura la posibilidad de edificación urbana en los terrenos (YÁNEZ DE VELASCO, 1997: 77).

Por su parte, la calificación urbanística se ha consolidado como la técnica mediante la cual el plan, en primer lugar, establece distintas zonas homogéneas de utilización del suelo según la densidad de población que vaya a habitarlas, el porcentaje de terreno que pueda ser ocupado por construcciones, volumen, forma, número de plantas y clase y destino de los edificios. Y, en segundo lugar, asigna a cada terreno, parcela o, en su caso, edificación, ya clasificada, la pertenencia a cada una de estas zonas o a un uso pormenorizado, según la intensidad de cada uno de los admitidos en la zona, y a una determinada tipología edificatoria (ROMERO ALOY, 2011: 27 y 2013: 45; DE GUERRERO MANSO, 2012; GIFREU I FONT, 2012: 203, y BLANC CLAVERO y PAREJO ALFONSO, 1999: 291).

En cuanto a los usos concretos del suelo que pueden darse —la manifestación de la calificación que más interesa a efectos de este trabajo—, estos hacen referencia a la actividad prevista por el planeamiento que se puede realizar en una específica

[3] YÁNEZ DE VELASCO (1997: 72 y ss.), sin embargo, se ha desmarcado de esta postura dominante en nuestro ordenamiento jurídico, planteada inicialmente por GARCÍA DE ENTERRÍA Y PAREJO ALFONSO (1981: 264) y seguida con carácter general por la doctrina y jurisprudencia de nuestro país. En este sentido, ha indicado que ni la clasificación de suelos ni su calificación en un nivel de asignación de uso detallado (*vid.* Tabla 1) se identifican con lo que debe entenderse por zonificación de suelos. Pese a reconocer el valor de la depuración conceptual realizada por YÁNEZ DE VELASCO, en este trabajo se identificará el término zonificación tanto con las distintas operaciones realizadas para subdividir el suelo urbano como con aquellas enfocadas a caracterizar los terrenos o suelos según la función a la que deben destinarse, las densidades de construcción y las características físicas de los edificios a construirse.

zona, parcela, construcciones, o incluso unas plantas o inmuebles determinados de un edificio. Puede existir una gran variabilidad de usos, en atención a que esta es una cuestión a determinar por la Administración planeadora en la que goza, generalmente, de una fuerte discrecionalidad (DESDENTADO DAROCA, 1999: 444; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2015: 14, y ARROYO JIMÉNEZ, 2004: 200 y seg.). En este sentido, el plan urbanístico puede optar por realizar una ordenación detallada rígida, en la que cada parcela debe destinarse a un uso concreto (p. ej., si en una zona determinada solo se permite el uso residencial unifamiliar en edificios adosados), o flexible, si se prevé la compatibilidad en el espacio de diferentes usos indistintamente aceptados por el plan (p. ej., si en una zona se compatibiliza el uso residencial unifamiliar con el plurifamiliar, el comercial, el de oficinas y el deportivo y se permiten distintas tipologías edificatorias).

Pese a la variabilidad de usos existente en los distintos planes, pueden identificarse unas pautas comunes en la mayoría de las normas urbanísticas de ámbito local[4]. Así, las parcelas ubicadas en suelo urbano y urbanizable suelen clasificarse por el planeamiento de la siguiente manera según distintos parámetros[5]:

Tabla 1 *Elementos de la regulación de los usos del suelo (calificación de suelos) en España*

Zona o subzona	Área de suelo que presenta un tejido urbano característico y diferenciado y que constituye el ámbito de aplicación de una determinada normativa urbanística. Generalmente, comprende: centro histórico, ensanche, urbanización aislada, industrial, etc.	
Nivel de asignación	Uso global / genérico / dominante	Se refiere al uso general de la zona, el mayoritario o que la caracteriza, y que determina el destino funcional del conjunto: residencial, terciario, industrial, sistemas, etc. Su establecimiento supone la asignación a los terrenos de unos usos que pueden ser objeto de ulterior concreción.
	Uso detallado / específico	Supone la asignación de un uso concreto al inmueble/parcela. Entre otros, puede ser: vivienda, comercial, oficinas, hotel, recreativo, deportivo, estación de servicio, etc. La variabilidad y especificidad de estos usos detallados puede ser muy alta.

[4] En este sentido, la normativa catastral prevé una serie de usos que se pueden utilizar de guía en el Real Decreto 1020/1993, de 25 de junio por el que se aprueban las normas técnicas de valoración y el cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana.

[5] Esta es una clasificación orientativa y sin ánimo de exhaustividad, ya que cada plan tiene la capacidad de definir, caracterizar e innovar sobre la cuestión y de establecer diferentes tipos, funciones, compatibilidades, subzonas, etc. Por ejemplo, el uso residencial se entiende generalmente como el que comprende la residencia de personas, tanto permanente como temporal, pero en ocasiones se excluyen de este uso las viviendas de carácter colectivo, como las residencias de estudiantes o comunidades religiosas (que se denominan, en algunas normas, uso residencial comunitario), o se incluyen algunos usos de alojamiento turístico.

Idoneidad del uso para los fines de la ordenación	Principal	El uso establecido por el plan como característico de la zona. En función de él se establecen las relaciones de compatibilidad.
	Equivalente	Uso con idéntica o similar idoneidad al principal.
	Necesario	Uso imprescindible para completar el principal.
	Tolerado, compatible o admisible	Uso que puede coexistir con el principal, pero que debe de ser minoritario. Se permite, generalmente, en una determinada proporción.
	Prohibido o incompatible	Uso no permitido en ningún caso.
	Provisional	Uso que se puede prever en el régimen transitorio del plan.
Función/ Uso	Residencial	Comprende inmuebles destinados a vivienda unifamiliar —en régimen libre o de protección pública—, o plurifamiliar —en régimen libre o de protección pública—.
	Industrial	Comprende inmuebles destinados a gran, pequeña o mediana industria, taller de mantenimiento, reparación de vehículos, almacén, etc.
	Terciario	Comprende inmuebles destinados a comercios, oficinas, espectáculos, centros de reunión, garajes, instalaciones singulares, cines, campamentos, etc.
	Sistemas urbanísticos/ dotacionales	Áreas sin rentabilidad económica. Comprenden: red viaria, espacios libres, zonas verdes, servicios públicos, infraestructuras, equipamientos (administrativo-institucional, educativo, sanitario, religioso), redes de agua, alcantarillado y otros servicios, etc.
Intensidad de uso	Se determina de acuerdo con la edificabilidad. Es la suma de todos los usos, generalmente lucrativos, que pueden materializarse en un ámbito, parcela o zona. Suele expresarse en metro cuadrado de techo edificable por metro cuadrado de superficie. Se suele distinguir entre zonas de alta, media y baja densidad.	
Tipologías edificatorias y parámetros de edificación y parcelación	Integra las distintas formas de materializar la edificación en la parcela (manzana compacta, manzana cerrada, bloque exento, bloque adosado y/o volumen específico) y las características de la edificación (el porcentaje de terreno susceptible de ser ocupado por las construcciones, su volumen, forma o número de plantas, las alineaciones de los viales, las separacioens entre edificios, las rasantes, la parcela mínima y/o máxima edificable, etc.).	

Fuente: elaboración propia a partir de las clasificaciones realizadas por BELTRAN AGUIRRE (2006: 99), GIFREU I FONT (2012: 196 y ss.), ROMERO ALOY y ROMERO SAURA (2013: 117), ROMERO ALOY (2015: 145), y GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO (1981: 264).

2.2. Instrumentos para la regulación de los usos del suelo

La regulación de los distintos elementos integrantes de los usos del suelo puede realizarse a través de distintos instrumentos normativos. Dependerá de la legislación urbanística autonómica la definición concreta de los instrumentos con capacidad para regular cada una de las cuestiones. Con carácter general, estos usos del suelo se encuentran regulados en el plan general de ordenación urbana como instrumento de planeamiento que clasifica, califica y regula los usos del suelo en la ciudad hasta el nivel de detalle que establezca la legislación. Este es, normalmente, detallado en el caso del suelo urbano, aunque cada vez más la legislación urbanística está tratando de aligerar este instrumento —en este sentido, especialmente las normas andaluza, canaria, vasca, extremeña y valenciana, que analiza ROMERO ALOY (2015)—, mediante la previsión de la diferenciación entre los elementos de ordenación estructural y los de ordenación pormenorizada. En el orden de la fijación de los usos del suelo, este cambio normativo supone una cierta flexibilización en la determinación de la ordenación pormenorizada en suelos urbanos ya que implica, generalmente, fijar en la escala del plan general estructural (de aprobación autonómica) el régimen de clasificación de los suelos y en la del plan de ordenación pormenorizada (de aprobación municipal) el de su calificación.

Asimismo, las determinaciones relativas a los usos del suelo se desarrollan, concretan y detallan en otros instrumentos urbanísticos previstos por la normativa autonómica, que generalmente son (1), los planes parciales, que permiten ordenar con detalle sectores de suelo urbanizable si no lo ha hecho el PGOU o si así lo ha remitido; (2), los planes especiales, que permitan, además, en suelo urbano y urbanizado, obtener dotaciones públicas; (3), distintos instrumentos de intervención y regulación de sectores de áreas consolidadas donde sean necesarias diferentes clases de operaciones, como los planes especiales de reforma interior, de reforma, de rehabilitación, de regeneración urbana o de protección de centro histórico, completados por los planes de actuación sobre el medio urbano, los estudios de detalle y los catálogos y, finalmente (4), las ordenanzas de urbanización o de edificación, que suelen regular la ordenación detallada (reglamentación concreta del uso, volumen, características estéticas, etc.) y que tradicionalmente han sido parte integrante de los planes de carácter general o parcial.

Por último, encontramos la posibilidad de que se aprueben ordenanzas o planes especiales reguladores específicamente de determinados usos del suelo. Cabe indicar, sin embargo, que el Tribunal Supremo ha entendido que, si estos instrumentos superan su ámbito de actuación y adoptan determinaciones propias de los planes generales sin modificarlos, son nulos por comportar una alteración del planeamiento sin que se haya seguido el procedimiento previsto para ello, especialmente la aprobación por parte de la Comunidad Autónoma (STS de 27 de julio de 2010, rec. 4069/2006, ES:TS:2010:4560, y de 22 de febrero de 2010, rec. 7599/2005, ES:TS:2010:720).

Por este motivo, la ordenanza municipal reguladora del uso urbanístico de vivienda turística y de alquiler de habitaciones en vivienda habitual para uso turístico de San Sebastián aprobada por el Ayuntamiento el 1 de marzo de 2018, que introducía regulaciones propias de la normativa urbanística, fue anulada por el TSJ del País Vasco en Sentencia 1/2020, de 9 de enero, ES:TSJPV:2020:195. La ordenanza desarrollaba el concepto y los requisitos del uso de vivienda turística, definía las condiciones del inmueble, lo sistematizaba como un uso terciario de naturaleza hotelera imponiendo condiciones importantes a la implantación en las plantas altas y, sobre todo, definía una zonificación de la ciudad donde prohibía totalmente su uso en las zonas saturadas y lo circunscribía a las demás zonas de acuerdo con las condiciones mencionadas (AGUIRRE I FONT, 2021: 30, y ATXUKARRO ARRUABARRENA, 2019). Este caso confirma la imposible modificación (o interpretación) de los usos urbanísticos sin la correspondiente modificación del planeamiento urbanístico y sin seguir el procedimiento previsto para estas modificaciones, así como que las ordenanzas solo pueden jugar un papel complementario de la ordenación urbanística[6].

2.3. La flexibilización de la reserva de ley en el ámbito del planeamiento urbanístico

En los instrumentos que se acaba de indicar se materializan los distintos tipos de normas que restringen o fomentan el establecimiento empresarial de muchas formas, en atención a los distintos intereses que concurren en su determinación y al principio de autonomía local en la regulación de la planificación urbanística. Algunas de estas normas son introducidas en el planeamiento local a consecuencia de las normas sectoriales que les afectan —p. ej., las restricciones previstas en relación con los establecimientos de juegos de azar, que vienen previstas por normas autonómicas—. Otras, que se analizarán a continuación, son directamente introducidas por las normas de planeamiento, de acuerdo con la flexibilización del requisito de reserva de ley existente en este ámbito y con la discrecionalidad de que goza la Administración planeadora y los intereses públicos a los que sirve.

Del principio de legalidad consagrado en el artículo 53.1 CE deriva, principalmente, la garantía de la reserva de ley. En virtud de ella, el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 15-38 CE (entre los que se encuentran el derecho de propiedad y la libertad de empresa, que como se analizará después son los más afectados por normas urbanísticas de este tipo) debe regularse mediante normas con rango de ley.

Con todo, las reservas de ley no son absolutas, sino relativas (STC 227/1993, de 9 de julio, ES:TC:1993:227, FJ 4). La Administración puede regular mediante re-

[6] A mi juicio, cabría algún régimen autonómico que expresamente permitiese a las ordenanzas modificar planes, pero en todo caso estas deberían elaborarse respetando el procedimiento y las garantías previstas por la legislación para la aprobación de normas urbanísticas.

glamentos determinados aspectos de las materias reservadas, siempre que se cumplan dos condiciones: que el reglamento cuente con una previa y específica habilitación legislativa y que el legislador establezca una mínima regulación sustancial de la materia, siendo inconstitucional la "simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio" (entre otras, SSTC 83/1984, de 24 de julio, ES:TC:1984:83, FJ 4; 42/1987, de 7 de abril, ES:TC:1987:42, FJ 2, y 29/1989, de 6 de febrero, ES:TC:1989:29 FJ 2).

Además, si bien es verdad que toda limitación de los derechos constitucionales debe estar en principio prevista por una ley, esta regla admite excepciones en la medida en que la correspondiente intervención administrativa o judicial sea útil, necesaria y ponderada para salvaguardar un bien jurídico que en el caso concreto tenga mayor valor. En este sentido, a la hora de precisar en qué medida está justificado remitir al reglamento la regulación de materias reservadas, se deben ponderar el principio democrático que fundamenta la reserva de ley y los principios constitucionales que eventualmente demandan la remisión (BAÑO LEÓN, 1991: 147). De acuerdo con esto, (1) la amplitud admisible de la remisión al reglamento será inversamente proporcional a la gravedad con la que este afecta los derechos de la ciudadanía; (2) la autonomía y la legitimidad democrática de la que gozan determinadas Administraciones, como los municipios, justifican una mayor amplitud de la remisión, lo que explica que las ordenanzas municipales puedan jugar un papel en la regulación de las materias reservadas mucho más relevante que los reglamentos estatales o autonómicos, y (3) la remisión podrá ser tanto más amplia cuanto más cambiante y compleja técnicamente sea la materia a regular, de acuerdo con la mejor posición de la Administración para analizar cuestiones técnicas y cambiantes (entre otras, SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, ES:TC:1999:233, FJ 9, 10 y 16 y ss., y 127/1994, de 5 de mayo, ES:TC:1994:127, FJ 5). Por todos estos motivos, el principio de reserva de ley se considera especialmente débil en el caso de las normas locales de planeamiento urbanístico.

Asimismo se entiende, en primer lugar, que las entidades locales están vinculadas negativamente a la ley, de manera que pueden actuar sin previa habilitación legal en toda materia que sea de su competencia si al hacerlo no contradicen ni vulneran la legislación sectorial que pudiera existir[7], y la ordenación urbanística, *ex* art. 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, lo es. En segundo lugar, que en relación con los derechos de contenido patrimonial (que son los que se ven afectados por la normativa urbanística), la reserva de ley se encuentra debilitada, y lo que se exige habitualmente en el instrumento de planeamiento es más una conexión con la ley que una verdadera predeterminación legal del contenido de la norma local (ARROYO JIMÉNEZ, 2004: 143). Y, en tercer lugar, que existe una presunción de competencia en favor del municipio en relación con asuntos que directamente afectan al círculo de sus intereses, de acuerdo con el principio de subsidiariedad (SOSA WAGNER, 2007: 23 y TORNOS MAS, 2009: 61). Por

[7] En este sentido, STS de 15 de diciembre de 2009, rec. 496/2009, ES:TS:2009:7560.

eso, ORTEGA BERNARDO (2014: 334) subraya que la exigencia constitucional de ley es atenuada y flexible en estos casos, en atención a la necesidad de que todo Ayuntamiento disponga de un espacio de regulación propio y se considera que en cierto modo, que existe una *reserva de ordenanza*, en nuestro caso de planeamiento urbanístico, en atención al principio constitucional de autonomía local y al hecho de que el pleno municipal cuenta con legitimidad democrática directa (VELASCO CABALLERO, 2019a: 316, y VELASCO CABALLERO y CASTILLO ABELLA, 2021: 90).

En este sentido, debe defenderse el potencial para la autoorganización y la autogestión de los intereses propios de las entidades locales en una situación de fragmentación y diversidad (BOIX PALOP, 2014; ALLI ARANGUREN, 2007: 33; GARCÍA MORALES, 2019: 146-148, y NIETO GARRIDO, 2018: 155). El uniformismo que se detecta en la Administración local en este ámbito en concreto (FONT I LLOVET y GALÁN GALÁN, 2019: 35, y VELASCO CABALLERO, 2019b: 23) pese al potencial de diferenciación en la regulación urbanística solo puede llevar a la inoperancia, y la autonomía local representa en ese ámbito la posibilidad de formular la decisión más adecuada, más proporcionada y adaptada al caso concreto (que son precisamente las exigencias que ha planteado el TJUE a la hora de juzgar la aceptabilidad de las medidas urbanísticas restrictivas de las libertades económicas europeas[8]) y de determinar el modelo de ciudad querido adaptado a la variable realidad e identidad de cada comunidad ciudadana.

2.4. Técnicas de restricción o limitación de usos en el planeamiento urbanístico

Se detectan distintos tipos de restricciones que se introducen con relativa normalidad en el planeamiento urbanístico en relación con los usos del suelo. Estas se ponen de manifiesto, especialmente, en relación con actividades socialmente controvertidas o potencialmente molestas como industrias, locutorios, bares, restaurantes, hoteles, discotecas, salas recreativas, alojamientos turísticos, comercios u oficinas. Se analizan a continuación.

2.4.1. Restricciones relativas al régimen de compatibilidad de usos

En primer lugar, encontramos como técnica elemental la prohibición total en el emplazamiento de determinadas tipologías de establecimiento o actividades por zonas (o en la totalidad de la población), bien a través de la técnica de prever expre-

[8] En este sentido, Sentencias de 24 de marzo de 2011, *Comisión Europea contra Reino de España,* C-400/08, EU:C:2011:172; de 30 de enero de 2018, *Appingendam*, C-360/15 y C-31/15, EU:C:2018:44, y de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*, C-724 y 727/8, EU:C:2020:743. Sobre esta cuestión, *vid*. GIMENO FERNÁNDEZ (2023: 179 y ss.)

samente una prohibición, bien no previendo la compatibilidad de la actividad en ninguna zona del municipio. Implícitamente, un resultado de estas características también puede conseguirse a través de una definición restrictiva de las características del uso admitido (p. ej., excluyendo la función de almacenamiento de entre las distintas definiciones de usos aceptados por el planeamiento) o prohibiendo el establecimiento de determinados usos en unas concretas tipologías edificatorias (que pueden comportar, *de facto*, una prohibición de uso en las zonas donde estas son predominantes). Esta es la manera más directa o intensa y, a la vez, tradicional o típica de restricción, basada en los principios del movimiento moderno y funcionalista[9], y que aparece desde las primeras normas de planeamiento en España.

Otro ejemplo menos restrictivo de este tipo de limitaciones puede encontrarse en los regímenes de incompatibilidad entre actividades en un mismo local o edificio. Así, una restricción que condiciona el emplazamiento empresarial puede consistir en prever la incompatibilidad (o la compatibilidad parcial, o con restricciones) de una determinada tipología de actividad con otras con relación a un determinado espacio. Esta incompatibilidad puede hacer referencia a actividades que se puedan dar en el mismo inmueble o bien en inmuebles distintos pero que forman parte de un mismo régimen de propiedad horizontal (o incluso de una manzana). Por ejemplo, si aparte de un servicio telefónico y de internet se quieren ofrecer refrescos en un mismo establecimiento, pero el planeamiento urbanístico limita la compatibilidad entre estos dos usos en un mismo local, o si este prevé que en edificios de uso residencial no cabe la implantación en ninguna planta de salas de baile o de oficinas ni despachos profesionales, o solo prevé su compatibilidad en las plantas bajas (que suele ser lo más habitual).

Se encuentran numerosos ejemplos de estas restricciones en normas aprobadas recientemente en relación con las viviendas turísticas. Así, una restricción en este sentido se detecta en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Bilbao de 25 de enero de 2018, por el que se lleva a cabo la aprobación definitiva de la Modificación detallada del PGOU, en relación con la regulación del uso de alojamiento turístico. Con esta modificación solo se permite la implantación de viviendas turísticas en la primera planta de los edificios residenciales o en plantas inmediatamente inferiores a las destinadas a vivienda si estas tienen un acceso independiente. Adicionalmente, en determinadas zonas (el centro histórico de la ciudad) se reduce esta posibilidad a una única vivienda turística por edificio.

En Madrid, por su parte, el Plan Especial de regulación del uso de servicios terciarios en la clase de hospedaje de 27 de marzo de 2019 diferencia entre la implantación del uso de alojamiento turístico en la totalidad de la edificación y la implantación en

[9] El movimiento moderno, surgido en el mundo de la arquitectura y el urbanismo en la primera mitad del siglo xx, defendía la zonificación como operación clave de la ciudad moderna, fundamental para asignar a cada función y a cada individuo su lugar adecuado en la urbe. Sus principios se plasmaron en la Carta de Atenas (1933) en el marco del IV Congreso Internacional de Arquitectura Moderna y se difundieron posteriormente por LE CORBUSIER (1957).

parte de esta como uso complementario. En parcelas con uso calificado de residencial no se permite la implantación del uso de alojamiento turístico en determinadas zonas —se encuentra especialmente limitado en el centro histórico—, aunque se establecen flexibilizaciones si funciona como uso alternativo y el uso preexistente es diferente del residencial.

Finalmente, el Plan especial urbanístico de regulación de los alojamientos turísticos de Barcelona, de 29 de enero de 2021, entre otras medidas impide, vía reglas de densidad y compatibilidad por zonas, nuevos títulos habilitantes relacionados con esta actividad en determinadas zonas de la ciudad (entre otros criterios, atendiendo a la distribución de los alojamientos en el territorio, la proporción entre el número de plazas ofertadas y la población residente real, la relación y las condiciones en las que se dan determinados usos, la incidencia de las actividades en el espacio público, y la presencia de puntos de interés turístico, así como por las características morfológicas del tejido urbano).

En favor del recurso a estas medidas se han pronunciado tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencias de 24 de marzo de 2011, *Comisión Europea contra Reino de España,* C-400/08, EU:C:2011:172; de 30 de enero de 2018, *Appingendam*, C-360/15 y C-31/15, EU:C:2018:44, y de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*, C-724 y 727/8, EU:C:2020:743; como el Tribunal Supremo, en Sentencias 1550/2020, de 19 de noviembre, ES:TS:2020:3842, 210/2021, de 26 de enero, ES:TS:2021:210, y 2337/2021, de 2 de junio, ES:TS:2021:2337. En estas últimas, el Tribunal Supremo, con referencia a las Sentencias del TJUE indicadas, respalda el recurso a instrumentos que define como "netamente urbanísticos" en la regulación de determinadas clases de usos —en este caso, las viviendas turísticas— como son, entre otros, el establecimiento de densidades máximas en función de la proporción existente en los barrios y manzanas entre las viviendas de uso turístico y las de uso residencial o entre población flotante y residente; la caracterización del número, distribución territorial y ubicación de los distintos usos existentes en los barrios, manzanas y edificios o la determinación de las características urbanísticas del tejido urbano y la tipología arquitectónica de los edificios.

Estas Sentencias ratifican la vigencia de técnicas urbanísticas como la zonificación para ordenar y limitar el número de establecimientos y asientan unos criterios fundamentales en relación con la concepción del urbanismo y sus funciones en la ciudad actual. Adicionalmente, confirman una serie de requisitos relativos a la necesaria motivación, proporcionalidad y justificación de estas restricciones que complican y dificultan la adopción de medidas limitativas de actividades pero que, en cualquier caso, no las hacen imposibles[10].

[10] Sobre la consideración de estas cuestiones, *vid.* lo que se dirá en el epígrafe 3.5.

2.4.2. La fijación de números absolutos de inmuebles dedicados a un uso

Otra restricción relevante de usos puede consistir en la fijación de un número máximo de establecimientos relativos a una tipología concreta. Esta clase de restricciones se articulan bien de forma directa, a través de la fijación de un número limitado del total de inmuebles en el que se da un determinado uso permitido, bien de forma indirecta, mediante limitaciones en la calificación de los inmuebles que son compatibles con un determinado uso (p. ej., si solo tres inmuebles en un municipio tienen la compatibilidad con el uso de salas de cine existe una limitación indirecta del número de establecimientos destinados a este uso).

Con carácter general estas medidas han sido aceptadas por los tribunales. Sin embargo, han sido censuradas cuando exigen la renuncia previa por el mismo titular a una o varias licencias de actividades anteriores ya existentes en la misma zona para poder solicitar una nueva con el fin de mantener un número total de licencias máximas por actividad. En este sentido, el Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hostelería y otros servicios del distrito de Ciutat Vella de Barcelona, de 23 de julio de 2010, fue censurado por las Sentencias del TSJ de Cataluña 199/2014, de 2 de abril, ES:TSJCAT:2014:10488 y 357/2014, de 12 de junio, ES:TSJCAT:2014:13498 —confirmadas por las SSTS de 17 de diciembre de 2015, rec. 2696/2014, ES:TS:2015:5392 y de 8 de marzo de 2016, rec. 2814/2014, ES:TS:2016:1014—. Y ello, en el entendimiento que la exigencia de renuncia previa de título excede de aquellas medidas a que el Ayuntamiento puede recurrir para regular la intensidad de usos del suelo mediante la aprobación de planes especiales y que representa una ilícita intromisión tendente a la exigencia de extinción de derechos adquiridos de acuerdo con la normativa anteriormente vigente.

Así, los tribunales han entendido que estos derechos han pasado a formar parte del patrimonio de los interesados, a los que ahora se impone, sin ninguna habilitación legislativa[11], la obligación de renunciar a licencias legalmente adquiridas para poder solicitar y obtener una nueva, cuando existen otros mecanismos urbanísticos para conseguir limitar o reducir el exceso de establecimientos de que se trata. Igualmente, se apunta a la gravedad de la repercusión de la medida para quienes no sean titulares de una licencia anterior en la zona que, mediante el establecimiento de este

[11] Parece que, según el pronunciamiento del Tribunal, faltaría una habilitación legislativa para efectuar una restricción de esta intensidad en el derecho de propiedad, en atención a la reserva de ley existente para la regulación del derecho fundamental. Considerar la regulación de un fenómeno similar (la implantación territorial de los equipamientos comerciales de gran superficie) mediante una norma con rango de ley es también la solución que se ha dado en el País Vasco ante la anulación, por parte de la STS de 3 de septiembre de 2015, rec. 3687/2013, ES:TS:2015:3867, del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales (2004). Así, los artículos declarados nulos del Plan por el Tribunal Supremo en base al incumplimiento de la Directiva de Servicios y sus normas de transposición, por estar basadas las limitaciones en razones meramente económicas, se han trasladado sin grandes cambios a la Ley 10/2019, de 27 de junio, de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales.

condicionante de renuncia para la obtención de una nueva licencia, se ven simplemente excluidos de su derecho de solicitarla y obtenerla, salvo acudiendo a un mercado de venta o renuncia a su favor por parte de otras personas que sean efectivamente titulares de licencias en la zona.

Entre las soluciones que podrían plantearse para superar los obstáculos que se indican en relación con la previsión de regímenes que imponen un número total de licencias encontraríamos, en primer lugar, la posibilidad de enfocar esta cuestión desde el punto de vista del equilibro de los usos en el suelo, más que poniendo el foco en el número de autorizaciones totales previstas. Esto es, afrontar la restricción teniendo en cuenta el porcentaje de suelo dedicado a cada uso y previendo que, en caso de cambios en el destino o uso de un inmueble se exija la necesaria compensación por el promotor de los m^2t transformados en la clase de suelo que se busca mantener (más que enfatizar en el número de licencias existente)[12]. Y, en segundo, la sustitución de estos sistemas por otros en los que se desarrollen mecanismos de reparto de las licencias existentes entre las prestadoras en el mercado basados en procedimientos de concurrencia competitiva (y no simplemente de protección de los titulares de las licencias preexistentes, como sucede en el caso indicado).

2.4.3. Restricciones relativas a los parámetros de la edificación o la parcelación

En este tercer grupo se encuentran las restricciones relativas a las características físicas o morfológicas del inmueble en las que debe llevarse a cabo la actividad. Este tipo de medidas, que pueden resultar inocuas a simple vista, suponen, en muchas ocasiones, claros impedimentos para el establecimiento de determinadas actividades. Así, es relativamente frecuente la exigencia, en normas urbanísticas de distinta naturaleza, de que se destinen inmuebles enteros (o superficies mínimas) a un único uso, que se prevean obligaciones relativas a los elementos estructurales del edificio o que se incorporen requisitos relativos a la distribución y características de ciertos elementos internos.

Igualmente, pueden considerarse restricciones de este tipo aquellas relativas al necesario mantenimiento de determinadas características, normalmente patrimoniales, establecidas como consecuencia del específico valor del inmueble, de acuerdo con la normativa protectora del patrimonio cultural. En algunos casos, se prevé una correlación entre el uso compatible y las características y valores patrimoniales del inmueble, con el fin de proteger la esencia o rasgos identitarios de este bien. En otros, aunque se permite una diversidad de usos en el inmueble, como consecuencia de la declaración del inmueble como protegido de acuerdo con la normativa de protección del patrimonio cultural, solo se limitan indirecta y potencialmente los usos que pueden darse.

Por ejemplo, si se obliga al mantenimiento de carteles y rótulos, de las características de la fachada, de los escaparates, muebles, etc., en atención a su valor patri-

[12] En este sentido, *vid.* lo que se dirá en el epígrafe 2.5.1.

monial —cuestión que suele darse en relación con los llamados "establecimientos históricos", como por ejemplo sucede en el Plan Especial de protección de la calidad urbana: Catálogo de protección arquitectónico, histórico y paisajístico de los establecimientos emblemáticos de la ciudad de Barcelona, aprobado el 26 de febrero de 2016 por el Ayuntamiento de Barcelona—. La obligación del mantenimiento de estas características puede hacer menos atractivo o limitar el potencial de implantación de determinados modelos de negocio en estos inmuebles (aunque, en algunos casos, el efecto puede ser el contrario).

Un ejemplo reforzado de este tipo de limitaciones lo encontramos en el contexto norteamericano[13]. En este, numerosos planes urbanísticos municipales prevén, especialmente en entornos protegidos como los centros históricos, exigencias que afectan más a determinados modelos de negocio que tienen un impacto especialmente negativo para el mantenimiento de la identidad de la ciudad o la comunidad, como las franquicias de restaurantes o los establecimientos de comida rápida o de venta al por menor de determinados productos (BOBROWSKI, 2012, 227-264; SALKIN, 2007: 1253; HIRT y SELLARS, 2007: 7). Estos requisitos que contienen las ordenanzas locales de zonificación suponen la imposición condiciones a la apertura de establecimientos referidas, entre otras, a la necesaria apariencia distinta respecto de otros puntos de venta de la misma empresa, de respeto a una serie de condiciones estéticas o relativas al tamaño de los establecimientos, todo con la finalidad de mantener el carácter único de los barrios comerciales, proteger la vitalidad económica de la comunidad y fomentar las empresas que atienden las necesidades básicas del barrio y su población.

2.4.4. Restricciones de distancias entre usos

En esta cuarta clase de restricciones encontramos tres tipos de limitaciones. La primera es la exigencia de respetar un régimen de distancias mínimas entre usos de igual naturaleza. En estos casos, se limita la ubicación de una determinada actividad respecto de establecimientos del mismo tipo. Esta restricción ha sido relativamente frecuente, por ejemplo, en el ámbito de las estaciones de servicio, después incluso de

[13] La zonificación como instrumento urbanístico para ordenar la ciudad industrializada fue abrazada por la sociedad norteamericana a principios del siglo xx. Su uso se extendió rápidamente por las principales ciudades americanas y el recurso a la misma se sancionó tanto por el legislador —mediante la *Standard State Zoning Act* (1922)— como por el Tribunal Supremo estadounidense —Sentencia *Village of Euclid v. Ambler Realty Company*, 272 U.S. 365 (1926)—. Aunque la aplicación práctica de la zonificación aquí es diferente al caso norteamericano —en Estados Unidos la zonificación supone una subdivisión funcional absoluta de la ciudad—, el instrumento jurídico por la que se articula, las ordenanzas de zonificación (*zoning ordinances* o *regulations*), es una norma municipal vinculante que divide el área bajo su jurisdicción en subáreas o distritos, que normalmente regula tres aspectos de la forma construida (función, forma y volumen) y que, respecto de muchos elementos, desempeña una función similar a lo que hace la técnica de la calificación de suelos en nuestro ordenamiento jurídico, motivo que justifica la inclusión de este ejemplo comparado aquí. Un análisis comparado más exhaustivo entre ambos casos puede encontrarse en GIMENO FERNÁNDEZ (2023: 112 y ss.).

que el Real Decreto 155/1995, de 3 de febrero, suprimiera el régimen de distancias mínimas entre establecimientos de venta al público de carburantes y combustibles petrolíferos de automoción establecido por la Ley 15/1992, de 5 de junio, sobre medidas urgentes para la progresiva adaptación del sector petrolero al marco comunitario. Así lo pone de manifiesto la Sentencia de 24 de octubre de 2013, del Tribunal Supremo, rec. 5557/2010, ES:TS:2013:5255, que no censura la introducción de este régimen de distancias por el Ayuntamiento de Burgos en las normas urbanísticas del Plan General una vez fue eliminado por la normativa estatal en atención a la competencia del planeamiento de establecer determinaciones de ordenación general para regular el sistema general de equipamientos.

Limitaciones de este tipo se detectan también en numerosos planes recientes en relación con la regulación de alojamientos turísticos. Así, por ejemplo, la regulación de las viviendas turísticas en el Plan Especial de Protección de Ciutat Vella de València, aprobado definitivamente el 13 de febrero de 2020. El Plan prevé que la implantación de este uso puede llevarse a cabo en edificios de uso exclusivo con el requisito de que en las nuevas implantaciones de esta actividad deba de respetarse una distancia de 150 metros entre establecimientos.

En segundo lugar, se detecta la posibilidad de que se establezca un régimen de distancias mínimas entre usos de distinta naturaleza. Este tipo de medidas es usual en relación con determinados usos recreativos respecto de otros usos como los institucionales, docentes o sanitarios y vienen normalmente previstas por la legislación sectorial específica de este tipo de actividades.

Finalmente, se identifican también requisitos de distancias mínimas o máximas entre determinados tipos de establecimientos respecto al núcleo de población más cercano. Esta limitación normalmente atiende a motivos medioambientales, de seguridad e higiénicos, aparte de urbanísticos —se impone en relación con instalaciones de telecomunicaciones, tanatorios, hornos crematorios, explotaciones ganaderas, etc.—. En su momento fue recogida por el art. 4 del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, por lo que se puede considerar que es de las más habituales o tradicionales en nuestro ordenamiento (ORTEGA BERNARDO, 2014: 129). Es interesante resaltar que en este tipo de restricciones (específicamente, las de telecomunicaciones) se ha indicado que cuando la normativa técnica estatal regula de forma completa y agota las medidas de protección frente a los niveles tolerables de exposición a emisiones mediante la fijación de las distancias mínimas en las infraestructuras radioeléctricas, los entes locales no disponen de margen de regulación para adoptar normas adicionales de protección de la salud pública más estrictas que las fijadas por la normativa estatal básica. En este sentido, y por todas, Sentencias del Tribunal Supremo 155/2019, de 11 de febrero, ES:TS:2019:453 y de 10 de junio de 2013, rec. 3779/2011, ES:TS:2013:3042.

Con carácter general los tribunales españoles han permitido que se impongan estos tres tipos de regímenes de distancias en atención a la concurrencia de razones ambientales y territoriales, siempre que las medidas hayan estado suficientemente

motivadas. En este sentido, se han aceptado por los tribunales —sin necesidad de que las restricciones vinieran previstas por normas con rango legal— regímenes de distancias mínimas entre actividades y entre estas y núcleos poblacionales orientados a la protección del medio ambiente (STS de 22 de septiembre de 2011, rec. 1217/2008, ES:TS:2011:6022; de 27 de diciembre de 2011, rec. 5385/2007, ES:TS:2011:9054; de 30 de noviembre de 2015, rec. 711/2014, ES:TS:2015:5166, y 1001/2021, de 12 de julio, ES:TS:2021:2971).

De manera positiva se han considerado también medidas restrictivas de actividades de hostelería, normalmente vinculadas a la declaración de zonas saturadas. Así, son más o menos numerosos los municipios que han aprobado normas limitativas de los usos recreativos y de hostelería mediante el establecimiento regímenes de distancias y prohibiciones por zonas de determinados usos. En estos casos, en general, los tribunales han declarado la conformidad a derecho de estas disposiciones (STSJ de Cataluña 620/2014, de 5 de noviembre, ES:TSJCAT:2014:11014; STSJ de Aragón 640/2015, de 19 de octubre, ES:TSJAR:2015:1781 y STS 2259/2016, de 19 de octubre, ES:TS:2016:4694).

En cualquier caso, sí que es cierto que suele analizarse a conciencia por los tribunales que las motivaciones a estas restricciones se encuentren basadas en justificaciones territoriales y/o ambientales y no económicas. Así, por ejemplo, en Sentencia de 31 de enero de 2001, rec. 9067/1995, ES:TS:2001:581, el Tribunal Supremo declaró ilegal la prohibición de ubicar establecimientos comerciales cerca de los mercados de abastos por ir en contra del art. 38 CE (al ser esta una medida que tiene por objetivo proteger una determinada modalidad de comercio, más que el entorno urbano o el medio ambiente)[14]. Asimismo, estas medidas se han censurado cuando han supuesto, *de facto*, una prohibición total y absoluta de usos —especialmente cuando, además, estas prohibiciones no se encontraban debidamente motivadas (STS de 14 de febrero de 2012, rec. 1049/2008, ES:TS:2012:1813, y STSJ de Cataluña 613/2013, de 30 de septiembre, ES:TSJCAT:2013:11992)—.

Especialmente interesante, por la fundamentación jurídica que comprende —muy probablemente, el hecho de que la recurrente era la Autoridad Vasca de la Competencia hizo que la argumentación de la Administración recurrida y del Tribunal fuera más esmerada y minuciosa— es la Sentencia 43 /2018, de 29 de enero de 2018, del TSJ del País Vasco, ES:TSJPV:2018:2. En ella se discutía si el Plan Especial de Rehabilitación del Centro Histórico de Bilbao, de 30 de junio de 2016, era conforme a derecho. En concreto, se examinaba la legalidad del régimen de usos urbanísticos previsto, que incorporaba un régimen de distancias mínimas tanto en relación con la actividad de hostelería como en relación con determinados usos comerciales (entidades de crédito, seguros, entidades de juego y recreativas y actividades referidas a comercios de alimentación en régimen de autoservicio).

---

[14] En este sentido, fue también declarada incompatible con el régimen competencial municipal la Ordenanza reguladora de las actividades en establecimientos de pública concurrencia en relación con los usos del suelo del municipio de Alfàs del Pi (STS de 22 de febrero de 2010, rec. 7599/2005). Sobre el conflicto entre normas urbanísticas y libertades inviduales, *víd*. el epígrafe 3.2.

La Sala vasca analiza en profundidad la norma, su memoria y los documentos que comprenden el expediente para decidir confirmar las limitaciones en relación con el uso de hostelería y desecharlas en el caso de los demás usos comerciales. En el primer caso, entiende que la transgresión de las normas en materia de libertad de establecimiento y de empresa, en cuanto a la exigencia de una distancia mínima entre prestatarias, se encuentra justificada en una razón imperiosa de interés general, no es discriminatoria y es proporcionada. Y esto porque, en el curso del expediente, se realizó un estudio muy riguroso por parte del Ayuntamiento, con el fin de analizar y cuantificar la evolución de los establecimientos de hostelería respecto al conjunto de la actividad comercial. Aparte, se refuerzan estos argumentos en que esta no es una prohibición general de nuevos usos y en las singularidades concurrentes en el ámbito del Casco Viejo de Bilbao, que se ve afectado por el grado de concentración de los establecimientos de hostelería. Por el contrario, la Sala no considera conforme a derecho el régimen de distancias en relación con el resto de usos comerciales, al no encontrarse, en el expediente y en la memoria del plan, una justificación suficiente —ni equivalente a la que se da en el caso de las actividades de hostelería— para la restricción de estos usos.

De forma similar, tampoco la Sentencia del TSJ de Cataluña 129/2012, de 17 de febrero (ES:TSJCAT:2012:2177), relativa al Plan de usos para la regulación de oficinas y servicios en las plantas bajas de los edificios aprobado por el Ayuntamiento de Vilafranca del Penedès el 27 de noviembre de 2007, acepta las restricciones a la nueva implantación de estos. Este plan preveía limitaciones al establecimiento en plantas bajas de determinadas vías públicas de oficinas bancarias, agencias inmobiliarias y despachos profesionales, sobre la base de que estaban desplazando el comercio tradicional a las calles más comerciales. Con todo, la Sala considera que no se había realizado un examen adecuado de la motivación, idoneidad y proporcionalidad de las medidas.

Por último, cabe indicar, en cuanto a los regímenes de distancias, que los tribunales han establecido que, si estos se encuentran fundamentados en motivos que por razones de carácter técnico pueden neutralizarse a través de medidas alternativas protectoras, es necesario contemplar esta posibilidad. Así lo ha indicado el Tribunal Supremo, que apunta que, de entre todas las medidas limitativas teóricamente idóneas para conseguir unos mismos objetivos, solo serán legalmente aceptables y admisibles aquellas que en cada caso puedan considerarse más adecuadas y proporcionadas, por permitir alcanzar estos objetivos imponiendo las menores restricciones posibles a la libertad de ejercicio de la actividad económica. Esto supone, por ejemplo en el caso del medio ambiente, tomar en consideración las posibles medidas correctoras que, de acuerdo con los avances tecnológicos, puedan permitir neutralizar o, en su caso, aminorar las emisiones contaminantes en el mismo foco de emisión, a fin de poder decidir razonable y motivadamente si estas medidas son suficientes para proteger la salud humana y el medio ambiente o si, por el contrario, no lo son y necesitan ser complementadas o, en su caso, sustituidas por otras medidas más restrictivas, como la referida al establecimiento de una distancia mínima a núcleo de población. Consecuencia de ello es que la exigencia de distancia mínima no puede imponerse sin tener

en cuenta la posible existencia de circunstancias técnicas que puedan permitir un control de las emisiones contaminantes que resulte menos restrictivo para el ejercicio de la actividad (STS 1001/2021, de 12 de julio, ES:TS:2021:2971).

2.5. Técnicas de fomento de usos en el planeamiento urbanístico

El planeamiento urbanístico suele introducir restricciones a determinadas actividades que se entienden nocivas, relativamente negativas o contrarias a los intereses de la comunidad, pero también dispone de diversas técnicas para fomentar o incentivar el establecimiento y desarrollo de diferentes usos en la ciudad. Y es que también existen actividades en la ciudad que puede ser conveniente proteger, para resistir a su sustitución o propiciar su desarrollo. Me refiero a actividades o usos cuya presencia contribuye a conseguir una ciudad más equilibrada en el aspecto social, que refuerzan su identidad o que pueden hacer la ciudad más competitiva en términos económicos, como por ejemplo los talleres artesanos, el pequeño comercio, determinados dotacionales, la pequeña industria, etc. (ESTEBAN I NOGUERA, 2011: 166).

Aunque estas técnicas tienen un alcance limitado (y, verdaderamente, para fomentar el desarrollo de determinados usos del suelo, especialmente actividades tradicionales, es necesario acompañar las medidas urbanísticas de otros instrumentos jurídicos como las ayudas públicas y otras medidas de fomento), se identifican un conjunto de instrumentos que pueden emplearse para este fin mediante el ejercicio de las competencias urbanísticas.

Antes de entrar a su análisis pormenorizado debe indicarse que todos estos instrumentos, que suponen la vinculación de concretos usos del suelo a la identidad de un territorio o comunidad, se encuentran especialmente reforzados por las normas sobre patrimonio cultural. Estas normas no solo exigen la protección de las características morfológicas y estéticas de los sitios protegidos (que son los que, por su atractivo, se encuentran más sometidos a las dinámicas de terciarización y turistificación de los centros históricos, como apunta GUILLÉN NAVARRO, 2018: 174), sino también de la idiosincrasia que ha dotado al conjunto histórico de una singularidad especial y de valores que se trata de proteger, materiales e inmateriales, relacionados con el mantenimiento de la ciudad como estructura viva.

Así, desde la normativa de protección del patrimonio se prevé la consideración de los usos urbanísticos y su importancia para la conservación del patrimonio construido y se legitima una regulación diferenciada a efectos urbanísticos de los distintos usos en las edificaciones, especialmente las relacionadas con actividades económicas vinculadas a usos tradicionales[15]. Muy especialmente, de los usos tradicionales, pro-

[15] En este sentido, además del art. 20 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, son especialmente interesantes la Ley 4/2013, de 16 de mayo, de Patrimonio Cultural de Castilla-la Mancha que habla del "mantenimiento de la ciudad como una estructura viva" (art. 12.3), el art. 56 de la Ley 5/2016, de 4 de mayo, del Patrimonio Cultural de Galicia, el art. 41 de la Ley 2/1999, de 29 de

pios o relativos a cada ciudad específica o incluso a partes de ella, al ser esenciales para asegurar su singularidad e identidad. Por eso, mediante la figura de los planes especiales de protección —que tienen capacidad para modificar el plan general local y que son instrumentos particularmente adecuados para la intervención en centros históricos protegidos (las áreas más fuertemente tensadas por el turismo y la terciarización de usos)—, se deberá profundizar en la delimitación de estos, como una de las determinaciones imprescindibles de la regulación urbanística de las ciudades.

2.5.1. La reserva o vinculación de suelo con un determinado destino

La técnica fundamental para proteger o propiciar usos de interés es la reserva o vinculación de suelo con un determinado destino y la previsión de tipologías edificatorias adecuadas. Esto es, la previsión de un uso como característico o dominante de una zona o detallado de un inmueble, en la medida en que este será el uso que el planificador entiende más adecuado para una edificación. Aunque existen una serie de límites a la vinculación singular de un inmueble a un uso, derivados de la existencia de posibles vinculaciones singulares (MUÑOZ GUIJOSA, 2015; ATXUKARRO ARRUABARRENA, 2017, y LÓPEZ RAMÓN, 2020a y 2020b), este tipo de medidas que especifican y particularizan el tipo de usos compatibles se encuentran muy extendidas y son también tradicionales y normales en nuestro ordenamiento jurídico. Así, PÉREZ FERNÁNDEZ (1998: 320) ya indicaba que los planes urbanísticos son instrumentos aptos para influir en la organización espacial de la actividad económica a través de la garantía de reservas de suelo necesarias y la procura de la mejor localización o ubicación de esta a través de instrumentos como los regímenes de calificación y clasificación del suelo.

Este tipo de medidas son además especialmente importantes en el caso de elementos, espacios o conjuntos singulares que pueden tener un valor estructurante del tejido urbano. En este sentido, por ejemplo, el Plan de acción territorial del comercio de la Comunitat Valenciana, aprobado por el Decreto 215/2020, de 29 de diciembre, del Consell, prevé que para la planificación y ordenación de usos terciarios comerciales deba establecerse una tipificación de formatos o tipologías de establecimientos, en función de su tamaño y gama de productos que comercializa (art. 31).

Un subtipo de esta técnica de fomento puede ser también la prevista por el Código de la Construcción y de la Vivienda francés que legitimó y encontró conforme al Derecho de la Unión Europea, y más específicamente, a la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*, C-724 y 727/8, EU:C:2020:743. En este caso se analizaba la posibilidad de que, entre las condiciones

---

marzo, de Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura, y el art. 31.1 de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico Andaluz, que prevén expresamente la necesaria consideración y recuperación de los usos tradicionales (tanto residenciales como empresariales) en la regulación de los planes especiales de los centros históricos.

para la concesión de una autorización para el cambio de uso de un inmueble hacia un uso no deseado, se exigiera la necesaria compensación por el promotor de los m^2t transformados en la clase de suelo que se busca mantener. Como en el caso francés, sería necesario que la medida estuviera correctamente justificada y motivada. Su incorporación favorecería que se respetase un determinado equilibrio en los destinos del suelo en la ciudad, siguiendo los criterios de la Administración local. Además, una previsión de este tipo podría ayudar a solucionar los inconvenientes detectados respecto de las medidas que exigen la renuncia de títulos previos para acceder a nuevos (que, en el fondo, son muy similares a esta, pero ponen el foco en el número de autorizaciones más que en el equilibrio de usos del suelo) apuntadas en el epígrafe 2.4.2.

2.5.2. La relajación de requisitos urbanísticos o del régimen de compatibilidad de usos

Otra técnica para reforzar determinados usos es la relajación de ciertos requisitos urbanísticos (por ejemplo, vinculados a las características tipológicas de la edificación) y la compatibilización o flexibilización de estos usos en relación con otros, permitiendo que se den distintos usos en un mismo espacio (inmueble, edificio, manzana, área, etc.). En cuanto a la compatibilidad de usos, también se pueden fomentar usos concretos del suelo con las técnicas de previsión de un uso como equivalente, necesario o, en menor medida, tolerado, compatible o admisible. Así, por ejemplo, pueden preverse cláusulas de compatibilidad en determinadas tipologías edificatorias del uso residencial y el de artesanía-pequeña industria o el de despachos u oficinas particulares, para fomentar el desarrollo y el establecimiento de pequeños negocios en determinadas áreas.

Un ejemplo en este sentido lo apuntaba DE GUERRERO MANSO (2018: 133) y lo encontramos en la ciudad de Logroño, en la que, con el fin de proteger el uso de las bodegas en la ciudad, se modificó el plan general para permitir una mayor compatibilidad de usos en los inmuebles donde se da ese uso, que hasta el momento era puramente industrial. Con esta flexibilización de usos se permitió que en las bodegas ubicadas en la ciudad, que encontraban limitados los usos que podían suceder en sus locales a los de elaboración y crianza de vinos y almacenamiento de carácter agrícola, pudiesen suceder otros, relacionados con actividades turísticas, lúdicas, artísticas, culturales y gastronómicas relacionadas con el mundo del vino, que tiene especial arraigo e importancia en la región[16].

Otro ejemplo lo encontramos en Canarias, pero no en un instrumento de planeamiento, sino directamente en una medida prevista por una ley. Así, la Ley 6/2009, de 6 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial y la ordenación del turismo prevé que los planes generales deberán

[16] Mediante modificación puntual del Plan General Municipal de Logroño en los artículos 3.3.13 "uso bodegas" y 6.2.2. explotaciones agrícolas (bodegas), aprobada definitivamente por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 4 de marzo de 2021.

incluir, en al menos un veinte por ciento del total de la superficie de suelo urbanizable destinada a uso industrial, parcelas menores de 300 m2, con el objetivo de asegurar la existencia de espacio para pequeños establecimientos industriales.

Y es que, igual que en el caso de las restricciones, el fomento de determinados usos del suelo no depende tan solo del planeamiento local. Tanto la legislación como los instrumentos de ordenación territorial regionales pueden promover, facilitar y legitimar medidas similares. Así, aparte de la posible determinación directa de los usos del suelo en estos, son también elementos incentivadores de determinadas regulaciones las normativas supramunicipales que habilitan a adoptar normas más incisivas a nivel local. Aunque los municipios, sin necesidad de esa habilitación —de acuerdo con sus competencias urbanísticas—, ya pueden regular con carácter general cuestiones de este tipo, en muchos casos este tipo de previsiones refuerzan y facilitan la adopción de normas locales más ambiciosas.

Así, por ejemplo, la habilitación legal prevista por el art. 5.3 de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares relativa a la elaboración de planes que zonifican las áreas urbanas y rurales en las que se puede desarrollar la actividad turística es muy positiva. En la misma se establece que los planes de intervención en ámbitos turísticos y los planes territoriales insulares pueden establecer la densidad global máxima de población (y el límite máximo de plazas turísticas en alojamientos turísticos), delimitar zonas y ámbitos turísticos y de protección, y fijar el tamaño, las características y los parámetros mínimos o máximos de superficie, volumetría, edificabilidad y equipamientos. Sobre la base de estos criterios, los ayuntamientos tienen que implantar las zonas aptas para la comercialización de estancias turísticas en viviendas residenciales incorporando la delimitación al planeamiento urbanístico respectivo (BAUZÁ MARTORELL, 2018: 375). Con ella, el legislador autonómico da las herramientas, claves y seguridad jurídica necesaria para que los gobiernos locales aprueben normas que incidan sobre esta materia. En este sentido también, las normas turísticas gallega o catalana, que expresamente facultan a los Ayuntamientos a regular las actividades de alojamiento turístico en viviendas de uso turístico y hogares compartidas mediante ordenanzas municipales[17], o la valenciana de comercio antes indicada, que promueve la adopción de normas que expresamente regulan los usos del suelo según la tipología de establecimientos, formatos y productos que se comercialicen.

2.5.3. La introducción de cláusulas interpretativas

Adicionalmente, también se pueden prever cláusulas de interpretación, en caso de conflicto normativo o de dudas relativas al significado de un determinado precepto, de conformidad con el mantenimiento del uso tradicional (o con el uso querido o que se busca fomentar).

[17] Ley 7/2011, de 27 de octubre, del Turismo de Galicia y Ley 13/2002, de 21 de junio, de Turismo de Cataluña.

2.5.4. La provisión directa de inmuebles por las Administraciones

Aparte de las medidas que ya se adoptan en nuestro ordenamiento jurídico, el análisis de nuestro entorno jurídico comparado nos ofrece otras ideas que podrían ayudar al fomento de determinados usos a través de medidas urbanísticas. Así, por ejemplo, con el fin de superar los límites existentes en torno a las vinculaciones singulares en nuestro ordenamiento jurídico, podría plantearse la posible provisión directa de inmuebles por parte de las Administraciones públicas para la realización de determinados usos deseables, siguiendo los modelos francés[18] y holandés[19]. Esto implicaría la compra por parte del ente local de inmuebles, su vinculación urbanística a categorías de uso concretas que se quieran proteger y su venta posterior a particulares que acepten esta limitación en el uso previsto para el inmueble[20].

En este sentido, son especialmente interesantes medidas como los perímetros de salvaguardia del comercio y la artesanía local franceses. Estos son espacios delimitados por los Ayuntamientos que suponen la sujeción de los inmuebles incluidos a un derecho de preferencia local —similar al derecho de tanteo previsto por el ordenamiento español— en las enajenaciones y arrendamientos a título oneroso de aquellos que se dedican a actividades artesanales o comerciales. La existencia de este derecho de preferencia facilita que los entes locales adquieran estos inmuebles y promuevan el desarrollo de los usos deseados mediante la vinculación de los inmuebles a estos usos determinados. A su vez, comporta la obligación del municipio de, en el plazo de un año desde la fecha de cesión, devolver este inmueble a una empresa que debe desarrollar esa actividad comercial o artesanal. La traslación de estos perímetros de salvaguardia al ordenamiento jurídico español brindaría un instrumento adicional en la preservación de la diversidad de la actividad comercial y artesanal en la ciudad.

---

[18] Desde 1996 una entidad pública nacional francesa de desarrollo y reestructuración de espacios comerciales y artesanales (EPARECA) se encarga de adquirir negocios artesanales para venderlos o arrendarlos con el fin de fomentar el retorno del pequeño comercio y reestructurar los centros comerciales situados en los territorios prioritarios de la política de ciudad.

[19] Del caso holandés cabe subrayar la tradicional implicación de los gobiernos locales en el desarrollo directo del suelo. A tal fin, los entes locales han comprado terrenos, les han dado uso y han cedido las parcelas con servicios a empresas de promoción, asociaciones de vivienda o directamente a la ciudadanía (NEEDHAM, 1997, y KORTHALS ALTES, 2019).

[20] Se entiende que la introducción de previsiones legislativas similares a la francesa y a la holandesa para la consecución de los objetivos indicados sería conforme con la configuración de nuestro ordenamiento jurídico puesto que: (1) el recurso a los instrumentos de tanteo y retracto es ampliamente aceptado y se encuentra ya extendido para distintas finalidades estrechamente relacionadas con la indicada (p.ej., para la adquisición de inmuebles por parte de Administraciones públicas para su posterior dedicación a vivienda social); (2) la vinculación urbanística de inmuebles de propiedad pública a determinados usos es también aceptable, especialmente porque con ella se evitan restricciones a la propiedad privada susceptibles de generar indemnizaciones y (3) la posterior enajenación de inmuebles patrimoniales de las Administraciones públicas se encuentra prevista por la normativa relativa al patrimonio de las Administraciones públicas.

3. PRINCIPIOS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA REGULACIÓN DE USOS URBANÍSTICOS

Tras estudiar la caracterización actual de las normas de calificación de los suelos y las distintas técnicas de restricción o fomento de estos en el planeamiento urbano, se identifican, a continuación, una serie de criterios o principios de intervención pública que deberían regir en la determinación de los instrumentos urbanísticos que regulan el establecimiento de actividades económicas en la ciudad para hacer frente a los problemas relativos a los usos del suelo de forma más cuidadosa y ambiciosa[21]. Todos ellos toman como punto de partida que la técnica de calificación de suelos permite soluciones adaptadas y caso por caso para los distintos conflictos sociales y urbanos y que es el instrumento clave del que disfrutan los entes locales para incidir de modo efectivo en las cuestiones de su interés.

Estos se centran en el análisis de (1) la escala idónea para abordar los diversos conflictos, (2) la intensidad y eficiencia de las medidas y su impacto en las libertades individuales, (3) su impacto social y (4) ambiental y (5), la proporcionalidad de las medidas y otros criterios derivados de las políticas y los principios de buena regulación.

3.1. Criterios relativos al ámbito idóneo para abordar la regulación del conflicto

La aparición de los alojamientos turísticos ha revivido el debate sobre la procedencia de la zonificación de la ciudad (ROMÁN MÁRQUEZ, 2018: 36 y ESPEJO CAMPOS, 2019: 260). Asimismo, ha puesto el foco sobre la escasa regulación de la calificación urbanística en las normas territoriales y urbanísticas de ámbito general y sobre la autonomía de los municipios para adoptar normas que afectan a derechos fundamentales como el de propiedad o la libertad de empresa. Así, en vez de enfatizarse que justo lo que permiten estas normas locales es una respuesta proporcionada, localizada en los espacios especialmente conflictivos y caso por caso a la cuestión de la regulación de los usos terciarios del suelo —que es lo que a grandes rasgos yo creo que sucede—, se indica que dejar "en cada municipio de este país libertad absoluta para decidir respecto a los tipos de usos e intensidades del suelo genera, como está generando, numerosos problemas" (ARANA GARCÍA, 2018: 12).

Se critica, a mi juicio desde una perspectiva totalmente desconfiada de la autonomía municipal y desconectada de la principal competencia de los entes locales, que estas decisiones se adoptan "de forma mucho más opaca mediante simples medidas

[21] Me refiero a los problemas derivados de la privatización y liberalización de la ciudad y el urbanismo y a los vinculados a la crisis climática, la segregación social y la gentrificación de los barrios y ciudades y los fenómenos de terciarización, de proliferación del turismo y de sustitución de actividades económicas tradicionales en los centros históricos, particularmente. Todos ellos se estudian en profundidad en GIMENO FERNÁNDEZ (2023: 121 y ss.).

urbanísticas que no disfrutan de las mismas exigencias de transparencia y garantías que se pueden predicar de las normas que emanan de los diferentes parlamentos", lo que da lugar a una heterogeneidad y falta de criterios generales sobre el uso de la técnica, y se lamenta que no existen "argumentos absolutos y es necesario analizar caso por caso para poder afirmar que una determinada decisión local respecto de la localización de las viviendas turísticas es o no conforme al derecho de la Unión Europea" (ARANA GARCÍA, 2018: 14-15).

Sin embargo, a favor de reconocer el papel de los entes locales en la regulación de estas cuestiones se han pronunciado de manera vehemente tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencias de 24 de marzo de 2011, *Comisión Europea contra Reino de España,* C-400/08, EU:C:2011:172; de 30 de enero de 2018, *Appingendam*, C-360/15 y C-31/15, EU:C:2018:44, y de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments*, C-724 y 727/8, EU:C:2020:743; como el Tribunal Supremo, en Sentencias 1550/2020, de 19 de noviembre, ES:TS:2020:3842, 210/2021, de 26 de enero, ES:TS:2021:210, y 2337/2021, de 2 de junio, ES:TS:2021:2337. En estas últimas, el Tribunal Supremo, con referencia a las Sentencias del TJUE indicadas, refuerza el papel del urbanismo en la ciudad como un elemento clave en la garantía de la esencia de esta y, el de las Administraciones públicas (especialmente las locales, que gozan de una clara legitimación democrática y son las más cercanas a la ciudadanía), como principales responsables de garantizar la autenticidad, identidad, viabilidad y vitalidad de los pueblos y ciudades y de evitar fenómenos como la desertificación, gentrificación, turistificación o conversión en parques temáticos de estas.

Con todo, sí que es cierto que los problemas que debe tener en cuenta el planeamiento conllevan, a veces, impactos de carácter más regional o territorial que puramente locales, y en estos casos existe una falta de incentivos a los gobiernos municipales para adoptar ciertas regulaciones que en algunos casos pueden parecer impopulares para su población, como aquellas que anteponen la protección del territorio o del medio ambiente sobre el crecimiento económico (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1978: 307-308; EPSTEIN, 1996: 288; EVERS, 2002: 109, y GALLAND, 2012:10) [22]. Aparte, los procedimientos democráticos locales también implican quiebras, ya que son mucho más porosos hacia prácticas de captura del regulador, de corrupción o más cortoplacistas, lo que hace mucho más fácil que se favorezcan determinados intereses (a veces, no transversales ni compartidos por toda la comunidad) en las decisiones sobre el uso del suelo. Así, se deja fuera de la Administración municipal, en muchos casos, una representación de los intereses de las personas visitantes en la ciudad o de las empresarias interesadas en establecerse, que no encuentran amparo en normativas proteccionistas de los establecimientos ya implantados, pero también de las personas económica o electoralmente poco relevantes para los gobiernos locales, que no ven sus preferencias, prioridades y necesidades protegidas y representadas en este ámbito de gobierno.

[22] También la jurisprudencia española ha detectado estas carencias. En este sentido, SSTC 159/2001 de 5 de julio, ES:TC:2001:159, FJ 4; 51/2004 de 13 de abril, ES:TC:2004:51, FJ 9, y 240/2006 de 20 de julio, ES:TC:2006:240, FJ 10.

Por último, debe considerarse también, dada la necesidad de asegurar la eficiencia en la utilización de recursos públicos, la multiplicación de los costes de tener que adoptar decisiones en relación con determinadas materias a escala local, en atención a la falta de información, de recursos económicos o de personal especializado a este nivel administrativo y político. Y es que, en determinadas materias, las Administraciones locales pueden verse sobrepasadas a la hora de regular determinados fenómenos complejos, que demandan una formación especializada del personal encargado de elaborar los instrumentos de planificación, por la especificidad del objeto de análisis o dificultades procedimentales y técnicas, y que reclaman actuaciones coordinadas a escala supramunicipal.

Todos estos riesgos que una regulación exclusivamente local puede suponer justifican que, en determinados casos (y generalmente a un nivel de concreción menor, más de tipo territorial que urbanístico), se opte por un ámbito de regulación supralocal, que asegure la coherencia y eficacia de las distintas políticas sobre el territorio. Así, especialmente en relación con el establecimiento de infraestructuras o actividades que aisladas o conjuntamente con otras de similares características puedan suponer impactos territoriales o ambientales de carácter supramunicipal, será mejor apostar por su planificación a una escala de ámbito mayor al local, para evitar los problemas a los que se ha hecho referencia. Asimismo, lo que se ha indicado en este apartado apunta a que, también en relación con la planificación urbanística y territorial, según el tipo de decisión y los distintos beneficios y costes de adoptarla, habrá que optar por la Administración mejor ubicada para resolver los distintos problemas que se dan. En estos casos, la garantía de la autonom*ía local implicará el derecho de los entes locales a intervenir de forma efectiva en la esfera de los intereses que les afectan (*MENÉNDEZ REXACH, 2006: 18, y VELASCO CABALLERO, 2021: 18).

3.2. Principios relativos al impacto de las medidas de intervención en las libertades individuales

Las normas dictadas al amparo de las competencias urbanísticas previstas en la Constitución reafirman, como no podía ser de otro modo, el vínculo existente entre la normativa urbanística y el derecho a la propiedad privada. Este último es el fundamento de nuestro sistema económico y social y viene recogido en textos constitucionales y Declaraciones de derechos del mundo occidental desde finales del siglo XVIII.

Desde entonces, la concepción de la propiedad privada ha evolucionado notablemente, en gran medida por el poder creciente que se ha dado al Estado en su regulación y para la intervención en su ejercicio. En este sentido, el derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 33 de la Constitución Española de 1978 lo reconoce conjuntamente con su función social[23], que implica su necesaria delimitación en

[23] El artículo 33 CE reconoce el derecho a la propiedad privada de acuerdo con su función social, pero no define su contenido. El artículo 348 del Código civil, en cambio, establece que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes».

atención a otros preceptos de la Constitución como, por ejemplo, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la lucha contra la especulación y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos (art. 47) y la protección de la salud (art. 43), la utilización racional de todos los recursos naturales y la protección del medio ambiente (art. 45).

El acusado carácter general, abstracto e, incluso, indeterminado de los criterios que pueden emplearse para valorar la legitimidad de estas intervenciones reguladoras, han hecho de este un derecho permeable y, la definición de su contenido esencial, muy compleja (PONS CÀNOVAS, 2004: 76 y ss.). Por eso, también encontramos que su capacidad de modelado por el legislador —e incluso por la Administración pública, como se ha visto antes— es alta y que las decisiones en esta materia presentan un difícil control jurisdiccional (ALBERTÍ ROVIRA, 2004: 148-152). De todos estos límites, son especialmente relevantes los que pueden venir de la mano del urbanismo. Por ello, esta ha sido la perspectiva con la que tradicionalmente se ha analizado este: desde su afección a la propiedad privada.

Sin embargo, dado el objeto de este trabajo —analizar una manifestación de la propiedad dinámica y que se encuentra vinculada con el tipo de actividad que se da en el interior del inmueble— y el creciente reforzamiento de la libertad de empresa en nuestro contexto normativo, deviene relevante analizar el urbanismo no solo desde la perspectiva de su afección a la propiedad y la garantía del patrimonio, sino también desde su potencial para ser espacio donde sostener una actividad económica. Ambas, la propiedad privada y la libertad de empresa, son los pilares jurídicos de la economía de mercado, frecuentemente actúan al unísono —las dos amparan la libre utilización y disposición de un recurso escaso por parte de su propietaria para producir bienes y servicios— y muchos de los recientes desafíos a la normativa urbanística han venido más de la mano de la posible vulneración de los derechos a la libertad de empresa y la libertad de establecimiento, que de la conculcación del derecho a la propiedad privada.

Así, hasta hace relativamente poco, las ocasiones en las que los tribunales españoles habían analizado normas urbanísticas por tener incidencia en la libertad de establecimiento y de empresa habían sido escasas, en el entendimiento de que era la propiedad privada la que realmente se veía afectada por la regulación urbanística. En estos casos, además, (1), el Tribunal Constitucional había aplicado un canon de razonabilidad, más que de estricta proporcionalidad respecto de las normas que analizaba y (ORTEGA BERNARDO, 2014: 134) (2), los tribunales ordinarios solo habían censurado las medidas abiertamente irracionales o inmotivadas. Todo ello hacía que tanto la propiedad privada como la libertad de empresa no se convirtieran, salvo en casos extremos, en motivos relevantes a la hora de limitar la discrecionalidad administrativa en la ponderación entre los distintos intereses contrapuestos en la ciudad.

El reforzamiento de la libertad de establecimiento en el plano europeo, especialmente a raíz de la aprobación de la Directiva de servicios[24], ha hecho revivir la

[24] Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

libertad de empresa en el estatal. Específicamente en lo que se refiere al ámbito de análisis de este trabajo, la extensión de las libertades europeas y el reforzamiento de los principios de eficiencia y proporcionalidad[25] comporta la consideración de determinados criterios que demandan la maximización de las libertades individuales (específicamente, el derecho a la propiedad privada y las libertades de empresa y de establecimiento) en la adopción de normas urbanísticas relativas a los usos del suelo. Estos se manifiestan, en relación con las medidas indicadas antes de distintas formas[26]:

— Que siempre serán más aceptables desde este planteamiento las medidas que dejen mayor libertad a las propietarias a la hora de tomar decisiones de asignación de uso del suelo (p. ej., normas menos detalladas, que permiten una mayor compatibilidad de usos de suelo y establecen menos restricciones a los distintos elementos que comprenden la calificación de usos del suelo). Esta consideración es especialmente legítima en los casos en que la Administración no tiene la capacidad de obtener la información necesaria para corregir bien el mercado o en los que es necesario regular supuestos muy específicos o nuevos, donde la regulación puede comportar normas demasiado rígidas e incapaces de adaptarse, o que limitan o no estimulan a los sujetos a buscar soluciones innovadoras (NEEDHAM, 2006: 138, y SIEGAN, 1972: 124).

— La necesaria consideración de los costes de oportunidad y los costes administrativos derivados de la elaboración, ejecución y cumplimiento de las normas urbanísticas. Esto justifica afinar en el ámbito administrativo de adopción de las normas, el nivel de detalle que pueden alcanzar y en la cantidad de recursos empleados para adoptarlas, conocerlas y hacerlas valer (ELLICKSON, 1973: 683, y DOMÉNECH PASCUAL, 2022: 75 y ss.).

— Que es necesario incorporar las externalidades asociadas a determinadas actividades, mediante una internalización de los costes sociales y ambientales asociados con el desarrollo de estas en las mismas normas urbanísticas (DAVIS, 1963: 375). Esto implica la necesaria consideración de las observaciones que se realizarán en los apartados 3.3. y 3.4. en la regulación de los usos del suelo en la ciudad.

— Especialmente por su impacto en la libre competencia, es necesario ser consciente de que la planificación puede suponer situaciones más anticompetitivas que las que trata de evitar, en el sentido de que puede introducir monopolios en los usos bien mediante la limitación de los inmuebles asignados a una concreta clase de uso, bien con el tratamiento que da a las situaciones fuera de ordenación, que pueden mantener en un entorno muy rígido determinados usos en exclusiva (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, 1993: 149). Por ello, se debe tener especial cuidado en los casos en que la ordenación urbanística pueda producir estos efectos y asegurar que exista competencia en la localización y cantidad de inmuebles vincula-

[25] *Vid*. epígrafe 3.5.

[26] La primera y más fundamental de estas consideraciones implicaría el cuestionamiento total de las normas zonificación de los suelos y su sustitución por una liberalización total del mercado del suelo. Con todo, su análisis excedería de los objetivos de este artículo, por lo que se circunscribirá el objeto de este epígrafe al estudio de las concretas medidas que pueden adoptarse mediante las normas de calificación de los suelos.

dos a determinados usos. Subsidiariamente, en caso de que sea necesario introducir esta clase de límites en atención a la concurrencia de razones de peso debidamente motivadas en la memoria del plan, las restricciones cualificadas de determinadas actividades que otorguen o supongan una ventaja competitiva en el mercado para determinadas competidoras deberán de limitarse a aquellos casos imprescindibles por motivos territoriales, sociales o medioambientales —p. ej. si se introduce un número limitado de títulos habilitantes, si se limita el uso o características de los inmuebles asociados al ejercicio de específicas actividades de forma agravada o si se pretende eliminar paulatinamente la existencia de usos peligrosos en la ciudad consolidada—. Asimismo, deberá de considerarse en la incorporación de estas medidas la expresa previsión de mecanismos para el reparto de las autorizaciones o licencias limitadas en número.

— La necesidad de incorporar medidas para mejorar la transparencia y la transversalidad de la participación en el procedimiento de adopción de decisiones urbanísticas para evitar la captura del regulador por determinados grupos o individuos y ayudar a la mejora de la calidad del propio proceso de toma de decisiones.

Específicamente en relación con las medidas de limitación de usos anteriormente analizadas, la incorporación de los criterios de respeto de las libertades individuales sirve también para realizar una priorización de más a menos deseables de las medidas restrictivas (por el distinto impacto de las medidas indicadas en estas libertades) de la siguiente manera:

1. Restricciones relativas a los parámetros de la edificación o la parcelación, especialmente las establecidas como consecuencia del específico valor del inmueble (protección patrimonial) motivadas en razones de seguridad, sanitarias, higiénicas o ambientales.
2. Restricciones relativas al régimen de compatibilidad de usos cuando se refieren a la incompatibilidad con otras actividades en un mismo local o edificio.
3. Restricciones de distancias entre usos, por el siguiente orden: a) distancias mínimas o máximas entre determinados tipos de establecimientos respecto al núcleo de población más cercano, b) distancias mínimas entre usos de distinta naturaleza, y c) distancias mínimas entre usos de igual naturaleza.
4. La fijación de números absolutos de inmuebles dedicados a un uso (según aumente la especificidad del uso previsto o se reduzca el número absoluto total permitido de establecimientos más restrictiva será considerada la medida).
5. Restricciones relativas al régimen de compatibilidad de usos cuando se refieren a prohibiciones totales en el emplazamiento de determinadas tipologías de establecimiento o actividades por zonas o, en el caso extremo, en la totalidad de la población.

En definitiva, el reforzamiento de las libertades de establecimiento y de empresa en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto una ampliación del ámbito potencial de revisión de las normas urbanísticas. Pese a ello, no debe considerarse que el ordenamiento jurídico las haya jerarquizado por encima de otros derechos e intereses igualmente fundamentales. Así, es necesario interpretar este reforzamiento de las

libertades en clave positiva —en el sentido que fuerza a la aprobación de mejores normas y censura las posibilidades de adoptar normas que, sin motivo justificable, favorecen a unas competidoras sobre otras—, pero en ningún caso como un impulso que comporte necesariamente la inacción administrativa y legislativa ni el bloqueo o la incapacidad de adoptar normas ambiciosas de acuerdo con los diversos conflictos sociales y ambientales que a continuación se analizan.

3.3. Elementos ligados al impacto social de las medidas

Tras la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo —y sus sucesivas reformas y refundiciones—, se entiende de manera generalizada que opera un cambio de paradigma en el urbanismo español, en el sentido de implantarse el denominado "modelo de sostenibilidad", que incorpora en gran medida los elementos y prescripciones provenientes de la Unión Europea centrados en la necesaria implantación de modelos urbanísticos más sostenibles ambiental y socialmente, en la reivindicación de los suelos no urbanizados y en la regeneración de la ciudad (FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2016: 4; PONCE SOLÉ, 2008: 490; BAÑO LEÓN, 2009: 207-208; RAMÍREZ SÁNCHEZ, 2021: 267, y VAQUER CABALLERÍA, 2017: 523). La ciudad existente, a la que tradicionalmente se le había prestado poca atención tanto por los poderes públicos como por el sector privado —por el escaso atractivo (sobre todo económico) de las operaciones urbanísticas a las que se somete—, pasa así a recibirla a través de disposiciones que específicamente prevén actuaciones sobre el medio urbano más ambiciosas y que incorporan no solo aspectos físico-urbanísticos, sino también sociales, ambientales y económicos (GIFREU I FONT, 2013: 32 y 2017). Posteriormente, el Real decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU) confirmó este cambio de orientación en la política del suelo y urbanística (FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, 2016: 8; y GIFREU I FONT, 2013: 47 y 2018: 139).

En cuanto a la concreción específica de los usos del suelo, estas normas prevén, de forma programática, la necesidad de que la regulación de estos atienda al principio de desarrollo sostenible, que comprende el uso racional de los recursos naturales y la combinación de usos de forma funcional. En este sentido, el art. 3.3. del TRLSRU establece que los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que el suelo se ocupe de forma eficiente, combinando los usos de forma funcional. Entre otras cuestiones establece, además, que se integrarán en el tejido urbano "cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social". Aunque este precepto, como no puede ser de otra manera, no regula directa-

mente y de manera vinculante los usos del suelo, sí que incorpora normas finalistas del planeamiento urbanístico que condicionan la discrecionalidad del planificador local, que deberá ajustarse a estos principios y prescripciones.

Estas normas también incorporan la perspectiva de género en el urbanismo español, después de que la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujera explícitamente la consideración de la dimensión de género en las políticas urbanas, el planeamiento, los servicios y las infraestructuras y la política de vivienda. Así, el TRLSRU integra, como criterios básicos de utilización del suelo, la obligación de las Administraciones públicas de atender, en la ordenación de los usos del suelo, entre otros, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 20.1.c)). Las previsiones de estas normas, que incorporan al ámbito estatal la relevancia de las dimensiones de género en el urbanismo y la vivienda, han sido posteriormente trasladadas y concretadas al ámbito autonómico a través de la normativa urbanística específica[27].

Aunque todos estos preceptos no ordenan los usos del suelo directamente, sí que establecen un marco de actuación que condiciona su regulación. Todos estos criterios (equilibrio de usos, protección del uso residencial, sostenibilidad ambiental y cohesión e integración social, perspectiva de género) incorporan elementos fundamentales para dirigir la regulación de los usos del suelo a nivel local hacia un modelo socialmente más cuidadoso. En este sentido, es imperativo recordar que el planeamiento puede ser un obstáculo directo a la inclusión social mediante normas que determinen la localización espacial de determinadas actividades o sujetos y la diferenciación de las tipologías edificatorias en las que se ubican[28]. Sin embargo, también puede ser todo lo contrario (MANCUSO, 1980: 329). Por este motivo, es responsabilidad de la planificación urbanística evitar y corregir la dispersión urbana, los desequilibrios territoriales y la segregación, mediante estrategias de integración y cohesión social (PONCE SOLÉ, 2004, y SAGER, 2011: 178).

---

[27] Una de las normas más destacadas al respecto es la valenciana. El Decreto legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, de aprobación del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, después de las modificaciones operadas por la Ley 1/2019, de 5 de febrero, introduce por primera vez una regulación específica sobre la materia. Así, en el artículo 13 prevé que la ordenación territorial y urbanística debe procurar las condiciones necesarias para conseguir ciudades socialmente integradas y evitar soluciones espaciales discriminatorias que generen áreas marginales y ambientes de exclusión social. Asimismo, establece que la perspectiva de género implica el diseño, definición y ejecución del planeamiento urbanístico a través de la definición de unos elementos mínimos como la sostenibilidad y la interrelación, proximidad y combinación de usos para hacer confluir las cuatro esferas de la vida cotidiana —productiva, reproductiva, política y personal— a las que debe otorgarse el mismo valor. Estas previsiones son originales en el ordenamiento jurídico español, aún tímido en la introducción de la perspectiva de género como criterio orientador general de la planificación urbanística. Además de la valenciana, encontramos otras normas urbanísticas autonómicas como la extremeña, la catalana o la balear, que también incorporan de forma decidida la perspectiva de género en sus previsiones.

[28] La segregación social supone la creación en la ciudad de diversas zonas separadas e independientes a las que se atribuyen una serie de funciones o actividades (DE GUERRERO MANSO, 2018: 118). Existe consenso en la doctrina al entender que un contexto segregado reduce las posibilidades vitales de las personas que viven, en tanto que se generan zonas de oportunidades, servicios e infraestructuras y otras sin estas.

Desde este punto de vista es necesario reforzar y legitimar regímenes de regulación de los usos del suelo que:

— Favorezcan un desarrollo urbanístico que supere la construcción de las dualidades trabajo/ casa, ciudad/ periferia, vida pública/ vida privada; dualidades que suponen, a la larga, el deterioro de los centros urbanos tradicionales. Esto hace necesario acabar con modelos de ocupación dispersa y de baja densidad del territorio con áreas homogéneas, monofuncionales o con un régimen de compatibilidad de usos muy limitado[29].

— Fomenten la diversidad de usos del suelo dentro de los barrios, eviten la generación de zonas desabastecidas o "desertificadas" para la compra de determinados bienes de consumo cotidiano y conlleven un acceso no igualitario a la oferta comercial, especialmente cuando afecta a la población vulnerable o con mayores dificultades para desplazarse. Esto puede conseguirse mediante distintas estrategias. En primer lugar, introduciendo normas en los distintos planes urbanísticos que flexibilicen el régimen de compatibilidad de usos, facilitando que distintos tipos de usos se den en un mismo inmueble, manzana o ámbito de actuación. Y, en segundo, mediante normas que rigidifiquen dicho régimen de compatibilidad forzando a la mezcla de usos (mediante la previsión expresa de qué concretos usos pueden darse) en determinadas partes de un inmueble, manzana o ámbito de actuación.

— Acerquen los distintos tipos de usos existentes en la ciudad entre sí, eliminando saltos rudos y bruscos de una tipología a otra, especialmente mediante la reconsideración de los desplazamientos, las infraestructuras, los recorridos del transporte público y los usos previstos según las demandas de recorridos y de usos del suelo de toda la ciudadanía. Todo ello, con el fin de evitar el aislamiento y la jerarquización física y social de determinadas zonas, personas o grupos sociales.

— Descongestionen entornos saturados en los que una alta concentración de usos terciarios produce fenómenos de aglomeración y deterioro medioambiental y urbanístico. Esto puede conseguirse mediante la expresa consideración de los niveles de terciarización asumidos por las distintas zonas de las ciudades, para prever en los planes urbanísticos medidas de desconcentración de usos (a través del fomento de los usos queridos o la restricción de los no queridos), de limitación de los cambios de uso en relación con este tipo de actividades, de provisión directa por las administraciones de inmuebles dedicados al uso deseado, etc.

— Prevean suficientes desarrollos accesibles para personas de media y baja capacidad económica y permitan mejorar las situaciones de informalidad de muchos asentamientos, puesto que en algunos casos la imposición de condiciones urbanísticas mínimas encarece el suelo y los inmuebles e impide que personas con una capaci-

[29] El ejemplo más radical de ciudad segregada es la ciudad dispersa, caracterizada por la formación diseminada de urbanizaciones cerradas. Se habla, en referencia a este modelo, de zonificación excluyente. LÓPEZ RAMÓN (2016: 115) apunta a que las experiencias españolas desde finales del siglo xx se mueven en ese sentido, ya que es en estos momentos en que comienzan a imponerse urbanizaciones de bajas densidades y viviendas adosadas y unifamiliares. Esta exclusión se refuerza y alimenta por los mercados de crédito y por la conjunción con otros tipos de políticas públicas indiscriminadas, que no tienen en cuenta que pueden comportar un reforzamiento de los efectos segregadores.

dad adquisitiva reducida puedan acceder a suelo para la construcción de su vivienda, negocio, etc., al tiempo que no responden bien a las necesidades de una sociedad que ya no se identifica con el modelo de familia nuclear imperante en el pasado.

— Busquen el mantenimiento de la identidad y el carácter de los espacios, como por ejemplo a través del mantenimiento de los usos tradicionales e históricos y el reforzamiento de usos que contribuyan al carácter, diversidad y vitalidad del entorno urbano y a su sentido del sitio. En este sentido, deben de reforzarse medidas de fomento de usos del suelo en los distintos planes urbanísticos, especialmente en los planes especiales de centros históricos, como las indicadas en este artículo en relación con aquellas actividades que se entiendan tradicionales o identitarias de la comunidad en cuestión.

— Garanticen que las estrategias de mejora urbana no comportan la expulsión masiva de personas del lugar en el que viven. A tal fin, es prioritario desconcentrar las inversiones y oportunidades (en nuestro caso, los desarrollos urbanísticos o las actuaciones de mejora urbana) para evitar que estas solo se den en determinadas áreas de la ciudad, así como reforzar las políticas públicas de vivienda y hacer posible un verdadero patrimonio público del suelo. Pese a que estos objetivos deben abordarse desde distintas perspectivas (no todas puramente urbanísticas), específicamente en lo relativo a las normas reguladoras de los usos del suelo pueden perseguirse estas metas, entre otras formas, mediante la distribución equilibrada de los distintos tipos de usos en la ciudad (esto es, evitando la concentración de determinadas clases de usos en específicas zonas o barrios), la desconcentración de grandes proyectos o obras públicas, la ubicación equitativa y estratégica de dotacionales y zonas verdes, etc.

— Eviten que, en cierto modo, los instrumentos de protección patrimonial musealicen la ciudad, salvando el patrimonio construido a expensas de las funciones residenciales que sustenta, y petrifiquen unos edificios que no reúnen las condiciones necesarias para considerarse viviendas dignas, accesibles y adaptadas para todas las personas (o que, para poder reunirlas, exigen unas inversiones desproporcionadas).

— Potencien la naturaleza democrática del urbanismo, a través de una participación reforzada y plena de la ciudadanía en la planificación y gestión de la ciudad.

3.4. Directrices vinculadas al impacto ambiental de las normas urbanísticas

En la actualidad son absolutamente prioritarias la crisis climática y la preservación de los recursos naturales, especialmente en el contexto de la ciudad y el urbanismo. En el ámbito urbano, los problemas de las relaciones entre planificación urbanística y medio ambiente suscitan cuestiones de gran complejidad y entidad. Y no solo desde el punto de vista de la necesaria reducción del consumo de recursos naturales escasos, sino también porque en un contexto en el que los desastres climáticos y los fenómenos meteorológicos extremos se prevé que aumentarán en el tiempo, es prioritario desarrollar instrumentos de planificación urbanística que mejoren la resiliencia de la ciudad para que esta se pueda adaptar a y recuperar de las distintas situaciones,

desastres o incidentes que puedan darse (BASSOLS COMA, 2006: 704; GIFREU I FONT, 2018: 128, y LU y STEAD, 2013: 201).

Específicamente en relación con la ubicación de actividades económicas, y muy en la línea con las observaciones anteriores, reconvertir los usos del centro de las ciudades para dedicarlo al turismo y a actividades terciarias y de negocios obliga al crecimiento de la extensión de las ciudades, eliminando las posibilidades residenciales en las mismas y favoreciendo el crecimiento urbano metropolitano. GIFREU I FONT (2020: 20), por su parte, también ha apuntado que el turismo expone los espacios urbanos a situaciones de sobreexplotación de recursos, suciedad y degradación física y ruidos. Por eso, han apuntado a la necesaria articulación de un "urbanismo defensivo" de la trama urbana, que limite el crecimiento urbano en el territorio, a fin de evitar el avance de la urbanización difusa y el modelo de ciudad compacta (BASSOLS COMA, 2006: 685).

En este contexto, y tomando como base el concepto de desarrollo urbano sostenible, especialmente desde el ámbito internacional se ha potenciado la elaboración y la implementación de estrategias que engloban medidas de amplio alcance como la priorización en la planificación urbanística y territorial del uso racional del suelo y de los recursos, la gestión eficiente de servicios públicos, la rehabilitación edificatoria y la regeneración urbana, la reactivación de programas de trabajos verdes o la participación en redes de ciudades sostenibles a escala internacional que permita la intercambio de experiencias (GIFREU I FONT, 2018: 117; RAMÍREZ SÁNCHEZ, 2021, y MUSAKWA y NIEKERK, 2013: 143). Sin embargo, y pese a que estas estrategias han reforzado la importancia de tener en cuenta las cuestiones medioambientales y los efectos del cambio climático y la degradación ambiental en el planeamiento urbanístico, se ha advertido que el efecto impulsor del principio de sostenibilidad en la articulación de estas estrategias ha sido relativo y ha terminado por utilizarse como un mantra (GIFREU I FONT, 2017: 87).

Pese a que recientemente se han dado avances en la consideración de las cuestiones medioambientales de manera más sustantiva en la planificación urbanística y en general en las estrategias y políticas de ámbito local, el camino a recorrer es todavía largo. Por ello, es necesario extender un cambio de paradigma a todos los niveles y entender que la situación de emergencia climática obliga a la ciudadanía y a todas las personas implicadas en la planificación y la gestión de la ciudad a profundizar y radicalizar los planteamientos y exigencias en relación con la necesidad de condicionar los desarrollos urbanísticos a su viabilidad ecológica. En cuanto al objeto de este trabajo, la definición de los distintos usos del suelo en la ciudad, entre los elementos y medidas a tener en cuenta para que estos se definan de forma más ambiciosa, se deducen los siguientes:

— La mejora, a todos los efectos y en cualquier clase de contexto, de la calidad de la tierra y el suelo en la ciudad. Es prioritario reducir y evitar que se produzca nuevo consumo de suelo sin transformar en la ciudad y, en este sentido se deben:

• Mejorar las soluciones para facilitar e incentivar la reurbanización de zonas abandonadas, la sustitución de edificaciones sin uso o infrautilizadas, la reconversión urbana o las prácticas de densificación (AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE, 2015: 37 y ss.).

• Desarrollar mecanismos como el previsto por el derecho francés relativo al principio de artificialización neta cero del suelo, que exige que cualquier artificialización del suelo debe compensarse por una correlativa desartificialización de otros suelos[30].

• Evitar que en los planes generales se establezcan objetivos demasiado generosos de transformación de suelo (como los previstos en la actualidad por planes urbanísticos vigentes que se encuentran desfasados y no actualizados, y que podrían revertirse sin grandes obstáculos jurídicos ni económicos si su urbanización no se ha llevado a cabo).

• No desarrollar ni extender modelos de ciudad basados en la construcción de viviendas unifamiliares aisladas y de zonas monofuncionales de servicios en la periferia de las ciudades, aparte de penalizar y desincentivar la existencia de segundas viviendas.

• Evitar espacios donde el sellado del suelo es total, para ayudar a la resiliencia ecosistémica frente a los desastres climáticos.

— La necesaria incorporación de medidas en la planificación urbanística que tengan efectos reductores en el consumo de combustibles fósiles y en la contaminación atmosférica. Así, pueden introducirse previsiones que impidan *de facto* llevar a cabo determinadas actividades especialmente contaminantes o con un impacto negativo en el medio ambiente en un municipio. Por ejemplo, mediante la disminución de la superficie máxima de las parcelas industriales o la imposición de requisitos adicionales (de carácter territorial) a los que impone la normativa ambiental para la implantación de estos usos. Pero también mediante medidas específicamente dirigidas a reducir y eliminar espacios orientados al vehículo privado, a sustituir las zonas monofuncionales (que fuerzan a desplazamientos de áreas de habitación hacia las de trabajo) o a extender modelos de ciudad más accesible y caminable, en los que los distintos usos y necesidades se encuentran más cerca, como la de la ciudad de los 15 minutos[31]. Asimismo, la incorporación de mecanismos de incentivos de tipo urbanístico —por ejemplo, permitir un extra de densidad o intensidad edificato-

[30] MIALOT (2020: 133 y ss.) sistematiza los distintos mecanismos que el derecho francés, específicamente a nivel local, ofrece para hacer frente a la adaptación que requiere el cambio climático. Entre los que analiza destaca el principio de artificialización neta cero del suelo, que implica que cualquier artificialización del suelo debe compensarse por una correlativa desartificialización de otros suelos o parcelas, y que se encuentra previsto en el art. 69 de la Ley núm. 2016-1087, de 8 de agosto, para la recuperación de la biodiversidad, la naturaleza y los paisajes (*Loi pour la reconquête de la biodiversidad, de la nature et des paysages*). Pese a las evidentes diferencias entre los regímenes francés y español, se considera que esta puede ser una vía a explorar por nuestra legislación medioambiental y urbanística.

[31] Según los principios en los que se basan las propuestas de la ciudad de los 15 minutos, la calidad de vida urbana es inversamente proporcional a la cantidad de tiempo invertido en transporte, especialmente del automóvil (MORENO, ALLAM, CHABAUD, GALL Y PRATLONG, 2021: 100). Con ella se apuesta por una configuración urbana donde la ciudadanía pueda acceder a todas sus necesidades básicas (vivir, trabajar, comprar, acceder a asistencia sanitaria y educativa y entretenerse) a distancias que no le lleven más de 15 minutos a pie o en bicicleta y por una reestructuración del paisaje construido para garantizar que cumpla con componentes como la proximidad, la diversidad, la densidad y la ubicuidad (MORENO, 2016).

rias— a las personas propietarias que, a cambio, proporcionen a un área determinados beneficios relacionados con el medio ambiente o reductores de la contaminación (más zonas verdes, edificios construidos de forma sostenible, etc.) pueden integrarse, teniendo en cuenta determinadas cautelas, en nuestro ordenamiento jurídico (SIMOU, 2020: 223-225).

— El verdadero sometimiento del desarrollo económico y la implantación y localización de actividades a la disponibilidad de los distintos recursos ambientales (suelo, agua, aire, energía, biodiversidad, sistemas de tratamiento de residuos etc.) de que la ciudad dispone. En este sentido, deben de incorporarse:

• Regímenes de compatibilidad de usos y de densidad edificatoria que tengan en cuenta los desplazamientos y el impacto ambiental de las actividades, a través de la consideración de evaluaciones de la carga climática y energética de la ciudad y del impacto de los distintos usos.

• Exigencias relativas a que la regulación de los usos del suelo responda a requerimientos de compacidad, reaprovechamiento de espacios, mejora de la movilidad e inclusividad sociales a través de la mixtura de usos tanto espacial como temporal con el fin de favorecer la multifuncionalidad y la intensificación de su uso, teniendo en cuenta la variable temporal (SIMOU, 2020: 196; FORTES MARTÍN, 2019: 360; GÓMEZ GARCÍA, 2019: 518; TOLÍVAR ALAS, 2019: 29; BOIX PALOP, 2019: 95, y BOIX PALOP y MARZAL RAGA, 2014). En este sentido, SIMOU (2020: 201), propone la creación de áreas o parcelas de uso mixto en las que se permitiese simultáneamente una gran variedad de usos, con la finalidad de maximizar el principio de ordenación filoclimática de usos en el planeamiento.

3.5. La proporcionalidad de las medidas y otros criterios derivados de las políticas de calidad normativa

3.5.1. El principio de proporcionalidad y la regulación de los usos del suelo

En las normas urbanísticas relativas a los usos del suelo se manifiestan múltiples derechos y principios constitucionales contrapuestos. Varios de ellos se han apuntado en los epígrafes anteriores (derecho a la propiedad privada, libertad de empresa, igualdad, cohesión e integración social, acceso a una vivienda digna, protección del entorno urbano, el medio ambiente y el patrimonio histórico, etc.). Todos ellos constituyen mandatos de optimización o normas que ordenan que el bien jurídico que protegen sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las limitaciones jurídicas y fácticas existentes (ALEXY, 2007 y BERNAL PULIDO, 2003: 576 y ss.).

Habida cuenta de la imposibilidad de satisfacerlos todos ilimitada y simultáneamente, resulta necesario interpretar y aplicar esos mandatos constitucionales de la manera que permita atender en mayor medida el conjunto de todos ellos[32]. En este sentido, se ha de lograr un "justo equilibrio" entre "los intereses concurrentes del

[32] STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 13).

individuo y los de la sociedad en su conjunto"[33]. El criterio del justo equilibrio coincide con el de proporcionalidad, utilizado por numerosos tribunales europeos —entre ellos, el Constitucional español— para juzgar la licitud de las restricciones de los derechos fundamentales[34].

El principio de proporcionalidad, entendido como parámetro general de ponderación entre los distintos intereses presentes a la hora de tomar decisiones públicas de carácter no reglado que afectan a distintos principios y derechos constitucionales, constituye un parámetro de la legalidad de una medida que exige que esta sea *útil* (o adecuada) para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo; necesaria, por resultar la menos restrictiva para ese derecho de entre todas las útiles; y proporcionada en sentido estricto (o ponderada o no excesiva) por superar los beneficios derivados de la restricción a sus costes[35] (BARNÉS VÁZQUEZ, 1994: 507).

Aunque los tribunales suelen enunciar el análisis de la proporcionalidad de una medida como este test trifásico, la realidad es que el análisis de la proporcionalidad en sentido estricto no se realiza de forma sistemática por estos (HATZOPOULOS, 2017: 143). *De facto*, el análisis de la proporcionalidad de una medida suele conllevar justificar que no existe otra medida alternativa igual de efectiva pero menos restrictiva de las libertades individuales y económicas para alcanzar los objetivos previstos por la norma y la diferencia entre los beneficios de las alternativas normativas (DE BÚRCA, 1993: 113; BARNÉS VÁZQUEZ, 1994: 500; HATZOPOULOS, 2017: 142, y TRIDIMAS, 2018: 246).

La aplicación de este principio a las normas urbanísticas supone la adecuada ponderación de los valores, bienes y derechos en conflicto en la adopción decisiones urbanísticas. A su vez, comporta la necesidad de tener en cuenta, a la hora de introducir previsiones basadas en intereses generales o sociales que pueden tener algún efecto sobre las libertades y derechos individuales, el efecto de las medidas, siendo aquellas objetivamente inútiles —o que menoscaban un interés digno de protección jurídica sin beneficiar a ningún otro o haciéndolo de un modo innecesariamente incisivo—, indeseables.

En la aplicación de este principio es clave el papel de las garantías organizativas y procedimentales en la formulación de los planes, como elementos que contribuyen al acierto de la decisión (y que demostrarán que este cumple con el principio de

---

[33] SSTEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*, 9532/81, párr. 35), 7 de julio de 1989 (*Gaskin*, 10454/83, párr. 42), 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*, 9310/81, párr. 41), 9 de diciembre de 1994 (*López Ostra*, 16798/90, párr. 51) y 9 de junio de 1998 (*McGinley y Egan*, 21825/93 y 23414/94, párr. 98).

[34] *Vid.*, por ejemplo, la STC 23/2022, de 21 de febrero, ES:TC:2022:23, FJ 3.

[35] El TEDH ha apuntado esta estrecha relación entre justo equilibrio y proporcionalidad en sus Sentencias de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*, 10843/84, párr. 37). En sentido similar, vid. las SSTEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*, 9006/80, 9263, 9265, 9266, 9313, 9405/81, párr. 50), 23 de septiembre de 1998 (*Aka*, 19639/92, párr. 47), 28 de julio de 1999 (*Inmobiliaria Saffi*, 22774/93, párr. 49), 28 de octubre de 1999 (*Brumarescu*, 28342/95, párr. 78), 23 de noviembre de 2000 (*ex-rey de Grecia y otros*, 25701/94, párr. 89) y 11 de enero 2001 (*Tanganelli*, 23424/94, párr. 27).

proporcionalidad, además de otros límites y principios que rigen en la elaboración de los mismos). Entre ellas destaca la memoria del plan, documento que se explica por la alta discrecionalidad administrativa presente en la adopción de estas normas, en la que debe constar la motivación de las decisiones adoptadas y a la que se recurrirá en caso de que estas se cuestionen. Por lo general, es necesaria la exteriorización en ella de las razones que justifican las decisiones esenciales adoptadas en el plan, ya es el fundamento de la racionalidad y razonabilidad de cualquier decisión discrecional que este contenga (TRAYTER JIMÉNEZ, 1996: 436-437; DESDENTADO DAROCA, 1999: 362 y ss.; DELGADO BARRIO, 1993: 89 y SÁNCHEZ MORÓN, 1994: 149-150). Como consecuencia, la omisión de explicación de las decisiones discrecionales no es posteriormente subsanable, porque este no es un mero defecto formal (STS de 28 de septiembre de 2012, rec. 2092/2011, ES:TS:2012 :6509).

Con todo, el deber de motivar no exige la descripción exhaustiva del proceso intelectual ni impone unos requisitos concretos en el razonamiento utilizado, ni que se dé una respuesta detallada a todas y cada una de las alegaciones planteadas por las personas interesadas. Solo demanda que conste de forma razonablemente clara cuál ha sido el fundamento en derecho de la decisión adoptada, para permitir así su control jurisdiccional eventual (GIFREU I FONT, 2012: 307 y ss.). Y, aunque se ha indicado que esta justificación puede ser a grandes rasgos y sin descender a particularidades —de hecho, el Tribunal Supremo ha confirmado en Sentencia 1663/2022, de 15 de diciembre, ES:TS:2022:4900, que, en la medida en que los planes tienen la naturaleza de norma, no es necesario que justifiquen individualmente las limitaciones que imponen en cada uno de los niveles de ordenación que incluyen (FJ 2)—, de ella debe fluir una motivación reconocible como tal de las determinaciones del planeamiento, de forma similar a lo exigido por la LPAC en relación con los actos administrativos. Así, en la memoria deben costar las finalidades y los objetivos de la ordenación elegida y los motivos que han llevado a la Administración a inclinarse por este modelo territorial —que, en gran medida, vendrán también predeterminados por la ordenación territorial aplicable, las agendas urbanas, etc.—.

En cualquier caso, la exigencia de la exhaustividad de la motivación es gradual según: (1) el tipo de decisión —su afección a derechos e intereses privados, su grado de innovación respecto de lo previsto anteriormente, etc.—; (2) el tipo de instrumento de planeamiento —según se desciende en la jerarquía de normas se exigirá una mayor motivación (en el plan general se exige una motivación menor, mientras que en los de desarrollo una más concreta y detallada y, en esta línea, hay que motivar más específica y detalladamente los casos de modificación, mientras que los de revisión, que tienen un carácter más general, es suficiente que esta abarque las líneas maestras del nuevo modelo territorial, como apunta la STS 399/2018, de 13 de marzo, ES:TS:2018:1078)—; a lo que hay que añadir (3) que se exige una motivación reforzada con respecto a medidas que supongan una regresión en la protección medioambiental, p. ej. la disminución de extensión de zonas verdes o del suelo no urbanizable de especial protección[36].

[36] El principio de no regresión en la protección medioambiental es de origen internacional y ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico tanto legislativa como judicialmente, p. ej. en las

En definitiva, la motivación en los instrumentos de planeamiento debe permitir comprobar que la Administración ha identificado adecuadamente los intereses (principios, valores, etc.) en conflicto, ha fijado todos los datos factuales relevantes y ha motivado y justificado debidamente las distintas medidas adoptadas. A su vez, estas exigencias procedimentales comportan que solo deban rechazarse las medidas que de forma evidente y objetiva se demuestren inútiles o ineficientes y, en caso de que sea necesario realizar juicios evaluativos y que la decisión de prevalencia no sea irracional, se deje que sea la Administración la que tenga la última palabra en el asunto.

3.5.2. Las políticas de calidad normativa

El principio de proporcionalidad, además de como canon en la ponderación entre distintos principios o derechos constitucionales, es parte consustancial a las políticas de calidad normativa. Estas son aquellas que buscan la mejora de las normas jurídicas a través de la mejora correlativa de los procesos de regulación normativa desde el mismo momento en que se toma la decisión de iniciar la tramitación de una norma hasta su aplicación y ejecución (CANALS I AMETLLER, 2008: 127). El impulso de organizaciones supranacionales como la Unión Europea y la OCDE han motivado su traslación al contexto español[37].

Estas políticas se componen de principios que informan la elaboración y evaluación de las normas, así como de una serie de instrumentos que, situados en las diferentes fases del procedimiento normativo, contribuyen a mejorar su calidad. Además, imbricadas en estos instrumentos, encontramos la realización de consultas ciudadanas y otros procedimientos participativos cuya finalidad es el aumento y mejora de los trámites de participación ciudadana en el proceso normativo.

Mejorar la calidad de las normas, también urbanísticas, implica afinar las técnicas de actuación pública, en el sentido de motivar y justificar las decisiones, y ponderar mejor los intereses y derechos en conflicto en cada caso. A estas políticas se les ha reprochado que comportan o implican, implícitamente, una desregulación normativa en favor del libre mercado (VIDA FERNÁNDEZ, 2017: 479, y GARBEN, 2018: 237). Y esto, porque, generalmente, dependen de datos para evaluar y medir los impactos de las normas; datos que normalmente son más fácilmente accesibles y cuantificables en relación con impactos monetizables que en relación con impac-

---

STS de 30 de septiembre de 2011, rec. 1294/2008, ES:TS:2011:6592; de 29 de marzo de 2012, rec. 3425/2009, ES:TS:2012:2000, y de 29 de noviembre de 2012, rec. 6440/2010, ES:TS:2012:7778, entre otras.

[37] Fueron los trabajos para la transposición de la Directiva de servicios los que contribuyeron a la extensión de algunos principios e instrumentos, que cristalizaron en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y, posteriormente, las leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

tos de carácter más social o medioambiental (NOGUEIRA LÓPEZ, 2018: 101, y ZBÍRAL, 2018: 73). Por ejemplo, a la hora de cuantificar y entender ponderada una medida urbanística limitativa de un tipo de establecimiento conflictivo, es mucho más fácil cuantificar y monetizar el impacto económico que la medida puede tener que los impactos que tiene desde el punto de vista social y ambiental en la ciudad la proliferación, concentración y desarrollo de este tipo de actividad.

Sin embargo, la mejora reguladora es más que la simple desregulación. O, al menos, debería serlo, puesto que una mejor norma no solo es aquella que se adopta de acuerdo con datos y evidencia, sino una que también se adopta de forma más consensuada, participada y democrática. Es por ello que es necesario reforzar la fuerza normativa de principios y valores que legitiman la adopción de decisiones no solo desde el punto de vista del respeto de las libertades individuales, la proporcionalidad, la transparencia y la justificación en datos e información, sino también desde la incorporación de objetivos y planteamientos sociales y ambientales, para mantenerse lejos de aproximaciones desreguladoras intrínsecamente negativas.

Por lo que respecta a las normas de derecho urbanístico que regulan el emplazamiento de usos en el territorio, la imposición de criterios de mejora de la calidad de las normas tiene distintas manifestaciones. En primer lugar, que las normas tendrán que basarse en razones de interés general (la protección del entorno urbano, el medio ambiente o el patrimonio cultural[38], entre otras) y tendrán que ser coherentes con estos objetivos. En el caso de la regulación urbanística este parece un requisito especialmente sencillo de cumplir.

En segundo lugar, las normas deberán ser proporcionadas, de acuerdo con lo que ya se ha indicado. Para defender medidas especialmente ambiciosas, además, ayudará a que estas se enmarquen en un conjunto más amplio de medidas adoptadas en la misma dirección (es decir, que sean consistentes y coherentes con el resto del ordenamiento jurídico —p. ej., medidas de fomento paralelas—) y que, en este sentido, genuinamente reflejen la preocupación de la Administración o el legislador por alcanzar su objetivo de forma coherente, consistente y sistemática (HATZOPOULOS, 2017: 143).

Por lo que se refiere al ámbito de análisis de este trabajo, este último requisito de coherencia puede ser considerado como clave a la hora de motivar y dar más fuerza a las medidas a adoptar mediante los instrumentos urbanísticos. Y es que, a la hora de justificar una medida restrictiva de usos en el planeamiento, será un argumento

[38] El TJUE ha identificado estos conceptos de manera muy amplia. Así, ha entendido que comprenden la protección del entorno urbano medidas orientadas al mantenimiento de una población permanente y estable y la garantía del acceso a la vivienda; a evitar el deterioro de zonas urbanas; a garantizar el uso razonable de la tierra, el cuidado armónico del espacio y la conservación del paisaje y las riquezas naturales; a la preservación de la habitabilidad del centro urbano y la evitación de la existencia de locales desempleados; a objetivos de diversidad social del hábitat en su territorio; a la conservación o el fomento de determinadas actividades económicas y a la consecución de una movilidad y una ciudad medioambiental y socialmente más sostenible. En este sentido, SOLA TEYSSIERE (2020) y GIMENO FERNÁNDEZ (2020).

de peso que los objetivos que con ella se persiguen se intenten conseguir mediante distintas estrategias normativas y políticas (por ejemplo, si se quiere hacer frente a la turistificación, que no solo se prevean medidas en relación con una clase específica de establecimiento, sino respecto de todas las que generan molestias, o que se acompañen las medidas restrictivas con otras incentivadoras o de fomento de los usos que quieren potenciarse) y que no haya otras que paralelamente contradigan y vayan en contra del objetivo de la medida adoptada. Así, el hecho de que la medida se persiga de forma consistente puede servir como prueba de que la institución en cuestión trata de conseguir ese interés público de forma seria y no con un objetivo proteccionista, discriminatorio o puramente restrictivo de las libertades económicas[39].

Finalmente, la introducción de los criterios de calidad normativa también supondrá la necesidad de prever mecanismos de participación efectiva de la ciudadanía en la redacción de los instrumentos de planificación, para que en ellos se prioricen el interés social, cultural y ambiental de acuerdo con las características, identidad e idiosincrasia de cada territorio (MIALOT, 2019: 25). La perspectiva social, ambiental y participativa conecta la definición de los usos del suelo con el llamado *derecho a la ciudad*, que supone una reapropiación de la ciudad por sus habitantes, en cuanto obra colectiva que debe ser más justa y equilibrada, y que demanda y ayuda a la protección de la identidad y la singularidad de las ciudades en un contexto de progresiva homogeneización (GIFREU I FONT, 2020: 16, y TOLÍVAR ALAS, 2020: 69). Esto exige, entre otras cuestiones, eliminar medidas que otorguen un trato preferente a inversoras de forma poco transparente y mediante la simplificación y relajación del proceso de elaboración y control de la planificación, pero también incorporar procedimientos que permitan y fuercen a realizar determinados trámites para lograr una participación más sustancial y efectiva[40]. Asimismo, las potenciales restricciones tendrán que ser claras, accesibles y fáciles de tramitar y sus efectos tendrán que ser evaluados *ex post*, con el fin de asegurar que con el paso de tiempo se ajustan a los intereses públicos, o en caso contrario poder corregirlas o mejorarlas.

---

[39] Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad al planeamiento urbanístico, GIMENO FERNÁNDEZ (2023: 273).

[40] Se puede encontrar un ejemplo de medidas para el desarrollo de la participación pública en el urbanismo en la región de la Toscana (Italia), donde se ha aprobado la ley núm. 69, de 27 de diciembre de 2007, *Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*, actualizada posteriormente por la núm. 46, de 2 de agosto de 2013, de *Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*. Estas normas prevén la realización de debates públicos regionales, que son procesos de información, debate público y participación sobre obras, proyectos o intervenciones que adquieren una especial relevancia para la comunidad regional en el ámbito ambiental, territorial, paisajístico, social, cultural y económico. El debate ocurre normalmente en las fases previas de elaboración de un proyecto, o de una obra o de una intervención, cuando todavía son posibles todas las diferentes opciones, y supone la puesta en práctica de formas de participación más efectivas, transparentes e intensas que las previsto de forma ordinaria por las leyes urbanísticas autonómicas españolas.

4. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA EUROPEA DEL MEDIO AMBIENTE, *Urban sustainability issues - What is a resource-efficient city?*. Publications Office of the European Union, 23, 2015.

Josep Maria AGUIRRE I FONT, "La regulación municipal de las viviendas de uso turístico: soluciones a través del urbanismo", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 15, 2021, pp. 24-41.

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". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pp. 123-159.

Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos BERNAL PULIDO, trad.). CEPC, 2007 (obra original publicada en 1986).

Juan Cruz ALLI ARANGUREN, "La autonomía local y las relaciones de los entes locales", en Ramón PARADA VÁZQUEZ y CARMEN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (coords.), *Las competencias locales*, Marcial Pons, 2007, pp. 31-82.

Estanislao ARANA GARCÍA, "La intervención local en las viviendas de uso turístico a través de la zonificación urbanística: requisitos y consecuencias", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 10, 2018, pp. 6-21.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*. CEPC, 2004.

Iñaki ATXUKARRO ARRUABARRENA, "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las vinculaciones y limitaciones singulares derivadas de la ordenación urbanística que dan derecho a indemnización", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 22, 2017, pp. 2697-2717.

Iñaki ATXUKARRO ARRUABARRENA, "El urbanismo, el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el derecho de la competencia: usos urbanísticos y ejercicio de actividades en edificios residenciales. El caso de las viviendas turísticas", *Práctica Urbanística*, 2019, pp. 159.

José María BAÑO LEÓN, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Civitas, 1991.

José María BAÑO LEÓN. *Derecho Urbanístico Común*. Iustel, 2009.

Javier BARNÉS VÁZQUEZ, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 495-538.

Martín BASSOLS COMA, "La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible", en José ESTEVE PARDO (coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 677-710.

Felio José BAUZÁ MARTORELL, "La zonificación del alquiler turístico de viviendas. La experiencia de Baleares", en Ana María DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL (dir.) y Andrés BOIX PALOP (coord.), *La regulación del alojamiento colaborativoviviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español* (365-382). Aranzadi, 2018.

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, "Clasificación, categorización y calificación del suelo en la legislación autonómica comparada", *Revista jurídica de Navarra*, núm. 41, 2006, pp. 81-112.

Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.

Francisco BLANC CLAVERO y Luciano PAREJO ALFONSO, *Derecho Urbanístico Valenciano* (2ª ed.). Tirant lo Blanch, 1999.

Mark BOBROWSKI, "The Regulation of Formula Businesses and the Dormant Commerce Clause Doctrine", *The Urban Lawyer*, núm. 44(1), 2012, pp. 227-264.

Andrés BOIX PALOP y Reyes MARZAL RAGA (coord.), *Ciudad y movilidad, la regulación de la movilidad urbana sostenible.* Servei de Publicacions de la Universitat de València.

Andrés BOIX PALOP, "Sentido y orientación de la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales. *Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica*, núm. 2, 2014, pp. 27–48.

Andrés BOIX PALOP, "Los desafíos internacionales de la regulación de la movilidad urbana y la nueva agenda urbana", en Antonio FORTES MARTÍN (dir.), *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano,* Aranzadi, 2019, pp. 77-124.

Roberto O. BUSTILLO BOLADO, "Clasificación y calificación del suelo", en Luis MARTÍN REBOLLO y ROBERTO O. BUSTILLO BOLADO (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Reuters: Aranzadi, 2009, pp. 507-514.

Dolors CANALS I AMETLLER, "L'avaluació de la qualitat normativa: primers passos, primers instruments", *Col·lecció Papers de relacions Govern-Parlament de la Generalitat de Catalunya*, 2008, pp. 126-147.

Otto A. DAVIS, "Economic Elements in Municipal Zoning Decisions", *Land Economics*, núm. 39(4), 1963, pp. 375-386.

Gráinne DE BÚRCA, "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law*, núm. 13(1), 1993, pp, 105-150.

Carmen DE GUERRERO MANSO, "La clasificación del suelo urbano en el contexto urbanístico actual de regeneración de la ciudad", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010, pp. 139-183.

Carmen DE GUERRERO MANSO, *La ciudad existente: delimitación del suelo urbano y en situación de urbanizado*. Iustel, 2011.

Carmen DE GUERRERO MANSO, *La zonificación de la Ciudad: Concepto, Dinámica y Efectos*. Aranzadi, 2012.

Carmen DE GUERRERO MANSO, "La continuidad y equilibrio de los tejidos urbanos: segregación urbana y gentrificación", en María Rosario ALONSO IBÁÑEZ (dir.), *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades. Estudios jurídicos*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 109-139.

Eva DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico* (segunda edición). Aranzadi, 1999.

Javier DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Civitas, 1993.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, "Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial", *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 5, 2022, pp. 73-114.

Robert C. ELLICKSON, "Alternatives to Zoning: Covenants, Nuisance Rules, and Fines As Land Use Controls", *University of Chicago Law Review*, núm. 40(4), 1973 pp. 681-781.

Richard A. EPSTEIN, "Conceptual Approach to Zoning: What's Wrong with Euclid", *New York University Environmental Law Journal*, núm. 5(2), 1996, pp. 277-291.

Alicia ESPEJO CAMPOS, "La vivienda vacacional. Un uso urbanístico diferenciado", en Beatriz FONTICIELLA HERNÁNDEZ e Inmaculada GONZÁLEZ CABRERA (dirs.) y María del Pino RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (coord.), *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaboraborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, 2019, pp. 259-274.

Juli ESTEBAN I NOGUERA, *La ordenación urbanística: conceptos, herramientas y prácticas*. Iniciativa Digital Politècnica, 2011.

David EVERS, "The rise (and fall?) of national retail planning", *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie,* núm. 93 (1), 2002, pp. 107-113.

Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, "Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Planificación y gestión", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, pp. 1-50.

Tomás FONT I LLOVET y Alfredo GALÁN GALÁN, "Más allá de la autonomía local: de la despoblación rural al poder de las ciudades", *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2019, pp. 11-44.

Antonio FORTES MARTÍN, "El urbanismo y la ordenación espacial de la movilidad urbana sostenible", en Antonio FORTES MARTÍN (dir.), *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano*, Aranzadi, 2019, pp. 347-380.

Daniel GALLAND, "Understanding the Reorientations and Roles of Spatial Planning: The Case of National Planning Policy in Denmark", *European Planning Studies*, núm. 20(8), 2012, pp. 1359-1392.

Sacha GARBEN, "An 'Impact Assessment' of EU Better Regulation", en Sacha GARBEN e Inge GOVAERE (eds.), *The EU Better Regulation Agenda. A critical assessment*, Hart Publishing, 2018, pp. 217-242.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Los principios de la organización del urbanismo", *Revista de Administración Pública*, núm. 87, 1978, pp. 301-336.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico.* Civitas, 1981.

Verónica Yazmín GARCÍA MORALES, "Derecho a la ciudad y planeamiento urbanístico municipal", *Anuario de Derecho Municipal*, 13, 2019, pp. 131-164.

Judith GIFREU I FONT, *L'ordenació urbanística a Catalunya*. Marcial Pons, 2012.

Judith GIFREU I FONT, "Un cambio de rumbo en las políticas del suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada", *Cuadernos de Derecho Local*, 33, 2013, pp. 30-55.

Judith GIFREU I FONT, "Las actuaciones sobre el medio urbano como nueva frontera de las políticas públicas al servicio de la sostenibilidad territorial y urbanística", en Fernando GARCÍA RUBIO, Ramón CAMP I BATALLA, y Luciano VANDELLI (coords.), *Las nuevas perspectivas de la ordenación urbanística y del paisaje, smart cities y rehabilitación: una perspectiva hispano-italiana*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 59-94.

Judith GIFREU I FONT, "Ciudades adaptativas y resilientes ante el cambio climático: estrategias locales para contribuir a la sostenibilidad urbana" *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 2018, pp. 102-158.

Judith GIFREU I FONT, "Derecho a la ciudad y derechos en las ciudades (especial referencia al derecho a la vivienda como antesala del derecho a la ciudada)", ponencia presentada en el *XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos.*, INAP, 2020, pp. 1-119.

Clàudia GIMENO FERNÁNDEZ, "La protección del entorno urbano en la jurisprudencia del TJUE", en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ y Joana María SOCÍAS CAMACHO (eds.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2020, pp. 491-501.

Clàudia GIMENO FERNÁNDEZ, *Usos del sòl per a fer ciutat. Instruments urbanístics per a regular l'establiment d'activitats econòmiques i assolir objectius socials i ambientals*. Tirant lo Blanch, 2023.

M. Victoria GÓMEZ GARCÍA, "Una mirada sociológica a la movilidad sostenible: género y exclusión social", en Antonio FORTES MARTÍN (dir.), *Movilidad urbana sostenible y acción administrativa. Perspectiva social, estrategias jurídicas y políticas públicas de movilidad en el medio urbano* (497-520). Aranzadi, 2019, pp. 497-520.

Nicolás Alejandro GUILLÉN NAVARRO, "Viviendas de uso turístico y turismofobia", en Ana María DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL (dir.) y Andrés BOIX PALOP (coord.), *La regulación del alojamiento colaborativoviviendas de uso turístico y alquiler de corta estancia en el derecho español* (171-188). Aranzadi, 2018.

Vassilis HATZOPOULOS, "Justifications for Restrictions to Free Movement: Towards a Single Normative Framework?", en Mads ANDENAS, Tarjei BEKKEDA y Luca PANTALEO (eds.), *The Reach of Free Movement*, TMC Asser Press, 2017, pp. 131-156.

Jeff HIRT y Joe SELLARS, "Goodbye Main Street?", *Zoning Practice (American Planning Association)*, 10, 2007, pp. 2-7.

Willem K. KORTHALS ALTES, "Planning initiative: Promoting development by the use of options in Amsterdam", *Land Use Policy*, núm. 83, 2019, pp. 13-21.

LE CORBUSIER, *Principios de Urbanismo* (Capella, Juan-Ramón, trad., edición original de 1957). Ediciones Ariel, 1971.

Ramón LÓPEZ DE LUCIO, *Ciudad y urbanismo a finales del siglo XX*. Universitat de València, 1993.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, "El modelo de ciudad en el urbanismo español", en Judith GIFREU I FONT, Martín BASSOLS COMA y Ángel MENÉNDEZ REXACH (dirs.), *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, INAP, 2016, pp. 105-119.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Las vinculaciones singulares urbanísticas*. Atelier, 2020a.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, "Teoría de las vinculaciones singulares urbanísticas" *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 55, 2020b, pp. 220-258.

Peiwen LU y Dominic STEAD, "Understanding the notion of resilience in spatial planning: A case study of Rotterdam, The Netherlands", *Cities*, núm. 35, 2013, pp. 200–212.

Franco MANCUSO, *Las experiencias del zoning* (Rossend Arqués, trad.). Gustavo Gili, 1980 (obra original publicada en 1978).

Ángel MENÉNDEZ REXACH, "Autonomía municipal urbanística: contenido y límites", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 5, 2006, pp. 13-36.

Camille MIALOT, "El usuario, titular del derecho a la ciudad", en Juli PONCE SOLÉ, Wellington MIGLIARI y Oscar CAPDEFERRO VILAGRASA (coords.), *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano: desafíos transnacionales y transdisciplinarios de la gobernanza en la Nueva Agenda urbana*, Atelier, 2019, pp. 25-33.

Camille MIALOT, *La ville au changement climatique: Nouveaux instruments juridiques*. Berger Levrault, 2020.

Carlos MORENO, "La Ville du Quart D'heure: Pour un Nouveau Chrono-Urbanisme", *La Tribune*, 2016. Disponible en línea: https://www.latribune.fr/regions/smart-cities/la-tribune-de-carlos-moreno/la-ville-du-quart-d-heure-pour-un-nouveau-chrono-urbanisme-604358.html.

Carlos MORENO, Zaheer ALLAM, Didier CHABAUD, Catherine GALL y Florent PRATLONG, "Introducing the '15-Minute City': Sustainability, Resilience and Place Identity in Future Post-Pandemic Cities", *Smart Cities*, núm. 4(1), 2021, pp. 93-111.

María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, "Propiedad privada, función social, y Texto Refundido de la Ley del Suelo", *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 20, 2009, pp. 73-94.

María Astrid MUÑOZ GUIJOSA, *La vinculación singular en la normativa sobre suelo y urbanismo*. Aranzadi, 2015.

Walter MUSAKWA y Adriaan Van NIEKERK, "Implications of land use change for the sustainability of urban areas: A case study of Stellenbosch, South Africa", *Cities*, núm. 32, 2013, pp. 143-156.

Barrie NEEDHAM, "Land policy in the Netherlands", *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, núm. 88(3), 1997, pp. 291-296.

Barrie NEEDHAM, *Planning, Law and Economics. An investigation of the rules we make for using land*. Routledge, 2006.

Eva NIETO GARRIDO, El Estatuto Constitucional de los Entes Locales. Aranzadi, 2018.

Alba NOGUEIRA LÓPEZ, "Directiva de Servicios & asociados: contexto, ámbito de aplicación y objetivos", en Giovanni Maria CARUSO y Massimo MONTEDURO (coords.) y Diana SANTIAGO IGLESIAS y María BERTEL (dirs.), *Libre prestación de servicios y administración local. Análisis comparado de la transposición de la Directiva Bolkestein diez años después*, Aranzadi Thomson Reuters, 2018, pp. 81-106.

Julia ORTEGA BERNARDO, *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*. Marcial Pons, 2014.

María PARDO ÁLVAREZ, *La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonómico y democrático de derecho*. Marcial Pons, 2005.

José Manuel PÉREZ FERNÁNDEZ, *Urbanismo comercial y libertad de empresa*. Marcial Pons, 1998.

Juli PONCE SOLÉ, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*. Civitas, 1996.

Juli PONCE SOLÉ, "Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito de las reservas legales de vivienda protegida como instrumento de desarrollo urbanístico sostenible", en DA, *Diversidad y convivencia en las ciudades*, Fundació Carles Pi i Súnyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2004, pp. 155-222.

Juli PONCE SOLÉ, "Desarrollo territorial y urbanístico sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo", en Jesús DEL OLMO ALONSO (coord.), *Derecho urbanístico del Siglo XXI: libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma* (2º vol.), Bosch, 2008, pp. 488-548.

Ferran PONS CÀNOVAS, *La incidencia de las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad: perspectivas actuales*. Marcial Pons, 2004.

Jesús María RAMÍREZ SÁNCHEZ, *Urbanismo para una nueva ciudad. El principio de desarrollo urbano sostenible*. Aranzadi, 2021.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Normas de conducta y normas de control: Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2015.

Alejandro ROMÁN MÁRQUEZ, "Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona", *Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica*, núm. 10, 2018, pp. 22–39.

María Jesús ROMERO ALOY y Fernando ROMERO SAURA, *La zonificación urbanística*. La Ley, 2013.

María Jesús ROMERO ALOY, "La zonificación urbanística. Algunas innovaciones", *Práctica Urbanística*, núm. 109, 2011, pp. 22-30.

María Jesús ROMERO ALOY, "Un análisis sistemático de los parámetros urbanísticos de la edificación", *ACE: Architecture, City and Environment=Arquitectura, Ciudad y Entorno*, núm. 8(22), 2013, pp. 45-76.

María Jesús ROMERO ALOY, "Capítulo IV. La zonificación urbanística en la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunidad Valenciana", en Jorge HERVÁS MÁS (coord.), *Nuevo régimen urbanístico de la Comunidad Valenciana. Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat Valenciana)*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 167-198.

Fernando ROMERO SAURA, *La calificación urbanística del suelo (de la ley de 12-V-1956 al régimen de 1975)*. Montecorvo, S.A., 1975.

Tore SAGER, "Neo-liberal urban planning policies: A literature survey 1990–2010", *Progress in Planning*, núm. 76, 2011, pp. 147–199.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en Javier DELGADO BARRIO (dir.), *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, CGPJ, 1994, pp. 145-162.

Patricia E. SALKIN, "Municipal Regulation of Formula Businesses: Creating and Protecting Communities", *Case Western Reserve Law Review,* núm. 58, 2007, pp. 1251-1287.

Bernard H. SIEGAN, *Land use without zoning*. Rowman & Littlefield Publishers, 2021 (edición original de 1972).

Sofía SIMOU, *Derecho local del cambio climático*. Marcial Pons, 2020.

Javier SOLA TEYSSIERE, "Delimitación material de la razón imperiosa de interés general 'protección del entorno urbano' a través de la jurisprudencia urbanística", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 207, 2020.

Francisco SOSA WAGNER, "Aproximación básica a las competencias locales", en Ramón PARADA VÁZQUEZ y Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (dirs.), *Las competencias locales*, Marcial Pons, 2007, pp. 17-30.

Leopoldo TOLÍVAR ALAS, "Gobierno de y desde la ciudad" en Concepción BARRERO RODRÍGUEZ y Joana María SOCÍAS CAMACHO (eds.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2020, pp. 59-83.

Joaquín TORNOS MAS, "La licencia comercial específica y el régimen de las autorizaciones en la Directiva de Servicios", en Helena VILLAREJO GALENDE (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo,* Comares, 2009, pp. 25-50.

José Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*. Civitas, 1996.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los Servicios y atajar el daño causado por los monopolios", 1993.

Takis TRIDIMAS, "The Principle of Proportionality", en Robert SCHÜTZE y Takis TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law. The European Union Legal Order: Volume I*, Oxford, 2018, pp. 243-264.

Marcos VAQUER CABALLERÍA, "La consolidación del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la última década", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017, pp. 499-525.

Francisco VELASCO CABALLERO y Jorge CASTILLO ABELLA. (2021). "Fuentes de derecho local", en Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, 2021, pp. 73-106.

Francisco VELASCO CABALLERO "Elaboración de Ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113, 2019a, pp. 299-349.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Municipios urbanos versus municipios rurales: homogeneidad y diversidad", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 13, 2019b, pp. 21-53.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Constitución y gobierno local", en Francisco VELASCO CABALLERO (dir.), *Tratado de Derecho Local* (15-36). Marcial Pons, 2021, pp.15-36.

José VIDA FERNÁNDEZ, "La evaluación de impacto normativo como instrumento para la mejora de la regulación", en Luciano PAREJO ALFONSO y José VIDA FERNÁNDEZ (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 267-512.

Igor YÁNEZ VELASCO, "Conceptos de uso en la legislación del suelo (Especial referencia a la calificación y zonificación", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 156, 1997, pp. 65-120.

Robert ZBÍRAL, "The Better Regulation Agenda and the Deactivation of EU Competences", en Sacha GARBEN e Inge GOVAERE (eds.), *The EU Better Regulation Agenda. A critical assessment*, Hart Publishing, 2018, pp. 63-75.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 111-168
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_2334
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Francisco Velasco Caballero
ISSN: 2695-7191
Recibido: 17/06/2024 | Aceptado: 20/05/2024
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

CUOTAS Y PREFERENCIAS

Francisco Velasco Caballero
Catedrático de Derecho administrativo
Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-1055-3939

RESUMEN: Muchos ordenamientos jurídicos favorecen la presencia de determinados grupos o categorías sociales en órganos o entidades públicos: en sus parlamentos o en sus Administraciones públicas. A veces, la presencia institucional de estos grupos se articula mediante cuotas y criterios de preferencia en la composición o estructura interna de aquellos órganos o entidades. Esta es una nota característica de las "sociedades complejas", en las que distintos grupos o categorías sociales pugnan por su reconocimiento, por el Estado y por el Derecho. Aunque la cuotas y preferencias son muy diversas, en este estudio se parte de la premisa metodológica de que es posible un análisis teórico general de todas ellas. De este análisis no deriva, como hipotética consecuencia dogmática, que todas las cuotas y preferencias tengan un significado jurídico único. Se propone, más bien, que el significado jurídico de cada cuota o preferencia resulta de la mayor o menor presencia de uno de estos cuatro valores o principios constitucionales: igualdad (arts. 1, 9.2 y 14 CE), democraticidad (art. 1.1 CE), eficacia administrativa (art. 103.1 CE); y mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). Partiendo de la distinta relevancia de estos cuatro valores o principios constitucionales respecto de cada cuota o preferencia, resulta posible también un estudio analítico sobre los elementos definitorios de todas las cuotas y preferencias, a saber: el grupo beneficiado; el órgano o entidad que soporta la cuota o preferencia; el tipo de cuota o preferencia; y sus efectos jurídicos.

PALABRAS CLAVE: derecho de igualdad; mérito y capacidad en la función pública; acción positiva; cuotas; discriminación inversa.

ABSTRACT: Many legal systems favor the presence of certain social groups in public bodies or public entities: in their parliaments or in their public administration. Sometimes, the institutional presence of these groups is achieved through quotas and preference criteria in the composition or internal structure of those bodies or entities. This is a characteristic feature of "complex societies", in which

different groups or social categories seek the recognition of the State and the Law. Although the quotas and preferences are very diverse, this article considers that a general theoretical analysis of all of them is possible. It does not mean, as a hypothetical dogmatic consequence, that all quotas and preferences have the same legal meaning. Rather, it is proposed that the legal meaning of each quota or preference results from the greater or lesser presence of one of these four constitutional values or principles: equality (arts. 1, 9.2 and 14 of the Constitution, CE), democracy (art. 1.1 CE), administrative efficiency (art. 103.1 CE); and merit and capacity to access to civil service (art. 103.3 CE). Considering the different relevance of these four values or constitutional principles with respect to each quota or preference, it is also feasible to define the constituent elements with which all quotas and preferences are built, namely: the favored group; the body or entity that supports the quota or preference; the type of quota or preference; and its legal effects.

KEYWORDS: right to equal treatment; merit and capacity in public office; affirmative action; quotes; reverse discrimination.

SUMARIO: 1. Planteamiento.— 2. Acotación empírica y fenomenológica.— 3. Coordenadas constitucionales de las cuotas y preferencias: 3.1. Igualdad: 3.1.1. Igualdad y grupos beneficiados; 3.1.2. Igualdad y grupos perjudicados; 3.2. Representatividad; 3.3. Mérito y capacidad en el acceso al empleo público; 3.4. Eficacia administrativa.— 4. Estructura técnica de las cuotas y preferencias; 4.1. El grupo beneficiado; 4.2. Órgano o entidad que soporta la cuota; 4.3. Tipo de cuota o preferencia; 4.4. Consecuencias jurídicas de las cuotas. —5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO [1]

1. En nuestro tiempo, muchos ordenamientos jurídicos favorecen la presencia de determinados grupos o categorías sociales en órganos o entidades públicas y pri-

[1] Abreviaturas y acrónimos: BGleiG: Bundesgleichgesetz; BVerwGE: Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung; CE: Constitución Española; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público; GG: Grundgesetz: HambGleiG: Hamburgisches Gleigesetz; LBRL: Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LGDPD: Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social; LOI: Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; US: United States of America; USC: United States Code.

El presente estudio fue presentado el 3 de abril de 2024 en el Seminario Interuniversitario de Investigación que coordina la profesora Sofia Simou (UAM). Tras la discusión en el seminario se corrigieron varios aspectos del texto inicial (fundamentalmente, se modificó la parte introductoria del artículo, para informar con más precisión sobre el significado jurídico de las cuotas y referencias; y se enmendó la explicación referida a la relación entre las leyes de igualación y el derecho fundamental a la igualdad).

En el proceso de evaluación por pares en la RDPTM, el artículo recibió dos extensos, detallados y excelentes informes de evaluadores anónimos, que de nuevo determinaron numerosas modificaciones en el texto del artículo (en especial, en relación con la jurisprudencia antidiscriminatoria norteamericana y con la legislación de discapacidad española). A todos los colegas que han leído y propuesto correcciones al artículo agradezco su interés y dedicación.

En fase de revisión de pruebas se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Esta ley contiene preceptos relevantes en relación con las cuotas por sexo en órganos constitucionales y de relevancia constitucional. Ello

vadas en sus órganos constitucionales: en los consejos de dirección de sus sociedades mercantiles, en sus parlamentos, o en sus Administraciones públicas. A veces, esta presencia se articula mediante *cuotas, reservas o criterios de preferencia* en la composición o estructura interna de aquellos órganos o entidades. En este estudio me voy a centrar en las cuotas, reservas o preferencias en *órganos públicos*, aunque algunas de las cuestiones que aquí se abordan tienen correspondencia en el ámbito privado (fundamentalmente, en el ámbito empresarial). Así, mediante la Ley Orgánica 2/2024, se ha dado una nueva redacción al art. 529 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), que ahora exige composición equilibrada de mujeres y hombres en el consejo de administración de las sociedades cotizadas.

2. En España son bien conocidas las cuotas en las *listas electorales* para promover una mayor presencia de las mujeres en los parlamentos y plenos municipales (*infra* § 20). La reciente Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, también ha fijado (arts. 2 a 6) cuotas mínimas (del 40 por 100 para cada sexo) en la composición de órganos constitucionales y de relevancia constitucional (Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Gobierno, Consejo de Estado, Consejo Fiscal y Tribunal de Cuentas). La misma ley orgánica ha impuesto también el principio de "representación equilibrada" (esto es, reserva del 40 por 100 de puestos para cada uno de los dos sexos) para los cargos de secretario/a de Estado de cada ministerio (nuevo art. 55 bis de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: LRJSP) y para los cargos directivos del sector público institucional estatal (nuevo art. 88 bis LRJSP). También conocemos preferencias y reservas de plazas *en el empleo público*, a favor de mujeres (*infra* § 21), personas con discapacidad (*infra* § 23) y personas transexuales (*infra* § 22). En algunas comunidades autónomas se favorece el acceso al empleo público de los *hablantes de lenguas propias oficiales* (*infra* § 19). Fuera de nuestras fronteras se conocen, además de las cuotas y reservas presentes en España, otras que favorecen a determinados grupos *étnicos, raciales y religiosos*.

3. Aunque en el lenguaje común se habla de "cuotas" de género o sexo, étnicas o a favor de personas con discapacidad, el lenguaje normativo normalmente no utiliza aquel término. Sí utiliza en cambio, con igual significado, el término "reserva". En ambos casos se alude a que en la composición de un órgano o entidad debe haber un número o porcentaje de personas de un determinado grupo social. Las concretas personas que ocupan esa cuota o reserva pueden ser elegidas en procesos electorales o pueden ser seleccionadas por sus méritos y capacidades. Lo determinante es, en todo caso, que sólo las personas de un determinado grupo social pueden ser elegidas o seleccionadas para colmar la cuota o reserva. En este sentido, las personas de ese grupo social *no compiten* con otros grupos sociales para ocupar los puestos de la cuota o reser-

---

no obstante, las novedades de la ley orgánica, aunque son muy importantes desde el punto de vista normativo, no afectan a la estructura y propuestas teóricas de este artículo (más bien, las refuerzan). En consecuencia, en la corrección final de las pruebas simplemente se han añadido algunas referencias concretas a la mencionada Ley Orgánica 2/2024.

va. La competencia si la hay, se da entre personas del mismo grupo. La configuración normativa de una cuota puede ser muy diversa. Como se analizará más adelante, puede haber cuotas absolutas o relativas, y cuotas indefinidas y temporales (*infra* § 89).

4. A diferencia de las cuotas, las *preferencias* no aíslan un número de puestos (dentro de un órgano o entidad) que sólo pueden ocupar las personas de un concreto grupo. Las preferencias no excluyen las competiciones (electorales o selectivas) entre los miembros de distintos grupos. Se limitan a favorecer a los miembros de un grupo, frente a los demás. Al igual que las cuotas, las preferencias presentan muy diversas formas. Pueden consistir en *un mérito* o muestra de capacidad (en un procedimiento selectivo) característico de un concreto grupo social, como ocurre con frecuencia con los hablantes de lenguas minoritarias. O puede ser simplemente un criterio de *desempate*, a igualdad de condiciones entre candidatos. Lo relevante de las preferencias es que *no predeterminan la composición de un órgano*, solamente favorecen la presencia de un determinado grupo social en ese órgano o entidad.

5. Dada la diversidad de formas que pueden adoptar las cuotas y las preferencias; con carácter general no se puede establecer una *gradación de intensidad* entre ellas. Es cierto que las cuotas impiden la competencia (electoral o selectiva) de otros individuos para un número concreto de cargos o puestos, pero no impiden dicha competencia para los demás puestos, plazas o cargos. Del otro lado, una preferencia, aparentemente de efectos más livianos (porque no excluye la competencia), puede resultar más contundente en contextos de alta simetría entre candidatos (y donde, por tanto, el plusvalor que la preferencia concede a los miembros de un grupo los sitúa en una mejor posición cuasi-universal).

6. En este estudio se habla de *grupos* en un sentido sociológico. Se hace referencia a conjuntos más o menos homogéneos de personas que comparten una cierta identidad colectiva y que son externos al Estado. La *homogeneidad* resulta de la común presencia de algunas características naturales, biológicas o culturales propias y relevantes. Se habla así de "grupo" en relación con el conjunto de mujeres de un país, pese a que estas son, más que un grupo en sentido estricto, una categoría social[2]. También se puede hablar de un cierto sentido de *identidad colectiva* en cada grupo social, que es lo que en última instancia propicia su actividad política y el reconocimiento por parte del Estado. Esta identidad colectiva está presente, sin duda, en los grupos étnicos o raciales. Pero también en el conjunto de mujeres de un país o en el conjunto de las personas con discapacidad[3]. Por último, un tercer elemento definitorio del grupo social está en su *existencia externa al Estado y el Derecho*: el grupo social no es una creación estatal, aunque puede ser regulado e institucionalizado mediante el Derecho.

7. Tradicionalmente, las cuotas y preferencias suelen analizarse en el marco de la acción positiva del Estado para la igualación de grupos y minorías sociales tradicio-

---

[2] Rodolfo FIGUEROA, "¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 42.1 (2015), pp. 189-214 (p. 208)

[3] Francis FUKUYAMA, *Identity*, Profile Books, London, 2018, p. 105.

nalmente discriminados. Sin negar la importancia de esta perspectiva igualitaria, este estudio se centra en la virtualidad de las cuotas y preferencias para la consecución de *múltiples fines públicos*, no solo igualitarios. En este estudio, las cuotas y preferencias se conectan directamente con la realidad de las sociedades contemporáneas, crecientemente caracterizadas como sociedades complejas.

8. En las llamadas "sociedades complejas" conviven diversos grupos o categorías sociales que pugnan por su reconocimiento y protegen sus intereses o su identidad, frente a la de los otros grupos o frente a la identidad predominante en determinados ámbitos de la sociedad o de las organizaciones públicas y privadas[4]. El reconocimiento estatal de esa complejidad social se hace, entre otras formas, a través de cuotas y preferencias en la composición de los órganos y entidades públicas. Aunque cada cuota, reserva o preferencia tiene una finalidad específica, y a favor de un concreto grupo o categoría social, todas ellas expresan jurídicamente la realidad de *sociedades crecientemente complejas*, donde bajo un mismo orden colectivo conviven grupos e identidades múltiples. Son sociedades que ya no niegan la diversidad y pluralidad de identidades mediante ideas políticas y jurídicas uniformadoras[5], como son el concepto mismo de nación, la generalidad de la ley, la igual titularidad de derechos individuales o la comprensión de la igualdad como estricta igualdad de trato.

9. Podríamos convenir que las sociedades contemporáneas son más complejas que las de, pongamos, hace un siglo. Pero lo verdaderamente novedoso es el cambio de perspectiva analítica, más que la realidad social. En un *cambio de paradigma* hoy ya presente en todas las ciencias, se asume que ningún ámbito de la realidad (ni natural ni social) es homogéneo y lineal[6]. En todo lo que nos rodea hay múltiples elementos en interacción continua que definen de forma cambiante —e imprevisible— aquello que convencionalmente llamamos realidad. Este paradigma científico, que ya ha sacudido a las ciencias naturales, la economía, la sociología y la ciencia política, recala ahora también en el Derecho. Tenemos, entonces, que en las actuales sociedades complejas, los distintos grupos de identidad buscan reconocimiento y presencia o participación: en el conjunto de la sociedad y en el Estado. Las cuotas, reservas y preferencias a las que se refiere este estudio son expresión directa de esta complejidad social, que se ha trasladado al Derecho positivo. Mediante las cuotas y preferencias, ciertos grupos o categorías sociales son reconocidos e interiorizados por el Estado y el Derecho.

10. En esta primera aproximación al objeto de estudio se aprecia que las cuotas y preferencias son muy diversas. Tanto por el *tipo de grupo* al que se refieren como por la *finalidad* a la que sirve cada cuota o preferencia. En este estudio se parte de la premisa metodológica de que es posible un *análisis teórico general* de todas las cuotas

---

[4] Francis FUKUYAMA, *Identity*, cit., pp. 22 y 112; Zygmunt BAUMAN, *Tiempos líquidos*, Tusquets, Barcelona, 2022 [2007], p. 107.

[5] Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, p. 122.

[6] Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 67

o preferencias de grupos. De este análisis no deriva, como hipotética consecuencia dogmática, que todas las cuotas y preferencias tengan un significado jurídico único. Se propone, más bien, que el significado jurídico de cada cuota o preferencia resulta de la mayor o menor presencia de uno de estos *cuatro valores* o principios constitucionales: igualdad (arts. 1, 9.2 y 14 CE), democracia (art. 1.1 CE), eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y mérito y capacidad en el acceso a la función pública art. 103.3 CE) (*infra* §§ 29-71). La distinta relevancia de estos cuatro valores o principios constitucionales, respecto de cada cuota o preferencia, se toma como punto de partida para un estudio analítico sobre los *elementos definitorios* de todas las cuotas y preferencias, a saber: el grupo beneficiado; el órgano o entidad que soporta la cuota o preferencia; el tipo de cuota; y los efectos jurídicos de cada cuota (*infra* § 72). De este modo, si bien es cierto que el análisis de las cuotas y preferencias podría limitarse a la identificación y descripción comparativa de sus elementos definitorios, el objeto de este estudio no es la simple descomposición analítica de cada cuota o preferencia. La estructura interna de cada cuota o preferencia se considera aquí de forma instrumental, *para valorar su mayor o menor adecuación* a cada uno de los cuatro valores o principios constitucionales ya señalados.

2. ACOTACIÓN EMPÍRICA Y FENOMENOLÓGICA

11. Las cuotas, reservas y preferencias son instrumentos jurídicos propios de nuestro tiempo. Sirven para *garantizar o aumentar la presencia* de un concreto grupo o categoría social en concretas entidades o instituciones públicas. No están ligadas a un único grupo social, como tampoco a una única finalidad. Son susceptibles de ser utilizadas en muy diversos contextos sociales, y para muy diversos fines. Pueden servir a fines igualatorios, a favor de grupos sociales históricamente discriminados o preteridos. Pero también pueden servir a otros fines, como la promoción de una lengua minoritaria o regional, favoreciendo la presencia de sus hablantes en la Administración. La historia muestra que las cuotas o preferencias, una vez experimentadas en un concreto contexto institucional, y en relación con un concreto grupo, se expanden a otras organizaciones públicas, para otros grupos y para otros fines. En un escenario de probable proliferación de grupos sociales autoorganizados[7], definidos ya no por elementos naturales o culturales, sino incluso por simples afinidades de intereses, es posible una expansión progresiva de las cuotas y preferencias, para grupos muy diversos.

12. Como es propio de toda teoría jurídica, la construcción conceptual de las cuotas y preferencias ha de hacerse a través de un material empírico-jurídico concreto[8], sin perjuicio de que los conceptos ya formados puedan reutilizarse, por su utilidad explicativa y dogmática, para otros sectores de la realidad jurídica. El propó-

[7] Steven JOHNSON, *Sistemas emergentes*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003 [2001], p. 81.

[8] Claus-Wilhem CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995 [1993], p. 41.

sito teórico de este estudio descansa sobre dos ámbitos jurídico-positivos relevantes y característicos: las cuotas y preferencias por sexo y por discapacidad. En menor medida se considera la lengua, que sólo indirectamente genera algunas preferencias a favor sus hablantes. Los cuotas o preferencias étnicas, en la medida en que no están presentes en el Derecho español, se toman aquí sólo como referentes comparados, que ayudan a construcción de los conceptos abstractos de cuota y preferencia.

13. Podría distinguirse, en abstracto, entre cuotas o preferencias *políticas* (las que se refieren a la composición de cámaras o asambleas parlamentarias) y *administrativas* (las que determinan la presencia de determinados grupos sociales en órganos directivos o en las estructuras de empleo de la Administración). También podría distinguirse entre cuotas y preferencias *más o menos identitarias*. Estas clasificaciones son sin duda útiles, porque permiten entender mejor el significado social y jurídico de cada cuota o preferencia. Sin embargo, aun reconocida la utilidad dogmática de esas posibles clasificaciones, en este estudio se va a centrar la atención en la cuota y la preferencia como *instrumentos técnico-jurídicos* susceptibles de ser empleados para diversos fines, grupos y entidades públicas. Con esto no se niega que el contexto y finalidad de cada concreta cuota o preferencia defina su significado jurídico. Sostengo, más simplemente, que a partir de la realidad jurídico-positiva es posible destilar, por *inducción*, dos conceptos jurídicos (cuota y preferencia). Estos conceptos teóricos tienen, además, una clara utilidad *dogmática*[9]. Porque facilitan el manejo del Derecho positivo (tanto su elaboración como su aplicación práctica). Los conceptos de cuota y preferencia pueden ser utilizados por las leyes de distinta manera, para distintos fines y en diversos ámbitos. Pero en esa utilización diversa, las leyes implícitamente parten de que las cuotas y las preferencias tienen ciertos *rasgos definitorios comunes*. Cuentan con una *racionalidad jurídica inmanente* que facilita su utilización en contextos muy diversos y facilita su aplicación práctica.

14. Con una visión universal, se pude considerar que *no hay una línea de continuidad histórica o política* entre las diversas cuotas y preferencias. Así, hay ejemplos históricos de cuotas indígenas que no guardan ninguna relación aparente con las cuotas indígenas contemporáneas. Las actuales cuotas o preferencias indígenas parecen más conectadas con las cuotas o preferencias de sexo o por discapacidad. Históricamente se pueden rastrear algunas cuotas indígenas ligadas a la *colonización*, como forma de asimilación de la población autóctona en las instituciones coloniales. Es el caso de Nueva Zelanda, donde una Ley británica de 10 de otubre de 1867 ya reservaba varios escaños (en la actualidad, siete) para a la población aborigen (*maorí*). Aún hoy cada elector maorí puede optar entre votar para la provisión de los escaños comunes o de los escaños reservados[10]. Pero, en mi opinión, estas cuotas indígenas, que responden a un concreto contexto histórico-colonial, guardan poca conexión de sentido con otras cuotas indígenas contemporáneas, como el de las comunidades chilenas (*infra* § 17), que poco tienen que ver con la integración colonial (mediante

[9] Sobre esto: Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos jurídicos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, Saô Paulo, 2018, p. 82.

[10] Véase: "The origins of the Mâori Seats", New Zealand Parliament, 2009.

cuotas) y que en cambio entroncan con vectores contemporáneos de reconocimiento de la diversidad étnica.

15. Salvados los antecedentes históricos más lejanos, se puede afirmar que las cuotas y preferencias son un instrumento político y jurídico *contemporáneo*, desde mediados del siglo xx. Se han utilizado allí donde un determinado grupo social reclamaba la superación de discriminaciones históricas o un mayor reconocimiento por parte del Estado, y siempre que esas reclamaciones no se toparan con objeciones políticas o constitucionales de peso. Como antecedente inmediato de cuotas y preferencias en la Administración pública, hoy muy extendidas, en 1949 la *Constitución de la India* ya autorizaba cuotas de empleo público a favor de clases sociales (castas) desfavorecidas[11]. Con todo, desde mediados del siglo xx, los dos grandes impulsos para la proliferación de las cuotas y preferencias están en diversos convenios de Naciones Unidas contra la discriminación racial y sexual y en las leyes y políticas norteamericanas de *acción positiva* (*affirmative action*) frente al racismo[12].

16. A partir de la década de los años 60 del siglo xx, las llamadas "medidas especiales" contra la discriminación, que indiscutiblemente incluyen posibles cuotas o preferencias, se prevén en diversos *convenios de Naciones Unidas* contra las diversas formas de discriminación: en el art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965 (ratificado por España en 1969); y en el art. 4.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado por España el 16 de diciembre de 1983). Muy posterior, ya contemporáneo, es el art. 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España 23 de noviembre de 2007), que se inspira en los previos convenios antidiscriminatorios de Naciones Unidas, aunque ya con un objetivo más promocional (de la autonomía individual) que antidiscriminatorio.

17. El modelo comparado más influyente, para la expansión de las cuotas y preferencias, proviene de los *Estados Unidos de América*. Desde la segunda mitad del siglo xx, en los Estados Unidos son frecuentes las cuotas y —sobre todo— las preferencias de acceso a las universidades (públicas y privadas) a favor de *estudiantes negros* (y en menor medida, de otras razas, etnias u orígenes). Estas cuotas o preferencias fueron

---

[11] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 p. 16. Según el art. 16. 4 de la Constitución de la India: "Este precepto constitucional no impide que el Estado reserve nombramientos o puestos de empleo público a favor de cualquier clase social desfavorecida que, según el criterio del propio Estado, no se encuentre adecuadamente representada en los servicios públicos". Por medio de la reforma constitucional de 1995, se añadió un nuevo párrafo 4 A) al art. 16.4 de la Constitución, estableciendo que: "La Constitución no impide que, para la prestación de servicios públicos, el Estado promueva o reserve puestos a favor de castas o tribus que, según el criterio del propio Estado, no se encuentren adecuadamente representadas en los servicios públicos".

[12] Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012, p. 38.

aceptadas, aunque con límites, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Así ocurrió en el asunto que da lugar a la sentencia *Bakke* (1978)[13], donde la Facultad de Medicina de la Universidad de California reservaba el 16 por 100 de sus plazas para estudiantes de concretas minorías. Poco después también se establecieron cuotas o preferencias de mujeres en el acceso al empleo público o a la contratación administrativa. Desde finales de los años ochenta del siglo xx ha ido aumentando la resistencia, tanto política como jurídica, frente a estas medidas de discriminación positiva o *affirmative action*[14]. Por ahora, las objeciones jurídicas más contundentes provienen de la Sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Students for Fair Admissions* (2023)[15], donde se sienta una jurisprudencia ya abiertamente contraria a las preferencias abstractas (en el acceso a la universidad) de concretas minorías étnicas. En puridad, las cuotas o preferencias norteamericanas no siempre se refieren a la composición subjetiva de órganos y entidades públicas. En especial, las cuotas o preferencias étnicas en las universidades nada dicen de la participación de los correspondientes grupos sociales en el gobierno universitario. Son cuotas o preferencias que promueven la diversidad en muy distintos ámbitos de la vida social[16], pero que no definen la composición de órganos o instituciones. Ello no obstante, y aunque el presente estudio tiene por objeto las cuotas y preferencias en la composición de órganos públicos, aquellas otras reservas y preferencias (las no referidas a la composición de órganos públicos) han definido los términos el debate jurídico que luego se ha extendido al conjunto de las cuotas o preferencias; y no sólo en Estados Unidos, sino en muchos otros países. Las elaboraciones jurisprudenciales y académicas norteamericanas sobre las cuotas y preferencias étnicas han sido muy influyentes en Europa. Pero, paradójicamente, no para configurar acciones positivas a favor de grupos étnicos, sin para promover la igualdad de las *mujeres*. Esta influencia de las cuotas o preferencias étnicas sobre las femeninas (o de sexo) genera algunas disfunciones, porque las mujeres no son un grupo social minoritario, sino más de la mitad de la población.

18. También en relación con la diversidad étnica, aunque para realidades sociales muy distintas, en algunos países se han reservado cuotas o puestos a favor de *comunidades indígenas*. En este caso, como contrapunto a los países que han optado por el autogobierno más o menos amplio de las comunidades indígenas —como ha ocurrido en Canadá con las llamadas *First Nations* preexistentes a la colonización francesa y británica—[17] otros países han optado por reservar a sus comunidades indí-

---

[13] *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) 438 US 265. Una explicación y traducción de esta sentencia, en Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, BOE, Madrid, 2005, p. 438

[14] Sally C. SELDEN, "A Solution in Search of a Problem? Discrimination, Affirmative Action and the New Public Service", *Public Administration Review*, 66-6 (2006), pp. 911-923 (p. 913); Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada…,* p. 42.

[15] *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* and *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina et* al., sentencia de 29 de junio de 2023. Citada como: *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023).

[16] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 176.

[17] Réal CARRIÈRE y Royce KOOP, "Indigenous Political Representation in Canada*", Canadian Journal of Political Science*, núm. 56 (2023), pp. 257-278 (p. 258).

genas algunos puestos en órganos colegiados estatales. Es el caso de Chile, que reserva ocho "representantes indígenas" en el Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena [18]. En este caso, los puestos reservados se refieren a un órgano administrativo, no a una cámara parlamentaria.

19. La diversidad lingüística, vinculada o no a la pluralidad étnica, también ha encontrado reconocimiento mediante preferencias (más que por medio de cuotas). La Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias, de 5 de noviembre de 1992 (ratificada por España en 2001), prevé una planificación del empleo público a fin de garantizar un "número suficiente de empleados con conocimiento de una lengua regional o minoritaria" [19], y prevé también que tal planificación puede incluir un "reclutamiento" o acceso especial para los hablantes de una lengua (art. 10.2 b) y c). En el caso de España, esta previsión internacional se concreta, en ocasiones, en *requisitos* lingüísticos de acceso al empleo público o en el reconocimiento de mayor *mérito* y/o capacidad a quien muestra un conocimiento lingüístico específico. Según cada concreto contexto lingüístico, esta promoción indirecta de los hablantes de una concreta lengua puede desplegar los efectos propios de una cuota o una preferencia. Según la jurisprudencia constitucional, este efecto no es por sí ilícito, siempre que no sea desproporcionado. Se entiende que hay tal desproporción cuando el nivel lingüístico exigido no guarda relación directa con el tipo de funciones públicas propias de la estructura de empleo a la que se accede (STC 46/1991, FFJJ 3 y 4; 253/2005, FJ 10; 270/2006, FJ 6; 165/2013, FJ 8).

20. Siguiendo el patrón de las cuotas y preferencias étnicas o raciales emergentes a mediados del siglo xx, desde los años ochenta del mismo siglo también se han aprobado cuotas y preferencias por razón de *sexo* o, más directamente, para superar la baja presencia de mujeres en órganos políticos y en la Administración. En los Estados Unidos se puede observar cómo las primeras cuotas o preferencias femeninas simplemente trasladan, para esta categoría social, el patrón de las previas cuotas y preferencias raciales o étnicas. En el continente europeo, la promoción de la igualdad femenina ha dado lugar a un tipo novedoso de cuota: en las listas electorales [20]. Así, en España, para las elecciones europeas, al Congreso de los Diputados, autonómicas, insulares, a las juntas generales vascas y municipales (con algunas excepciones), el vigente art. 44 *bis* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombre, establece que las listas electorales "deberán tener una composición paritaria de mujeres y hombres, integrándose las listas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma

---

[18] Art. 41 de la Ley 19253, de 28 de septiembre de 1993, que establece normas sobre protección fomento y desarrollo de los indígenas.

[19] Jutta ENGBERS, "Administrative authorities and public services", en Alba NOGUEIRA, Eduardo J. RUÍZ VIEYTEZ y Iñigo URRUTIA, *Shaping language rights. Commentary on The European Charter for Regional or Minority Languages in light of the Committee of Experts´ Evaluation*. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, pp. 337-372, p. 357.

[20] Mas detalles en Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada*…cit., p. 112.

alternativa". En su redacción anterior, la LOREG exigía sólo que cada sexo alcanzara al menos el cuarenta por ciento de la lista electoral.. Al hilo de estas exigencias legales se ha dicho que de una democracia de ciudadanos se ha pasado a una "democracia de grupos"[21]. También en Francia, mediando reforma constitucional (*infra* § 59), se establece hoy para las elecciones municipales que cada lista electoral "se compone de candidatos de cada sexo, dispuestos de forma alternativa" (art. L2122-7-2 del Código General de las Colectividades Territoriales, modificado en 2019).

21. También desde finales del siglo XX son muchos los países europeos que han aprobado cuotas o criterios de *preferencia* para el acceso o promoción de *mujeres* en la Administración. En ocasiones, las leyes no se refieren directamente a las mujeres, como destinatarias de cuotas o preferencias, sino que hablan de paridad de géneros o de la "presencia equilibrada" de los dos sexos. Pese a esta aparente neutralidad legal, que crea cuotas o preferencias bidireccionales, en la mayoría de los contextos institucionales las cuotas o preferencias de sexo tienen como destinatarias naturales (aunque sólo de forma implícita) a las mujeres[22]. Así se explica que la Disposición Adicional 1ª.2 de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, después de establecer cuotas de representación equilibrada de hombres y mujeres en muchos órganos públicos (lo que formalmente impediría que las mujeres ocuparan más del 60 por 100 de los correspondientes puestos), expresamente establece que: "Podrá no aplicarse el criterio de representación paritaria y presencia equilibrada entre mujeres y hombres, en consonancia con el principio de acción positiva, cuando exista una representación de mujeres superior al sesenta por ciento que, en todo caso, deberá justificarse". En suma, la aparente neutralidad legal entre los dos sexos es sólo parcial y formal. Se habla aquí, según los contextos y los idiomas, de cuotas o preferencias de género o de sexo. Aunque entre ambos términos hay diferencias semánticas (y jurídicas), fundamentalmente en relación con las personas transexuales[23], en este estudio se van a dejar a lado esas diferencias, que no son centrales para el análisis que aquí se desarrolla. A partir de una de estas iniciativas legislativas, la promovida en 1990 por la ciudad-Estado de Bremen para el acceso y promoción de las mujeres en su función pública, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que los criterios de preferencia *absoluto*s a favor de las mujeres (cuando presentan los mismos méritos que los competidores varones) eran contrarios al Derecho europeo (entonces, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976), que garantiza la igualdad de trato en el empleo para todas las personas, con independencia de su sexo[24]. Esta jurisprudencia se ha reiterado posteriormente, aunque con matices progresivamente más flexibles con las preferencias a favor del sexo

---

[21] Fernando REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 171.

[22] Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada*…cit., p. 85, nota 155; STS de 8 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 3185.

[23] Pablo DE LORA, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, 2019, pp. 159 y 241.

[24] STJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, asunto C-450/93.

"infrarrepresentado"[25]. Desde entonces se han expandido los criterios de preferencia por sexo. En algunos casos, especialmente en Alemania, la preferencia de las mujeres incluye la salvaguarda o excepcionalidad a la que se refería el Tribunal de Justicia[26]. Pero otras leyes contemporáneas prescinden por completo de aquella cautela. Así, por ejemplo, el actual art. 21.1 del Decreto Legislativo vasco 1/2023, de 16 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres, establece que en los procesos selectivos de acceso, provisión y promoción en el empleo público se debe incluir una cláusula por la que: "en caso de existir igualdad de capacitación, se dé *prioridad* a las mujeres en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías de la Administración en los que la representación de estas sea inferior al 40 por 100".

22. Más recientemente, el reconocimiento social de la *diversidad sexual y de género* también ha dado lugar a cuotas para grupos tradicionalmente discriminados o desfavorecidos, como el de las *personas transexuales*. Así, el art. 27.3 de la Ley aragonesa 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, impone la reserva, a favor de las personas transexuales, de un cupo no inferior al 1 por 100 de las ofertas de empleo público realizadas por las Administraciones públicas aragonesas.

23. También desde los años ochenta del siglo xx diversas leyes incluyen cuotas o preferencias para la incorporación de *personas con discapacidad* al empleo público. En España, el actual art. 59. 1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece de forma vinculante que en cada oferta de empleo público ha de reservarse el 7 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Esta reserva se refiere al conjunto de la oferta anual de empleo de cada Administración, no a cada cuerpo. Y tampoco exige una composición final concreta de cada plantilla, que en cada momento concreto puede ser superior o inferior al 7 por 100 de personas con discapacidad[27]. Algo diferente es la reserva, a favor del mismo grupo social, en las empresas públicas y privadas. En este caso, la cuota se fija en el 2 por 100 sobre la plantilla total de la empresa, y se prevén supuestos de exención (art. 42. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social [LGDPD]).

---

[25] Maria Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, Universitat de València, 2005, p. 70.

[26] En este sentido: § 5.1 de la Ley de Hamburgo para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Función Pública (*Hamburgisches Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst (Hamburgisches Gleichstellungsgesetz - HmbGleiG*) de 2 de diciembre de 2014. Véase: Monika JACHMANN-MICHEL y Anna Bettina KAISER, „Kommentar zum Artikel 33 GG", en Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN y Christian STARK, *Grundgesetz Kommentar*, 7ª ed., Beck, München, 2018, pp. 807-896 (p. 831 § 20).

[27] Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "El mercado de trabajo de las personas con discapacidad", en *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Gobierno de España, Fundación ONCE y CERMI, Madrid, 2023, pp. 379-498, p. 411.

24. Hasta aquí se han enunciado ejemplos muy diversos de cuotas y preferencias. Partiendo de esta diversidad, resulta difícil determinar *por qué*, de entre las muchas técnicas normativas idóneas para ordenar las sociedades complejas, las leyes han optado por este tipo de regulación. Y por qué, siendo muchos los grupos y categorías sociales presentes en cada sociedad, solo algunos de estos grupos se benefician de cuotas o preferencias legales. En general, así como son frecuentes las cuotas o preferencias por sexo, origen étnico o discapacidad, otros grupos sociales, como los *lingüísticos o los religiosos*, no han recibido ese tratamiento jurídico favorable. Con todo, ni siquiera este es un enunciado universal. Es significativo, por ejemplo, el diverso reconocimiento de las *comunidades indígenas* en los países descolonizados. Unas veces, como Canadá, se benefician de un estatuto jurídico de autogobierno; otras veces, como en Nueva Zelanda, cuentan con escaños reservados en el parlamento (*supra* § 14); también otras veces, como en Chile, tienen reservados puestos en órganos administrativos (*supra* § 18); y finalmente, como ocurre en Australia, el reconocimiento de las poblaciones indígenas (*First Nations*) se hace a través de simples órganos representativos propios (sin poder decisorio) sin reservas de escaños o puestos en órganos o instituciones generales[28].

25. En algunos casos, la falta de reservas o cuotas para determinados grupos puede explicarse, sencillamente, por la *insuficiente relevancia política* del correspondiente grupo, por la *falta de un sentimiento de identidad* arraigado entre los componentes del grupo o por la *falta de organización* del correspondiente grupo social (incluso siendo un grupo numeroso). Otras veces, la falta de cuotas o preferencias puede deberse a la existencia de fuertes *objeciones jurídicas*, que impiden o dificultan su generalización. Como luego se verá en relación con las cuotas mínimas de sexo, la tradicional comprensión de los parlamentos como órganos representativos del conjunto de la nación (y no de sus partes o fracciones sociales) limita la creación de cuotas sociales en las correspondientes cámaras y asambleas de electos (*infra* § 59). En lo que sigue también se va a ver cómo el principio de igualdad legitima algunas cuotas o preferencias muy justificadas, pero dificulta todas las demás. De la misma forma, el principio democrático tanto puede servir para justificar determinadas cuotas o preferencias como para limitar su generalización, por el riesgo de compartimentación de la comunidad política en cuotas. El principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública dificulta también la generalización y el alcance de las cuotas y preferencias. Finalmente, no toda cuota o preferencia lleva al mejor funcionamiento de un órgano administrativo representativo. Pues al mismo tiempo que permite hacer presentes ciertos intereses relevantes, puede impedir la propia acción administrativa del correspondiente órgano.

26. Hasta aquí se han mencionado una serie de cuotas y preferencias que, pese a su diversidad, muestran una cierta unidad de sentido. Todas ellas se refieren a grupos sociales *existentes al margen del Estado*. Son grupos definidos por características biológicas, físicas o culturales, no por la acción del Derecho o del Estado. Las cuotas

[28] Véase: Sally McNICOL y James HUGHTON, "Indigenous Constitutional Recognition and Representation", Parliament of Australia, 2023.

y preferencias son, en este sentido, una forma de *reconocimiento* por parte del Estado. Por lo dicho, quedan fuera de este estudio otras cuotas que definen la posición institucional de ciertos grupos *creados* por el propio Estado. Es el caso, entre otros, de los estudiantes y del personal de administración y servicios de las universidades. Siguiendo la tradición corporativa propia de las universidades, las leyes imponen y garantizan la participación de estos grupos en el gobierno de las universidades (así, por ejemplo, en el marco del art. 98.1 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, el vigente art. 42 de los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid establece que el 25 por 100 de los miembros del claustro serán representantes de estudiantes). Pero no estamos ahora propiamente ante grupos sociales, existentes al margen del Derecho y el Estado, sino ante grupos definidos por el Estado y para sus propios fines (en este caso, para asegurar la representación plural de intereses en el gobierno universitario). Sin duda que estas otras cuotas representativas se asemejan a las cuotas a favor de personas con discapacidad, de comunidades indígenas o de hablantes de lenguas regionales o minoritarias. Pero, más allá de las concomitancias, un rasgo distintivo estructural es el carácter social o jurídico-estatal de los grupos. Solo entre los grupos sociales, externos o preexistentes al Estado, existe suficiente homogeneidad ontológica como para ser objeto de un estudio unitario.

27. Como es obvio, las cuotas no son el único instrumento técnico-jurídico dirigido a la integración, reconocimiento o promoción de grupos identitarios diversos (étnicos, religiosos, nacionales). A los mismos fines sirve también la exigencia de mayorías cualificadas y transversales o intercomunitarias para la adopción de determinadas decisiones. Este puede ser el caso del Parlamento de Irlanda del Norte, donde no hay propiamente cuotas para nacionalistas (irlandeses) y unionistas, aunque determinadas decisiones (como la aprobación del presupuesto) requiere mayorías intercomunitarias[29]. También son una alternativa a las cuotas, en los órganos representativos, la opción por un sistema electoral mayoritario con muchas circunscripciones, que asegura que en la correspondiente cámara representativa haya miembros de los distintos grupos sociales (que tienden a congregarse en un mismo espacio o barrio) (*infra* § 61).

28. Aparte de las cuotas o reservas en la composición de órganos o entidades, las leyes también contemplan algunas *reservas de bienes o recursos* a favor de determinados grupos sociales. Así ocurre, por ejemplo, con la exigencia de que un mínimo del 4 por 100 de las viviendas protegidas presenten características constructivas que favorezcan la accesibilidad de personas con discapacidad, e incluso que esas personas tengan preferencia para el arrendamiento de tales viviendas protegidas (art. 32.2 LGDPD). Igualmente, muchas leyes crean acciones positivas o preferencias y cuotas a favor de las mujeres, para la obtención de diversos beneficios públicos. Por ejemplo, ayudas preferentes a la investigación, plazas para la formación profesional o acceso preferencial al teletrabajo (arts. 50.2 g), 67 b) y 99.2 de la Ley gallega 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de Galicia). Estas

[29] Cera MURTAGH, C 2019, "Northern Ireland: Power-Sharing in crisis". *50 Shades of Federalism.*

reservas o preferencias presentan simetrías jurídicas con las que se refieren a la composición de órganos o entidades. En especial, también estas reservas responden a los valores jurídicos de igualdad (art. 9.2 y art. 14 CE) y de justicia (art. 1.1 CE). Pero estas cuotas carecen de relevancia institucional u organizativa. No definen la composición de órganos, sino el acceso a bienes o beneficios económicos. En esa medida, su análisis jurídico resulta estructuralmente distinto, y por ello debe quedar fuera de este estudio.

3. COORDENADAS CONSTITUCIONALES DE LAS CUOTAS Y PREFERENCIAS

29. Todas las cuotas y preferencias ya mencionadas promueven o garantizan la presencia de ciertos grupos sociales en órganos y entidades públicos. Pero dada la diversidad de grupos sociales, y dada también la diversidad de órganos y entidades a los que se refieren las cuotas y preferencias, su valoración jurídica no es uniforme. Cada concreta cuota o preferencia conecta con un cuadro fijo de valores, principios y derechos constitucionales. Pero la intensidad y forma de esa conexión es singular para cada concreta cuota o preferencia. En términos generales, el *cuadro de bienes constitucionales* está compuesto por el valor, principio y derecho de igualdad (art. 1.1, 9.2 y 14 CE), el derecho fundamental a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE) y el principio de eficacia en la actividad administrativa (art. 103.1 CE). Cada concreta cuota o preferencia activa de forma diferenciada este cuadro elemental de bienes constitucionales. Y, consecuentemente, recibe una valoración constitucional también diferenciada. Esto es lo propio de todo *análisis ponderativo*, donde los bienes o intereses constitucionales ponderables pueden ser comunes y estables, pero no se activan en igual manera ante cada caso o concreta realidad[30]. Así, como luego se verá, una cuota preceptiva de puestos en listas electorales para mujeres (o para cada sexo) es relevante desde la perspectiva de la igualdad, pero más como principio constitucional (art. 9.2 CE) que como derecho constitucional (art. 14 CE, en su dimensión subjetiva, como derecho fundamental individual); y no guarda ninguna relación con el principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, ni con el principio de eficacia administrativa (art. 103.3 CE). Muy distinto es el caso de las cuotas para personas con discapacidad en las ofertas de empleo público, donde se activan, junto al principio

[30] José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 130; Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 560-664, p. 581; y Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Bases constitucionales", en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, pp. 109-132 (p. 111 § 6).

de igualdad, el derecho fundamental al igual acceso a la función pública (art. 23.2 CE), el principio de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) y el principio de eficacia administrativa (art. 103.3 CE). Todos estos bienes constitucionales son las *coordenadas de ponderación* en las que han de actuar las leyes (y, complementariamente, los reglamentos, planes y actos administrativos) que imponen, configuran o aplican cuotas y preferencias. Con carácter general, corresponde a *la ley* la fijación de cuotas y preferencias y, por tanto, la ponderación de los distintos bienes constitucionales en juego. Por un lado, porque las cuotas y preferencias normalmente conectan con derechos fundamentales, cuya regulación de ejercicio está reservada a la ley (art. 53.1 CE). Y por otro lado, porque las cuotas y preferencias *excepcionan* los sistemas legales generales de acceso a los cargos representativos y a la función pública; y es claro que si las leyes establecen con carácter general los sistemas de acceso, sus excepciones deben estar también en normas con valor de ley. Obviamente, la ley puede remitir parcialmente a los reglamentos —o incluso a las bases de los procedimientos selectivos— la fijación de concretas cuotas o preferencias. Pero en todo caso corresponde a la ley autorizar esta posibilidad y fijar criterios para su ejercicio. En principio, ninguno de los bienes constitucionales antes mencionados prohíbe por sí las cuotas o las preferencias. Pero de las distintas interacciones entre ellos sí resultan ponderaciones diversas y, consecuentemente, algunos límites: sobre el tipo, alcance o forma de la cuota o preferencia posible para cada caso. En lo que sigue se va a precisar el alcance de los cuatro bienes jurídico-constitucionales ya señalados. Más adelante se analizarán los distintos elementos definitorios de todas las cuotas y preferencias, valorándolos por su específica conexión con los distintos bienes constitucionales que entran en juego (*infra* § 72).

3.1. Igualdad

30. Como ya se ha mencionado antes, una buena parte de las cuotas, aunque no todas, guardan directa relación con el valor jurídico de la igualdad al que se refiere expresamente el art. 1.1 CE. En un doble sentido: se establecen con el objetivo de *beneficiar o mejorar* la situación de grupos humanos discriminados, desfavorecidos o escasamente reconocidos; y en sus efectos *pueden limitar* las posibilidades de concretos individuos pertenecientes a los grupos sociales no beneficiados por las cuotas. Esta doble conexión con el principio de igualdad permite un tratamiento transversal y abstracto de todas las cuotas y preferencias, aunque los resultados de esta valoración homogénea pueden ser muy diversos. En todo caso, esta valoración está por completo determinada por las normas constitucionales que, en cada país, configuran el valor jurídico de la igualdad.

31. Desde una perspectiva teórica elemental, las constituciones contemporáneas incorporan la igualdad como, al menos, un *valor jurídico* que inspira el funcionamiento de todo el Estado. Más allá, cada constitución pone mayor o menor énfasis en la dimensión subjetiva de la igualdad (como derecho fundamental) o en su dimensión objetiva, como principio finalista o mandato positivo que exige de to-

dos los poderes públicos la realización efectiva y real de la igualdad[31]. La dimensión *subjetiva* está directamente presente en los derechos fundamentales de igualdad que enuncian los arts. 14 y 23.2 CE. La dimensión *objetiva* resulta tanto del art. 14.1 y 2 CE (en la medida en que todo derecho fundamental contiene, además de una garantía individual, también un mandato positivo o promocional dirigido a todos los poderes públicos) como del art. 9.2 CE, que ordena a todos los poderes públicos "promover" las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sea "real y efectiva". A los efectos de este estudio, y por simple economía expositiva, la referencia a la dimensión objetiva de la igualdad se va a hacer mediante la mención del art. 9.2 CE, sin que con ello se niegue que el mandato promocional también es una derivación del art. 14.1 y 2 CE. Aclarado esto, en seguida se va a exponer que la dimensión objetiva de la igualdad (art 9.2 CE) es determinante en las leyes que establecen cuotas o preferencias (a favor de concretos grupos sociales) en la composición subjetiva de múltiples órganos y entidades públicas. Veremos también que esta perspectiva objetiva o promocional tiene mucho menor alcance en la jurisprudencia norteamericana (*infra* § 39)

32. El reconocimiento constitucional de la igualdad como derecho fundamental admite diversas formulaciones. En especial, en relación con las cuotas o preferencias en órganos y entidades públicos tiene especial importancia la distinción entre el derecho general de igualdad (respecto de cualquier bien, beneficio o puesto público) y el derecho fundamental de *igual acceso a los cargos y funciones públicas*. Esta distinción está presente en los arts. 14 y 23.2 CE. Más aún, el art. 23.2 CE enuncia dos derechos de igualdad: para el acceso a los *cargos* públicos (entendidos como cargos políticos proveídos por medio de elecciones[32]) y para el acceso a las *funciones* públicas, que se refiere sólo a los puestos funcionariales[33]. La distinción de estos tres derechos fundamentales (el general del art. 14 CE y los dos del art. 23.2 CE) es relevante para el análisis de las cuotas y preferencias que determinan la composición de órganos y entidades públicas.

33. Los tres derechos presentan, respecto de las cuotas y preferencias, una dimensión objetiva (o promocional) y otra subjetiva. Pero no tienen el mismo alcance. *Grosso modo*, y desde la perspectiva de las cuotas y preferencias, se pueden asimilar el derecho general a la igualdad (art. 14 CE) y el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE). Sustancialmente distinto es el derecho de acceso a las funciones públicas (garantizado también por el art. 23.2 CE). Este derecho, que sólo se refiere a los puestos funcionariales (no a los puestos laborales), garantiza la igualdad de acceso siempre que se respete el principio de *mérito y capacidad* al que expresamente

---

[31] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 32; Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, 2005, pp. 83 y ss.

[32] Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 42.

[33] Margarita BELADIEZ, "Comentario al artículo 23 de la Constitución", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER Y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 702-722 (p. 702).

se refiere el art. 103.3 CE (STC 138/2000, FJ 6 b)[34]. Como es obvio, el mérito y la capacidad no definen el derecho de acceso a los cargos (representativos), pero sí el acceso a la función pública. Según esto, el derecho de acceso a las funciones públicas (funcionariales) del art. 23.2 CE impide severamente toda cuota o preferencia, a favor de cualquier grupo social, que no satisfaga exigencias mínimas de mérito y capacidad (STC 269/1994, FJ 5). Estas exigencias podrán ser, en su caso, especiales. Pero no inexistentes o desconectadas de las características y cualificaciones propios de los cuerpos funcionariales u órganos a los que se refiere el acceso (o promoción). En consecuencia, el art. 23.2 CE, referido sólo a los puestos funcionariales, limita la posible fijación de cuotas o preferencias de acceso para determinados grupos sociales. Incluso para grupos sociales tradicionalmente desfavorecidos en el acceso a las funciones públicas (como históricamente han sido las mujeres o las personas con discapacidad). Esto no impide por completo, como luego se verá, la fijación de cuotas o preferencias a favor de esos grupos. Se puede considerar que, en relación con grupos sociales tradicionalmente discriminados, desfavorecidos o preteridos, no rige la rotunda excepcionalidad que la jurisprudencia constitucional impone a las convocatorias restringidas de acceso a la función pública[35]. Pero tales cuotas o preferencias *no podrán prescindir de requisitos de mérito y capacidad*. Estos requisitos pueden ser específicos (distintos de los comunes) pero en todo caso tienen que ser indicativos de mérito y capacidad suficientes para el ejercicio de las funciones públicas.

34. La singular existencia de un derecho fundamental especial, garante de la igualdad en el acceso a la función pública, tiene parangón en *Derecho alemán*. Y también allí este derecho limita severamente el posible alcance de las cuotas o preferencias en el acceso a la función pública de grupos sociales determinados. Conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa federal (BVerwGE 140, 83)[36], las posibles preferencias en el acceso al empleo público (a favor de grupos sociales tradicionalmente discriminados como las mujeres o las personas con discapacidad) tratan de hacer real y efectivo el derecho fundamental de igualdad de todas las personas (art. 3.2 y 3 GG). Pero esa promoción de la igualdad encuentra en frente un derecho cuasi-fundamental muy robusto, como es el derecho a acceder a la función pública por mérito y capacidad (art. 33.2 GG: *Leistungsprinzip*). De esta manera, mientras que el art. 3.2 y 3 GG legitima posibles cuotas o preferencias legales a favor de grupos sociales tradicionalmente discriminados, el art. 33.2 GG enuncia un derecho que

[34] Margarita BELADIEZ, "Comentario al artículo 23 de la Constitución", cit., p. 708.

[35] Entre otras: 27/1991, FJ 5; 60/1994, FJ 5; 16/1998, FJ 5; 12/1999, FJ 3; 126/2008, FJ 3; 130/2008, FJ 3; 238/2015, FJ 4; 154/2017, FJ 10.

[36] El caso se refiere a ascensos en el servicio federal de aduanas. Entre los criterios objetivos para los ascensos se precisaba que, en caso de empate a méritos, se preferiría para el ascenso a las mujeres y a las personas con discapacidad. Se trataba de un criterio de desempate no previsto expresamente en la ley, sino introducido directamente en las bases de la convocatoria. Esta última circunstancia es relevante para aquilatar la argumentación, ya que el tribunal hace hincapié en la reserva de ley para una hipotética limitación (que por lo demás, no acepta) del principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (*Leistungsprinzip*).

limita contundentemente el alcance de esas cuotas o preferencias[37]. Dice literalmente el Tribunal Contencioso-administrativo Federal que "[c]iertamente, la Constitución impone la promoción de la igualdad de trato en el art. 3.2.2 GG y prohíbe la discriminación de las personas con discapacidad en el art. 3.3.2 GG. Sin embargo, estos principios constitucionales no amparan una limitación general del principio constitucional de mérito y capacidad en el acceso a los puestos públicos, garantizado por el art. 33.2 GG" (FJ 21). Sólo en los casos de igual mérito y capacidad es posible dar preferencia abstracta a un grupo social determinado (como las mujeres o las personas con discapacidad), precisamente porque en ese caso ya no entra en juego el derecho constitucional especial del art. 33.2 GG: en igualdad de mérito y capacidad las posibles desigualdades de trato se rigen por el *derecho general de igualdad* del art. 3 GG, que es más permeable a las excepciones y a las medidas de promoción positiva de la igualdad, siempre que estas sean objetivas y proporcionadas. En este sentido, la exigencia *sine qua non* de mérito y capacidad (art. 33.2 GG) actúa como una regla constitucional en sentido estricto (y por tanto, imponderable), mientras que, al menos en su dimensión objetiva, el art. 3 GG tiene una estructura normativa más propia de un principio constitucional (y es, por tanto, ponderable).

35. Desde la perspectiva de la igualdad, el análisis teórico-jurídico de las cuotas y preferencias ha prestado una atención principal a si imponen un *resultado* igualitario[38], o si simplemente crean iguales *oportunidades* para los grupos sociales promocionados (aunque no garantizan un concreto resultado a los miembros del grupo)[39]. En mi opinión, la calificación depende de dónde se centre la observación. Una cuota o preferencia crea nuevas oportunidades para todos los miembros del grupo favorecido. Pero además, en mayor o menor medida, asegura un *resultado*: que al menos la mitad de las personas elegidas en una lista sean mujeres; o que el 7 por 100 de las plantillas administrativas se ocupe por personas con discapacidad. La producción de un resultado favorable concreto es precisamente lo que hace necesario el análisis de compatibilidad de cada cuota o preferencia con el derecho a la igualdad de los sujetos no favorecidos. Si las cuotas y preferencias no produjeran resultados igualitarios inmediatos, y sólo produjeran igualdad de trato o de oportunidades a favor del grupo protegido, únicamente cabría plantear la compatibilidad de las cuotas con el principio de Estado social (art. 1.1 CE) y con el mandato de promoción estatal de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE). Pero no entraría en consideración el derecho fundamental a la igualdad (arts. 14 y 23.2 CE) de quienes pertenecen a un grupo o categoría social no beneficiada por las cuotas. Con esto ya avanzo que, en mi opinión, el análisis jurídico de las cuotas y preferencias (desde la perspectiva de la igualdad) ha de hacerse prestando atención al mayor o menor significado objetivo y subjetivo que

---

[37] Hans JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für das Bundesrepublick Deutschland*, 16 ed., Beck, München, 2020, p. 717 § 16.

[38] Así: Rodolfo FIGUEROA, "¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?, cit., p. 194).

[39] Entre otros: Alfonso RUÍZ MIGUEL, "Paridad electoral y cuotas", *Foro de Debate*, s/f, pp. 44-51 (p. 50).

presenten en cada caso. Esto es, a si lo fundamental de una cuota o preferencia es su dimensión objetiva o finalista (la configuración de una sociedad más igualitaria) o su dimensión subjetiva (la creación de derechos o poderes subjetivos para los individuos de un grupo). A mi juicio, el Derecho español claramente concede mayor protagonismo a la dimensión *objetiva* de las cuotas. Aquí hay una cierta diferencia con el Derecho alemán, algo más atento a la dimensión subjetiva de las cuotas (*infra* § 47) y, sobre todo, con el Derecho norteamericano actual, muy centrado en el derecho subjetivo de igualdad (*infra* § 39).

36. Las cuotas y preferencias presentan una *paradoja*: la igualación de los grupos originariamente desfavorecidos se hace normalmente *a costa de otro* u otros grupos, que de esta manera experimentan un perjuicio, aunque tal perjuicio puede ser jurídicamente irrelevante[40]. A diferencia de la igualación en salarios o en prestaciones públicas, donde la mejora de un grupo desfavorecido (minorías étnicas, mujeres, personas con discapacidad) no resta nada al grupo que se toma como término de comparación, las cuotas y preferencias sí provocan normalmente ese efecto. En este sentido, si bien no todas las posibles formas de "acción positiva" a favor de un grupo desfavorecido afectan a los miembros de otros grupos, sí producen efectos restrictivos (aunque no necesariamente discriminatorios) las cuotas o preferencias que imponen limitaciones reflejas (*mirror discrimination*) a otros grupos[41]. Por definición, toda cuota o preferencia se refiere a una cantidad global de puestos que se distribuye entre varios posibles candidatos. De tal manera que si un grupo social *de facto* o *de iure* se beneficia mayoritariamente del montante total, cualquier cuota o preferencia sobrevenida a favor de otro grupo supone una reducción en la posición del grupo originariamente más beneficiado. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano, en relación con las cuotas de estudiantes afroamericanos en las universidades: "College admissions are zerosum, and a benefit provided to some applicants but not to others necessarily advantages the former at the expense of the latter"[42]. Incluso cuando la cuota trata paritariamente a dos categorías sociales simétricas (como una cuota del 50 por 100 a favor de cualquiera de los dos sexos), la mejora de un grupo implica el empeoramiento relativo del otro grupo. Habla aquí la jurisprudencia de un "Derecho desigual igualatorio" (STC 13/2009, FJ 11). El perjuicio relativo que provoca la cuota puede ser empíricamente insignificante o jurídicamente irrelevante, pero no es inexistente[43]. Que el empeoramiento de un grupo sea jurídicamente irrelevante va a depender, en gran medida, de cómo se configure jurídicamente la igualdad en cada orden constitucional.

---

[40] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 78.

[41] Fernando REY MARTÍNEZ, "El debate sobre la constitucionalidad de las cuotas electorales. Recensión al libro de Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada vs. Democracia representativa*, Congreso de los Diputados, 2012, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013) pp. 405-410 (p. 408).

[42] *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 7.

[43] Alfonso RUÍZ MIGUEL, "Paridad electoral y cuotas", cit., p. 49; Rodolfo FIGUEROA, "¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?, cit., p. 204.

37. En términos generales se puede afirmar que los distintos órdenes constitucionales parten de la premisa implícita de que ciertas cuotas y preferencias de grupo (por sexo, raza, lengua, etc.) actúan sobre el *derecho subjetivo* (constitucional) a la igualdad. De un lado, *promueven* la igualdad individual, la de aquellas personas pertenecientes a grupos desfavorecidos o históricamente discriminados. Y de otro lado, *limitan* la igualdad individual, la de aquellas personas perteneciente a los grupos sociales que soportan las cuotas, que ven así reducida su capacidad de acceso a determinados órganos, entidades u organizaciones.

38. Este planteamiento *iusindividual* es comprensible si tenemos en cuenta que muchas de las constituciones vigentes están construidas originariamente sobre derechos individuales, y que sólo de forma evolutiva y mediata, a través de la interpretación, han acogido mandatos *objetivos* de igualación social dirigidos primariamente al Estado. En la actualidad, la directa conexión de las cuotas con derechos individuales de igualdad, aún muy presente en la argumentación jurisprudencial y doctrinal, dificulta el análisis jurídico-constitucional de las cuotas. Porque mide las cuotas en términos de beneficios jurídicos (para un grupo de individuos) frente a perjuicios, también jurídicos, de otro grupo de individuos. Queda entonces en un segundo plano el significado objetivo de las cuotas, como configuradoras de un concreto *modelo de sociedad justa.* Sirva esto como advertencia ante el Derecho norteamericano referido a las cuotas, que a mi juicio está más vinculado a la dimensión subjetiva de la igualdad que el Derecho español.

39. En efecto, la perspectiva eminentemente subjetiva de las cuotas está claramente presente en la *jurisprudencia norteamericana*, tanto en la tradicional como en la más reciente, expresada en el caso *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023) (*supra* § 17). Aunque en esta sentencia se sienta una nueva doctrina, muy poco deferente con las cuotas y preferencias, lo cierto es que sigue la pauta *subjetivista* de la jurisprudencia precedente, expresada por primera vez en el caso *Bakke* (1978)[44]. Según la jurisprudencia norteamericana en *Bakke*, en principio son constitucionalmente legítimas las medidas de discriminación positiva (*affirmative actions*) a favor de la población afroamericana. Por ejemplo, mejorando la puntuación para el acceso a universidades de los candidatos afroamericanos. Pero este mejor trato relativo de los estudiantes negros *nunca puede articularse a través de una cuota* concreta para este grupo social, ni puede crear una vía especial de acceso, cerrado para personas

[44] *Regents of the University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978). Allan Bakke era un hombre blanco de 35 años que por dos veces había intentado matricularse en la Escuela Davis de Medicina, de la Universidad de California. Las dos veces fue rechazada su solicitud. La escuela reservaba 16 plazas en cada clase de primer curso (cada una con 100 plazas) para minorías "cualificadas". Se trataba de una medida del programa de igualación positiva aprobado por la Universidad, dirigido a revertir la histórica e injusta exclusión de las minorías en el acceso a la profesión médica. El currículo de Bakke (el expediente en el *college* y los resultados de los *tests*) fue superior, en los dos casos en que solicitó la admisión, al de todos los miembros de minorías que fueron admitidos. Bakke alegaba ante los tribunales que su solicitud había sido rechazada por razón de raza.

de otras razas[45]. La raza puede actuar sólo como un *plus* que favorezca una *solicitud individual*, pero no puede legitimar una cuota. Porque, a juicio del Tribunal Supremo norteamericano, las cuotas pueden favorecer injustificadamente a personas que, aun formando parte de un grupo social tradicionalmente desfavorecido, no sufren ninguna discriminación *individual* (y por tanto no requieren de ningún beneficio por su pertenencia al grupo).

40. Desde un punto de vista argumental, la *vis* subjetivista o individualista de la jurisprudencia norteamericana se observa, entre otras cosas, en el decreciente peso legitimador que se concede a las *estadística*s (que muestran la desigual presencia de minorías raciales o mujeres en ciertos empleos o cargos). La jurisprudencia norteamericana desde *Johnson v. Santa Clara County Transportation Agency* había aceptado, si bien de forma irregular, que la información estadística es relevante para legitimar medidas de discriminación inversa[46]. Esta jurisprudencia se puede considerar hoy muy debilitada, tras la sentencia *Students for Fair Admissions v. Harvard.* Para legitimar preferencias a favor de concretos grupos sociales se exige algo más que estadísticas: discriminaciones concretas a individuos[47].

41. En el caso de España, las cuotas y preferencias con mayor relevancia constitucional naturalmente conectan con el derecho fundamental de igualdad (arts. 14 y 23.2 CE). Así lo expresan abiertamente algunas leyes de igualdad en relación con el principio de "presencia o composición equilibrada" en el nombramiento de altos cargos[48]. Pero esta conexión, aunque cierta, no es determinante. Tiene mayor peso el art. 9.2 CE, que no enuncia un derecho subjetivo, sino un *mandato o principio objetivo*: impone al Estado la realización efectiva de la igualdad de todos los individuos y de "los grupos sociales en que se integran". Este planteamiento es expreso en la STC 269/1994, sobre reserva de plazas funcionariales para personas con discapacidad[49]. En este caso, el Tribunal desconecta abiertamente el asunto respecto del derecho fundamental del art. 14 CE porque el planteamiento individual (del candidato que se dice discriminado por la reserva de plazas a favor de un grupo social desfavorecido) "tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a estos de ilegítimos por su impacto desfavorable sobre sujetos individualizados (…)" (FJ 4).

42. Según se ha visto, las cuotas y preferencias pueden conectar en mayor o menor medida con la dimensión subjetiva (derecho fundamental) o con la dimen-

---

[45] *Regents of the University of California v. Bakke* 438 US 265 (1978), p. 315, y luego *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 18.

[46] *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987).

[47] Theresa MARKS, "Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII", *Golden Gate University Law Review*, vol 18 (3), 1988, pp. 567-588 (pp. 573, 575 y 586).

[48] Por ejemplo, art. 13, en relación con el art. 12, de la Ley gallega 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

[49] Crítico con este planteamiento: David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 204.

sión objetiva (mandato o fin constitucional) de la igualdad. Cada una de las dos dimensiones de la igualdad está más o menos presente según se atienda al *grupo beneficiado* por las cuotas o al grupo potencialmente *perjudicado* o limitado por ellas. Como sigue.

3.1.1. Igualdad y grupos beneficiados

43. En relación con el *grupo beneficiado* por las cuotas, prevalece la dimensión *objetiva* de la igualdad: como objetivo, fin o principio constitucional que impone al Estado la consecución de una sociedad más justa (igualitaria), en la medida en que dicha igualación sea compatible con otros bienes o valores constitucionales también dignos de protección. El objetivo de una sociedad más igualitaria es lo que impone el art. 9.2 CE, en conexión directa con el principio de *Estado social* (art. 1.1 CE), pues las cuotas sirven precisamente para favorecer a las clases o grupos sociales desfavorecidos, que es un objetivo central —aunque no único— del Estado Social[50]. A veces, esos grupos sociales están directamente identificados en la Constitución, tal es el caso de las mujeres (art. 14.2 CE) o de las personas con discapacidad (art. 49 CE), aunque esto no impide que la ley pueda crear cuotas o preferencias para otros grupos no mencionados por la Constitución. En todo caso, sea cual sea el grupo beneficiado, las cuotas y preferencias sirven al fin constitucional de la igualdad porque mejoran a futuro las *posibilidades* de todos los miembros de un grupo. Esto no implica que las cuotas y preferencias necesariamente definan *situaciones jurídicas individualizadas* para los concretos individuos del grupo beneficiado. Así, como en seguida se verá, las cuotas electorales a favor de cada sexo son claramente igualitarias, pero no configuran ningún derecho subjetivo a ser candidato o candidata en una concreta lista (*infra* § 43). Más bien, las cuotas mejoran la presencia y visibilidad de los grupos beneficiados, pero solo mediata y ocasionalmente crean poderes jurídicos a favor de los concretos individuos del grupo.

44. Desde una perspectiva *objetiva*, es constitucionalmente legítimo un mejor trato jurídico a todo un grupo social, con independencia de que algunos *miembros* de ese grupo, considerados de forma individualizada, no se encuentren en una situación desfavorable *ex ante* (STC 269/1994, FJ 4). Prima aquí una comprensión objetiva (finalista) de las cuotas. Por eso puede ser beneficiario individual de las cuotas incluso quien no necesita un mejor trato. Las cuotas no se imponen como respuesta a un derecho individual a la igualdad, sino como opción general de *política social*. Esta comprensión objetiva y social de las cuotas, que no se detiene en la situación individual de cada uno de sus potenciales beneficiarios, es coherente con una jurisprudencia constitucional tradicional que niega categóricamente un hipotético derecho fundamental a que la ley disponga un trato desigual (más favorable) para situaciones

[50] José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 24.

disímiles[51]. Las cuotas y preferencias efectivamente promueven la igualdad en la sociedad, como manda el art. 9.2 CE, pero no son el contenido inmediato y exigible del derecho individual a la igualdad que garantiza el art. 14 CE. Esto no impide que, una vez que *la ley establece* una cuota o preferencia, su cumplimiento pueda ser exigido individualmente, y su eventual infracción pueda ser tachada de discriminatoria y por tanto lesiva del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE). Así resulta con claridad del art. 4.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que considera directamente lesivo del derecho a la igualdad de trato y la no discriminación "el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales". Pero no estaríamos ya aquí ante un hipotético derecho fundamental a la *existencia* de cuotas y preferencias (a favor de concretos grupos sociales tradicionalmente preteridos), sino ante el derecho a la correcta aplicación de una ley que depara un mejor trato relativo a aquellos grupos sociales.

45. En este momento histórico, las cuotas mínimas de personas de ambos sexos en las *listas electorales* favorecen la posición social y política de las mujeres (como categoría social), pero por sí no reconocen *ningún poder jurídico específico* a ninguna mujer (ni como elegible, ni como electora). Así, las dos sentencias centrales sobre las cuotas por sexo en las listas electorales claramente difuminan la dimensión subjetiva de esas cuotas, y traen a un primer plano el mandato constitucional de igualación que expresamente impone el art. 9.2 CE. El Tribunal Constitucional considera —explícita o implícitamente— que las cuotas *no conceden mayores facultades jurídicas* a las electoras femeninas; y tampoco aumentan las facultades de las posibles candidatas (SSTC 12/2008, FJ 5; y 13/2009, FJ 11). De ahí que las cuotas femeninas no puedan considerarse como configuración legal del derecho subjetivo a la igualdad en el acceso a los cargos representativos (arts. 14 y 23.2 CE) y sí, sólo, como normas promotoras de una mayor presencia de la mitad de la población (las mujeres) en los parlamentos y plenos municipales, como exigen no sólo el valor de igualdad presente en los arts. 1.1 y 9.2 CE, sino incluso el principio democrático (STC 12/2008, FJ 5) (*infra* § 57).

46. En esencia, el derecho *subjetivo* a la igualdad (como el que garantizan el art. 14 CE y el art. 23. 2 CE) exige igualdad de trato y prohíbe la discriminación. Pero no incluye ninguna facultad para exigir un mejor trato relativo, o una discriminación inversa. Es un derecho esencialmente *reaccional*. No legitima para exigir

[51] Entre otras: SSTC 86/1995, 38/1994, 241/2000, 69/2007, FJ 4; Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La igualdad en la ley y en la aplicación de la ley", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 334-371 (p. 354). Matizando esta jurisprudencia: Javier JIMÉNEZ CAMPO, "Acotaciones sumarias sobre el "derecho a la diferencia" de trato", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Democracia constitucional y diversidad cultural*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 11-28 (p.21). En la jurisprudencia social: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 20 abril de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:5009).

un acceso favorecido a ningún órgano o entidad pública, y no exige una concreta configuración legal (STC 192/2012, FJ 5)[52], aunque sí protege frente a reglas y decisiones administrativas que, de *iure o de facto*, discriminen a determinados grupos de personas. La igualdad de trato y la no discriminación se satisfacen si en el acceso a puestos y cargos públicos no median requisitos, procedimientos o condiciones que *de iure* o *de facto* perjudican a los miembros de un grupo social; y si esos requisitos, procedimientos y condiciones de acceso tienen suficientemente en cuenta las singularidades o dificultades características de un grupo o categoría social.

47. La dimensión *objetiva* de las cuotas y preferencias, como instrumento de transformación social a favor de grupos desfavorecidos (arts. 9.2 CE y 14.1 y 2 CE), más que como poder jurídico individual directamente derivado del derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE), tiene algunos *efectos ponderativos* importantes. Entendido como un principio, objetivo o fin constitucional, la superación de situaciones abstractas de desigualdad o discriminación (contra ciertos grupos sociales) es un mandato constitucional flexible o ponderable, que puede ceder frente a otros valores, principios y derechos constitucionales, sobre todo cuando la Constitución no ha identificado expresamente al grupo social merecedor del mejor trato. En esa medida, las posibles cuotas y preferencias están sometidas a más límites constitucionales que las que tolerarían esas mismas cuotas y preferencias, si se entendieran como contenido subjetivo del derecho fundamental a la igualdad. En esta clave se puede explicar también la jurisprudencia alemana referida a la fijación (administrativa, no por ley) de preferencias en los ascensos funcionariales, a favor de mujeres y personas con discapacidad (BVerwGE 140, 83: *supr*a § 34). Esta jurisprudencia efectivamente conecta las preferencias con la dimensión objetiva de la igualdad, porque promueven un mejor trato a grupos sociales tradicionalmente discriminados en la función pública. Pero, según esta misma jurisprudencia, tal conexión no legitima preferencias en los ascensos funcionariales a favor de mujeres y personas con discapacidad. La comprensión simplemente objetiva, finalista e institucional de las cuotas y preferencias las debilita frente a otros bienes jurídico-constitucionales. Por ejemplo, respecto del art. 33.2 GG que establece el derecho subjetivo cuasi-fundamental de acceso a la función pública en condiciones de mérito y capacidad (*Leistungsprinzip*). Según la jurisprudencia contencioso-administrativo alemana, es este un derecho constitucional casi absoluto, muy resistente a la limitación por ley (BVerwGE 140, 83 [FJ 14]), lo que dificulta de forma contundente que el objetivo constitucional de igualación social de las mujeres y las personas con discapacidad se articule a través de preferencias en el empleo público[53]. En otros términos: si bien las cuotas y preferencias *objetivamente* sirven a la igualación social (impulsada por el art. 3.2 y 3 GG), tal instrumento no resulta constitucionalmente viable al encontrar en frente un derecho fundamental cuasi absoluto, como el de acceso a la función pública por méritos y capacidad (art. 33.2 GG).

---

[52] En relación con el art. 23.2 CE: Margarita BELADIEZ, "Comentario al artículo 23 de la Constitución", cit., p. 704.

[53] Monika JACHMANN-MICHEL y Anna Bettina KAISER, „Kommentar zum Artikel 33 GG", cit., p. 832 § 21.

3.1.2. Igualdad y grupos perjudicados

48. Desde la perspectiva de los grupos o categorías sociales que soportan las cuotas o preferencias (porque limitan o pueden limitar las posibilidades de acceso a determinados puestos o cargos) se puede plantear una posible afección al derecho fundamental de igualdad. Esto es, al derecho fundamental en su dimensión *subjetiva*. Sin embargo, esta *afección* no necesariamente determina una lesión del derecho fundamental. Es obvio que las cuotas no promueven la igualdad de quienes no son beneficiados por ellas. Por eso, desde la perspectiva de los individuos no beneficiados, las cuotas *carecen del significado objetivo o igualador* que ordena el art. 9.2 CE. Para los individuos que soportan las cuotas o preferencias sólo son relevantes sus posibles efectos subjetivos negativos: las posibles discriminaciones o diferencias de trato (y con ello, la hipotética infracción de los derechos de igualdad *ex* arts. 14 y 23.2 CE).

49. Una primera cuestión sobre la posible lesión del derecho a la igualdad se refiere al *parámetro normativo* con el que se valora la cuota o la preferencia. En Derecho español, siguiendo la estela de la jurisprudencia europea en torno al art. 14 CEDH [54], se distingue con frecuencia —aunque no siempre, o no siempre de forma clara— entre el derecho a un trato igual (art. 14.1 CE) y el derecho a no ser discriminado (art. 14.2 CE) [55]. El derecho a la *igualdad de trato* permite regulaciones jurídicas diferenciadas, pero sólo si están apoyadas en elementos objetivos y si el alcance de la diferencia no es desproporcionado, en relación con el factor objetivo que motiva la diferencia de trato (entre muchas: SSTC 49/1982, FJ 2; STC 59/2008, FJ 7; 76/2008, FJ 3). El derecho a *no sufrir discriminación* resulta menos aprehensible, pues aunque expresamente prohíbe toda discriminación por razones personales (como el sexo, entre otras), no impide un mejor trato selectivo a algunos grupos sociales. Se asume hoy generalmente que, en realidad, el derecho a no sufrir discriminación (art. 14.2 CE) protege específicamente a aquellos grupos humanos que, por distintos motivos (como el sexo, la religión o la raza) *históricamente han sufrido y sufren discriminación* (SSTC 41/2006, FJ 3; y 26/2011, FJ 4).

50. Esto explica que, abandonando su inicial jurisprudencia sobre el "varón discriminado", que negaba que la ley pudiera beneficiar a las mujeres por su simple condición sexual (STC 81/1982), la jurisprudencia constitucional declare hoy pacíficamente que la creación de consecuencias jurídicas beneficiosas sólo para mujeres (con exclusión de los hombres) no infringe el derecho fundamental a no ser discriminado (art. 14.2 CE), precisamente porque son las mujeres, y no los varones, la

---

[54] STEDH de 18 de julio de 1994, *Karlheinz Schmidt v. Germany* § 24; STEDH de 21 de febrero de 1997, *Van Raalte v. The Netherlands*§ 39.

[55] Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La igualdad en la ley y en la aplicación de la ley", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 334-371 (p. 354).

categoría social tradicionalmente discriminada[56]. En este punto, la jurisprudencia española se separa de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, contrario por principio a que, salvo que concurran razones muy poderosas (*very wighty resasons*), el sexo pueda ser un criterio diferenciador en las leyes[57]. La comprensión del art. 14.2 CE como un listado de discriminaciones actualmente existentes (más que como criterios inidóneos para la diferenciación legal) explica que las mismas leyes que genéricamente prohíben toda discriminación directa por razón de sexo (así, el art. 61 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[58] [LOI]), simultáneamente incluyan algunas diferencias de trato en favor de las mujeres (que excluyen a los hombres). Traído todo esto al tema que nos ocupa, se podría concluir que, en la medida en que se refieran a grupos estructural o históricamente desfavorecidos, las cuotas y preferencias no pueden producir discriminaciones prohibidas por el art. 14.2 CE. Sólo se podrá valorar, entonces, si la *diferencia de trato* (respecto de los demás individuos y grupos no favorecidos) es objetiva y proporcionada, como exige el art. 14.1 CE.

51. Sentada la anterior premisa, dos son las formas argumentales mediante las que se rechaza que las cuotas sean lesivas del derecho fundamental a la igualdad *ex* art. 14.1 CE. De un lado, se *relativiza* el efecto perjudicial y subjetivo de las cuotas o preferencias, para los miembros de los grupos que las soportan. De esta manera, no habiendo perjuicio o sacrificio, difícilmente puede haber vulneración del derecho a la igualdad. De otro lado, el posible perjuicio se somete a un *test de proporcionalidad* más o menos riguroso, conforme al cual el resultado pretendido (la mayor presencia de un grupo social en un órgano o entidad) justifica un modesto trato desigual de los perjudicados.

52. Así, en el caso de las *cuotas femeninas* o de cualquiera de los dos sexos en órganos administrativos (como, por ejemplo, en las *comisiones de selección de personal*), la jurisprudencia constitucional niega abiertamente que dicha cuota contenga un trato desigual o discriminatorio para los hombres. Porque el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (garantizado por los arts. 14.1 y 23.2 CE) no incluye la facultad de formar parte de las comisiones de acceso a la función pública. A lo más, los funcionarios de un determinado cuerpo tienen una "expectativa" legítima de formar parte de esas comisiones, pero no una verdadera facultad subjetiva (STC 13/2009, FJ 5). Según se ve, se mezclan aquí dos cuestiones en principio diferenciables: si el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad incluye una hipotética facultad (de cada funcionario) de participar en las comisiones de selección de los nuevos funcionarios; y si la reserva de un porcentaje determinado de mujeres en esas comisiones supone un trato discriminatorio para los fun-

---

[56] Ana María DE LA ENCARNACIÓN, "Acceso y promoción de la mujer en el empleo público. Discriminación por razón de género en España y Europa", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 65 (2024), pp. 1-41 (p. 4).

[57] STEDH de 21 de febrero de 1997, *Van Raalte v. The Netherlands*, § 39.

[58] En términos idénticos o muy parecidos: art. 4.2 de la Ley gallega Ley 7/2023, de 30 de noviembre, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

cionarios varones (porque verían reducido el número de puestos de la correspondiente comisión a los que potencialmente podrían acceder: el 100 por 100). Por principio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional en torno al art. 23.2 CE (que contiene un derecho de igualdad especial respecto del general del art. 14.1 CE) es correcto afirmar que ningún funcionario tiene derecho fundamental a participar en las comisiones de selección, precisamente porque el derecho del art. 23.2 CE sólo incluye el acceso y el ejercicio efectivo de las funciones propias del puesto (*ius in officio*), de lo que razonablemente puede considerarse excluida la presencia en las comisiones de selección. Pero incluso si los funcionarios no tienen derecho fundamental a formar parte de las comisiones de selección (lo que haría inaplicable el art. 23.2 CE), la ley que limita la presencia de los funcionarios varones en esas comisiones no puede considerarse *per se* ajena a la igualdad de trato que garantiza el art. 14.1 CE. Esto no significa, claro es, que la imposición legal de una cuota o porcentaje a favor de funcionarias sea inconstitucional. Pues precisamente la menor presencia femenina en la función pública puede dar lugar a que, por exigencia del mandato objetivo del art. 9.2 CE, se asegure la presencia de mujeres en todas las comisiones de selección. Pero estaremos en todo caso en el ámbito operativo del art. 14.1 CE, que permite el trato desigual siempre que haya una razón objetiva que lo justifique y siempre que el trato desigual no sea desproporcionado. Según esto, una cuota de presencia femenina en los tribunales de oposiciones podría ser contraria al art. 14.1 CE en relación con cuerpos funcionariales donde la mencionada cuota no fuera necesaria; o si, a la vista de la presencia real de las mujeres en un determinado cuerpo funcionarial, la cuota fuera desproporcionada (*infra* § 86). Esta conclusión no es contraria a que las leyes impongan, con carácter general y abstracto, determinadas cuotas femeninas (o de los dos sexos) en las comisiones de selección, pero sí demanda que esa cuota sea *flexible* (*infra* § 93). Esto es, que sea modulable o excepcionable para concretos cuerpos funcionariales.

53. La relativización o incluso exclusión del efecto lesivo de las cuotas y preferencias también está presente en la jurisprudencia constitucional sobre las cuotas de sexo en las *listas electorales* (como las que establece el art. 44 *bis* LOREG). Sostiene aquí la jurisprudencia constitucional que tales cuotas *no producen verdaderos sacrificios* individuales para los varones. Primero, porque ningún elector tiene derecho a una determinada composición de las listas; y segundo, porque ningún posible candidato tiene derecho a ocupar cualquier posición en una lista (STC 13/2009, FJ 15). La composición de las listas y, por tanto, la mayor o menor presencia de varones en ellas, estaría sustancialmente abierta a la libre configuración legal. A lo sumo, serían los partidos políticos (y no los varones) quienes verían limitada su autonomía en la confección de las listas[59]. Mas esta autonomía, aunque pudiera tener cierta relevancia constitucional *ex* art. 6 CE, no guardaría ninguna relación con un hipotético derecho masculino a no soportar restricciones en su posible presencia en las listas electorales. Conforme a esta jurisprudencia constitucional, la simple *negación del carácter sacrificial* de las cuotas de sexo o femeninas bastaría para excluir todo análisis ulterior *ex* art. 14.1 CE. En mi opinión, no se puede negar de entrada que las cuotas o preferen-

[59] Alfonso RUÍZ MIGUEL, "Paridad electoral y cuotas", cit., p. 49.

cias despliegan efectos restrictivos para los individuos de los grupos no beneficiados, lo cual no implica que esos efectos restrictivos sean inconstitucionales. Si se acepta que las cuotas generan algún sacrificio en los varones, incluso secundario o residual, lo procedente es aplicar un control de proporcionalidad, destinado a comprobar si el posible sacrificio o perjuicio (incluso residual) resulta idóneo, necesario y ponderado. Esto no impide reconocer que, en puridad, una vez que se han minimizado los efectos negativos de las cuotas o preferencias, el test de proporcionalidad sería más estético que real. El *subtest* de idoneidad se superaría con facilidad tautológica, pues es evidente que la mayor presencia de mujeres en las listas electorales refuerza su participación o presencia institucional. Y también el *subtest* de ponderación sería fácilmente superable. Pues una vez minimizado el elemento sacrificial de las cuotas, fácil resulta ya concluir que tal sacrificio (inexistente o residual) es ponderado por comparación con el refuerzo de la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

54. La jurisprudencia constitucional española, que ya se ha visto que tiende a *minimizar o excluir* el efecto discriminatorio de las cuotas femeninas (o de sexo) tanto en órganos administrativos como en órganos electos, contrasta con la jurisprudencia norteamericana en relación con las *preferencias de raza* para el acceso a determinados órganos o entidades (públicas y privadas). Esta jurisprudencia se enuncia con claridad en la sentencia *Students for Fair Admissions* (2023) (*supra* § 17). Recuérdese que en aquel caso el Tribunal Supremo consideró que los estudiantes asiáticos resultan perjudicados en al acceso a las universidades de Harvard (privada) y Carolina del Norte (pública) porque en la fase final del procedimiento selectivo había una modesta *preferencia abstracta* a favor de los candidatos afroamericanos. Comprobada la existencia de un sacrificio para concretas personas (los candidatos de origen asiático) se considera que hay una afección real al derecho a la igualdad reconocido por la 14ª Enmienda de la Constitución federal. Y es entonces cuando se indaga si dicha afección resulta proporcionada y, con ello, constitucionalmente legítima. Según se ve, el Tribunal formula su conclusión sobre dos premisas lógicas: primera, que la cuota o preferencia a favor de un grupo *impone sacrificios* reales a otro grupo; y segunda, que tal sacrificio es *desproporcionado*. En puridad, lo que aquí se califica como proporcionalidad no es, en la jurisprudencia norteamericana, una exigencia sustantiva sobre la medida o norma de preferencia, sino una descripción del posible *alcance del control judicial* en relación con dicha medida. En función de cuál sea la causa de la preferencia, el control judicial es muy intenso (*strict scrutiny*) o más laxo (*intermediate scrutiny; rational basis scrutiny*). La preferencia por razón de raza o etnia activa un control judicial especialmente intenso (*scrict scrutiny*), mientras que otras posibles preferencias no pasan de un control sobre la racionalidad de la diferenciación (*rational basis scrutiny*). Actualmente, y después de algunas oscilaciones jurisprudenciales, las diferencias de trato por razón de sexo, edad y estatus económico sólo son objeto de un control judicial de racionalidad (*rational basis scrutiny*)[60]. Es obvio que toda esta graduación norteamericana

[60] David M. O' BRIEN, "The Equal Protection of the Laws," en David M. O' BRIEN y Gordon SILVERSTEIN, *Civil Rights and Civil Liberties*, 10ª ed., vol. 2, New York, W. W. Norton & Company, 2017, pp. 1496-97.

sobre el alcance del posible control judicial es muy distinta de la exigencia sustantiva de proporcionalidad propia del Derecho continental europeo. Primero, porque el principio europeo de proporcionalidad es un parámetro constitucional sustantivo, no de control judicial (esto es, el control judicial es sólo una consecuencia de la naturaleza normativa del principio de proporcionalidad). Segundo, porque en Europa los posibles grados de control judicial se articulan técnicamente a través de la estructura trimembre del principio de proporcionalidad (adecuación, necesidad, ponderación), de tal manera que *la causa* de la preferencia no presenta un carácter tan determinante como en la jurisprudencia norteamericana: en Derecho europeo importa, ciertamente, cuál sea la causa de la preferencia, pero también su mayor o menor adecuación y necesidad, y el grado de sacrificio sobre otros bienes jurídicos (de hecho, como en seguida se explicará, la causa de la preferencia se canaliza a través del *subtest* de ponderación). En puridad, aunque ni el *strict scrutiny* ni el *rational basis scrutiny* norteamericanos son fácilmente reconducibles al principio de proporcionalidad europeo, para una comparación funcional podría decirse que ambos grados de revisabilidad definen el perímetro de un control judicial que en el continente europeo calificamos como control de proporcionalidad. En todo caso, y admitido que hay diferencias ostensibles entre la exigencia europea de proporcionalidad y los diversos grados de control de los tribunales norteamericanos sobre medidas que contienen diferencias de trato, la comparación al menos permite destacar que la jurisprudencia norteamericana (a diferencia de la jurisprudencia constitucional española) da por obvio que toda preferencia (y lo mismo se podría decir de una cuota) impone una restricción o sacrifico a las personas no beneficiadas, lo que activa alguna suerte de control judicial (más o menos intenso, en función de la causa y el alcance de la preferencia). En lo demás, el enjuiciamiento propio de los tribunales norteamericanos es parcialmente distinto al que comúnmente lleva a cabo el Tribunal Constitucional español. Veamos.

a) La jurisprudencia norteamericana examina, en primer lugar, si existe un *interés público específico y cualificado* que justifique el trato desigual que naturalmente resulta de toda preferencia. Cuando la causa de la preferencia es la raza se aplica un *control teleológico severo* (*strict scrutiny*) que exige la presencia de intereses generales precisos y mesurables. No es un interés general suficiente la simple aspiración a una sociedad más justa e igualitaria, o la genérica mejora del sistema educativo. Cuando la preferencia no se refiere a una "categoría sospechosa" (como la raza), sino a otra condición personal (como el sexo o la edad) se aplica un simple control de racionalidad *(rational basis scrutiny*) que se limita a comprobar que haya una conexión racional entre la medida diferenciadora y un "legítimo interés gubernamental". Este primer test se corresponde en parte con lo que, en la estructura común del principio de proporcionalidad europeo, se califica como *subtest* de *ponderación*, que también pregunta por la existencia de un bien o interés jurídico que justifique suficientemente la restricción de otro bien o derecho. La diferencia entre ambos *tests* está precisamente en que en la jurisprudencia norteamericana la pregunta sobre el interés general al que sirve el sacrifico es inicial, no final (como en el Derecho continental europeo).

b) Seguidamente, y en la medida en que exista un interés general específico para el trato desigual, se cuestiona la *necesidad* de ese mismo sacrificio. En puridad, esta referencia norteamericana a la necesidad incluye elementos de lo que en Derecho continental europeo se distribuye en los tres *subtests* del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y ponderación. El Tribunal Supremo norteamericano analiza, de forma tópica, la propia *configuración normativa del grupo beneficiado*: de un lado, si el grupo beneficiado es demasiado grande (pues en tal caso podría incluir muchas situaciones individuales no merecedoras del mejor trato); también, si la propia definición del grupo puede resultar negativa para concretos individuos o subgrupos, en tanto que los estereotipa (presume de todos ellos el minusvalor o la situación negativa de partida que se pretende superar con la cuota o la preferencia). El análisis de la necesidad incluye también un escrutinio preciso sobre el *alcance negativo* (discriminatorio) sobre los grupos no beneficiados. Nótese aquí que la existencia de efectos negativos sobre otros no es la premisa inicial para el control judicial de las cuotas y preferencias, sino una parte del *subtest* de necesidad. Finalmente, el escrutinio judicial pregunta por el *alcance temporal* de los beneficios, que en ningún caso pueden ser permanentes ("at some point they must end") [61].

3.2. Representatividad

55. Aunque la igualdad es el valor social y jurídico que normalmente justifica las cuotas y preferencias, la mera igualdad no las explica —ni legitima— por entero. Además, hay que recordar que el principio de igualdad actúa en un doble sentido: favoreciendo la presencia pública de grupos sociales tradicionalmente ausentes, infrarrepresentados o preteridos, con amparo inmediato en el art. 9.2 CE; e imponiendo límites o restricciones a los grupos sociales más presentes o sobrerrepresentados, con posible afección al derecho a la igualdad que garantiza el art. 14.1 CE. Por eso, en la medida en que el principio de igualdad simultáneamente legitima y constriñe las cuotas y preferencias, en cada caso concreto es conveniente comprobar si otros principios constitucionales orientan y dotan de legitimidad suplementaria —más allá de la que aporta el art. 9.2 CE— a posibles cuotas y preferencias. Este puede ser el caso del principio democrático (art. 1.1 CE).

56. Las cuotas, reservas o preferencias no sólo pretenden que los grupos sociales desfavorecidos, no reconocidos, o tradicionalmente discriminados, ganen presencia en los órganos y entidades públicas. Pretenden, también, que esos órganos y entidades públicas *reflejen adecuadamente la sociedad* a la que sirven. Esto es, que haya identidad, o al menos correspondencia, entre la composición humana de los órganos públicos y la estructura de la sociedad para la que actúan [62]. Con esta perspectiva, una sociedad compuesta en su mitad por mujeres debería tener, en correspondencia,

[61] *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 6.

[62] Sally C. SELDEN, "A Solution in Search of a Problem?, cit., p. 911; Ana María DE LA ENCARNACIÓN, "Acceso y promoción de la mujer en el empleo público…", cit., p. 8.

una presencia paritaria en los órganos y entidades públicas[63]. Tanto en sus asambleas electas como en el resto de los órganos y entidades públicos. Una sociedad con 1.929.400 personas en edad laboral con discapacidad (datos de 2022[64]) debería contar con un porcentaje simétrico de empleados públicos con discapacidad. A una sociedad multilingüe debería corresponder también una composición plural de sus entidades públicas. Y a una sociedad con minorías étnicas o raciales debería corresponder una presencia representativa de esos grupos sociales en los distintos órganos y entidades públicos.

57. Como se ve, la correspondencia entre sociedad y poder público trasciende de la simple idea de igualdad. Se plantea, entonces, cuál es el significado jurídico de esa correspondencia o identidad relativa entre sociedad y poder público. Por ahora, el mejor anclaje constitucional de la correspondencia o representatividad se sitúa en el *principio democrático*, como el que enuncia el art. 1.1 CE. Así se ha sostenido, por ejemplo, en relación con las cuotas electorales a favor de los dos sexos. Según esto, una comunidad política donde rige el principio democrático y compuesta casi simétricamente por hombres y mujeres no puede estar gobernada por órganos abrumadoramente integrados por hombres[65]. El principio democrático no se limita a garantizar que todas las personas (o todos los ciudadanos) puedan ser electores y elegidos. Exige también que el poder público refleje la estructura del *demos* propio de cada sociedad o comunidad política. De esta manera, dependiendo del alcance de las cuotas, y de la situación del grupo social beneficiado, puede estar más o menos presente el valor de la igualdad o la idea de correspondencia democrática. Se ha dicho en la filosofía política que en la regla de paridad de hombres y mujeres en las listas electorales hay un componente preponderante de igualdad, más que de representatividad, porque de esa manera "[se corrige] la representación, no para que esta refleje como un espejo a la sociedad, sino para evitar la dominación histórica de ciertos grupos por otros (…)"[66]. A mi juicio, sólo en cada concreto contexto, y en relación con la presencia histórica y real de cada grupo social en la correspondiente entidad pública, se puede calificar una cuota o reserva como más o menos *igualitaria o representativa*. En mi opinión, las cuotas femeninas son originariamente igualitarias, pero según se van eliminando las barreras discriminatorias gana peso su significado representativo. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la concreta calificación de cada cuota no es baladí, pues activa normas constitucionales más o menos restrictivas.

58. El significado representativo de cada cuota o reserva depende en buena medida de cuál sea el *órgano o entidad* sobre los que se proyecten. Es necesario distinguir aquí entre los parlamentos o asambleas de electos y la Administración pública. Empezando por las cámaras, parlamentos o asambleas de electos, el significado democrático-representativo de las cuotas depende de cómo se entienda el propio principio de-

---

[63] Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 290.

[64] Servicio Estatal de Empleo, *Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal,* Madrid, 2023, p. 12.

[65] Fernando REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, cit. p. 172.

[66] Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., p. 290.

mocrático en cada ordenamiento constitucional. En función de este entendimiento, el principio democrático podrá servir como impulso o como freno para determinadas cuotas en las listas electorales (que son determinantes de la composición final de la correspondiente asamblea). Entendida la democracia como *vínculo representativo formal* entre el conjunto del cuerpo electoral y una *institución* (una cámara o una asamblea) en la que cada uno de sus miembros representa al conjunto de la nación, comunidad o cuerpo electoral, el principio democrático es contrario a las cuotas y reservas en las listas[67]. En cambio, una comprensión más "descriptiva" de la democracia representativa, que busque una razonable *correspondencia* entre los elegidos y la composición real del cuerpo electoral, puede favorecer la imposición de cuotas o reservas en las listas electorales, a favor de ciertos grupos o categorías cuya relevancia o presencia social no va pareja a su presencia real en los órganos políticos. Esta idea de correspondencia subjetiva entre la estructura social y las instituciones democráticas desborda la comprensión tradicional (liberal) de la democracia representativa, construida sobre la ficción política de que cada uno de los electos representa a toda la nación o pueblo[68]. Se produce así una "transformación de la democracia representativa en democracia popular"[69] o de grupos[70]. Esto explica que las cuotas de sexo en las listas electorales hayan encontrado fuertes objeciones en sistemas constitucionales construidos sobre el imaginario político de la democracia representativa liberal.

59. La comprensión de cada elector como representante de toda la nación, o de todo el cuerpo electoral, estuvo presente en la jurisprudencia del *Tribunal Constitucional francés* cuando, en 1982, declaró inconstitucional la ley que garantizaba a cada sexo al menos un 25 por 100 de las listas electorales municipales. En palabras del tribunal francés: "(…) en términos del artículo 3 de la Constitución: «la soberanía nacional pertenece al pueblo, que la ejerce a través de sus representantes y por medio de referéndum. Ningún sector del pueblo y ningún individuo puede atribuirse su ejercicio (…)». Y según el artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano: «Siendo todos los ciudadanos iguales a los ojos de la ley, igualmente pueden acceder a todas las dignidades, puestos o empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que sus propias virtudes y talento» (…). De estos textos resulta que la condición de ciudadano abre el derecho de voto y la elegibilidad en forma

---

[67] En este sentido: Voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en las SSTC 12/2008 y 13/2009.

[68] Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada…,* pp. 159, 169 y 176; Francisco CAAMAÑO RODRIGUEZ, "La prohibición de mandato imperativo", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, 2018, pp.33-40 (p. 34); Maria Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, cit., p. 133. En clave histórica: Marta LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, UAM Ediciones, Madrid, 2010, pp. 27 y 32.

[69] Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, cit., pp. 288 y 292.

[70] Marc CARRILLO, "Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular", en Luis LÓPEZ GUERRA (coordinador*), Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 170 y ss.

idéntica a todos aquellos que no estén excluidos por razón de edad, incapacidad o nacionalidad, o para proteger la libertad del elector o la independencia de los electos; (…) estos principios constitucionales se oponen a toda división por categorías de los electores o de los elegibles (…)"[71]. Según se ve, aquí la igualdad y la democracia representativa niegan la posibilidad de *fragmentación*: tanto de los electores (lo que impide la representación estamental), como de los elegibles (que tampoco pueden seccionarse)[72]. Siendo esta la comprensión de la democracia representativa en el Tribunal Constitucional francés, fue necesaria una reforma constitucional expresa[73] para que luego la ley (desde 2019) pudiera incluir las actuales cuotas de ambos sexos en las listas electorales[74]. Similares argumentos utilizó también el Tribunal Constitucional del Land de Brademburgo en relación con la Ley de Paridad del Land (Zweites Gesetz zur Änderung des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes - Parité-Gesetz vom 12. Februar 2019 (GVBl. 2019, Teil I, Nr. 1 vom 12. Februar 2019). En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional del Land consideró que "(...) con base en el principio democrático no se puede exigir, por parte de ningún grupo social, una cuota representativa proporcional en el parlamento; el principio representativo de la Constitución [del Land] no prevé que la composición del parlamento refleje la diversidad de grupos sociales" (Sentencia de 23 de octubre de 2020 [VerfGBbg, Urteil vom 23. Oktober 2020 - VfGBbg 55/19]).

---

[71] Decisión núm. 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982, considerandos 6, 7 y 8. La misma doctrina se reiteró después en la Decisión 98-407 DC, de 14 de enero de 1999 (en relación con las listas electorales en las elecciones regionales) y en la Decisión 99-412 DC, de 15 de junio de 1999 (en relación con la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias)

[72] Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1999, p. 561.

[73] Artículos 3 y 4 de la Constitución francesa, modificados por Ley constitucional núm. 99-569, de 8 de julio (traducción y cursiva propias):

Artículo 3:

"La soberanía nacional reside en el pueblo, que la ejerce por medio de representantes y a través de referéndum.

Ningún estamento del pueblo y ningún individuo se pueden atribuir su ejercicio.

El sufragio podrá ser directo o indirecto, en las condiciones establecidas por la Constitución, y será siempre universal, igual y secreto.

Son electores, en las condiciones establecidas por la ley, todos los ciudadanos franceses de ambos sexos mayores edad y en pleno ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

La ley promueve el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas"

Artículo 4:

"Los partidos y agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio.

Se forman y ejercen su actividad libremente.

Están obligados a respetar los principios de la soberanía nacional y de la democracia.

Contribuyen a la eficacia del principio enunciado en la última frase del artículo 3 en las condiciones señaladas por la ley.

[74] Artículo L2122-7-2 del Código de Corporaciones Territoriales, modificado por la Ley núm. 2019-1461, de 27 de diciembre: "En los municipios de más de 1.000 habitantes, los concejales se eligen por mayoría absoluta, mediante listas cerradas y bloqueadas. Cada lista se compone alternativamente de un candidato de cada género" (traducción propia).

60. En España, estos argumentos estuvieron presentes en las SSTC 12/2008 (sobre el art. 44 *bis* LOREG) y 13/2009 (sobre la Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres) aunque, como muestra precisamente el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, no fueron acogidos por la mayoría. El Tribunal Constitucional español adoptó una visión más "descriptiva" de la democracia representativa. En ella, las asambleas electas no son sólo los agentes o representantes formales de la comunidad política, sino que *se corresponden e identifican* con la comunidad política a la que sirven.

61. Por supuesto que las cuotas electorales no son el único medio jurídico de asegurar la representatividad real y específica de algunos grupos sociales en asambleas generales. La búsqueda de la correspondencia o identidad entre electores y elegidos también está presente, aunque ya no por medio de cuotas o reservas, en los sistemas electorales de *circunscripciones múltiples* con un único (o pocos) electos por circunscripción[75]. En estos casos resulta fundamental la delimitación geográfica de la circunscripción electoral, precisamente para asegurar que los grupos humanos más presentes en determinados distritos o barrios cuenten con representantes electos con la misma identidad (étnica, religiosa, lingüística) de los electores. La sofisticada jurisprudencia norteamericana y canadiense sobre la manipulación geográfica de las circunscripciones electorales (*gerrymandering*)[76] es bien expresiva de cómo una misma cuestión de fondo (la identidad entre electores y elegidos) puede tener distintas formas instrumentales. Cuando muchos eligen a muchos, la opción más natural es la fijación de cuotas o reservas; cuando pocos eligen a uno o a pocos —y donde por tanto no son viables las cuotas— una buena opción es la delimitación socialmente homogénea del grupo elector.

62. Las asambleas electas no son el único órgano público en el que diversos grupos sociales pueden contar con una presencia representativa, garantizada mediante cuotas o reservas. La correspondencia entre estructura social y composición subjetiva del Estado también se puede dar en la Administración pública. Se habla entonces de "burocracia representativa". Consiste ésta en que "(…) en la Administración haya servidores públicos que reflejen las características y los valores específicos de aquellos a quienes sirven"[77]. Esta idea tiene reflejo normativo preciso en la legislación federal de empleo público en Estados Unidos, que expresamente fija como objetivo federal la consecución de una función pública "competente, honesta, productiva y que refleje la diversidad de la Nación"[78]. Es representativa una burocracia en la que, por ejemplo,

---

[75] Richard H. PILDES "Democracy and the Representation of Minority Interests", en *Fundamentos*, núm. 3 (2004), Principado de Asturias, Oviedo, pp. 472-489 (p. 478).

[76] En relación con los gobiernos locales, en Estados Unidos: David J. McCARTHY Jr. y Laurie REYNOLDS, *Local Government Law*, Thomson-West, St. Paul, 2003, p. 164; para Canadá: Andrew SANCTON, *Canadian Local Government*. An Urban Perspective, 2ª edición, Oxford University Press, Don Mills, 2015, p. 179.

[77] Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, "¿Administraciones públicas inclusivas?: la implementación de la normativa sobre el acceso de las mujeres con discapacidad al empleo público". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 28 (2022), pp. 112–126 (p. 114).

[78] Artículo (*Section*) 3 (2) de la *Civil Service Reform Act* de 1978 (5 U.S.C. 7201).

las comisiones de selección de empleo público y los comités que otorgan premios son paritarias (hombre-mujer). La simetría o correspondencia entre la composición subjetiva de la Administración y la sociedad a la que sirve sería una manifestación más del principio democrático. Y actuaría entonces como una forma complementaria de *legitimidad democrática* de la Administración, porque conectaría directamente a la Administración con la comunidad política. De esta manera, partiendo de la premisa de que la legitimidad administrativa puede alcanzar distintos grados[79], y de que en los Estados de Derecho el grado elemental o mínimo deriva del sometimiento de la Administración a la ley, también se puede sostener que una mayor representatividad social de cada Administración (la correspondencia entre la estructura demográfica de una comunidad o país y la composición subjetiva de la correspondiente Administración) aumenta su legitimidad constitucional. Luego se verá que la mencionada correspondencia o representatividad administrativa también resulta relevante desde la perspectiva de la eficacia administrativa (art. 103.1 CE) (*infra* § 70).

3.3. Mérito y capacidad en el acceso al empleo público

63. El art. 103.3 CE establece que el acceso a la función pública se rige por los principios de mérito y capacidad. Estos principios se concretan normativamente en los arts. 55 a 62 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y en las leyes autonómicas de desarrollo. El principio de mérito y capacidad tiene como fin primario la consecución de una *Administración cualificada*, capaz de cumplir con objetividad y suficiencia técnica las múltiples funciones y fines que le asignan la Constitución, el Derecho europeo y las leyes. Además de su significado jurídico *objeti*vo, como mandato a todos los poderes públicos, el principio de mérito y capacidad también tiene un alcance *subjetivo*: define y limita el alcance del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad al empleo público (art. 23. 2 CE), que tutela sólo a quienes cumplen los requisitos de mérito y capacidad adecuados para el ejercicio de las funciones públicas[80]. Aunque la dimensión subjetiva o iusfundamental del mérito y la capacidad frecuentemente oculta su dimensión *objetiva y organizativa*[81], esta perspectiva (que es la propia del art. 103.3 CE) cobra especial sentido en relación con las cuotas y preferencias.

64. El principio constitucional de mérito y capacidad es intrínsecamente contrario a toda cuota o preferencia —en el acceso a la función pública— que no guar-

---

[79] Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Saô Paulo, 2020, p. 51.

[80] Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Comentario al art. 103 de la Constitución", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 452-471 (p. 467).

[81] Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, cit., p. 97; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2023, p. 130.

de directa relación con las cualidades profesionales de cada concreto candidato[82]. Conforme a la jurisprudencia constitucional española, los principios de mérito y capacidad impiden que, mediante una reserva o cuota, se ejerzan funciones públicas por personas que no cuenten con las capacidades y méritos suficientes (STC 13/2009, FJ 5). El art. 103.3 CE no impide, en cambio, un trato más favorable a personas que, cumpliendo requisitos de mérito y capacidad, pertenezcan a grupos o categorías sociales beneficiados por la actuación positiva o igualadora del Estado. Aquí resulta determinante la estructura de cada procedimiento selectivo, pues es ahí donde se fijan los requisitos de capacidad (conocimientos, destrezas, habilidades) y los méritos (titulaciones, experiencia, capacitaciones) relevantes. Desde esta perspectiva, las exigencias del art. 103.3 CE se optimizan cuando las cuotas no dan lugar a *pruebas selectivas distintas*, sino a unas bases y un procedimiento uniforme, aunque sólo los miembros del grupo beneficiado puedan acceder a un cierto número de plazas o puestos. En principio, un procedimiento selectivo separado no tiene por qué infringir el mandato constitucional de mérito y capacidad. Pero exige una compleja motivación sobre por qué unas bases o criterios distintos (respecto de los comunes) no afectan a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad. Y si tal es el caso, la cuestión es entonces por qué no se extienden también esas bases, criterioso o baremaciones a los procedimientos selectivos comunes. Cuestión bien distinta es que, incluso en un procedimiento selectivo único, la realización de las pruebas comunes se adapte a las necesidades especiales de las personas con discapacidad[83].

65. En términos comparados, en Alemania también el art. 33.2 GG garantiza el mérito y la capacidad para el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (*Leistungsprinzip*). En este caso, la doctrina considera generalmente que se trata de un cuasi-derecho fundamental que, además, *no permite ninguna restricción legal*. Esto es, que en principio no es limitable por la ley, ni siquiera para promover otro bien o derecho constitucional (*supra* §§ 34 y 47). La caracterización constitucional del mérito y la capacidad como elementos definitorios de un derecho cuasi-fundamental (y no como mandatos o principios definitorios de la Administración) dota a esos criterios constitucionales de una especial fuerza constitucional, pero al mismo tiempo acota su vigencia al campo de la *igualdad* entre candidatos, dejando en un segundo plano su relevancia para la configuración de una Administración pública basada en el conocimiento experto y la capacitación técnica[84]. Tal y como muestra la práctica en Alemania, la firme aseveración del derecho y principio de mérito y capacidad *reduce mucho la eficacia* de la preferencia legal de las mujeres para el acceso a la función pública. Dado que la preferencia sólo puede darse en igualdad de

[82] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 78.

[83] En este sentido, fijando tablas de aumento de duración de las pruebas selectivas, en función del tipo de discapacidad: Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

[84] Hans JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für das Bundesrepublick Deutschland*, cit. p. 717 § 9.

mérito y capacidad (según ordena en Alemania el § 8.1 BGleiG) la preferencia sólo actúa si previamente se da una situación de empate entre una mujer y un varón. Y la experiencia muestra que tal situación es altamente improbable, porque previamente, precisamente en el procedimiento de valoración de los méritos y la capacidad, hay pruebas y valoraciones que sistemáticamente perjudican o favorecen la minusvaloración de las mujeres[85].

66. En el caso de España, el principio constitucional de mérito y capacidad no tiene la rigidez presente en el Derecho alemán. Siendo la exigencia constitucional de mérito y capacidad *un principio normativo*, y no una regla constitucional rígida, la ley puede establecer algunas *excepciones o modulaciones*. La cuestión central consiste entonces en determinar cuál es el grado de resistencia que, frente a concretas cuotas o preferencias, ofrece el principio de mérito y capacidad. En términos generales, el art. 103.3 CE obliga a que la promoción de la igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y la correspondencia o representatividad social de la Administración (art. 1.1 CE) no propicien la descualificación de la Administración y no dificulten en exceso el poder de autoorganización, que es imprescindible para su funcionamiento eficaz y objetivo, como exige el art. 103.1 CE.

67. Como luego se verá, el principio de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) favorece algunas concretas cuotas o preferencias, respecto de otras. Con carácter general, aboga por las *simples preferencias* entre candidatos igualados en mérito y capacidad, siguiendo el criterio primario de la jurisprudencia europea (*supra* § 21e *infra* § 92) y como es la opción generalizada en Derecho alemán (*supra* § 21). Ello no obstante, esta mayor adecuación de las preferencias es muy dependiente de cuáles sean los concretos requisitos o méritos incluidos en cada procedimiento selectivo. Pues, como muestran algunos litigios sobre requisitos y méritos lingüísticos (*infra* § 69), la exigencia generalizada o altamente baremada de determinados méritos o capacidades altera el propio significado de la preferencia (hasta convertirla más propiamente en requisito o en cuota). Las *cuotas o reservas* también son posibles, pero son más o menos conformes con el art. 103.3 CE en función de cada concreta configuración normativa. El principio de mérito y capacidad restringe o dificulta las cuotas numéricas o porcentajes muy altos, las cuotas con efecto añadido (porque se suman a otras cuotas previamente existentes), o las cuotas de baja escala, referidas a cada órgano administrativo o a cada cuerpo, escala o categoría profesional. Por el contrario, a los efectos del art. 103.3 CE resulta escasamente relevante el carácter *temporal* de las cuotas (*infra* § 91).

---

[85] Jürgen LOSE, *Die dienstliche Beurteilung*, 7ª ed., ESV, 2020, pp. 388 y ss. Hans-Jürgen PAPIER y Martin HEIDEBACH, *Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten in Führungspositionen in öffentlichen Dienst*, München, 2014, p. 42.

3.4. Eficacia administrativa

68. Algunas cuotas y preferencias sirven, en mayor o menor medida, a la eficacia administrativa, que es también un principio constitucional (art. 103.1 CE). Como es obvio, la eficacia administrativa no está presente en las cuotas parlamentarias, simplemente porque las Cortes y los parlamentos autonómicos no son Administración pública. Sin embargo, sí resulta relevante en relación con cuotas en las listas electorales para las elecciones municipales, dada la general caracterización de los ayuntamientos como Administraciones públicas y de la regulación legal que atribuye competencias administrativas al pleno municipal (art. 22.2 f), i), k), l), m), ñ) LBRL) y exige que el alcalde y todos los miembros de la junta de gobierno (arts. 21.1 y 127.1 LBRL) sean concejales electos (art. 196 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General [LOREG] y art. 126.2 LBRL). Más relevante es el principio de eficacia en relación con las cuotas y preferencias que definen la composición de órganos administrativos no electos, los que *ejecutan* las políticas o normas aprobadas por un órgano de gobierno. De dos maneras actúa el principio de eficacia, en relación con las cuotas y preferencias: *legitimándolas y limitándolas*.

69. En primer lugar, algunas preferencias, como las que promueven el acceso a la Administración de *hablantes* de determinadas lenguas, pueden legitimarse desde la perspectiva de la eficacia administrativa. Cuando el Derecho de un país reconoce el carácter oficial y/o propio de varias lenguas, y reconoce también el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración en la lengua de su elección, esa misma Administración, para ser eficaz, ha de contar con suficientes empleados públicos con las capacidades lingüísticas correspondientes[86]. Este es el sentido, por ejemplo, del art. 14 de la Ley vasca 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera, que se refiere al conocimiento del euskera en un doble sentido: como *requisito* (junto al conocimiento del castellano) para el acceso a determinadas plazas funcionariales, lo que da lugar a que cada plaza tenga su propio "perfil lingüístico"[87]; y como posible *mérito* baremable en los correspondientes procedimientos selectivos. Como es obvio, esto no legitima por sí cualquier reserva o preferencia en el acceso o promoción dentro de la Administración pública, pero sí activa la fuerza ponderativa del principio de eficacia administrativa a la hora de reservar un cierto número de plazas a favor de las lenguas cooficiales regionales, o para establecer el conocimiento de una lengua cooficial como mérito relevante, determinante o preferente, para el acceso o provisión de concretas plazas.

70. También el principio constitucional de eficacia administrativa está presente en las cuotas o preferencias que buscan la *identidad o correspondencia* entre ciuda-

---

[86] Iñigo URRUTIA, "Exigir el euskera para acceder a la función pública ¿Discrimina?, *Revista de Llengua i Dret* (Blog), de 10 de junio de 2021.

[87] Arts. 46.1 g), 79.1 e), 80.2 l), 187.5 y 188.1 de la Ley vasca 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público; y arts. 7 y ss. del Decreto vasco 86/1997, de 15 de abril, por el que se regula el proceso de normalización del uso del euskera en las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

danos y empleados públicos. Como ya se ha dicho antes (*supra* § 62) la promoción de las mujeres y las minorías étnicas o de origen en la Administración pública se ha explicado en las dos últimas décadas con el concepto de "burocracia representativa". Pero esta conceptualización, que claramente remite a una comprensión abierta del principio democrático, no oculta que las cuotas y preferencias en los órganos y entidades administrativas también son relevantes desde la perspectiva de la eficacia administrativa. Se ha considerado, en este sentido, que una composición subjetiva equilibrada y diversa de los órganos administrativos favorece su eficacia, tanto *ad intra* como *ad extra*. Internamente, la diversidad subjetiva en la Administración favorece una mejor comprensión de la realidad, que es compleja y diversa. Y externamente, las cuotas o preferencias también propician mejores actuaciones y decisiones en relación con los grupos sociales beneficiados, sobre todo en ámbitos donde los órganos administrativos disponen de márgenes de apreciación o de discrecionalidad[88]. Así, por ejemplo, en Estados Unidos hay evidencia empírica de que los profesores negros despliegan mayor empatía y un trato más favorable hacia los estudiantes negros[89]; también se ha comprobado que la mayor presencia de agentes de policía femeninas propicia un mejor tratamiento de las denuncias de abusos sexuales[90]. Además, desde la perspectiva de la *psicología social* se ha considerado que la mayor identificación de los ciudadanos con su Administración (a lo que sirve, entre otras cosas, la simetría subjetiva entre la Administración y la sociedad) mejora la colaboración ciudadana con la Administración, y con ello su eficacia[91]. Sin perjuicio de que los estudios empíricos en torno a la eficacia administrativa son con frecuencia controvertidos y poco concluyentes, sí se puede sostener que para determinadas cuotas y preferencias, y para determinados órganos administrativos (no para todos), la composición subjetiva puede mejorar la eficacia de la Administración. En esa medida, en el caso de España, el art. 103.1 CE, que precisamente impone la eficacia administrativa, dota de significado jurídico-constitucional a algunas cuotas y preferencias y, por ello, el mandato de eficacia administrativa ha de ser tenido en cuenta en cualquier valoración jurídica sobre cuotas y preferencias administrativas.

71. Desde una segunda perspectiva de análisis, el principio de eficacia administrativa también *limita* algunas cuotas o preferencias. Al igual que se dijo ya antes en relación con el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública, también el principio de eficacia administrativa es contrario a aquellos tipos de cuotas o preferencias que *debilitan la capacitación técnica o profesional* de la Administración: bien porque reducen de forma relevante los requisitos de mérito y capacidad; bien

---

[88] Jessica E. SOWA y Sally Coleman SELDEN, "Administrative Discretion and Active Representation: Am Expansion of the Theory of Representative Bureaucracy", *Public Administration Review*, núm. 63-6 (2003), pp. 700-710 (p. 703).

[89] Sally C. SELDEN, "A Solution in Search of a Problem?, cit., p. 918.

[90] Kenneth J. MEIER y Jill NICHOLSON-CROTTY, "Gender, Representative Bureaucracy and Law Enforcement: The Case of Sexual Assault", *Public Administration Review*, núm. 66 (2006), pp. 848-858.

[91] Francisco VELASCO CABALLERO, "Psicología para el Derecho administrativo", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 7 (2023), pp. 41-82 (p. 70).

porque concentran la presencia de determinados grupos sociales en concretos órganos, unidades administrativas o estructuras de empleo, constriñendo el poder de autoorganización o dirección de los servicios (*infra* § 87).

4. ESTRUCTURA TÉCNICA DE LAS CUOTAS Y PREFERENCIAS

72. La valoración jurídica de las cuotas y preferencias depende de su formulación. Porque cada *concreta formulación* produce efectos diferentes desde la perspectiva de los derechos o principios de igualdad, representatividad, mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas y eficacia administrativa. Se van a considerar aquí cuatro aspectos fundamentales de las cuotas y preferencias, determinantes para su análisis jurídico: el grupo social beneficiado; el órgano o entidad para el que se establece la cuota o la preferencia; el tipo de cuota o preferencia; y la consecuencia jurídica del cumplimiento o incumplimiento.

4.1. El grupo beneficiado

73. Muy diversos pueden ser los grupos beneficiados por las cuotas y preferencias. Puede tratarse de grupos relativamente pequeños (como el de las personas transexuales) o de toda una categoría social (como las mujeres). También el factor definitorio del grupo (el sexo, la etnia u origen, la discapacidad, la lengua) puede ser, en términos jurídicos, más o menos *relevante*. Cada concreta combinación entre las dimensiones del grupo y la relevancia jurídica del factor que lo define merecerá una valoración ponderativa diferenciada desde la perspectiva de los principios constitucionales de igualdad (arts. 9.2 y 14 CE), representatividad democrática (art. 1.1 CE), mérito y capacidad en el acceso a la función pública (arts. 103.1 y 23.2 CE) y eficacia administrativa (art. 103.1 CE). Normalmente, los debates jurídicos sobre la configuración de los grupos beneficiados por las cuotas y preferencias se han limitado a consideraciones de igualdad. Sin embargo, aun reconociendo que este principio constitucional es fundamental para la conformación legal de los grupos sociales beneficiados, no es el único a tener en cuenta.

74. El *Derecho norteamericano* sobre las cuotas y preferencias es buen ejemplo comparado del protagonismo del derecho a la *igualdad* a la hora de definir el grupo beneficiado por una preferencia. En general, por argumentos de igualdad apoyados en la XIVª Enmienda a la Constitución Federal, la jurisprudencia norteamericana muestra cierta reluctancia hacia las cuotas y preferencias que favorecen a *grandes grupos sociale*s. En puridad, ese rechazo sigue dos vías, muy próximas, aunque diferenciables. En primer lugar, la jurisprudencia norteamericana muestra una clara oposición a las preferencias que *estereotipan* a los miembros de un grupo, incluso para favorecerles. En segundo lugar, la jurisprudencia norteamericana también es contra-

ria a los *grupos amplios mal definidos*[92], porque no diferencian suficientemente a los subgrupos dentro de un grupo o categoría general, y porque excluyen definitivamente de las preferencias normativas a personas que pueden merecer el mismo beneficio.

75. Según la jurisprudencia norteamericana, un factor distintivo como la *raza negra* permite un trato jurídico más favorable a los miembros del amplio grupo social afroamericano. Precisamente porque el factor étnico es jurídicamente relevante: ha sido determinante para una larga historia de discriminación contraria a la XIVª Enmienda. Pero el trato más favorable a ese grupo social al mismo tiempo retroalimenta un *estereotipo negativo* que afecta incluso a las personas de ese mismo grupo social que no sufren la situación discriminatoria que se pretende corregir. Con cierto paternalismo retórico, la jurisprudencia norteamericana afirma con contundencia que cada ciudadano merece ser tratado *como individuo*, y no como mero miembro de un grupo social. En esta jurisprudencia late una comprensión individualista de la sociedad y del orden constitucional. Está aquí implícito el *sesgo meritocrático* propio del liberalismo contemporáneo, muy presente en la cultura norteamericana actual[93]. Esa jurisprudencia no es contraria a que la raza sea un factor relevante para medidas de acción positiva (incluso con efectos discriminatorios reflejos para otros grupos), pero sólo en la medida en que, *en el caso concreto*, la raza efectivamente haya generado consecuencias negativas merecedoras de una acción de promoción inversa[94]. Dice literalmente el Tribunal Supremo norteamericano que "[muchas] universidades, durante demasiado tiempo, vienen considerando que lo fundamental de la identidad individual no está en los retos alcanzados, o en las capacidades y lecciones aprendidas, sino en el color de la piel. La historia constitucional de este país no tolera este planteamiento"[95]. Y aunque formalmente no se opone a que la raza actúe como un factor de discriminación positiva, en la práctica lo hace imposible[96]. Pues hace recaer sobre *cada sujeto individual* la alegación y justificación de que la raza ha sido —en el caso concreto— un factor de desigualdad merecedor de una preferencia compensatoria. Prescindir de la "discriminación implícita", asociada genéricamente a un grupo o categoría social, dificulta exageradamente cualquier política de igualación efectiva[97]. Tal y como muestra la experiencia del *Welfare State* norteamericano, las personas más necesitadas de protección son precisamente las menos capacitadas para solicitar y justificar las ayudas. De ahí las diversas iniciativas legislativas y administrativas basadas en la presunción de que —salvo prueba administrativa en contrario— determinados grupos o categorías de personas se encuentran en situación de precariedad o vulnerabilidad, sin necesidad de acreditar expresa e individualmente esas circunstancias. Estas presunciones por defecto, que en la doctrina norteamericana se consideran hoy

---

[92] Cara McCLELLAN, "When Claims Collide: *Students for Fair Admissions v. Harvard* and the Meaning of Discrimination", *Loyola University Chicago Law Journal*, núm. 54 (2023), pp. 1-35 (p. 26).

[93] Michael J. SANDLER, *La tiranía del mérito, ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, Barcelona, 2020, pp.36, 49, 80, 88.

[94] *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 5.

[95] *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 8.

[96] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 180.

[97] Cara McCLELLAN, "When Claims Collide…", cit., p. 23.

como un posible tipo de *nudging*[98], colisionan abiertamente con la actual jurisprudencia, contraria a la discriminación positiva basada en estereotipos.

76. La segunda vía de oposición a las cuotas y preferencias a favor de concretos grupos sociales, también presente en el Derecho norteamericano, se refiere a la propia *definición del grupo*. Se dice, en este sentido, que un grupo demasiado amplio esconde múltiples fracciones o subgrupos en los que no se dan —o no en la misma medida— los factores diferenciales que justifican una acción positiva[99]. En este sentido, una idea elemental de justicia e igualdad exigiría "diversidad dentro de la diversidad"[100]. La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas utilizan frecuentemente el ejemplo del grupo social de los descendientes de *ancestros asiáticos*, que por sí no son un grupo social lo suficientemente homogéneo como para determinar consecuencias jurídicas uniformes. La diversidad del grupo social "asiático" sería especialmente clara en relación los descendientes de japoneses, considerados una "minoría modelo" que, como tal, en la sociedad americana contemporánea no precisa de ninguna medida de igualación o promoción inversa[101]. El ejemplo contrario sería el de la comunidad camboyano-americana, que aun formando parte de un grupo social genéricamente no desfavorecido (el de los asiático-americanos), presenta circunstancias de desigualdad real que pudieran justificar el beneficio de preferencias, como las articuladas a favor de las personas negras. Como es obvio, toda delimitación normativa de un grupo social, para asignarle una cuota o una preferencia comparativa, excluye de ese mejor trato a todos los demás sujetos y grupos sociales. Incluso a aquellos en los que también concurren circunstancias de necesidad similares a las del grupo beneficiado. Precisamente en el asunto *Students for Fair Admissions v. Harvard* (*supra* § 17) la asociación recurrente alegaba que muchos estudiantes asiático-americanos se encuentran en una situación de desigualdad real (respecto de los estudiantes blancos anglosajones) comparable a la de los estudiantes negros.

77. Más allá de los condicionantes político-constitucionales propios del Derecho norteamericano, su jurisprudencia muestra la importancia de una *utilización selectiva* de las cuotas o preferencias, de dos formas. En primer lugar, dados los efectos negativos de los estereotipos, la configuración normativa del grupo favorecido debe hacerse mediante criterios o factores que *minimicen* esos efectos desfavorables. En segundo lugar, el grupo beneficiado debe ser lo suficientemente *homogéneo* como para justificar una cuota o una preferencia (evitando que la cuota beneficie a sujetos que no necesitan o merecen tal beneficio).

78. Estas cautelas en la definición de los grupos beneficiados por cuotas o preferencias, todas ellas relacionadas con el valor jurídico de la igualdad, se pueden proyectar sobre cualesquiera grupos sociales. Así, por ejemplo, se puede plantear la correcta utilización de cuotas o preferencias para el acceso al empleo público de un grupo ge-

---

[98] Cass R. SUNSTEIN, *Sludge*, The MIT Press, Cambridge, 2021, p. 34.

[99] Serena MAVERI, "Intersectionallity and Title VII: A Brief (Pre-) History", , 95 *B.U.L. Review*, núm. 95 (2015), pp. 713-727; Cara McCLELLAN, "When Claims Collide…", cit., p. 27.

[100] Cara McCLELLAN, "When Claims Collide…", cit., p. 32.

[101] Cara McCLELLAN, "When Claims Collide…", cit., nota 19.

nérico, como el de personas con *discapacidad*. De un lado, la catalogación de personas concretas en este grupo activa evidentes estereotipos sociales negativos. Estereotipos que ahondan en la misma discriminación o trato desigual que se pretende revertir con las cuotas o preferencias. De otro lado, las clases y grados de discapacidad son muy diversos, por lo que, para evitar desviaciones igualatorias, no deben simplificarse en un único grupo social de personas con discapacidad. Téngase en cuenta, en este sentido, que de acuerdo con el art. 4.1 LGDPD en España son personas con discapacidad "todas aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Este concepto legal amplio de discapacidad va incluso más allá del concepto "administrativo" (más restringido) de discapacidad, referido a "aquellas [personas] a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento" (art. 4.2 LGDPD). Pero incluso dentro de este segundo grupo "administrativo" de personas con discapacidad se comprueba la gran heterogeneidad de situaciones subjetivas. Así, conforme al Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, los grados y clases de discapacidad son muy diversos, lo que permite cuestionar una cuota única y compartida por personas con situaciones de discapacidad muy diferentes. Esto explica que algunas cuotas o reservas normativas específicamente distingan el tipo o clase de discapacidad. Así ocurre con la discapacidad intelectual, que cuenta con su propia subcuota (del 2 por 100) dentro de la reserva genérica del 7 por 100 de plazas de cada oferta de empleo público (art. 59.1.2 EBEP).

79. Junto a la igualdad, *otros principios constitucionales* también ofrecen algunas orientaciones a la hora de configurar normativamente los grupos sociales destinatarios de cuotas y preferencias. La *democracia*, en su vertiente de correspondencia entre la estructura social y la composición subjetiva de los órganos públicos (*supra* § 56), es contraria a que grupos sociales muy minoritarios puedan contar con una cuota o preferencia, si bien esa configuración normativa pudiera justificarse desde la perspectiva de la igualdad (art. 9.2 CE), si se trata de grupos sociales que sufren una discriminación especialmente aguda, intensa y pertinaz. Una cuota o preferencia a favor de un grupo social pequeño podría dar lugar a una sobrerrepresentación desproporcionada de ese grupo, no justificable en términos de representatividad democrática. Este podría ser el caso de la reserva, en Aragón, del 1 por 100 de la oferta de empleo público a favor de personas transexuales (*supra* § 22). Aunque en este ámbito no existen datos fiables, las estimaciones sobre personas transexuales en España oscilan entre las 20.000 y las 40.000 (esto es, entre el 0´04 y el 0´08 por 100 de la población española). En consecuencia, la reserva del 1 por 100 difícilmente puede contar con el amparo del principio democrático (art. 1.1 CE). Esto no impide por sí tal cuota, pues este principio entra en ponderación con los demás principios y bienes constitucionales. Pero entonces será necesario que, desde la perspectiva de la igualdad (art. 9.2 y 14 CE), del mérito y capacidad (art. 103.3 y 23.2 CE), o de la eficacia administrativa (art. 103.1 CE), existan *razones de mucho peso* que legitimen la cuota. Con esta perspectiva se puede explicar que la posterior Ley vasca 4/2024, de 15 de febrero, de no discriminación por moti-

vos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas trans, que también contiene múltiples acciones positivas a favor de este grupo de personas (incluso en materia de empleo) no prevea una cuota específica en la función pública. Por lo dicho, desde la perspectiva de la representatividad democrática la legitimidad constitucional de una cuota dependerá en buena medida de su correspondencia con las *dimensiones reales* del grupo social en el conjunto de la sociedad. Y, en todo caso, un grupo social reducido, o muy minoritario, difícilmente podrá beneficiarse de *preferencias* generales o absolutas en procedimientos competitivos (pues estas podrían dar lugar a una sobrerrepresentación desproporcionada del grupo favorecido).

80. Junto al principio democrático, también el principio de *mérito y capacidad* (arts. 103.3 y 23.2 CE) orienta la configuración normativa de los grupos sociales beneficiados por cuotas o preferencias para el acceso a la función pública. Por definición, este principio constitucional es contrario a cualquier cuota o preferencia que promocione a genéricos grupos sociales. Pues el mérito y la capacidad es una condición de *cada individuo*, no predicable de los grupos. En consecuencia, aunque otros principios constitucionales (en especial, el principio de igualdad) pueden justificar cuotas o preferencias a favor de cualquier grupo social, esa opción encontrará siempre en frente al principio constitucional de mérito y capacidad, lo que será determinante para constreñir mucho el alcance de la posible cuota o preferencia. Parcialmente distinto puede ser el caso del principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE), en la medida en que la diversidad de grupos sociales en la conformación subjetiva de la Administración puede mejorar su conocimiento experto y la aceptación social de la actividad administrativa (y con ello, su eficacia) (*supra* § 62). Obviamente, el principio de eficacia no legitima la fijación de cuotas o preferencias a favor de cualquier grupo social, sólo a favor de aquellos grupos sociales (como los hablantes de una lengua minoritaria) cuya presencia en la Administración es conveniente para su propio funcionamiento. En este caso, y a diferencia de lo que se dijo antes en relación con la representatividad de los grupos sociales en la Administración, la cuota o preferencia no se guía por las dimensiones demográficas del concreto grupo social, sino por la *importancia de su presencia* para la actuación de la Administración.

4.2. Órgano o entidad que soporta la cuota

81. Cada cuota o preferencia se refiere a la composición subjetiva de un concreto órgano o entidad. En el ámbito privado son frecuentes las cuotas (de género) en los órganos de dirección de las sociedades mercantiles, siendo una cuestión fundamental cuál es el *concreto órgano* societario que soporta la cuota. No es igual, por ejemplo, que la cuota se proyecte sobre un órgano con poder decisorio (el *executive board* o consejo de administración) o sobre un órgano con funciones más propiamente asesoras o de control (como ocurre en algunos países con el *board of auditors*) [102].

[102] Anja KIRSCH, Virginia SONDERGELD, Katharina WROHLICH, "While gender quotas for top positions in the private sector differs across EU countries, they are effective overall", *DIW Weekly*

82. En el ámbito público, una primera distinción estaría entre las cuotas o preferencias en órganos compuestos por *electos* y en órganos con *provisión selectiva*[103]. En función del tipo de órgano cobran mayor o menor protagonismo ponderativo: el principio y derecho de igualdad, el principio democrático, el principio de mérito y capacidad en el acceso a los cargos y funciones públicas y el principio de eficacia administrativa.

83. Las cuotas en las *listas electorales*, como las que se establecen a favor de cada uno de los dos sexos (art. 44 *bis* LOREG), determinan la composición subjetiva de la correspondiente asamblea. Estas cuotas guardan directa conexión con el valor constitucional de igualdad. Aunque más en su dimensión objetiva o principial que en su dimensión subjetiva, como derecho fundamental. Recuérdese que el mandato constitucional de igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) y el derecho a la igualdad de los grupos sociales tradicionalmente discriminados (art. 14.2 CE) legitiman las cuotas de sexo en las listas electorales (*supra* § 45). La legitimidad constitucional se refuerza con el principio democrático (art. 1.1 CE), en la medida en que incluye un mandato de correspondencia subjetiva entre la estructura social y la de la correspondiente cámara o asamblea (*supra* § 56). Esta valoración constitucional favorable no resulta limitada —al menos mientras la cuota no resulte cuantitativamente desproporcionada o arbitraria— por el derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE), pues ya se dijo antes que las cuotas en las listas electorales no impiden por sí el acceso a los cargos representativos (supra § 53). Tampoco entran aquí en juego los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) y el principio de eficacia (art. 103.1 CE), pues ambos están referidos exclusivamente a la Administración pública.

84. Distinta puede ser la valoración constitucional cuando la cuota o reserva se refiere a la composición subjetiva de una Administración pública, o de un concreto órgano administrativo. Es el caso del art. 59.1 EBEP, que exige que cada oferta anual de empleo público reserve al menos el 7 por 100 de las plazas a personas con discapacidad. O del art. 52 LOI, que impone la "presencia equilibrada" de cada sexo (esto es, no inferior al 40 por 100) en los órganos directivos de la Administración General del Estado. También es el caso del art. 27.3 de la Ley aragonesa 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, que reserva el 1 por 100 de las ofertas de empleo público para personas transexuales. Sobre estas reservas se proyecta no sólo el principio de igualdad efectiva (art. 9.2 CE) y el principio democrático (art.1.1 CE), sino también el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE). De estos bienes constitucionales derivan algunas consecuencias respecto del *tipo* de órgano (colegiado o unipersonal) y el *tamaño* del órgano o entidad que soporta la cuota.

Report, vol 12 (3-4), pp. 32-39 (p. 34).

[103] Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., p. 561.

85. Por principio, los *órganos colegiados* admiten bien las cuotas, siempre que esas cuotas guarden la debida proporción o correspondencia respecto del grupo o categoría social a la que se refieren. Como ejemplo, en las leyes de empleo público es frecuente el deber de paridad entre hombres y mujeres en los *órganos de selección* para el acceso o para la provisión de puestos (así: art. 53 LOI y art. 152 de la ley gallega 7/2003). El principio constitucional de igualdad (art. 9.2 CE) y el de representatividad democrática (art. 1.1 CE) legitiman suficientemente su existencia. Además, aunque el principio de mérito y capacidad es de entrada contrario a las cuotas y preferencias, su alcance limitativo es más débil respecto de los órganos colegiados que en relación con los órganos unipersonales. Porque, a diferencia de lo que ocurre con los órganos unipersonales, la posible reducción de cualificación técnica o profesional en un órgano colegiado (por efecto de una cuota o preferencia) no predetermina o condiciona por completo el funcionamiento del correspondiente órgano. También, las cuotas o preferencias para la provisión de *órganos* unipersonales pueden encontrar dificultades desde la perspectiva del principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE). En este caso, el carácter unipersonal (o monocrático) del órgano público impide por completo que las cuotas se refieran a cada concreto órgano. Porque su cumplimiento sería materialmente imposible. Sí son posibles en cambio las *preferencias*, siempre que actúen ante candidatos con igual valoración de méritos. Las cuotas en órganos unipersonales solo son posibles entonces (tal y como expresamente prevé el art. 52 LOI respecto de la Administración General del Estado) cuando esos órganos se consideran "en su conjunto". Esto es, cuando se impone como resultado la presencia equilibrada de hombres y mujeres en la suma de todos los órganos directivos de la Administración. Aunque, según lo expuesto, los órganos colegiados son en general más asequibles para las cuotas, en la práctica pueden darse algunas dificultades. Así ocurre, por ejemplo, cuando el órgano colegiado se compone de miembros designados por otros órganos. En tal caso surge la dificultad, a veces insalvable, de conseguir que la suma de las designaciones (de los distintos órganos proponentes) sea coherente con la composición imperativa del órgano colegiado. Así lo ha señalado ya en varias ocasiones la *Comissió Jurídica Assessora de Catalunya*. En tales casos, la norma que impone cuotas en el órgano colegiado necesariamente ha de regular también cómo ha de ser la propuesta de cada uno de los órganos proponentes, a fin de que su efecto agregado respete las cuotas en la composición final del órgano colegiado. Esta regulación es relativamente accesible cuando se trata de la paridad de sexos (pues entonces basta con que cada órgano proponga dos personas, una de cada sexo[104]). Pero resulta de muy difícil ejecución para otras hipotéticas cuotas distintas de la paridad hombre-mujer.

[104] Esta es la solución que propone la *Comissió Jurídica Assessora de Catalunya* en su Dictamen 217/2023, de 29 de junio, sobre el "Projecte de decret pel qual s'estableix el procediment per a declarar una parcel·la agrícola i ramadera en desús i es regula el funcionament del Registre de parcel·les agrícoles i ramaderes en desús". Según este órgano consultivo: "Una possible solució seria que aquells qui poden proposar membres ho hagin de fer amb una proposta paritària superior en nombre als membres que els pertoca proposar, i que s'atribueixi la facultat de nomenar els membres a l'òrgan en qui recaigui l'obligació de vetllar per complir amb l'obligació relativa a la paritat.". Agradezco a la profesora Mercè Darnaculleta la información sobre este y otros dictámenes de la *Commissió*.

86. En cuanto al *tamaño* del órgano, entidad o estructura de empleo que soporta la cuota o preferencia, hay que prestar especial atención al derecho fundamental a la igualdad en el acceso al empleo público (art. 23.2 CE). Se puede considerar que la proyección de cuotas o preferencias sobre estructuras de empleo o unidades administrativas *pequeñas* puede generar restricciones desproporcionadas (a los individuos del grupo social no beneficiado). Esta desviación se evita exigiendo un tamaño mínimo a la unidad u órgano administrativo que soporta la cuota. Así ocurre, por ejemplo, en las leyes alemanas que —en condiciones de igualdad de mérito y capacidad— conceden preferencia de acceso al empleo público a las personas del sexo infrarrepresentado en el correspondiente "ámbito" (*Bereich*) administrativo, salvo que ese "ámbito" sea demasiado pequeño, en cuyo caso se toma como referencia el correspondiente grupo retributivo (*Besoldungs- und Entgeltgruppe*) (§ 5.2 *Hamburgisches GleiG*).

87. Del principio de *eficacia* en la actuación administrativa (art. 103.1 CE) derivan varios criterios sobre el tamaño o escala de la entidad o estructura administrativa que puede soportar las cuotas. Aquí, de nuevo, son preferibles las escalas o niveles grandes. Piénsese, por ejemplo, en que las personas con discapacidad tienen derecho subjetivo a que se introduzcan "ajustes razonables" en su puesto de trabajo, adecuados a sus limitaciones (art. 63 LGDPD y art. 59.2 EBEP). Esto aconseja que las cuotas no se impongan normativamente a todos los cuerpos, escalas o categorías, ni en toda clase de órganos y entidades administrativas[105]. En la actualidad, la jurisprudencia que interpreta el art. 59.1 EBEP considera que en principio *todas las convocatorias* de una misma oferta de empleo público deben incluir la reserva del 7 por 100 para personas con discapacidad, aunque tal exigencia es exceptuable, siempre que en la correspondiente convocatoria se motive tal excepción y siempre que el déficit en una convocatoria se compense con un excedente en otra[106]. Se observa aquí un cierto margen de *autoorganización* de cada Administración pública para la identificación de las concretas estructuras de empleo sobre las que se proyectan las cuotas. Esto permite, por ejemplo, que en una misma oferta de empleo público no haya ninguna cuota de personas con discapacidad en el acceso al Cuerpo de Facultativos de Sanidad Penitenciaria, o al Cuerpo Superior de Vigilancia Aduanera (escala de investigación) y que, en cambio haya una cuota relativamente elevada para el acceso al Cuerpo de Técnicos Auxiliares de Informática de la AGE o a la Subescala de Secretaría-Intervención de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional[107].

88. A diferencia de lo que se ha dicho en relación con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y en relación con los principios de mérito y capacidad y de eficacia administrativa, la *representatividad* o correspondencia entre estructura social y composición subjetiva del empleo público (*supra* § 57) sí

---

[105] Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, "¿Administraciones públicas inclusivas?, cit. p. 123.

[106] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 20 abril (ECLI:ES:TSJM:2022:5009).

[107] En este sentido: Real Decreto 625/2023, de 11 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio 2023, Anexos I y IV.

aconseja la presencia del grupo social beneficiado en el mayor número de órganos y entidades, incluso los de *pequeño tamaño*. Desde esta perspectiva, no es suficiente con que en el conjunto del empleo público, o de los cargos directivos, se cumpla una determinada cuota de individuos del grupo favorecido. Tendencialmente, esa cuota debe estar distribuida de tal forma que el grupo beneficiado esté presente en el mayor número posible de órganos administrativos. Obviamente, esto sólo es posible con cuotas elevadas (como las de paridad o de "composición equilibrada" por sexos). Además, este principio de correspondencia o representatividad democrática ha de ponderarse con los otros bienes constitucionales en liza (igualdad, mérito y capacidad y eficacia administrativa), que pueden desaconsejar la aplicación de cuotas en todos los órganos, entidades y estructuras de empleo. Pero sí es determinante para impedir que una cuota o preferencia se concentre en *sólo una parte* de la Administración.

4.3. Tipo de cuota o preferencia

89. La eficacia temporal de cada cuota o preferencia, así como su carácter rígido o flexible, las hace más o menos adecuadas para el fin de igualación, reconocimiento o promoción buscado, y más o menos ponderadas respecto de las personas y grupos no beneficiados.

90. En primer lugar, las cuotas y preferencias pueden ser permanentes o transitorias. La temporalidad de las "medidas especiales" contra la discriminación (entre las que se incluyen las posibles cuotas y preferencias) está expresamente presente en los convenios de Naciones Unidas contra las diversas formas de discriminación: en el art. 1.4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 21 de diciembre de 1965 (ratificado por España en 1969); y en el art. 4.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado por España el 16 de diciembre de 1983). Es significativo que esta temporalidad no se incluya también en el art. 5.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, lo cual es explicable porque, a diferencia del sexo o la condición étnica, la discapacidad no es una causa de desigualdad socialmente construida, sino que se refiere a características objetivas de las personas[108].

91. La jurisprudencia *norteamericana* muestra un claro rechazo hacia las cuotas indefinidas. O, al menos, hacia las cuotas no revisables. A su entender, las cuotas encaminadas a desterrar discriminaciones sociales existentes necesariamente han de tener un término final para, en ese momento, evaluar si sigue existiendo una situación de desigualdad que justifique la reserva (y con ello, el sacrificio relativo del grupo

[108] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 200.

social no beneficiado por ella)[109]. Esta advertencia de temporalidad se ha concretado, de forma simplemente orientativa, en veinticinco años[110]. Se considera que ese es un lapso suficiente para que una medida de acción positiva o de discriminación inversa despliegue sus efectos (y con ello haga innecesaria la cuota) o muestre su ineficacia, en cuyo caso se trataría de una medida inidónea y por ello no justificativa de las limitaciones que genera en el grupo no beneficiado. También en términos comparados, la idea de transitoriedad está presente en algunas leyes alemanas sobre igualación de sexos en el empleo público, donde la preferencia del sexo infrarrepresentado lo es sólo "(…) hasta que desaparezca la infrarrepresentación" (§ 5.1 *Hamburgisches GleiG*).

92. En España, tomando como referencia precisamente la Convención de Naciones Unidas sobre la discriminación femenina, la STC 128/1987 hizo referencia expresa a la "necesidad de revisión periódica" de ciertas ayudas públicas (para guardería) sólo a favor de mujeres (FJ 8). Más recientemente, el art. 11.1 LOI enuncia genéricamente que todas las "acciones positivas" a favor de las mujeres "serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones [de discriminación de hecho]". Pese a esta genérica proclama, no todas las leyes españolas incorporan esta previsión de *temporalidad*. Obviamente, en el marco general de la evaluación de políticas públicas, reguladas hoy para el Estado en la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en la Administración General del Estado, los efectos de las cuotas son revisables, pero no más que cualquier otra medida política. Dentro de las coordenadas enunciadas antes (*supra* §§ 29-71) se puede considerar que las cuotas o preferencias permanentes o indefinidas merecen una *valoración constitucional negativa*. Por un lado, el art. 9.2 CE sólo legitima las cuotas y preferencias como instrumento de igualación real y efectiva, lo que directamente habla en contra de cuotas o preferencias que, por su carácter indefinido, pudieran perdurar más allá del objetivo de igualación o promoción propuesto. De otro lado, ninguno de los otros bienes constitucionales ponderables (representatividad, igualdad en el acceso a las funciones públicas, mérito y capacidad y eficacia administrativa) justifica la posible existencia de cuotas indefinidas.

93. En lo que hace a la *intensidad* de las cuotas o preferencias, la realidad normativa conoce al menos dos clases diferenciadas: las rígidas y las flexibles[111]. Las cuotas y preferencias *fijas o rígidas* imponen una concreta composición de órganos o entidades de forma indefectible. Son de esta clase, por ejemplo, las *cuotas* a favor de cada sexo en las listas electorales en España (art. 44 *bis* LOREG), o la reserva, también en España, del 7 por 100 de la oferta de empleo público para personas con discapacidad (art. 59.1 EBEP). Es una *preferencia* rígida la contenida en el art. 153 de la Ley gallega 7/2023, que para el acceso a cuerpos, escalas o categorías administrativas con infrarrepresentación de mujeres (una diferencia superior al 20 por 100

---

[109] En relación con las preferencias de afroamericanos en el empleo: *Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), p. 208. Sobre esta sentencia: Theresa MARKS, "Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII", cit, p. 579.

[110] *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), p. 6.

[111] David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica*…cit., p. 82.

respecto de los varones), y siempre que haya de igualdad de méritos y capacidad entre candidatos, concede *preferencia absoluta* a las candidatas femeninas. La exclusión de toda posible excepción merece una valoración constitucional *parcialmente negativa*. Cierto es que desde la perspectiva de la igualación real y efectiva (art. 9.2 CE), las cuotas rígidas pueden ser idóneas para su fin, pero con un sacrificio excesivo de otros bienes constitucionales. Dependiendo del concreto contexto, las cuotas o preferencias fijas pueden afectar innecesaria y excesivamente al derecho a la igualdad de los no beneficiados (art. 14.1 y 23.2 CE)[112]. Así lo entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Kalanke*[113], si bien esta doctrina inicial se fue matizando luego progresivamente[114]; y así lo entiende también la jurisprudencia norteamericana desde la sentencia *United Stealworkers v Weber*[115], en relación con las preferencias de empleo a favor de afroamericanos, en casos de igualdad de méritos. Además, las cuotas y preferencias rígidas pueden producir una sobrerrepresentación no buscada en un concreto órgano o entidad (sin amparo, por tanto, en el principio democrático) y pueden ser disfuncionales[116], afectando por tanto al mandato constitucional de eficacia administrativa (art. 103.1 CE).

94. Todos estos déficits constitucionales se evitan cuando la ley incluye una *cláusula de apertura o excepción* que permite analizar si, en un caso concreto, la aplicación rígida de una cuota o preferencia genera efectos no buscados por la propia ley[117]. Así ocurre con el art. 53 LOI, que impone la presencia equilibrada de hombres y mujeres en todos los tribunales y órganos de selección de la Administración General del Estado "salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas". Esto ha llevado a la jurisprudencia a entender que, cuando por renuncia de algunos miembros originarios, una comisión de selección acaba compuesta por cuatro mujeres y un varón, tal desequilibrio no puede considerarse ilegal, pues la exigencia de "presencia equilibrada" en realidad está pensada para superar la tradicional discriminación de las mujeres[118]. También es flexible la cuota de sexo para los altos cargos de la Administración gallega, pues permite la excepción motivada (art. 15.3 de la Ley gallega 7/2023). Por último, el art. 21.1 a) del Decreto Legislativo vasco 1/2023, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres

---

[112] Para Alemania, en relación con el derecho a la igualdad (art. 3 GG): Lucas ALLERBORN, "Der Staat als "Besserstellungsbeauftragter" – Politische Einflussnahmen auf den Arbeitsmarkt zum Zwecke der Frauenförderung und deren Vereinbarkeit mit den rechtlichen Bestimmungen", Hochschule Merseburg (University of Applied Sciences), 1988, p. 2.

[113] En términos críticos: Sibylle RAASCH, "Der EuGH zur Frauenquote", *Kritische Justiz*, núm. 28-4 (1995), pp. 493-498; y María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP y Civitas, 1997, p. 119. Más conforme con la sentencia (aunque no con la estructura lógica de su argumentación): Manuel ATIENZA, "Un comentario al caso Kalanke", *Doxa*, núm. 19 (1996), pp. 111-122.

[114] Maria Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, cit., p. 70.

[115] *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 129 (1979), p. 208. Theresa MARKS, "Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII", cit., p. 581.

[116] Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, "¿Administraciones públicas inclusivas?, cit., p. 120.

[117] Sibylle RAASCH, "Der EuGH zur Frauenquote", cit., p. 496.

[118] STS de 8 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 3185.

y Vidas Libres de Violencia Machista contra las Mujeres, exige en las bases de los procedimientos selectivos de empleo público: "una cláusula por la que, en caso de existir igualdad de capacitación, se dé prioridad a las mujeres en aquellos cuerpos, escalas, niveles y categorías de la Administración en los que la representación de estas sea inferior al 40 por 100, salvo que concurran en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso y promoción en el empleo".

95. En términos comparados, las cláusulas de excepción también están generalizadas en Alemania (*Öffnungsklausel*). Así, el § 8 BGleiG[119] establece, con carácter general, la preferencia de las mujeres para el acceso y ascenso en aquellos ámbitos de la Administración federal y de sus corporaciones de Derecho público en los que la mujer está infrarrepresentada. Pero el mismo precepto excluye la preferencia femenina cuando "en los competidores [masculinos] concurren intereses jurídicos prevalentes". Algo similar, aunque refiriéndose a cualquiera de los dos sexos, establece el § 6.1 de la *Hamburgisches GleiG,* que excluye la preferencia general a favor del sexo infrarrepresentado cuando "en el caso concurren razones sociales con mayor relevancia que la superación de la situación de infrarrepresentación de un sexo".

96. El rigor de las cuotas, reservas y preferencias también se dulcifica cuando lo impuesto no es un resultado concreto y actual, sino un *objetivo temporalmente programado*[120]. Esto permite acomodar los resultados pretendidos (de igualación, reconocimiento o correspondencia) al ritmo de las posibilidades y necesidades. Y permite eludir efectos indeseados por la propia norma que impone las cuotas o preferencias[121]. Algo similar ocurre cuando la cuota o reserva es *variable*, en función de cómo sea el desequilibrio presente en cada concreto ámbito (por ejemplo, en cada sector o tipo de actividad administrativa)[122]. Es lo que ocurre en el § 8.1 BGleiG, cuando impone la preferencia de las mujeres sólo en aquellos "sectores [de la Administración federal] en los que la mujer está infrarrepresentada". Normalmente, todas estas reservas flexibles y localizadas han de incluirse en *planes o estrategias administrativas*. Un ejemplo de estos objetivos o cuotas programadas, en el caso de España, se encuentran en el art. 148.2 de la Ley gallega 7/2023 que, para aumentar la presencia de las mujeres en el empleo público remite a un plan de la Xunta que fije concretos objetivos temporales y las correspondientes estrategias. En el mismo sentido, el III Plan de Igualdad del Ayuntamiento de Madrid (aprobado por acuerdo de la Junta de Gobierno de 28 de diciembre de 2023) fija objetivos de presencia paritaria de sexos en el empleo público municipal (apartados 3.41 y 3.4.3) pero no fija cuotas o preferencias concretas. Todos estos objetivos temporal y sectorialmente planificados sin duda que evitan las objeciones constitucionales contra las cuotas o preferencias rí-

---

[119] *Bundesgleichstellungsgesetz* (Ley federal de igualdad) de 24 de abril de 2015 (BGBl. I S. 642, 643), en la redacción actual, dada por Ley de 22 de enero de 2024.

[120] Sibylle RAASCH, "Der EuGH zur Frauenquote", cit., p. 496.

[121] Lucas ALLERBORN, "Der Staat als "Besserstellungsbeauftragter...", cit, p. 11.

[122] Lucas ALLERBORN, "Der Staat als "Besserstellungsbeauftragter...", cit., p. 11.

gidas. Pero presentan otros problemas. De un lado, los planes y estrategias requieren un considerable *esfuerzo administrativo* y la disponibilidad de una información estadística adecuada. De otro lado, su fuerza vinculante es la propia de un *plan interno* de la Administración, lo que les resta eficacia en comparación con las cuotas rígidas e impuestas por ley[123].

4.4. Consecuencias jurídicas de las cuotas

97. Un último elemento técnico se refiere a los efectos jurídicos de cada cuota o preferencia. Se puede hablar, de entrada, de cuotas o preferencias *voluntarias* u *obligatorias*. Las primeras son frecuentes en Derecho privado. En el ámbito público las cuotas o preferencias suelen tener efectos vinculantes, aunque ya se ha visto antes que esa vinculación puede ser muy rígida o puede ser flexible (*supra* § 93). Una preferencia flexible, o una cuota configurada como objetivo finalista, es vinculante, aunque obviamente de forma más laxa que una cuota o preferencia rígida[124]. En todo caso, allí donde la cuota es vinculante, se plantea cuáles son los posibles efectos jurídicos del incumplimiento. En esta cuestión, los diversos principios constitucionales que enmarcan las cuotas y preferencias apenas orientan su configuración normativa. Porque una vez que la ley impone una cuota o preferencia legal, su eficacia real es la propia y general de todas las leyes que dirigen la actividad de la Administración.

98. Donde hay obligación de respetar determinadas cuotas, preferencias o reservas, la consecuencia jurídica del incumplimiento puede ser diversa. Un defecto de paridad de sexos en una *lista electoral* determina, conforme al art. 47 LOREG, la no proclamación de dicha lista por la junta electoral competente[125] y, por tanto, la inelegibilidad de todos los candidatos. Allí donde la ley impone la composición equilibrada de las comisiones de selección para el acceso a la función pública (como el art. 53 LOI), el incumplimiento determina la invalidez de la resolución definitiva del procedimiento selectivo[126]. Cuando se trata de una *oferta de empleo público* sin la reserva preceptiva a favor de personas con discapacidad, es posible sostener la invalidez de la propia oferta[127], aunque no por ello de cada uno los procedimientos

---

[123] En este sentido para Alemania, en relación con los planes de igualdad previstos en el § 12 BGleiG: Bundesministerium für Familie, Senioren Frauen und Jugend, *Evaluation des Gesetzes über die gleichberechtige Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen (FüPoG) in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*, Berlin, 2022, pp. 184 y 189.

[124] María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación*…cit., p. 92.

[125] STC 127/2007, FJ 4; Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada*…cit., p. 124. Expresamente se dice ahora en el art. 44 *bis* 5 de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, que "La Junta Electoral solo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para las personas candidatas como para las suplentes".

[126] STS de 8 de octubre de 2020, ECLI: ES: TS: 2020: 3185.

[127] Así: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) de 29 noviembre de 2019 (ECLI:ES:TSJAS:2019:3387); y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) de 20 abril de 2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:5009).

derivados de aquella oferta. Ello no obstante, siendo la reserva de plazas una obligación de hacer incumplida, un fallo judicial estimatorio puede eludir la declaración de nulidad y simplemente condenar a hacer la actuación omitida. En el amplio margen de configuración del fallo que permite el art. 71.1 c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), la condena puede consistir en la obligación de incluir la cuota omitida en la siguiente oferta de empleo público (compensando así el déficit de la anterior). En tal caso, esa nueva oferta de empleo público incrementaría la reserva anual. Esta opción condenatoria, que proyecta la sanación de la ilegalidad hacia el futuro (sin necesidad de anular procedimientos selectivos y nombramientos ya producidos), es una respuesta equilibrada entre, de un lado, los objetivos igualatorios y de representatividad presentes en las cuotas y preferencias y, de otro lado, el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) contrario a que cualquier mácula en la oferta de empleo público esterilice los procedimientos selectivos subsiguientes.

99. Como hipótesis, es posible que la omisión de las cuotas determine una respuesta *sancionadora*. Así se ha planteado en Derecho privado, en relación con las cuotas de sexos en los consejos de administración de sociedades. En principio es posible que un Administración pública imponga a otra una sanción pecuniaria, por la comisión de una infracción previamente tipificada. Sin embargo, el Derecho público actual no muestra ejemplos de esta posibilidad.

100. Por último, el incumplimiento de las cuotas o reservas puede llevar aparejada la *pérdida de un previo beneficio* asociado al cumplimiento. Téngase en cuenta que en ocasiones el cumplimiento de ciertos deberes u objetivos de igualación está legalmente incentivado mediante calificaciones o distintivos a favor de la entidad cumplidora. Así lo prevé expresamente el art. 50 LOI, que incluye expresamente a las empresas públicas. E igual que una empresa pública puede obtener una calificación de cumplimiento, también puede perderla por —entre otras causas— el incumplimiento de una cuota legalmente impuesta (tal y como prevé expresamente el art. 50.5 LOI).

5 CONCLUSIONES

101. En las *sociedades complejas*, donde diversos grupos o categorías sociales cuentan con una identidad propia, es frecuente que existan cuotas y preferencias (a favor de esos grupos sociales) a la hora de determinar la composición subjetiva de los órganos e instituciones públicos. Con frecuencia, aunque no siempre, esas cuotas buscan la *igualación* de grupos sociales desaventajados o tradicionalmente discriminados. En España, esos grupos sociales son, fundamentalmente, las mujeres y las personas con discapacidad. Fuera de España también hay cuotas o preferencias a favor de grupos raciales o étnicos.

102. Las cuotas y preferencias son de muchas clases. En España, hay cuotas de sexo en la composición de las cámaras o *asambleas* de cargos electos. En la *Admi-*

nistración hay cuotas o preferencias que promueven el acceso al empleo público de mujeres, personas con discapacidad o personas transexuales. Pese a la diversidad que presentan las cuotas y preferencias, todas ellas son susceptibles de una ordenación sistemática. En este estudio se utilizan dos coordenadas para esa ordenación. En primer lugar, toda cuota o preferencia activa en mayor o menor medida (y en sentido positivo o negativo) uno de estos *cuatro bienes constitucionales*: igualdad; representatividad democrática; mérito y capacidad en el acceso a la función pública; y eficacia administrativa. En segundo lugar, toda cuota o preferencia resulta de la combinación de varios *elementos configuradores*: el grupo favorecido; el órgano o institución que soporta la cuota o preferencia; el tipo de cuota o preferencia; y sus efectos. De la combinación de estas dos perspectivas analíticas resulta que los concretos elementos definitorios de cada cuota o preferencia (como su duración, el tamaño del órgano que soporta la cuota, o la relevancia social del grupo favorecido) la hacen más o menos conforme con los cuatro principios constitucionales ya mencionados. Así, una posible preferencia de las mujeres en el acceso a la función pública, cuando se configura de forma flexible (esto es, de forma exceptuable cuando existan otros bienes jurídicos dignos de protección), temporalmente limitada (hasta que desaparezca su infrarrepresentación), para el conjunto de la Administración (y no para cada uno de los cuerpos funcionariales) y exigiendo en todo caso pruebas de conocimientos y capacidades, puede resultar constitucionalmente correcta, a luz del derecho y principio de igualdad (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE), el principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE), el principio democrático (art. 1.1 CE) y el principio de eficacia administrativa (art. 103.1 CE). Más objetables, desde la perspectiva constitucional, pueden ser las cuotas o reservas muy elevadas (en proporción a la dimensión social del grupo favorecido) y configuradas de forma rígida, indefinida, y para cada cuerpo o estructura administrativa.

103. De los cuatro principios constitucionales que orientan la configuración de las cuotas y preferencias, sin duda que el *derecho y principio de igualdad* es el más determinante. En un doble sentido: las cuotas y preferencias normalmente buscan la igualación de grupos sociales tradicionalmente preteridos; y toda cuota o preferencia a favor de un grupo social produce una afección o efecto restrictivo reflejo sobre otros grupos sociales. En términos comparados, estas evidentes conexiones entre el principio de igualdad y las cuotas o preferencias reciben valoraciones muy diversas. La jurisprudencia norteamericana afirma con claridad que las cuotas o preferencias *afectan al derecho de igualdad* de los individuos no favorecidos, si bien ese efecto perjudicial puede ser constitucionalmente lícito. En este juicio de constitucionalidad es determinante la causa del trato desigual: cuando se trata de una preferencia por raza o etnia, el control judicial es muy intenso (*strict scrutiny*), muy poco deferente; cuando la razón de la preferencia es el sexo, el control judicial es mucho más recatado (*rational basis scrutinty*). La jurisprudencia constitucional española, en cambio, tiende a negar o minimizar el efecto restrictivo de las cuotas o preferencias sobre los individuos del grupo no favorecido. La constitucionalidad de las cuotas se argumenta a partir del *principio* constitucional de igualación real y efectiva (art. 9.2 CE), dejando en un segundo plano el derecho individual a la igualdad (art. 14.1 y 2 CE).

104. El *principio democrático* también es relevante para el análisis de las cuotas y preferencias. Bajo una comprensión tradicional (liberal) de la democracia representativa, como la que aún luce en la jurisprudencia constitucional francesa, las cuotas parlamentarias son contrarias al principio democrático (porque fragmentan la representación nacional). Una comprensión "descriptiva" de la democracia (según la cual la composición de los órganos públicos debe guardar correspondencia con la estructura de la sociedad gobernada) permite sin dificultad las cuotas (quizá menos las preferencias). Además, la idea de democracia "descriptiva" se proyecta no sólo sobre las asambleas de electos, sino también sobre la Administración ("burocracia representativa"). Esto es: en un sistema democrático también la Administración debe reflejar adecuadamente la composición subjetiva de la correspondiente sociedad, lo que bien se puede asegurar mediante cuotas o preferencias en el acceso al empleo público.

105. Los principios de eficacia administrativa (art. 103.1 CE) y de mérito y capacidad en el acceso a la función pública (art. 103.3 CE) cumplen una función más limitada en el análisis constitucional de las cuotas y preferencias. Con todo, aunque sólo se refieren a la Administración pública, proyectan criterios relevantes para la configuración de cada concreta cuota o preferencia. Así, el principio de *eficacia administrativa* reclama un alto margen de capacidad organizativa a favor de los gobiernos y altos cargos, lo cual aconseja que las cuotas sean globales, no para cada órgano administrativo. De otro lado, el principio de *mérito y capacidad* en el acceso a la función pública impide que una cuota o preferencia se fije sólo en la pertenencia a un grupo social, marginando las circunstancias de mérito y capacidad de cada individuo (en relación con las funciones que son características de cada cuerpo funcionarial).

6. BIBLIOGRAFÍA

Lucas ALLERBORN, "Der Staat als "Besserstellungsbeauftragter" – Politische Einflussnahmen auf den Arbeitsmarkt zum Zwecke der Frauenförderung und deren Vereinbarkeit mit den rechtlichen Bestimmungen", Hochschule Merseburg (University of Applied Sciences), 1988.

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo*, vol I., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp 560-664.

Luis ARROYO JIMÉNEZ, "Bases constitucionales", en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, pp. 109-132.

Manuel ATIENZA, "Un comentario al caso Kalanke", *Doxa*, núm. 19 (1996), pp. 111-122.

Maria Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución*, Universitat de València, 2005.

María Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, IVAP y Civitas, 1997.

Margarita BELADIEZ, "Comentario al artículo 23 de la Constitución", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 702-722.

Miguel BELTRÁN DE FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, BOE, Madrid, 2005.

Francisco CAAMAÑO RODRIGUEZ, "La prohibición de mandato imperativo", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, 2018, pp.33-40.

Claus-Wilhem CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Civitas, Madrid, 1995 [1993].

Réal CARRIÈRE y Royce KOOP, "Indigenous Political Representation in Canada", *Canadian Journal of Political Science*, núm. 56 (2023), pp. 257-278.

Marc CARRILLO, "Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular", en Luis LÓPEZ GUERRA (coordinador*), Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Joaquín García Morillo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 170 y ss.

Ana María DE LA ENCARNACIÓN, "Acceso y promoción de la mujer en el empleo público. Discriminación por razón de género en España y Europa", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 65 (2024), pp. 1-41.

Pablo DE LORA, *Lo sexual es político (y jurídico)*, Alianza Editorial, 2019.

Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos jurídicos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, Saô Paulo, 2018.

Jutta ENGBERS, "Administrative authorities and public services", en Alba NOGUEIRA, Eduardo J. RUÍZ VIEYTEZ y Iñigo URRUTIA, *Shaping language rights. Commentary on The European Charter for Regional or Minority Languages in light of the Committee of Experts´ Evaluation*. Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, pp. 337-372.

Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10ª ed., Dalloz, Paris, 1999.

Rodolfo FIGUEROA, "¿Son constitucionales las cuotas de género para el parlamento?, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 42.1 (2015), pp. 189-214.

Francis FUKUYAMA, *Identity*, Profile Books, London, 2018.

Javier GARCÍA ROCA, *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

David GIMÉNEZ GLÜCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Daniel INNERARITY, *Una teoría de la democracia compleja*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020.

Monika JACHMANN-MICHEL y Anna Bettina KAISER, „Kommentar zum Artikel 33 GG", en Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN y Christian STARK, *Grundgesetz Kommentar*, 7ª ed., Beck, München, 2018, pp. 807-896.

Hans JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für das Bundesrepublick Deutschland*, 16 ed., Beck, München, 2020.

Javier JIMÉNEZ CAMPO, "Acotaciones sumarias sobre el "derecho a la diferencia" de trato", en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *Democracia constitucional y diversidad cultural*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 11-28.

Steven JOHNSON, *Sistemas emergentes*, Turner-Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2003 [2001].

Anja KIRSCH, Virginia SONDERGELD, Katharina WROHLICH, "While gender quotas for top positions in the private sector differs across EU countries, they are effective overall", *DIW Weekly Report*, vol 12 (3-4), pp. 32-39.

Marta LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditan*o, UAM Ediciones, Madrid, 2010, pp. 27 y 32.

Jürgen LOSE, *Die dienstliche Beurteilung*, 7ª ed., ESV, 2020.

Serena MAVERI, "Intersectionallity and Title VII: A Brief (Pre-) History", 95 *Boston University Law Review*, núm. 95 (2015), pp. 713-732.

Theresa MARKS, "Johnson v. Santa Clara County Transportation Affirmative Action Expanded Under Title VII", *Golden Gate University Law Review*, vol 18 (3), 1988, pp. 567-588.

David J. McCARTHY Jr. y Laurie REYNOLDS, *Local Government Law*, Thomson-West, St. Paul, 2003.

Cara McCLELLAN, "When Claims Collide: *Students for Fair Admissions v. Harvard* and the Meaning of Discrimination", *Loyola University Chicago Law Journal*, núm. 54 (2023), pp. 1-35.

Sally McNICOL y James HUGHTON, "Indigenous Constitutional Recognition and Representation", Parliament of Australia, 2023.

Kenneth J. MEIER y Jill NICHOLSON-CROTTY, "Gender, Representative Bureaucracy and Law Enforcement: The Case of Sexual Assault", *Public Administration Review*, 66 (6), pp. 848-858.

Cera MURTAGH, C 2019, "Northern Ireland: Power-Sharing in crisis". *50 Shades of Federalism.*

Rocío NAVARRO y Juana RUILOBA, "¿Administraciones públicas inclusivas?: la implementación de la normativa sobre el acceso de las mujeres con discapacidad al empleo público", *Gestión y Análisis De Políticas Públicas*, núm. 28 (2022), pp. 112–126.

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, 2005.

David M. O'BRIEN, "The Equal Protection of the Laws," en David M. O' BRIEN y Gordon SILVERSTEIN, *Civil Rights and Civil Liberties*, 10ª ed., vol. 2, New York, W. W. Norton & Company, 2017, pp. 1496-97.

Hans-Jürgen PAPIER y Martin HEIDEBACH, *Rechtsgutachten zur Frage der Zulässigkeit von Zielquoten in Führungspositionen in öffentlichen Dienst*, München, 2014.

Richard H. PILDES "Democracy and the Representation of Minority Interests", en *Fundamentos*, núm. 3 (2004), Principado de Asturias, Oviedo, pp. 472-489.

Sibylle RAASCH, "Der EuGH zur Frauenquote", *Kritische Justiz,* núm. 28-4 (1995), pp. 493-498.

Fernando REY MARTÍNEZ, "El debate sobre la constitucionalidad de las cuotas electorales. Recensión al libro de Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Democracia equilibrada vs. Democracia representativa*, Congreso de los Diputados, 2012, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98 (2013) pp. 405-410.

Fernando REY MARTÍNEZ, *Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado Social*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "El mercado de trabajo de las personas con discapacidad", en *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*, Gobierno de España, Fundación ONCE y CERMI, Madrid, 2023, pp. 379-498.

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La igualdad en la ley y en la aplicación de la ley", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, 2018, pp. 334-371.

Alfonso RUÍZ MIGUEL, "Paridad electoral y cuotas", *Foro de Debate*, s/f, pp. 44-51.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, "Comentario al art. 103 de la Constitución", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERER y María Emilia CASAS BAAMONDE (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. I, Fundación Wolters Kluwer y BOE, Las Rozas, pp. 452-471.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2023

Andrew SANCTON, *Canadian Local Government*. An Urban Perspective, 2ª edición, Oxford University Press, Don Mills, 2015.

Michael J. SANDLER, *La tiranía del mérito, ¿Qué ha sido del bien común?*, Debate, Barcelona, 2020

Sally C. SELDEN, "A Solution in Search of a Problem? Discrimination, Affirmative Action and the New Public Service", *Public Administration Review*, num. 66-6 (2006), pp. 911-923.

Jessica E. SOWA y Sally Coleman SELDEN, "Administrative Discretion and Active Representation: An Expansion of the Theory of Representative Bureaucracy", *Public Administration Review*, núm. 63-6 (2003), pp. 700-710

Iñigo URRUTIA, "Exigir el euskera para acceder a la función pública ¿Discrimina?, *Revista de Llengua i Dret* (Blog), de 10 de junio de 2021.

Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Airs- Saô Paulo, 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Psicología para el Derecho administrativo", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 7 (2023), pp. 41-82.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 169-188
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_2165
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© José María Baño León
ISSN: 2695-7191
Recibido: 31/01/2024 | Aceptado: 18/06/2024

INADMISIÓN Y DESESTIMACIÓN DE PLANO: LA IMPORTANCIA DE LOS CONCEPTOS

INADMISSIBILITY AND SUMMARY REJECTION: THE IMPORTANCE OF CONCEPTS

José María Baño León
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La falta de una depuración conceptual de las nociones de inadmisibilidad y desestimación a limine en la legislación española (LOTC, LPAC; Lex) además de generar confusión puede producir efectos perversos. Por eso cuando la ley habla de inadmisibilidad por motivos de fondo lo que está consagrando es una desestimación a limine y el régimen jurídico no puede ser otro que el de la resolución desestimatoria. Al hilo de esta distinción se aclara el régimen de la llamada inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por falta manifiesta de fundamento (art. 37 LOTC), que es una simple desestimación a limine y se explican los supuestos en los que la inadmisión de la solicitud de revisión de oficio y del recurso extraordinario de revisión son desestimaciones de plano con las consecuencias jurídicas que ello comporta.

PALABRAS CLAVE: certiorari; cuestión de inconstitucionalidad; desestimación a limine; extranjería; inadmisión a trámite; revisión de oficio; recurso extraordinario de revisión; procedimiento administrativo; recurso contencioso-administrativo; legitimación.

ABSTRACT: The lack of conceptual refinement of the notions of inadmissibility and rejection a limine in Spanish legislation (LOTC, LPAC; Lex), in addition to generating confusion, can produce perverse effects. Therefore, when the law speaks of inadmissibility on substantive grounds, what it is enshrining is a rejection a limine and the legal regime cannot be any other than that of the rejection decision. In line with this distinction, the regime of the so-called inadmissibility of the question of unconstitutionality due to a manifest lack of grounds (art. 37 LOTC), which is a simple dismissal a limine, is clarified, and the cases in which the inadmissibility of the request for ex officio review and the extraordinary appeal for review are flat dismissals are explained, with the legal consequences that this entails.

KEYWORDS: certiorari; question of unconstitutionality; dismissal a limine; inmigration law; inadmissibility; ex officio review; extraordinary appeal for review; administrative proceedings; contentious-administrative appeal; Legitimation.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.— 2. EL ORIGEN DE LA REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN LA LEY 4/1999: 2.1. La regulación de la LPA de 1958; 2.2. La regulación a partir de la Ley 4/1999; 2.3. Inadmisión a trámite y desestimación sumaria son dos conceptos jurídicos diferentes.— 3. EXCURSO SOBRE LA SIGNIFICACIÓN DE LA EXPRESIÓN RESOLVER DE PLANO.— 4. UN ANTECEDENTE: LA INADMISIBILIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR FALTA MANIFIESTA DE FUNDAMENTO.— 5. DEPURACIÓN CONCEPTUAL Y CLARIFICACIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS.— 6. ADMISIBILIDAD Y LÍMITES DE LAS DESESTIMACIONES ADMINISTRATIVAS A LÍMINE O DE PLANO.— 7. RECAPITULACIÓN.— 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

A veces, cuestiones aparentemente menores encierran una gran importancia teórica y práctica. Tal ocurre con la introducción en la reforma de 1999 de la ley 30/1992 de la inadmisión como un modo de resolución en los procedimientos de revisión de oficio y recurso extraordinario de revisión. Los perfiles técnicos de lo que la ley 4/1999 llama inadmisión nada tienen que ver con el concepto tradicional de inadmisión a trámite de una solicitud cuando faltan los requisitos mínimos para que la Administración pueda iniciar el procedimiento. En estos dos procedimientos, la Administración puede no tramitar el procedimiento, pese a que la solicitud reúna todos los requisitos formales necesarios, cuando se den las circunstancias que la ley prevé.

El resultado de esa regulación es un ejemplo acabado de confusión conceptual[1] y de merma de los derechos de los interesados ante la Administración, que los Tribunales no siempre han acertado a enmendar. Es un ejemplo también de los perversos efectos que puede tener el empleo de un "nomen juris" equivocado como remedio para descargar de trabajo a la Administración.

En lo que sigue expondremos el origen y justificación de la inadmisión en estos dos procedimientos; proseguiremos con la distinción conceptual entre inadmisión a trámite y desestimación sumaria y los equívocos a que ha dado lugar esta confusión y ensayaremos, en fin, el régimen jurídico que nuestro ordenamiento debe dar a tal instituto, en particular en lo que se refiere al control jurisdiccional.

[1] Sobre la relación entre el lenguaje y los conceptos jurídicos, Fernando SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

2. EL ORIGEN DE LA REFORMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE OFICIO Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN EN LA LEY 4/1999

2.1. La regulación de la LPA de 1958

En la ley de procedimiento administrativo la inadmisión se regulaba claramente en el artículo 71: "Si el escrito de iniciación no reuniera los datos que señala el artículo sesenta y nueve, o faltara el reintegro debido, se requerirá a quien lo hubiese firmado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con apercibimiento de que, si así no lo hiciere, se archivará sin más trámite". En similares términos lo hacía el artículo 71 de la Ley 30/1992, en su redacción originaria.

La lógica de estos preceptos es diáfana. Si la solicitud no cumple con los requisitos formales mínimos, la Administración no puede tramitar la solicitud; de ahí que se ofrezca al solicitante un plazo de subsanación, puesto que se trata de requisitos puramente formales. Si el interesado, no subsana se archiva la solicitud, lo que es tanto como decir que no se admite a trámite.

2.2. LA REGULACIÓN A PARTIR DE LA LEY 4/1999

La Ley 4/1999, de reforma de la Ley 30/1992, introdujo dos novedades importantes. La primera afectaba al artículo 71, al que se cambia la redacción para decir que la consecuencia de la no subsanación en plazo es que se presume el desistimiento de la solicitud dictándose resolución en tal sentido, lo que es en todo equivalente a una inadmisión a trámite. Por otra parte, se añade al precepto un apartado 3 en el que se regula la mejora de la solicitud, lo que en rigor afecta a lo que el interesado pide a la Administración, se entiende que cuando lo solicitado es equívoco o incoherente con los fundamentos fácticos y jurídicos aducidos. En definitiva, una forma de colaboración de la Administración con el interesado para precisar los términos de la solicitud.

La otra reforma es de mucho más calado. Los artículos 106.3 (procedimiento de revisión de oficio) y 126.1 (recurso extraordinario de revisión) regulan la llamada inadmisión a trámite del procedimiento, no por razones formales sino por razones de fondo que la ley entiende suficientemente claras para que sin necesidad de tramitar el procedimiento ni recabar dictamen del órgano consultivo "acordar motivadamente la inadmisión a trámite del procedimiento".

En el caso del procedimiento de revisión de oficio, las razones que permiten la inadmisión son:

— Cuando la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1.

— Cuando carezcan manifiestamente de fundamento.

— En el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

Todas ellas se refieren inequívocamente al fondo de la pretensión de nulidad que se ejerce. La ley autoriza a la Administración a no tramitar el procedimiento por considerar que es patente que la solicitud no tiene amparo legal, pues en cualquiera de los tres casos la Administración entiende que resulta innecesario esa tramitación para llegar a una resolución desestimatoria. En consecuencia, la inadmisión a trámite no supone otra cosa que una desestimación de plano o sumaria. El sentido inequívoco de la reforma es ahorrarle un procedimiento a la Administración cuando esta tiene claro que la respuesta sería ineluctablemente desestimatoria si se tramitara el procedimiento.

En el caso del recurso extraordinario de revisión las causas que permiten la inadmisión son sólo dos, cuando el recurso no se base en una de las causas tasadas del artículo 125.1 o cuando se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales. Nuevamente las razones son de pura economía administrativa. Cabe expresarlo del siguiente modo: para qué emplear recursos públicos en un procedimiento administrativo si por adelantado la Administración tiene claro que el recurso va a ser desestimado. Esta y no otra es la lógica de la reforma

2.3. Inadmisión a trámite y desestimación sumaria son dos conceptos jurídicos diferentes

Resulta claro de la simple exposición de la ley que la llamada inadmisión a trámite es pura y simplemente una desestimación de plano o sumaria. La Administración se pronuncia sobre el fondo de la solicitud, bien porque no se funde en las causas tasadas en la ley, bien porque ya se ha formado criterio respecto de otras solicitudes desestimadas en cuanto al fondo del asunto, bien porque, en el caso de la revisión de oficio la solicitud carezca manifiestamente de fundamento. La Administración además tiene que motivar por qué no necesita tramitar el procedimiento, lo que supone ineludiblemente un estudio del fondo de la solicitud y no de los requisitos formales, a los que se refieren los artículos 66, 67 y 68 LPAC, que siempre son susceptibles de subsanación o mejora.

La expresión inadmisión a trámite, además de ocultar que se trata de una desestimación sumaria de la solicitud, tampoco es en sus propios términos literales cierta, por la sencilla razón de que para resolver sobre la concurrencia de algunas de estas causas la Administración tiene que estudiar la solicitud, y normalmente emitir un informe jurídico que motive la concurrencia de las causas de inadmisión previstas en la ley. No es que no exista procedimiento, sino que la Administración no está obligada a tramitar el procedimiento completo si entiende que es innecesario al concurrir alguna de las causas legales que permiten esa desestimación sumaria.

En definitiva, en estos casos la ley articula un procedimiento sumario o sumarísimo de desestimación, lo que no es una novedad histórica, como prueba la prohibición constitucional de que puedan imponerse sanciones de plano.

3. EXCURSO SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN RESOLVER DE PLANO

La desestimación de fondo sin procedimiento tiene una amplia historia. La expresión resolver de plano fue un recurso ampliamente utilizado ya en el medievo.

Según el profesor Victor Guillén Fairén[2], el origen de esta fórmula se encuentra en el Derecho Estatutario italiano como un intento de facilitar la rapidez en el desarrollo de los juicios. La expresión *de plano* que aparece en los textos del Derecho Estatutario italiano y que posteriormente es recibida en España, primero en el Libro del Consulado del Mar, y posteriormente, en otras disposiciones jurídicas, como en el texto regulador de la Santa Hermandad (1476), así como en una Ley dictada por los Reyes Católicos en 1480, se refiere a la necesidad de abreviar los trámites procesales, en aras de una mayor justicia: *Hay* -dice Fairén- *un evidente deseo de liberar al proceso de formalismos inútiles que lo tornaban costoso y largo.*

Así pues, resolver de plano viene a significar resolver sumariamente pero siempre con la condición de que los hechos sean suficientemente conocidos o, como dice la Ley dictada por los Reyes Católicos, anteriormente citada, *solamente sabida la verdad*[3].

Esta distinción entre el juicio plenario y el sumario se traslada en la doctrina del Antiguo Régimen a la diferenciación gubernativo-contencioso, bien conocida entre los administrativistas. La confusión de lo que modernamente llamamos funciones judiciales y administrativas en el gobierno de la monarquía hispánica impulsó la distinción entre la mayor simplicidad de un procedimiento gubernativo y la mayor severidad de un proceso. Un autor situado de lleno en la lógica del Antiguo Régimen como Dou y Bassols lo explica de esta manera:

> "Jurisdicción contenciosa es la que procede con citación, ó audiencia de partes en juicio formal y contradictorio, como es la de casi todos los magistrados, comprehendiendo también en sí por lo común á la gubernativa dentro de la misma esfera de la contenciosa, ó con facultades para obrar en las cosas ó negocios, que deben despacharse gubernativamente, iguales á las que tienen en lo contencioso. Jurisdicción meramente gubernativa es la que procede sin figura, ni estrépito, ó trámites de juicio en los asuntos insinuados meramente gubernativos, como son casi todos lo de policía y economía: en el número de estos magistrados deben contarse los alcaldes de barrio, los ayuntamientos y otros, de que se irá tratando, cuyas facultades suelen ser limitadas á la imposicion ó exâccion de alguna multa, sin poder aun conocer de esta misma multa contenciosamente en el caso, en que la parte, usando su derecho, quiera, que se decida en juicio legítimamente, si está bien ó mal sacada."[4]

---

[2] Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 43-51.

[3] "…es nuestra merced y ordenamos y mandamos, que los del nuestro Consejo tenga poder y jurisdicción, cada que entendieren que cumple a nuestro servicio y al bien de las partes, para conocer de los tales negocios, y los ver y librar, y determinar simplemente y de plano, y sin estrépito, y figura de juicio, solamente sabida la verdad."

[4] Ramón Lázaro DE DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier Estado*, Tomo II, Banchs Editor, Barcelona, 1975, p. 47.

Durante el franquismo la expresión se utilizó de una forma bien distinta para justificar la imposición de sanciones sin más trámite que el acta de la policía. El artículo 137 del Decreto de 31 de enero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio de la Gobernación, autorizaba a las autoridades gubernativas a sancionar de plano:

> *"cuando de la denuncia o antecedentes apareciese comprobada la infracción o extralimitación y además no exista precepto legal que exija la incoación del expediente."*

Tanto la práctica administrativa como la doctrina jurisdiccional mayoritaria sostuvieron que, en aras a la ejemplaridad de las sanciones de Orden Público, las autoridades podían imponer sanciones sobre la base de los informes policiales, sin necesidad siquiera de dar audiencia a los interesados[5], en cuanto a dichos informes se les atribuía una presunción legal de certeza.

Esta desvirtuación dictatorial de lo que históricamente significa resolver de plano solo empezó a enmendarse a partir de la Sentencia de 28 de enero de 1975, dictada por la Sala 4.ª del Tribunal Supremo y de la que fue ponente Don José María Cordero de Torres, en la que se aplica el Decreto del año 1947 interpretándolo por primera vez, al menos en lo que nosotros sabemos, en sentido favorable a las pretensiones del impugnante.

La línea jurisprudencial que iniciara la sentencia arriba citada tuvo continuación en las sentencias de 7 de marzo de 1977, 31 de enero de 1978, así como la de 31 de mayo de 1978, en las que el Tribunal Supremo exigió la comprobación de los hechos para que se pueda sancionar de plano, es decir, para instruir un expediente sancionador sumario es cabalmente la existencia indubitada de la infracción a través del conocimiento de los hechos. Sirva como ejemplo lo que afirma la sentencia de 31 de mayo de 1978:

> *En aquellos casos en que la sanción se impone de plano, que requieren no obstante, de una manera textual, para la aplicación de dicho procedimiento, que de la denuncia o antecedentes aparezca comprobada la infracción o extralimitación; sin que la aludida comprobación pueda ser apreciada cuando aparezcan incumplidos los concretos trámites que para efectuarla se señalan en la correspondiente normativa.*

Es decir, el Tribunal reconducía la sanción de plano a sanción con un procedimiento abreviado, lo mismo que siglo y medio antes sostenía Dou y Bassols respecto de los asuntos gubernativos[6]. No obstante, en la doctrina y jurisprudencia posterio-

---

[5] Una abundante exposición crítica de la jurisprudencia en la obra de Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, *Las sanciones de Orden Público en Derecho español,* Tecnos, Madrid, 1973.

[6] "El ser la jurisdicción gubernativa no excluye la audiencia de partes: antes suele ser arriesgada qualquiera providencia, que se tome, sin oír á los interesados, ó á las personas, que pueden informar, y tener de qualquiera manera derecho: solo excluye los trámites judiciales. Lo que debe notarse aquí, es, que las providencias, ó decretos hechos gubernativamente, no tienen autoridad de cosa juzgada, ni suelen impedir el que se varíen, y el que judicialmente se trate de ellos en los casos, en que pueda atravesarse el derecho de tercero reclamando el interesado, sin perjuicio de los efectos correspondientes por derecho á la providencia gubernativa, hasta que se hubiere determinado otra cosa en juicio contradictorio: se verá esto mas claramente al hablar de la Sala Primera, y Segunda del Consejo en la sección

res quedó impreso como un axioma la prohibición constitucional de las sanciones de plano dando a este concepto el contenido real que había tenido en las sanciones de orden público. Interesa retener este dato histórico, porque acaso haya tenido alguna influencia en lo inconsciente colectivo jurídico para utilizar en otros ámbitos la expresión de inadmisión en vez de la más propia de desestimación a limine o de plano de la solicitud.

4. UN ANTECEDENTE: LA INADMISIBILIDAD DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR FALTA MANIFIESTA DE FUNDAMENTO.

La confusión entre inadmisibilidad y desestimación a limine no es exclusiva del procedimiento administrativo. Tiene un importante antecedente en el artículo 37 LOTC, que permite al Tribunal inadmitir no sólo por falta de los requisitos procesales sino por tratarse de una cuestión notoriamente infundada.

Dando un salto de más de dos siglos, la misma necesidad de abreviar trámites puede conducir en el derecho procesal contemporáneo a resucitar fórmulas de plano para hacer frente a la masificación. No me refiero a la inadmisión del recurso de amparo o del recurso de casación contencioso-administrativo o más recientemente a la casación civil, basada en el modelo del certiorari norteamericano sino a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por considerar el Tribunal que no requiere de la tramitación entera del procedimiento para dar una respuesta, lo que vuelve a ser una desestimación de fondo y no una admisión.

Nótese que, en la inadmisión del recurso de amparo o del recurso de casación, la falta de interés constitucional o de interés casacional no significa pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Simplemente el Tribunal tiene competencia para considerar que el recurso no merece ser estudiado. Por el contrario, en la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por carecer manifiestamente de fundamento, el Tribunal se pronuncia sobre el fondo del asunto, aunque lo haga de plano, sin necesidad de tramitación del procedimiento.

El origen de esta confusión provenga acaso de la defectuosa interpretación que la LOTC hizo de la norma procesal alemana. Es bien conocido que en la redacción de esa ley influyó no poco la ley alemana homónima, de 12 de marzo de 1951 (BVerfGG). Entre el parágrafo 24 de la ley germana y el artículo 37 de la ley orgánica española hay una gran similitud cuando ambos permiten inadmitir por falta de requisitos procesales o ser la cuestión notoriamente infundada. Sin embargo, el auto del tribunal alemán que considera manifiestamente carente de fundamentación jurídica la cuestión, no inadmite, sino que declara sobre el fondo que la ley puesta en entredicho es compatible con la Constitución. Por otra parte, mientras en España

---

10., en donde veremos, que pasan á la Segunda todos los asuntos gubernativos desde que se hacen contenciosos." Op.cit. pág. 49.

únicamente se prevé la desestimación de plano para las cuestiones de inconstitucionalidad, en Alemania tiene un alcance general para todos los procedimientos. La sentencia de referencia del TCFA es la 16 de junio de 1959, en la que el Tribunal sostuvo, conforme a los parágrafos 24 y 31 de la ley reguladora, que en los casos en que la solicitud al TCFA aparezca como manifiestamente infundada, "la cuestión prejudicial no debe inadmitirse sino declararse que la norma cuestionada por el juez es conforme con la Constitución". El hecho de que se haga mediante auto, sin necesidad de procedimiento, y no por Sentencia en absoluto cambia los efectos de la declaración de conformidad.[7]

En términos más claros aún, la legislación italiana permite la desestimación sin procedimiento cuando la Corte Constitucional aprecie que la demanda es manifiestamente infundada.[8] En cuyo caso, resuelve por auto (Ordinanza) y no por Sentencia, sin que esta diferencia formal en la resolución altere los efectos jurídicos, que son idénticos.

En la LOTC, el art. 38 dispone:

> Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Dos. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional".

Nada se dice en la LOTC sobre los efectos del auto de inadmisión.

Podría pensarse a la vista de la comparativa de los tres ordenamientos que en España el auto de inadmisión por ser materialmente infundado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no tiene efecto preclusivo, de manera que el juez puede volver a plantear la cuestión, ya que se trata formalmente de una inadmisión. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el concepto de cuestión «notoriamente infundada» del art. 37.1 LOTC «encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, existiendo supuestos en los que un examen preliminar permite

---

[7] Vid. Por ejemplo Christian PESTALOZZA: *Verfassungsprozeßrech*t, Beck, München, 1991, pp. 213-214.

[8] LEGGE 11 marzo 1953, n. 87. Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale. - (Gazzetta Ufficiale 14 marzo 1953, n. 62) e successive modificazioni.

Art. 26. Trascorso il termine indicato nell'articolo precedente il Presidente della Corte nomina un giudice per la istruzione e la relazione e convoca entro i successivi venti giorni la Corte per la discussione. Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in camera di consiglio.

Y el. Art. 29 dispone: La sentenza con la quale la Corte si pronunzia sulla questione di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge o l'ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità, vengono trasmesse, entro due giorni dal loro deposito in cancelleria, unitamente agli atti, all'autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio, a cura del cancelliere della Corte.

apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad trasladada por el órgano judicial» (por todos, ATC 109/2017, de 18 de julio, FJ 2). Dicho en otros términos: el Tribunal decide discrecionalmente si juzga la cuestión de plano o con figura de juicio, es decir, tramitando todo el procedimiento. La decisión de fondo es enteramente la misma. Cuando un auto inadmite por ser patentemente infundada la cuestión, el juez no puede volver a plantearlo. Lo que significa que no se trata de un auto de inadmisión sino de una resolución desestimatoria de plano que resuelve el fondo del asunto. De hecho, la lectura del contenido de los autos de inadmisión por falta de fundamentación demuestra que son difícilmente distinguibles de las sentencias desestimatorias: el esfuerzo argumentativo de la mayoría de estos autos no es menor que el de las sentencias desestimatorias.

Frente al tenor literal de la LOTC que sólo prevé el efecto preclusivo para las sentencias desestimatorias de la cuestión, en la práctica, el auto que declara manifiestamente infundada la cuestión tiene el mismo efecto desestimatorio de la sentencia. Así lo reconoce, contrario sensu, la STC 27/2012: "el replanteamiento de una cuestión es posible en aquellos casos en que fue inadmitida por razones de índole estrictamente formal susceptibles de subsanación, como sucede, precisamente, en los supuestos de incorrecto cumplimiento del trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal exigido por el art. 35.2 LOTC (AATC 250/1982, 875/1985, 218/1990, 286/1990, 108/1993 y 145/1993)". Lo que quiere decir que no cabe de nuevo el planteamiento de las cuestiones que fueron inadmitidas por ser infundadas.

¿Por qué? Porque se trata de una resolución sobre el fondo del asunto por más que la ley incorrectamente diga que se inadmite la cuestión. Si el Tribunal ha considerado que la norma es constitucional en un auto razonado, no podrá admitir otra cuestión idéntica por identidad de razón[9].

Tanto en la inadmisión a trámite por motivos formales, como en el recurso de amparo o de casación, no existe decisión sobre el fondo.

Por el contrario, en la llamada inadmisión administrativa por motivos de fondo como en la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por carencia manifiesta de fundamento, hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto y un pronunciamiento que produce en consecuencia los mismos efectos que el acto administrativo decisorio, o en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, que la sentencia desestimatoria.

Dando un paso más en la necesidad de claridad conceptual, una desestimación de plano nunca es subsanable, puesto que se trata de una resolución, legal o ilegal, que de no anularse produce plenos efectos jurídicos. En cambio, en la inadmisión no

[9] Un matiz cabe hacer a la anterior conclusión. Como en toda sentencia constitucional, el transcurso del tiempo puede hacer variar la interpretación, es decir también cabe el overruling en las cuestiones inadmitidas por razones de fondo mediante auto.

existe pronunciamiento sobre el fondo, los defectos son subsanables y nada impide, en el marco de la ley, volver a solicitar otra vez la misma petición administrativa.

5. DEPURACIÓN CONCEPTUAL Y CLARIFICACIÓN DE LOS EFECTOS JURÍDICOS.

Lógicamente a la doctrina no le ha pasado inadvertida la diferencia de naturaleza entre una inadmisión a trámite por motivos formales o procesales y la llamada inadmisión por razones de fondo. De ahí que se haya distinguido inadmisibilidad material y formal, como ha propuesto César Cierco Seira[10] en el ámbito administrativo, o anteriormente Marta Fernández de Frutos[11] respecto de la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad por carecer manifiestamente de fundamento, en sus excelentes trabajos sobre estas cuestiones. Pero con esta distinción no se gana en claridad. Más allá del nomen juris debe distinguirse entre lo que es la inadmisión y lo que es una desestimación sumaria, por claridad conceptual y para asegurar la mejor garantía de los derechos. Dos conceptos distintos no deben ser nombrados de manera igual por el legislador, pero si lo hace por ignorancia, pereza o para dificultar el control jurisdiccional o la garantía de los derechos, como ocurre en la Ley de Extranjería[12], es tarea doctrinal obligada distinguirlos nítidamente.

Cabe especular sobre las razones que han llevado en el procedimiento administrativo al uso equívoco del concepto de inadmisión para referirse a la desestimación a limine de la solicitud. Desde luego, en el caso del art. 37 LOTC puede seguirse perfectamente cuál es el origen del precepto y el equívoco del que parte, como hemos visto. En el procedimiento administrativo, la explicación puede ser de tipo psicológico, ligada a la tradición histórica que antes hemos reseñado: la mala conciencia de resolver de plano, sin procedimiento, puede haber funcionado como un mecanismo para emplear una palabra más neutra, como la de inadmisión. De esta manera, se enconde la resolución sin estrépito, de plano, bajo el manto más amable de la inadmisibilidad. A los redactores de la LPAC les pudo parecer, que decir la verdad, que la Administración puede decidir, en algunos casos, sin procedimiento, porque "ictu oculi" la petición carece de fundamentación, no era demasiado conforme con la idea general de que la Administración no puede decidir sin previa instrucción de un procedimiento.

---

[10] Cesar CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009.

[11] Marta, FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Cedecs, Barcelona, 2003.

[12] CIERCO (2009, 201) al hilo de la normativa de extranjería percibe claramente la cuestión: "la inadmisión liminar trasciende la comprobación precoz de ciertos requisitos de procedibilidad de la solicitud para pasar a incorporar, abiertamente, obstáculos de fondo en contra de su estimación"(…) No es esta sin duda la vocación de la inadmisión"(…) Para satisfacer ese afán por desestimar cuanto antes(…)es preciso aplicarse en idear otros mecanismos sin desbordar los bordes conceptuales de la inadmisión".

Lo que está claro, cualquiera que sea la razón del empleo del vocablo inadmisión, es que en el ámbito administrativo ha tenido un efecto perverso: una parte no menor de la jurisprudencia ha aplicado a la desestimación de plano el régimen de la inadmisibilidad, y en vez de resolver sobre el fondo del asunto cuando considera la inadmisibilidad no conforme a derecho, retrotrae las actuaciones para que se vuelva a tramitar el procedimiento, pese a que el Tribunal disponga de todos los elementos de juicio para resolver. La decisión del legislador que permite a la Administración desestimar a limine la solicitud por razones de fondo se convierte por la fuerza del falso concepto de inadmisión en una aparente decisión formal de no apertura del procedimiento. Un efecto nada banal que volatiliza el derecho a la tutela judicial efectiva transformando la retroacción del procedimiento en una carga para el particular y no en una garantía del justiciable. Por lo demás, esa línea jurisprudencial ha incentivado en no pocas ocasiones a la Administración a inadmitir en lugar de tramitar el procedimiento. Si el Tribunal después de años de pleito se limita a anular y retrotraer actuaciones para que se tramite el procedimiento, todo son ventajas para la Administración al inadmitir ilegalmente la solicitud. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos masivos de extranjería en los que a duras penas la Administración es capaz de gestionar las solicitudes y se comprenderá que no es casual que se haya utilizado este recurso no sólo para las solicitudes carentes de los requisitos formales indispensables sino para desestimar de plano [13].

Si llamamos a las cosas por su nombre no hay lugar para equívocos. Si la Administración desestima de plano porque considera infundada la solicitud de revisión de oficio o de recurso extraordinario de revisión, el juez llamado a fiscalizar la legalidad de ese acto tiene que ver si esa decisión de fondo se ajusta o no a derecho, y si no lo es, proceder a la revisión de oficio o a la estimación del recurso extraordinario de revisión. Nada más hay que discutir pues se trata de cuestiones puramente jurídicas, si concurre o no una causa de nulidad o que justifique la revisión del acto. La existencia o no de un procedimiento previo a la decisión administrativa no cambia en absoluto el carácter de acto decisorio cuando se dice que no ha lugar a la revisión de oficio o al recurso extraordinario de revisión por ser infundada la petición.

Pese a que la doctrina es prácticamente unánime en la crítica a la jurisprudencia que en estos casos ordena la retroacción de actuaciones en vez de pronunciarse sobre el fondo del asunto [14], las reticencias continúan porque el mal manejo de los concep-

[13] Cfr. Infra, apud nota 15.

[14] Puede verse un estado de la cuestión en: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, "El alcance del control judicial de la inadmisión de la acción de nulidad: a propósito de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2020", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 121, 2021. Entre los estudios anteriores dedicados a esta cuestión, Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, "El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto" *Revista de administración pública*, núm. 42, 1963, p. 219. Juan Ramón FERNANDEZ TORRES, *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid 1998, pág. 84. Alejandro José HUERGO LORA, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo,* Aranzadi, Elcano 2000, pp. 300-330. José María BAÑO LEÓN, "La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?", *REDA*, núm. 152, 2011.

tos fomenta la confusión. Es cierto que hay sentencias minoritarias en la línea que estimamos correcta. En particular, debe destacarse la STS de 1 de diciembre de 2020, RC 3857/2019 (ECLI:ES:TS:2020:4193), que rectifica esta doctrina para el caso del derecho europeo en los siguientes términos

"En un caso como el que examinamos, en que la Administración inadmite la revisión de oficio de actos administrativos, por haber rechazado en el fondo otras solicitudes sustancialmente iguales, la estimación del recurso contencioso-administrativo contra dicha decisión de inadmisión no se ha de limitar a la retroacción de actuaciones a la fase de admisión de la solicitud de revisión, para su tramitación posterior ante la propia Administración, sino que el Tribunal podrá entrar directamente a resolver sobre la procedencia de la revisión de oficio, al resultar desproporcionado someter a los interesados a un nuevo procedimiento para restablecer los derechos que les confiere de forma directa y suficientemente clara una disposición de Derecho de la Unión Europea".

Estamos de acuerdo con la decisión de fondo, pero no con que se circunscriba al derecho europeo, porque si se trata de una carga desproporcionada cuando se trata de un derecho protegido por el ordenamiento europeo, la misma desproporción se produce cuando se trata de un derecho nacional, so pena de hacer de peor condición los derechos protegidos por el ordenamiento español de los que derivan del ordenamiento de la Unión Europea. Y sobre todo lamentamos que el Tribunal no depure conceptualmente lo que es una inadmisión de una desestimación a limine. Con razón la Sentencia achaca a la Administración demandada su incongruencia al pedir la retroacción de actuaciones cuando ella misma inadmite una petición por haber rechazado en el fondo otras solicitudes iguales. Pero el Tribunal perdió una gran oportunidad de haber sentado una verdadera doctrina general sobre la inadmisión por motivos de fondo.

Desgraciadamente tampoco ha estado muy atenta a la depuración conceptual la jurisprudencia constitucional cuando ha juzgado la inconstitucionalidad de la ley de extranjería precisamente por utilizar esta técnica de la inadmisión para encubrir auténticas desestimaciones a limine:

La STC 17/2013, en su FJ 11, que conviene transcribir, dice lo siguiente:

> "los apartados impugnados no impiden el control jurisdiccional de estos actos administrativos, evitando así negar la proyección que en este ámbito tiene la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 CE. Al someter la ley enjuiciada la actividad administrativa cuestionada a control de los Tribunales (art. 106.1 CE), obliga a la Administración a estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria las facultades que la norma le confiere. Es decir, la circunstancia de que el órgano administrativo competente pueda inadmitir a trámite, en los cas os legalmente previstos, las solicitudes que se le plantean no excluye, evidentemente, la necesidad de que la adopción de tal medida haya de encontrarse dentro de los anteriores supuestos legales y sea convenientemente razonada en términos de Derecho en función de las circunstancias del caso, así como tampoco su control por las vías administrativas y jurisdiccionales que resulten procedentes. Igualmente, desaparecida la causa que motivó la inadmisión a trámite de la solicitud, nada hay en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros que impida al interesado plantearla nuevamente, lo que, sin duda, atempera las conse-

> cuencias que el recurrente vincula a la aplicación de las disposiciones impugnadas, las cuales, por todo lo expuesto, no han de reputarse contrarias al art. 9.3 CE. Tampoco forma parte de la garantía otorgada por el art. 106 CE un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto. Por el contrario, las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los Tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones nacidas de la ley. Extremo que se asegura mediante la obligación de motivación y el carácter impugnable de la decisión administrativa, evitando así que existan comportamientos de la Administración pública inmunes al control judicial, pues aun cuando la decisión administrativa consista en la inadmisión se trata de una decisión adoptada en el ejercicio de potestades públicas y, por tanto, sujetas al control de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Tales supuestos se cumplen en el supuesto examinado pues, en todo caso, la decisión de inadmisión ha de ser motivada (art. 20.2 LOEx) y recurrible (art. 21.1 LOEx) y la misma habrá de ser notificada al interesado con indicación de los recursos a interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlo, con lo que queda abierta la posibilidad de poder solicitar el correspondiente control jurisdiccional sobre la regularidad de la decisión adoptada. Apreciado que nada impide a los órganos jurisdiccionales examinar la conformidad o disconformidad a derecho de la decisión administrativa y, llegado el caso, ordenar que se proceda a la tramitación de la solicitud inicialmente inadmitida, ha de desecharse la alegada vulneración del art. 106 CE. Lo anterior permite descartar también las invocadas infracciones del principio de tutela judicial efectiva derivado del art. 24 CE que se le imputan al apartado 4 de la disposición impugnada. Tal como señala la STC 308/2006, de 23 de octubre, FJ 3, «aunque las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también en los procedimientos administrativos, tal operatividad queda restringida a los procedimientos sancionadores, en cuanto que son también manifestación de la potestad punitiva del Estado y, en todo caso, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; y 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3)». En el supuesto que examinamos se trata de actos que, en cuanto que inadmiten una solicitud, no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental".

En los mismos términos se pronuncia la STC 172/2020, FJ 8, C

En estas Sentencias se aprecia el equívoco a que puede llevar una mala conceptuación de la inadmisión, pues cuando esta encierra una auténtica desestimación *de plano,* la tutela judicial no se satisface necesariamente con el reconocimiento del derecho al trámite sino con una resolución judicial de fondo si el juez dispone de todos los elementos de hecho para resolver. De ahí también las dudas que plantea el empleo de esta técnica en el caso de procedimientos complejos de instruir como son los de extranjería. La Disposición adicional cuarta de la LO 4/2000 es un ejemplo muy ilustrativo en la confusión entre lo que son desestimaciones de plano e inadmisiones por no acreditación de requisitos[15].

[15] Al hilo del texto de la Ley, puede acotarse esa diferencia sustancial entre desestimación a limine e inadmisión. 1 a) "Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación. Mientras la primera es discutible, la segunda es una clara causa de inadmisión subsanable a posteriori)". b) "Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido". Se refiere a un requisito de fondo. c) "Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado". Claramente es una causa de desestimación. d) "Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o ad-

Recapitulando sobre las diferencias de régimen jurídico entre la desestimación de plano y la inadmisión cabe encontrar las siguientes diferencias sustanciales:

a) La desestimación sigue en el ámbito administrativo el régimen del acto administrativo decisorio. En el ámbito procesal, produce el efecto preclusivo de la sentencia firme. Ejemplo: en el procedimiento administrativo la inadmisión de la revisión de oficio de un acto administrativo por ser manifiestamente infundada la solicitud o por ser el asunto sustancialmente igual a otros procedimientos de revisión desestimados en cuanto al fondo, produce el efecto del acto consentido si no se recurre o se confirma la decisión por sentencia firme. En el ámbito procesal ya hemos explicado el efecto preclusivo de la cuestión de inconstitucionalidad notoriamente infundada.

b) La verdadera inadmisión, es decir, la que impide un pronunciamiento de fondo por falta de requisitos formales, jamás tiene el efecto de una decisión de fondo, sencillamente porque este pronunciamiento no se ha producido. Siempre podrá volver a plantearse la solicitud, subsanando los defectos que tenía la petición inadmitida. En el ámbito administrativo, la inadmisión nunca produce el efecto del acto consentido. En la esfera procesal constitucional, ya hemos visto que el Tribunal Constitucional ha admitido que el juez vuelva a plantear la cuestión de inconstitucionalidad subsanando los defectos formales, lo que no ocurre cuando se trata de una inadmisión por carencia manifiesta de fundamentación del recurso. Del mismo modo la inadmisión del recurso de amparo por falta de trascendencia constitucional, o en el recurso de casación por falta de interés casacional, constituyen ejemplos de auténticas inadmisiones, no por falta de los requisitos formales, sino porque la ley atribuye al tribunal la competencia discrecional para seleccionar los asuntos que quiere conocer[16]. Obvio es que este tipo de inadmisión, más allá de los efectos proce-

---

ministrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis, 59, 59 bis o 68.3 de esta ley." Se trata de una cuestión de fondo; e) "Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España." Requisito de fondo; f) "Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento". Cuestión de fondo. g) Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que pueda encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3. También se trata de una causa de fondo h) "Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley". Aquí estaríamos ante un requisito de procedimiento, por tanto, de inadmisión"

2. En los procedimientos relativos a solicitudes de visado de tránsito o estancia, la autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes, en los siguientes supuestos: a) Presentación de la solicitud fuera del plazo de los tres meses anteriores al comienzo del viaje. b) Presentación de la solicitud en documento distinto al modelo oficialmente establecido a los efectos. c) No aportación de documento de viaje válido al menos hasta tres meses después de la fecha (en su caso, última fecha) prevista de salida del territorio de los Estados miembros de la Unión Europea; en el que figuren al menos dos páginas en blanco; y expedido dentro de los diez años anteriores a la presentación de la solicitud de visado. d) Cuando no se aporte fotografía del solicitante, acorde a lo dispuesto en la normativa reguladora del Sistema de Información de Visados (VIS) de la Unión Europea. e) Cuando no se hayan tomado los datos biométricos del solicitante. f) Cuando no se haya abonado la tasa de visado". En estos casos únicamente la primera causa es de desestimación de plano, las restantes son propiamente de inadmisión. Un profundo análisis de estas causas, aunque referido a la legislación precedente de extranjería, en CIERCO, Ob. Cit. págs. 179-206.

[16] El hecho de que la LJCA y la última redacción de la LEC distingan diferentes causas que justifican el interés casacional y que en algunos casos se presuma el interés casacional no obsta al hecho de

sales anudados a la sentencia firme, no constituye ningún tipo de decisión de fondo, ni puede hablarse en rigor de precedente, pues ningún obstáculo procesal hay en plantear idéntica cuestión en otro recurso de amparo o de casación idéntica. Cabría pues, decir que hay dos tipos de inadmisión, las que se refieren a la falta de un requisito formal y las que son potestad discrecional del tribunal (Certiorari).

Un supuesto más oscuro es el de la legitimación. Bien sabido es la dificultad, por no decir imposibilidad, de desligar este concepto de la cuestión de fondo [17]. Nuestras leyes procesales sin atender a controversias doctrinales, en ocasiones sitúan la legitimación como un requisito procesal cuya ausencia puede determinar la inadmisión de la demanda "limine litis", sin necesidad de juicio ni de sentencia; en otras ocasiones -las más- configura la falta de legitimación como una cuestión de fondo que se decide en sentencia, tras el juicio [18]. E incluso la LJCA en un claro ejemplo de pragmatismo lo considera una cuestión procesal, no de fondo, que unas veces se decide en auto, "límine litis", y otras en sentencias, sin que nadie sepa a ciencia cierta la razón de esta dualidad.

La regla común en el procedimiento administrativo es que la legitimación es cuestión de fondo que se analiza en la resolución o acto administrativo. Por eso no aparece como una de las causas que permite la inadmisión preliminar del procedimiento en el artículo 67 LPAC puesto que no es subsanable. Recordemos que el art. 69 LPAC considera desistido al solicitante si no subsana los defectos en los requisitos formales del artículo 68 LPAC, y en los procedimientos de responsabilidad del artículo 69 LPAC.

En cambio, y en un claro ejemplo de minoración de derechos, la Ley de Extranjería, arriba citada, considera la falta de legitimación como causa de inadmisión, lo que en rigor es una desestimación a limine, pues es manifiesto que la legitimación nunca es subsanable. Para quien no está legitimado, la inadmisión equivale a una resolución de fondo. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la inadmisión del recurso, por auto o por sentencia tiene para el demandante los efectos propios de la cosa juzgada formal (art. 207.3 LEC), siendo indiferente que se trate de inadmisión a limine mediante auto o, tramitado el procedimiento judicial, mediante sentencia. El demandante al que se le inadmite una demanda por falta de legitimación no puede volver a plantearla sin tropezar con la excepción de cosa juzgada (artículo 69 de LJCA).

---

que la admisión queda al arbitrio último del Tribunal. La discrecionalidad es todavía más evidente en el recurso de amparo (art.50.1.b, LOTC)

[17] Por todos, J. MONTERO AROCA: *La Legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe de él*), Civitas, Madrid 1994. Para la LEC 2000, del mismo autor, *De la legitimación en el proceso civil,* Bosch, Barcelona, 2006.

[18] En la LEC 2000 la falta del debido litisconsorcio pasivo (art. 13.2 en relación con el art. 416,1, 3.ª), impide la continuación del juicio y, sin embargo, la falta de legitimación del demandante no aparece entre las causas que impiden la prosecución del proceso.

6. ADMISIBILIDAD Y LÍMITES DE LAS DESESTIMACIONES ADMINISTRATIVAS A LÍMINE O DE PLANO.

Nos resta por analizar la última cuestión que la mala técnica empleada por las leyes citadas ha ocultado: ¿es admisible la desestimación de plano de una solicitud en nuestro derecho?

No plantea problema alguno que la Administración pueda actuar de plano respecto de una solicitud administrativa cuando exista un criterio firme de resolución de la solicitud, es decir, cuando sobre el fondo exista precedente administrativo y la Administración no quiere cambiarlo.

Sin embargo, existen más dudas cuando la ley atribuye a la Administración de una manera genérica la posibilidad de decidir sobre el fondo sin tramitar el procedimiento. O lo que es lo mismo, cabe preguntarse si hay un derecho al procedimiento administrativo. Lo analizaremos tanto desde la óptica del derecho constitucional español como desde la óptica del derecho de la Unión Europea.

La Constitución española no reconoce un derecho al procedimiento administrativo, aunque si ordena al legislador que regule los procedimientos de manera que se garantice la audiencia del interesado (art. 105 CE); por otra parte, no es difícil deducir de la misma Constitución el deber de la Administración de motivar los actos administrativos, pues que es una condición sine qua non para una tutela judicial efectiva (art. 24 CE). La idea misma de motivación implica una justificación suficiente de las razones que explican la desestimación de la solicitud sin más trámite, sin que sea legalmente admisible una desestimación formularia, apoyada en frases hechas, sin un verdadero análisis de las condiciones de la solicitud.

La LPAC misma (art. 82.4) nota que se podrá prescindir de la audiencia cuando no figure en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

De todo ello resulta que la desestimación sumaria de la solicitud, si está adecuadamente motivada y cumple con las exigencias del art. 82.4, no afecta a las garantías constitucionales, más allá de la legítima crítica que puede hacerse al legislador. De hecho, en otros ordenamientos como el italiano se reconoce con carácter general esta posibilidad. [19]

Precisamente las previsiones del artículo 82.4 LPAC nos permiten trazar una línea divisoria entre la desestimación de plano admisible jurídicamente y la desestimación de plano incompatible con el ordenamiento jurídico, conectándola con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

---

[19] Vid. el art. 2.1 de la Ley italiana de 7 de agosto de 1991, n.41, sobre nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativo, que prevé la conclusión temprana del procedimiento entre otros en el caso de solicitud manifiestamente infundada.

La ley puede emplear este procedimiento sumarísimo cuando se trata de una cuestión puramente jurídica, falta de fundamentación, o cuando sea incontestable con los propios hechos y fundamentos aducidos por el solicitante que no reúne los requisitos legales, de manera que es innecesaria la tramitación del procedimiento, o explicado de otra forma, cuando sea impertinente la instrucción del procedimiento. Si la desestimación es revisada jurisdiccionalmente, el juez puede entrar en el fondo del asunto y decidir si el solicitante tiene derecho a lo que solicita o no, puesto que normalmente dispondrá de todos los elementos de juicio.

Por el contrario, pugna con nuestro ordenamiento jurídico y con el de la Unión Europea, según se verá después, que el legislador permita la desestimación de plano, cuando la causa que invoca exige necesariamente la instrucción del asunto. Por ejemplo, porque para acreditar el cumplimiento de algún requisito sea necesario desplegar una actividad de la Administración que el solicitante no está en condiciones de poder acreditar por sus propios medios. Hay en esta circunstancia una afectación desproporcionada del derecho a la tutela judicial efectiva. La razón es patente: ineludiblemente se obliga al demandante a un doble recurso, pues en el primero el juez únicamente podrá obligar a la Administración a incoar el procedimiento que desestimó de plano, cuando ese procedimiento es ineludible para acreditar el derecho. Nos remitimos ahora a la crítica que hemos formulado más arriba a las SSTC 17/2013 y 172/2020, relativas a la legislación de extranjería.

La Carta de Derechos Fundamentales (CDF), por su parte, dispone en el artículo 41.2 el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome una decisión en contra suya. Ese derecho no es incompatible con la posibilidad de que la Administración resuelva una solicitud a la vista de los propios datos que aporta la persona que suscribe la petición. En los procedimientos iniciados a instancia de parte en los que el solicitante expone a la Administración sus razones para obtener lo que pide resulta claro que, en línea de principio, la desestimación sumaria respeta esa garantía si de la propia solicitud de manera patente se desprende que el solicitante no tiene derecho a lo que solicita. No se vulnera el derecho de audiencia, que nunca ha sido concebido de manera general como un trámite necesario en los procedimientos iniciados a instancia de parte. Sí se hace, por el contrario, cuando por la índole de la solicitud sea imprescindible la actividad instructora de la Administración, es decir, sea imprescindible el procedimiento. En tal caso se produciría a nuestro juicio una vulneración del artículo 47 de la Carta, pues no es razonable que a una persona se le obligue a entablar dos procesos para combatir la violación de un derecho, máxime cuando la Carta configura la tutela judicial efectiva como el derecho de toda persona "a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley".

7. RECAPITULACIÓN.

Ihering[20] criticó con ironía y maestría difícilmente igualables el conceptismo jurídico alejado de la realidad. "¡Escribir sobre derecho pasando por alto la aplicabilidad práctica de la materia es -dijo el maestro alemán- como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo!". También nos enseñó que no pueden desligarse los conceptos jurídicos de las necesidades a las que sirven desde su origen y que justifican su subsistencia o su desaparición. El nervio histórico-social de las instituciones jurídicas que está detrás de los conceptos es lo que justifica su uso para no caer en la entelequia jurídica.

En este trabajo hemos tratado de depurar el concepto de desestimación a limine o de plano del concepto de inadmisibilidad. Hemos criticado el uso erróneo que el legislador ha hecho del concepto de inadmisibilidad por razones de fondo y hemos creído demostrar que, en el ámbito del procedimiento administrativo, no se trata de una pura cuestión de técnica jurídica sino enteramente de una cuestión de justicia, la que se hurta en muchos casos a quien recurre una desestimación de plano ilegal de la revisión de oficio o del recurso extraordinario de revisión, negándole una sentencia sobre el fondo del asunto.

Silvia Díez Sastre[21] desde una perspectiva metodológica ha dicho que los conceptos jurídicos deben extraerse del derecho vigente y no al revés[22], postura que

---

[20] Rudolf VON IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987, p. 43.

[21] Silvia, DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 155 y ss. en particular, sobre la idea de que la definición de un concepto está determinada por su función.

[22] Un ejemplo claro de concepto dogmático construido al margen del régimen jurídico del derecho positivo es el de la nulidad de pleno derecho, que en el contencioso-administrativo sigue sosteniendo la sala tercera del Tribunal Supremo, aunque únicamente, respecto de los planes de urbanismo. Por todas, la STS 1300/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1300: Extractamos el FJ 4.º: "Conforme a lo expuesto, debemos señalar que, si hemos concluido que los planes de urbanismo son reglamentos, y es ese axioma incuestionable (además de las sentencias antes reseñadas, las más antiguas de 7 de febrero de 1987, 17 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 6 de noviembre de 1990 , 22 de mayo de 1991, citadas en la de 9 de julio de 1991, dictada en el recurso de apelación 478 / 1989), a su régimen jurídico hemos de estar y no someterlo, por sus peculiaridades, a un régimen que tome normas del régimen de la actividad administrativa más allá de lo que el propio Legislador autorice, y, claro está, la acomodación que la interpretación de las normas conforme a los criterios que subyacen en el artículo 3 del Código Civil, que no puede llevar a contradecir claramente al Legislador en materia tan sensible como es el ejercicio del control de las potestades administrativas, en que está empeñada la efectividad de los servicios públicos y los derechos y libertades de los ciudadanos. Y es importante no perdernos en esa polémica que se ha querido suscitar al respecto y tomar como efecto directo y concluyente que, si los planes de ordenación tienen naturaleza reglamentaria, no existe razón jurídica alguna para hacerlos peculiares respecto de la impugnación de cualquier otra norma reglamentaria, porque la ley no los somete a un régimen especial, lo cual comporta que no pueden aplicarse normas peculiares al margen de lo que es propio de esas instituciones.

(…) En efecto, al margen de otras figuras más propias del ámbito academicista, nuestro Legislador ha centrado su regulación en la nulidad y anulabilidad, que se someten a un régimen jurídico bien dife-

suscribimos enteramente y que pudiera complementarse, a la vista de lo que hemos desarrollado en estas páginas, diciendo que, como en otros muchos casos, no es el nomen juris sino el régimen jurídico el que debe definir un concepto jurídico.

8. BIBLIOGRAFÍA.

Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, "El alcance del control judicial de la inadmisión de la acción de nulidad: a propósito de la Sentencia del TS de 1 de diciembre de 2020", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 121, 2021.

José María BAÑO LEÓN, "La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes", *Revista de Administración Pública*, núm. 210, pp. 48-57.

José María BAÑO LEÓN: "La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?", *REDA*, núm. 152, 2011.

Cesar CIERCO SEIRA, *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009.

Tomás CANO CAMPOS, "Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo", *Documentación Administrativa,* núm. 5, 2018, pp. 9-13.

Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO, "El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anulatorias de actos en los que la Administración no entró en el fondo del asunto" *Revista de administración pública*, núm. 42, 1963, p. 219.

---

rente y cuyo examen excede de nuestro cometido. Lo que si nos interesa destacar es que, conforme a ese régimen de nuestra legislación, ahora recogido en los artículos 47 y 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que ha mantenido esa tradición, se ha reservado para los reglamentos solamente la nulidad, como claramente se ha de concluir de los mencionados preceptos de manera clara y sin requerir, ni autorizar, interpretaciones que permitan alterar ese diferente y excluyente régimen; lo cual ha sido declarado reiteradamente por la jurisprudencia, como después se verá. Bien es verdad que no han faltado pronunciamientos que han estimado que los defectos apreciados respecto de reglamentos han llevado a una declaración de anulabilidad, tendremos oportunidad de hacer referencia a ellas".

Pues bien, es más que dudoso que el régimen jurídico de la nulidad y anulabilidad sea tan diferente como sostiene el Tribunal Supremo. Vid. En el ámbito del Derecho Civil, Miguel PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato,* Cívitas, Madrid, 1997. Para el Derecho Público, entre los abundantes trabajos de los últimos años, Tomás CANO CAMPOS, "Consideraciones generales sobre la invalidez en el Derecho Administrativo", *Documentación Administrativa*, núm.5, 2018, pp. 9-13. José María BAÑO LEÓN, "La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes", *Revista de Administración Pública*, núm. 210, pp. 48-57. Manuel, REBOLLO PUIG, "A propósito del artículo 7 de la Ley Andaluza 7/2021: invalidez de planes territoriales y urbanísticos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 114, 20, pp. 31-32, sintetiza el asunto así: "En esa jurisprudencia hay elementos que se apoyan en preceptos legales. Cierto. Pero hay más de interpretación de esos preceptos y, sobre todo, de construcción doctrinal asimilada e interiorizada por los jueces como verdades absolutas e inconmovibles. No es mucho lo que dice la LPAC sobre la nulidad: en 2015, el legislador se limitó a copiar los preceptos de las leyes previas sin tratar de abordar ninguno de los problemas que se estaban planteando. Menos incluso dice la LJCA, que, seguramente con acierto, ni siquiera distingue entre nulidad y anulabilidad. Mucho menos dicen sobre la nulidad de los reglamentos; por supuesto, nada específico sobre la invalidez de los planes. Y lo poco que dicen dista de resolver los problemas que abordan; menos, claro está, los muchos que ni siquiera abordan. Así que, reitero, con muy pocos fundamentos legales, la jurisprudencia sobre invalidez de reglamentos y planes es creación de los propios jueces. Pero de inmediato hay que añadir esto: esa creación jurisprudencial ha estado inspirada y guiada en gran medida por la llamada doctrina científica".

Ramón Lázaro DE DOU Y DE BASSOLS, *Instituciones del Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña, y de las principales reglas de gobierno en qualquier Estado*, Tomo II, Banchs Editor, Barcelona, 1975.
Silvia, DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
Víctor FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos,* Bosch*,* Barcelona, 1953.
Marta FERNÁNDEZ DE FRUTOS, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Cedecs, Barcelona, 2003.
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *Jurisdicción Administrativa revisora y tutela judicial efectiva, Civitas*, Madrid, 1998.
Alejandro José HUERGO LORAS, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano 2000.
Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, *Las sanciones de Orden Público en Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1973.
Juan MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2006.
Juan MONTERO AROCA, *La Legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe de él)*, Civitas, Madrid, 1994.
Miguel PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato,* Cívitas, Madrid, 1997.
Christian PESTALOZZA: *Verfassungsprozeßrecht*, Beck, München, 1991, pp. 213-214.
Manuel, REBOLLO PUIG, "A propósito del artículo 7 de la Ley Andaluza 7/2021: invalidez de planes territoriales y urbanísticos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 114, 20, pp. 31-32.
Rudolf VON IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1987.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 189-233
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_2167
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© César Cierco Seira
ISSN: 2695-7191
Recibido: 04/02/2024 | Aceptado: 16/06/2024

REFLEXIONES SOBRE LOS ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADOS

César Cierco Seira
Universidad de Lleida

RESUMEN: La búsqueda de una solución al complejo problema que entraña la posible impugnación autónoma de los actos de trámite o intermedios del procedimiento administrativo ha ido a parar a la decantación de la categoría de los actos de trámite *cualificados*. Categoría que ha arraigado fuertemente entre nosotros, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, y que tiene la particularidad, sobre ello, de aparecer codificada legislativamente a partir de cuatro especies, recogidas actualmente en los arts. 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA. ¿Ofrecen estas cuatro especies un tratamiento cabal y armónico en grado de conjugar el adecuado desarrollo del procedimiento administrativo con la inteligencia de los derechos de defensa? El objetivo de este trabajo es justamente revisitar esta codificación a fin de cuestionar algunos de sus perfiles a la luz tanto de los postulados que justifican la regla de la concentración del recurso en la resolución final como de algunas inseguridades y vacilaciones que su puesta en práctica viene planteando. Se propone al cabo una reformulación centrada en las dos excepciones que emergen naturalmente: los actos de trámite que ponen fin al procedimiento y los que generan una lesión de carácter irreparable o difícilmente reparable a derechos e intereses legítimos del interesado.

PALABRAS CLAVE: procedimiento administrativo; acto de trámite; resolución; derechos de defensa; tutela judicial.

ABSTRACT: The search for a solution to the complex problem entailed by the immediate review of the preparatory acts in the context of the administrative procedure has ended up in the decantation of the category of qualified preparatory acts. Category that has taken strong root among us, both doctrinally and jurisprudentially, and that has the particularity of appearing legislatively codified based on four species, currently included in arts. 112.1 of the LPAC and 25.1 of the LJCA. Do these four species offer a complete and harmonious treatment capable of combining the adequate development of the administrative procedure with the intelligence of the rights of defense? The objective of this study is precisely to revisit this codification in order to question some of its profiles in light of both the postulates that justify the rule of concentration of the action or application

in the final decision and some insecurities and hesitations that its implementation comes posing. Finally, a reformulation is proposed focused on the two exceptions that naturally emerge: the preparatory acts that put an end to the administrative procedure and those that generate an injury of an irreparable or difficult to repair nature to the rights and legitimate interests.

KEYWORDS: Administrative procedure, preparatory acts or decisions, final decision or definitive act, rights of the defense, judicial review.

Sumario: 1. PLANTEAMIENTO: 1.1. La amplitud y diversidad de la categoría de los actos de trámite. 1.2. La recurribilidad autónoma de los actos de trámite y su tratamiento en nuestro Derecho; 1.3. La persistencia de la problemática en torno a los actos de trámite cualificados.— 2. LOS FUNDAMENTOS DE LA CONSTRUCCIÓN CLÁSICA SOBRE LA IRRECURRIBILIDAD DE LOS ACTOS DE TRÁMITE: 2.1. La regla general: los actos de trámite no han de poder ser recurridos de manera autónoma; 2.2. Las dos excepciones que emergen naturalmente: los actos de trámite que ponen fin al procedimiento y los que generan una lesión actual al interesado; 2.3. El cierre de la construcción: las condiciones que justifican la imposibilidad de atacar el acto de trámite por separado.— 3. LA CODIFICACIÓN GENERAL DE LOS ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADOS. 3.1. Los actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; 3.2. Los actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento; 3.3. Los actos de trámite que producen indefensión; 3.4. Los actos de trámite que producen perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.— 4. CONCLUSIÓN

1. PLANTEAMIENTO

1.1. La amplitud y diversidad de la categoría de los actos de trámite

La categoría de los actos de trámite se construye en el marco de la teorización del procedimiento administrativo y descansa en una suerte de *summa divisio* según la cual es dado separar la resolución o acto definitivo del resto de actos que componen la secuencia y que, por contraposición, serían eslabones intermedios destinados a preparar el resultado final. El acto de trámite vendría a ser, en síntesis, lo opuesto a la resolución: tanto en lo que atañe a su posición en el procedimiento administrativo, como en lo que se refiere a la función desempeñada en la dinámica secuencial[1].

[1] Hay un desfile de expresiones a la hora de referirse al acto de trámite: acto interlocutorio, acto intermedio, acto endo-procedimental, acto instrumental, acto preparatorio, *ex multis*. Algunas fueron más comunes en el pasado y dejaban entrever la clara inspiración procesal de los comienzos (proveído administrativo, por ejemplo). Otras tienen más relación con la forma externa y esa difícil conjugación entre procedimiento y expediente (Fernando Pastor Merchante, «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 2021, 4, 153-180), más enrevesada aún por la irrupción de lo electrónico (Ricardo Rivero Ortega, *El expediente administrativo: de los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, 2ª ed.). Sin olvidar, en fin, la jerga del procedimiento vivo (oficio, escrito, comunicado, comunicación…).

La división es muy nítida en su formulación y, por eso mismo, forma parte del *ius commune* del procedimiento administrativo. Su rastro puede reconocerse con facilidad en los ordenamientos jurídicos que nos sirven habitualmente de contraste en el análisis de esta institución. Así ocurre en Francia, y lo mismo en Italia, por referirme a los espejos que tengo más a la mano. De igual forma, admitida la división, es un lugar común advertir a renglón seguido de la dificultad que entraña el manejo de la categoría del acto de trámite a la hora de hacer frente a los numerosos e intrincados problemas que la entornan y que son sustancialmente similares.

Problemas que no faltan, ciertamente. De entrada, porque la categoría del acto de trámite asume una gran amplitud y agrupa, sobre ello, a un conjunto muy heterogéneo de elementos, con grandes diferencias entre sí: del acuerdo de incoación a la propuesta; del nombramiento de instructor a la apertura de la audiencia al interesado; del requerimiento de subsanación de la solicitud al informe vinculante y así podríamos continuar largamente realizando emparejamientos llamativos. Es cierto que todos comparten la misión última de preparar la adopción de una resolución —lo que confiere una *unità teleologica* a la trama que solidariza y lleva a vertebrar el conjunto de las actuaciones—; sirven, pues, al cometido superior de situar al órgano que ha de cerrar la serie en las mejores condiciones para adoptar una decisión conclusiva. Pero esa preparación puede luego traducirse en cosas distintas, en cometidos muy dispares. De ahí que en la rama del proceso judicial, que es, como es sabido, la primera y más desarrollada del procedimiento jurídico, se haya ido decantando una tipología en el interior de los actos procesales preparatorios o de trámite en atención a las precisiones sobre los fines de impulso y ordenación del procedimiento, significando que la inteligencia de estos actos intermedios no siempre responde a una aplicación ritual, mecánica y taxativa de las normas procedimentales —que sería el caso de los actos de mera tramitación—, sino que, en ocasiones, exige una valoración producto del poder de dirección sobre el curso de la secuencia, como ocurre, paradigmáticamente, con las cuestiones incidentales[2]. Resuena, sin que haga falta ir más lejos, la célebre tripartición en *providencias*, *autos* y *sentencias*; tripartición que llega a nuestros días consignada nada menos que en Ley Orgánica del Poder Judicial[3].

He optado por mantener en el trabajo como preferente la expresión «acto de trámite» y no solamente por ser la de empleo más común entre nosotros en la actualidad. Es cierto que este sintagma tiene como punto débil la referencia al *trámite*; referencia que despista en tanto que no capta la entera funcionalidad de la categoría—que no solo es de tramitación—. A cambio, sin embargo, sí acierta a poner el acento en la existencia de un procedimiento administrativo, es decir, en la presencia de un contexto seriado que es, a mi modo de ver, el aspecto más definitorio de todo el conjunto, el que mejor lo aglutina, y el que puede ayudarnos a resolver más cabalmente el problema que nos ocupa en este trabajo.

[2] De una manera más o menos elaborada y, por supuesto, contando con la idiosincrasia de cada entorno, es lo cierto que la figura del acto preparatorio aparece en todos los procedimientos jurídicos —también, pues, en el electoral o en el legislativo— y da lugar a problemas que, en gran medida, son parangonables. En el fondo, es consustancial al procedimiento jurídico la presencia de ciertas leyes o reglas fijas: el orden en la progresión, el tiempo y, también, la presencia de trámites, de actos concatenados.

[3] Dice así el art. 245.1 de la LOPJ:

«Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:

a) Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.

Puede chocar que esta división, tan asentada en el proceso judicial, no haya tenido un trasunto en el procedimiento administrativo. En sus anales, de hecho, no faltan los asomos[4]. Es lógico por ello preguntarse si las cosas podrían haber sido de otro modo y, sobre todo, si se ha perdido o ganado con este apartamiento puntual del proceso judicial. En términos de seguridad jurídica, diría que se ha perdido: la tripartición refuerza la ordenación, lo cual, a su vez, permite afrontar los problemas desde posiciones más seguras. Tomemos por caso el tema que nos ocupa. En lugar de trasladar al operador final las dudas sobre la procedencia del recurso, se desplaza la cuestión a la configuración de cada categoría: las providencias tendrán un tratamiento; los autos, otro; las sentencias, el suyo. Esto sentado, considero que un trasvase era y sigue siendo en este punto irrealizable, si no es con muchas prevenciones. Y es que la concepción del formalismo difiere sustancialmente entre los dos mundos y, lógicamente, la tripartición procesal se asienta en elementos previos que no pueden ignorarse sin más: una organización del proceso con un reparto de roles muy definido o una solemnidad operativa, entre otros. De manera que una simple réplica mermaría la identidad misma del procedimiento administrativo y desconocería la realidad de su día a día en nuestra Administración. En cualquier caso, es llano que la tripartición se compadece mejor con la división funcional de los actos en un procedimiento jurídico y, por tanto, debemos interiorizar sin falta que la bipartición (resolución *v*. acto de trámite) por fuerza ha de comportar una exigencia de modulación ulterior, que es precisamente lo que aquí nos ocurre.

La función preparatoria puede ser, en efecto, profundamente diversa. Añadamos después la diversidad extraordinaria del panorama procedimental administrativo y de los tipos y clases de procedimiento administrativo a que ha dado lugar —incluido el impacto profundo del plano europeo, rico, exigente y a veces aun extravagante a nuestros ojos— y comprenderemos de inmediato que el acto de trámite puede apare-

---

b) Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma.

c) Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma».

[4] Uno de los más elocuentes se halla en el Reglamento del Procedimiento Administrativo del Ministerio de Justicia de 1917, uno de los más completos de su especie, donde se diferenciaba entre decretos marginales, acuerdos y resoluciones (arts. 226 a 264). También en la doctrina científica se preconizó la conveniencia de una figura intermedia entre la resolución y el simple proveído. En estos términos se expresaba José María Villar y Romero:

«Resoluciones son aquellas decisiones de la autoridad administrativa que ponen fin al expediente o, al menos, a alguna de sus instancias. Acuerdos son las decisiones de las autoridades administrativas que resuelven cuestiones incidentales, como, por ejemplo, aquellas que afectan a la personalidad de las partes, al desistimiento, a la recusación, a la competencia, etc. Proveídos son aquellas decisiones de los órganos jurisdiccionales administrativos que tienden a la mera impulsión procesal, por ejemplo, ordenando que se dé vista del expediente al interesado, disponiendo que pase el asunto a informe de otro organismo, acordando unir documentos, etc.» (*Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, 2ª ed., 70-71).

cérsenos en el giro cotidiano con mil y una caras[5]. Siendo esto así, siendo tan aguda la diversidad, las posibilidades de una respuesta simple, rígida y monolítica a todos los problemas asociados al acto de trámite se reducen de manera drástica. Toca modular, adaptar o, más precisamente, trocear la realidad a fin de aislar claves en grado de hacer posible una respuesta plural ordenada.

1.2. La recurribilidad autónoma de los actos de trámite y su tratamiento en nuestro Derecho

Uno de los capítulos principales y acaso el más vistoso del catálogo de problemas del acto de trámite tiene que ver con su aptitud para la impugnación *ex se*[6]. ¿Es el acto de trámite un acto recurrible de manera autónoma?

En compendio, cabe decir que la respuesta que damos a este interrogante presenta tres capas. La primera y más profunda corresponde a la regulación general del tema que hallamos en la LPAC-LJCA (A), donde se identifican cuatro supuestos de *cualificación* del acto de trámite en términos de autonomía para ser atacable. No es, de todos modos, la única capa. Encontramos después la presencia de regulaciones especiales, más o menos desarrolladas, por razón de ciertas materias (B). E incluso cabe apreciar una tercera capa, más evanescente, de creación pretoriana, producto de las nuevas aperturas alumbradas por el juez administrativo, a veces, gracias a una lectura muy generosa de las causas de cualificación generales, otras, invocando sin intermediarios al derecho a la tutela judicial efectiva *ex* art. 24 de la CE (C). Las tres capas, en fin, se superponen sin anularse.

A. El marco general se conforma por los arts. 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA. En ambas normas se recogen calcados cuatro supuestos o causas de cualificación de los actos de trámite a efectos de permitir su impugnación autónoma. La formulación es la misma y, aunque sobradamente conocida, no está de más reproducirla por su importancia aquí:

> «Contra las resoluciones y los actos de trámite, *si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión*

[5] Aunque no han faltado ensayos meritorios y esforzados tendentes a establecer una taxonomía de los procedimientos administrativos —recuerdo ahora el de Francisco González Navarro, *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, Pamplona, 1995—, ninguno se ha hecho un hueco definitivo en nuestra legislación procedimental, más centrada tal vez en los equilibrios entre lo común y lo especial, con todas sus derivaciones. En todo caso, la propia división elemental entre los procedimientos iniciados mediante solicitud y los procedimientos abiertos de oficio ya nos permite asomarnos a la profunda diversidad de nuestro panorama procedimental.

[6] Afirmaba Aldo M. Sandulli en su capital estudio sobre el procedimiento administrativo que «uno dei problema più interessanti e di più ardua soluzione, nei quali ci si imbatte nello studio del procedimento amministrativo, è indubbiamente quello che attiene all'impugnabilità dei singoli atti dell'autorità, che si susseguono nel corso della serie» (*Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1964, 368).

> *o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición […]» (art. 112.1 de la LPAC)
>
> «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, *si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*» (art. 25.1 de la LJCA).

Estos son los actos de trámite directamente recurribles. La eventual cuestión sobre los demás queda diferida y absorbida en el recurso contra la resolución o acto definitivo. Y sobre esta descripción descansa nuestra particular división entre los actos de trámite *simples* y los *cualificados*. Una división, en efecto, muy arraigada en la dogmática de nuestra disciplina[7]; y asumida, de forma apodíctica, por todos los operadores, incluidos, claro es, los Jueces y Tribunales, que se refieren a ella como lugar común. Se nos muestra inconcusa. Aun así, no deja de ser cosa particular este ejercicio de *positivizar legalmente* los actos de trámite directamente recurribles. Se dirá que es un mérito más en la excelsa hoja de servicios de nuestro procedimiento administrativo[8]. En parte lo es, desde luego, pues es revelador de esa sensibilidad y preocupación tan remarcables del legislador español en lo que hace a la construcción del procedimiento administrativo. Sin embargo, lo adelanto ya, no estoy seguro de que el balance sea esta vez tan positivo como en otras ocasiones.

B. Sin dejar de reconocer, pues, este esfuerzo de sistematización, es evidente que fiar sin más el asunto a la proyección sobre el terreno de cuatro causas generales puede, según cómo, aparecerse innecesariamente arriesgado, supuesta esa vastedad y diversidad del panorama procedimental administrativo[9]. No es extraño, por ello, que aparezcan actos de trámite cualificados por razón de la materia, justamente en relación con procedimientos cuya especialidad viene acompañada de una regulación más prolija y acabada. Por su pujanza en nuestros días, es difícil, por ejemplo, no evocar a la contratación pública. Aunque otros procedimientos sectoriales ya acumulaban antes un rico bagaje sobre el particular como es el caso de la expropiación forzosa[10].

---

[7] Una simple consulta a los manuales y tratados generales de nuestra disciplina lo confirma sin falta. Ya sea a la hora de describir la estructura del procedimiento administrativo o bien en la exposición de las clases de acto administrativo es un lugar común esta división. Valga como referencia la clásica exposición de Raúl Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, 2ª ed., 58-60.

[8] Hace al caso reivindicar esa cultura de nuestro procedimiento administrativo, muy viajado y leído, aunque probablemente no suficientemente reconocido. Véase Luis Medina Alcoz, «La cultura del procedimiento administrativo: orígenes y razones de fondo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2023, 1-62.

[9] De fondo está la compleja relación entre el procedimiento administrativo común y los procedimientos sectoriales que, como no podía ser de otro modo, también afecta a esta cuestión. No pretendo sugerir en el texto que el legislador sectorial tenga libertad para estatuir actos de trámite cualificados a discreción. Tan solo intento significar que está en mejor posición para valorar la conveniencia de hacerlo allí donde la trama revista singularidad. Pero, eso sí, de un modo justificado, habida cuenta de que la regla de la concentración, expresión de la unidad funcional, forma parte, no ya del procedimiento administrativo común, sino de la propia naturaleza institucional del procedimiento administrativo.

[10] Adviértase, sin ir más lejos, que la LEF, al ordenar las garantías jurisdiccionales, hace uso de la figura de la *pieza separada*: «Contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente de expro-

No me adentraré en este trabajo en el estudio de esta cualificación especial, *ratione materiae*, pues exige detenerse a conciencia en la idiosincrasia del ramo en cuestión. Con todo, dos apuntes me parecen relevantes y útiles a nuestro propósito. El primero es que estos actos de trámite cualificados por razón de la materia no siempre estatuyen nuevas causas o motivos de cualificación, distintos a los cuatro generales. De hecho, en las más de las ocasiones podrían reconducirse sin excesivas dificultades al cuarteto común. Más que un *novum*, se trata de *concreciones* cuyo primer valor reside en evitar la aparición de dudas e inseguridades, cuando no de puntos ciegos, lo cual nos pone ya sobre la pista de las dificultades aplicativas que nos aguardan. Pero que el legislador sectorial decida marcar expresamente ciertos actos intermedios del procedimiento (actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores[11]; o, cambiando de tercio, acuerdo de necesidad de ocupación[12]) como susceptibles de recurso directo no es solo ni principalmente por razones de seguridad jurídica. Estos registros facilitan la indagación sobre las causas últimas de la impugnación intermedia y su auténtica piedra angular: la debilitación de la tutela conforme pasa el tiempo o se consolidan ciertos errores de tramitación. El recurso contra la resolución final no siempre va a ser capaz de ofrecer una tutela efectiva frente al tiempo o a determinadas anomalías de producción. He ahí el meollo. El legislador sectorial confiere la cualidad de acto recurrible pensando, pues, sobre todo, en lo difícil que será repristinar las cosas más adelante, lo cual a su vez puede deberse a distintos motivos: la complejidad de la secuencia, su duración, la naturaleza de los intereses implicados y así siguiendo. Pero lo que al final importa es que estos actos de trámite recurribles que salpican la parte sectorial ilustran la dificultad de revertir el desenlace o de hacerlo de manera eficaz, de cambiar o corregir las cosas más adelante.

C. El papel del juez administrativo en la suerte del acto administrativo de trámite cualificado es, lisa y llanamente, crucial. Lo es porque el perfilamiento de las especies o razones de cualificación es una tarea hermenéutica y aplicativa compleja, especialmente a propósito de algunas causas que encierran una elevada dosis de enigma con sintagmas alambicados —encabezados por el de decidir indirectamente el fondo del asunto—. Por otra parte, el juez administrativo no ha visto en los arts. 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA la voluntad de codificar un *numerus clausus*, de modo que no ha vacilado a la hora de crear nuevas aperturas con las que evitar vacíos o lagunas en el acceso a la jurisdicción. Creación amparada en última instancia por la propia virtualidad o aplicabilidad directa del art. 24 de la CE. Lo ocurrido a cuenta de los procedimientos compuestos surgidos de resultas de la integración en la Unión Eu-

---

piación o a cualquiera de las piezas separadas, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo, con excepción del caso previsto en el número tercero del artículo veintidós» (Art. 126.1).

[11] Art. 44.2 de la LCSP. También son recurribles autónomamente, conforme a lo establecido en dicho precepto, los anuncios de licitación y los pliegos de condiciones.

[12] Art. 22 de la LEF.

ropea es revelador[13]. Como lo es igualmente la jurisprudencia sobre la recurribilidad de los actos de trámite aquejados de vicios de nulidad de pleno derecho a la que nos hemos de referir más adelante[14].

1.3. La persistencia de la problemática en torno a los actos de trámite cualificados

La inquietud y curiosidad que justifican estas líneas nacen de la impresión de que este esquema recién bosquejado resulta menos pacífico y solvente de lo que en apariencia sugiere. La construcción del acto de trámite cualificado acaso no sea tan firme como hace pensar el *status quaestionis*. Y el caso es que, si descendemos a la arena judicial en busca de información precisa sobre su funcionamiento real, observaremos al poco que el debate a su alrededor no es en absoluto anecdótico ni de paja. Antes bien, sigue provocando a estas alturas numerosos quebraderos de cabeza y, no en vano, desde que estrenamos la nueva casación, ha sido ya detonante de interés casacional en diversas ocasiones —como habrá ocasión de ver—[15]. Se dirá que ello nada tiene de raro o significativo habida cuenta de la cotidianeidad del encuentro con el acto de trámite[16]. Sin embargo, la *ratio decidendi* de los pronunciamientos judiciales muestra no pocas veces signos de debilidad. Cumple apuntar lo más evidente por ahora: no existen descripciones asentadas que perfilen cada una de las cuatro causas de cualificación del acto de trámite y que permitan atribuirles un contenido insti-

---

[13] Por todas, las enseñanzas del asunto *Borelli* (STJCE de 3 de diciembre de 1992) sobre el control judicial de los actos preparatorios de las autoridades nacionales en procedimientos comunitarios al margen de cuál fuese su caracterización a nivel interno. De de ellas se hacía eco Eduardo García de Enterría, «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, 1993, 317-324. Una completa exposición del estado actual de la cuestión en Javier Esteban Ríos, *Coadministración y procedimientos compuestos: una singular vía de actuación administrativa entre lo nacional y lo europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 131-140.

[14] Conviene estar alerta, de todos modos, ante un exceso de activismo judicial en esta materia, sobre todo si éste se inspira en una visión estereotipada del procedimiento administrativo. No es lógico, pero tampoco es bueno, que todos los actos de trámite puedan recurrirse. Ése y no otro es el postulado fundamental. Las aperturas *avant la lettre* deben estar, por consiguiente, especialmente justificadas y, salvo situaciones extremas de desencaje —caso de los procedimientos compuestos producto de la integración europea—, las reglas que proporcionan los arts. 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA deberían ser tenidas por un marco suficiente a estos efectos.

[15] De enjambre habla José Ramón Chaves García con aguda expresividad: «El enjambre de los actos de trámite», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, 12, 2020.

[16] No es más que un juicio personal, pero tengo para mí que ese encuentro con el acto de trámite se ha hecho más frecuente como consecuencia, también, de la mayor exposición del procedimiento administrativo; cosa que, a su vez, se debe, entre otras causas, al incremento de la transparencia y al fortalecimiento consecuente de la posición del interesado. Probablemente, un buen reflejo de todo ello pueda buscarse en la evolución reciente del derecho a conocer el estado del procedimiento administrativo que, en su actual formulación, incorpora de manera específica el derecho a conocer «los actos de trámite dictados» (art. 53.1.a de la LPAC).

tucional reconocible a cada una de ellas (i); es habitual, en cambio, que se citen en bloque para resolver el problema apelando al conjunto (ii); o arañando algo de una y de otra, disimulando que no hay un encaje determinante (iii); y, como no podía ser de otro modo, los apuros para dar a cada especie de acto de trámite cualificado un campo propio conducen al cabo al socorrido pretexto del casuismo, refugio último al que suele acudirse cuando crece la oscuridad o se impone el cansancio conceptual (iv)[17]. Consumidas unas decenas de sentencias en la materia resulta difícil sustraerse a la sensación de *inseguridad* que es la que, *in primis*, da sentido a este trabajo[18].

No es solo cosa de la justicia administrativa. La situación es similar en el mundo de la Administración. Ahí están las dudas sobre los pies de recurso, tan habituales en las unidades y servicios, y algunas calificaciones extravagantes que vemos puntualmente[19]. Y me atrevería a decir que tampoco la doctrina científica facilita una guía precisa sobre el significado particular de los actos de trámite cualificados. No es que falten ejercicios en este sentido. Los hay, sin duda, muy sobresalientes[20]. Pero en el discurso habitual impera la referencia al género. Como si la vaguedad de los enunciados fuese inevitable o tal vez por considerar que el elenco posee en realidad un valor relativo, siendo que la respuesta que al final cuenta reside en las razones últimas de la impugnación intermedia como son el cierre de la secuencia o, sobre todo, el perjuicio efectivo sobre los derechos o intereses legítimos del interesado.

Esta inseguridad en el manejo de las cuatro razones de cualificación adquiere, sea como fuere, un relieve cualificado por sus efectos. Hablamos de la aptitud para ser objeto de un recurso administrativo y/o contencioso-administrativo y, por lo tanto, el debate se sitúa nada menos que en la puerta de entrada, en la resbaladiza y a la vez terminante zona de admisión. Que esté en juego la fatal inadmisión justifica ya

---

[17] Reconozco que este ambiente abigarrado tiene una ventaja insospechada. Como quiera que resulta harto difícil acotar la búsqueda, más de una vez se va en busca de una sentencia y se encuentra una perla en la de al lado.

[18] Hay montañas de autos y sentencias sobre actos de trámite y, sin embargo, se echa en falta una narración compacta. Sólo la parte preliminar de la argumentación se muestra uniforme. He de puntualizar, en todo caso, que no he pretendido en este trabajo realizar una búsqueda agotadora de la jurisprudencia y que, por tanto, el lector encontrará referencias puntuales y selectivas a aquellos pronunciamientos, especialmente recientes, que he juzgado de mayor valor en relación con el tema tratado.

[19] El TS ha señalado a este respecto que la inclusión de un pie de recurso en un acto de trámite no constituye un criterio determinante a la hora de calificarlo como cualificado. Lo que importa es la naturaleza objetiva del acto en cuestión. La indicación de recursos bien puede responder a un error, al empleo impreciso que se hace del término resolución o a la inercia en el corta y pega: «se trata, por tanto, de un error atribuible a añadir una parte formularia —la indicación del recurso— que no altera su naturaleza de acto de trámite estando claro que no puso fin al procedimiento sancionador, limitándose a suspenderlo en los términos expuestos» (STS 2376/2016, de 7 de noviembre, que sigue la estela ya trazada antes: «la determinación de si un acto es o no impugnable ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se decide y valora a partir de lo que la norma que lo regula dispone y no del criterio del órgano que notifica», STS de 18 de febrero de 2003, recurso 3947/1996).

[20] El más destacado, en mi opinión, el de José Antonio García-Trevijano Garnica, *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993. Creo que ofrece el atlas del acto de trámite cualificado más completo y, a pesar del tiempo transcurrido y de los cambios y novedades, muchas de sus reflexiones siguen estando perfectamente vigentes.

de por sí la conveniencia de reducir al mínimo indispensable el margen de error. Y conste, por otra parte, que la litigiosidad que rodea a esta cuestión, en razón de la complejidad, no se corresponde, por lo general, con la de un litigante poco preparado y temerario, que desbarra, o desahuciado, que recurre por si suena la flauta —o al menos eso me parece a mí—.

Así y todo, las cuatro especies están profundamente arraigadas en la teoría y en la práctica y ello explica que su radio de acción se haya alargado, facilitando un empleo expansivo discutible (a), y dando pie incluso a una asimilación disfuncional a cuya virtud los actos de trámite cualificados vendrían a ser los actos de trámite *importantes* (*b*).

a. Discutible es que la figura del acto de trámite cualificado esté en grado de resolver cabalmente el problema de la justiciabilidad de los actos o, por mejor decir, actuaciones sin procedimiento[21]. Si algo da razón al acto de trámite cualificado es la existencia de un procedimiento que está rodando, de una resolución que está *in fieri*. Y lo mismo con otras variantes del acto administrativo más esquivas a la hora de reconducirlas a nuestra taxonomía clásica[22].

b. Tengo para mí que, andando el tiempo, se ha ido decantando la convicción de que los actos de trámite cualificados constituyen un selecto club, el de los actos de trámite *importantes*. De modo tal que los arts. 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA consignarían una suerte de signo de distinción. Una tal equiparación (recurrible igual a importante) es, por muchas razones, inexacta[23].

---

[21] Empleo la terminología del completo y sugestivo estudio de Jorge García-Andrade Gómez, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

[22] Como ocurre con los actos administrativos de cariz informativo y/o comunicativo. Antes que discurrir si se está en presencia de un acto de trámite cualificado, parece más oportuno acudir directamente al criterio del perjuicio actual al interesado. Es precisamente lo que hace la STS 1014/2021, de 13 de julio, a propósito del recurso interpuesto contra una comunicación de la Unidad de Atención Ciudadana del Consejo General del Poder Judicial:

> «El escrito de la Unidad de Atención Ciudadana del que trae causa el presente procedimiento es una comunicación de carácter informativo que no cercena ninguna actuación procesal ni de cualquier otra naturaleza que pueda emprender el recurrente. En puridad, ni siquiera puede considerarse propiamente un acto de trámite no cualificado inserto en un procedimiento administrativo, puesto que es una actuación aislada meramente informativa y carente de cualquier contenido decisorio propio, sin que se encuentre relacionada en forma alguna con cualesquiera otro acto, actuación o procedimiento administrativo».

No puedo extenderme más aquí. Simplemente apuntaré que, de fondo, cuando hablamos del recurso contra actos que no albergan en su interior declaraciones de voluntad prototípicas, subyace el problema, advertido por la doctrina científica, de considerar que solo las declaraciones de voluntad son susceptibles de causar perjuicios. Estas asimilaciones resultan arriesgadas, en efecto, si se adoptan como dogmas. Daba cuenta de ello, por ejemplo, Fernando González Botija, «Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, 167, 2005, 223-251.

[23] Como lo es el extremo opuesto al que lleva: los actos de trámite *simples* no pasan de ser, por tanto, de mera tramitación o impulso.

El hecho de tener que discriminar dentro del género de los actos de trámite viene dado por la propia dimensión y heterogeneidad del conjunto. Es, en efecto, consustancial a la categoría. Basta con que una cuestión haya de proyectarse o involucre a los actos de trámite para que surja la necesidad de establecer alguna diferenciación. Reparemos, por ejemplo, en el asunto de la notificación. ¿Qué actos administrativos deben notificarse? Con arreglo al art. 40.1 de la LPAC, además de las resoluciones, los *actos administrativos que afecten a derechos e intereses*. He ahí el parámetro que ha de utilizarse para discriminar los actos de trámite a notificar. Para el resto, puede valer, si es que hace falta, la comunicación al interesado. En todo caso, hay una causa de cualificación de los actos de trámite a partir de la afectación a derechos e intereses que sirve para optar entre notificar o comunicar. Ayudémonos de otro ejemplo. Esta vez el que nos brinda la *revisión de oficio*. No solo las resoluciones firmes pueden ser objeto de esta singular potestad. También ciertos actos de trámite son cualificados a estos efectos[24]. Pero esta cualificación, como enseña la rica doctrina consultiva en materia de función pública, tiene su propia razón de ser en la inteligencia de la revisión de oficio y en las garantías de las que debe rodearse a fin de evitar actuaciones abusivas (o arbitrarias) de la Administración en su vuelta atrás sobre ciertos actos intermedios[25]. Quiere decirse con todo ello que la *cualificación* del acto de trámite depende, antes que nada, de la naturaleza del problema afrontado. Esa naturaleza

---

[24] En particular, sobre la viabilidad de la declaración de lesividad de los actos de trámite cualificados, véase recientemente Víctor Manuel Escartín Escudé, *El sistema de lesividad en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2022, 66-67.

[25] La subsanación de los actos de trámite, en principio, no requiere de la técnica de la revisión de oficio en la medida en que, estando en curso el procedimiento, la Administración puede hacer uso de los distintos mecanismos a su alcance para enmendar el error cometido. Esto supuesto, el Consejo de Estado ha venido a modular esta regla general, estableciendo la necesidad de acudir a la revisión de oficio en relación con ciertos actos de trámite especialmente trascendentes. Valga como ejemplo el dictamen de 8 de febrero de 1996 (exp. 2874/1995) en relación con la revisión de oficio del acuerdo de una comisión de selección para la provisión de una plaza de profesor asociado. Señala el Consejo de Estado que «No se trata [en alusión a la propuesta de la comisión evaluadora], por tanto, de un acto de trámite "simple", sobre el que la Administración pueda volver (ante la constatación de una irregularidad) como "dueña" del procedimiento, sino que, como se dice, la propuesta de un Tribunal o Comisión de Selección constituye un acto de trámite "cualificado", calificación que deriva de la particularidad de que tal propuesta vincula a la Administración (sin perjuicio de que ésta pueda utilizar la vía de revisión de oficio, como es el caso)».

Se trata, por lo demás, de una doctrina consolidada que llega a nuestros días. Entre muchos, véanse los dictámenes 3688/1998, de 15 de octubre; 1162/2001, de 12 julio; 276/2002, de 21 de febrero. Doctrina también presente en los órganos consultivos autonómicos, como la *Comissió Jurídica Assessora* de Cataluña (entre otros, dictámenes 370/2014, de 30 de octubre; 182/2015, de 11 de junio; 200/2017, de 13 de julio; o, más recientemente, 121/2022, de 7 de abril). Interesantes acotaciones sobre el particular en Alfredo Galán Galán, «Problemas pendientes de la revisión de oficio a la luz de la doctrina de los órganos consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 30-31, 2018-2019, 150-152.

El criterio del Consejo de Estado coincide, por lo demás, con el previsto en el art. 14 (Revisión e impugnación) del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado (RD 364/1995, de 10 de marzo):

fuerza un ángulo y de ahí se llega a la criba. Por consiguiente, aunque pueda parecer que ciertos actos de trámite se prestan a ser cualificados a todos los efectos, esa coincidencia tendencial dista de ser una identidad inexorable. Puede haber (y hay) actos de trámites en definitiva, cualificados a *x* efectos y no cualificados a *y* efectos. La cualificación, en otras palabras, no es una característica ínsita a determinados actos de trámite, los que se mencionan en los 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA, sino más simplemente el resultado la proyección de ciertos problemas secuenciales sobre un conjunto heterogéneo.

Se sigue, pues, que la cualificación en términos de aptitud de recurso autónomo es, lisa y llanamente, la respuesta al problema de la impugnación intermedia. ¿Significa que los actos de trámite cualificados a estos efectos son los más importantes de la serie? Si por importancia se entiende peso relativo en la marcha del expediente o en la decisión, la respuesta es que no necesariamente. La propuesta bien puede ser fundamental y no es susceptible, en principio, de recurso autónomo. Igual que el informe. Y qué decir, en fin, del acto de iniciación. Sin él, caería toda la secuencia por efecto dominó. Puestos a medir la importancia, la piedra de toque más fiable es la que proporciona el régimen de invalidez procedimental: los actos esenciales. En todo caso, no es solo cuestión de orden académico, de gusto por tener ordenado nuestro campo. Si insisto en esta idea es por las peligrosas derivaciones a que puede dar lugar y los perjuicios de considerar que el acto no cualificado, por contraste, es un acto menor. La asimilación puede desorientar.

***

La tesis que trataré de defender es de sencilla formulación: la positivización de los actos de trámite cualificados arrastra deficiencias que están en el origen de algunas de las vacilaciones apuntadas. Deficiencias que podrían corregirse con una intervención del legislador destinada a reducir el número de supuestos y a precisar mejor los enunciados (epígrafe III). Como es lógico, con carácter previo, debo detenerme en los fundamentos o mimbres de la teorización sobre la irrecurribilidad de los actos de trámite (epígrafe II).

«1. Las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

2. Contra las resoluciones y actos de los órganos de selección y sus actos de trámite que impidan continuar el procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse recurso ordinario ante la autoridad que haya nombrado a su presidente».

2. LOS FUNDAMENTOS DE LA CONSTRUCCIÓN CLÁSICA SOBRE LA IRRECURRIBILIDAD DE LOS ACTOS DE TRÁMITE

2.1. La regla general: los actos de trámite no han de poder ser recurridos de manera autónoma

Que el acto de trámite no sea recurrible como regla general puede explicarse con seguridad desde una doble perspectiva.

A. De una parte, tenemos la *unidad funcional* que sostiene y cose el procedimiento administrativo. Como quiera que la razón de ser ulterior del acto de trámite es servir a la preparación de una decisión en un marco secuencial ordenado, cae por su propio peso que es mejor aguardar a la conclusión, *id est*: a la resolución, si se quiere disponer de una explicación completa sobre el sentido de todos los pasos dados. La resolución no solo pone punto final a la secuencia. Es, al tiempo, el desenlace que agrupa y sintetiza todo lo ocurrido previamente. Hace, por usar una feliz expresión de la jurisprudencia, de «acto resumen»[26]. Por eso mismo, supuesta esta concentración, será al tiempo de la resolución cuando se den las condiciones óptimas para entablar el debate dialéctico consustancial a un recurso y para que quién haya de dirimirlo disponga de la mejor posición al efecto.

Ocurre, sin cambiar de perspectiva, que el procedimiento administrativo exige, lo mismo que cualquier procedimiento jurídico, una cierta cadencia o ritmo en el desarrollo secuencial. La ausencia de dilaciones innecesarias o la aplicación de un tiempo razonable de respuesta, signo de una buena Administración, justifica al cabo la necesidad de limitar las posibles interrupciones en el desarrollo de la trama. Circunstancia ésta, la preservación de una buena marcha, que es común a la familia de los procedimientos jurídicos, pero que en el caso del procedimiento administrativo se agudiza por efecto de las exigencias que trae consigo el mandato constitucional de *eficacia*. No en vano, la LPAC erige a la celeridad en principio informador del impulso del procedimiento[27]. Huelga explicar que un itinerario permanentemente expuesto

---

[26] En palabras de la STS de 14 de marzo de 2011 (recurso 3323/2010): «Los actos de trámite simples, entendiendo por tales los llamados actos o proveídos interlocutorios o de mero impulso de un procedimiento, no pueden ser objeto de una impugnación autónoma e independiente del acto definitivo o final, que actúa como una especie de acto resumen, frente al que se deben dirigir todas las impugnaciones».

[27] Conforme al art. 71.1 de la LPAC: «El procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad». Hace hincapié en esta idea de desarrollo ágil de la trama la STS núm. 755/2022 de 15 junio:

> «Y no es ocioso recordar que la imposibilidad de interponer recurso contencioso- administrativo contra un acto administrativo de trámite no significa que éste no pueda ser combatido: significa tan sólo que habrá de serlo al impugnar el acto que ponga fin al correspondiente procedimiento administrativo. En otras palabras, los vicios de los actos administrativos de trámite pueden determinar la invalidez de la resolución o acuerdo final. Lo contrario, como es obvio, abriría la puerta a innume-

al recurso comprometería este desempeño ágil, sin descontar el riesgo de eventuales maniobras dilatorias de las partes[28].

B. De otra parte, está la inteligencia del recurso como institución de reacción a una lesión y, por extensión, la configuración de la legitimación *ad causam* a partir de la presencia de un perjuicio. Lógico, siendo esto así, que nos preguntemos, antes de abrir la puerta del recurso, si el acto de trámite tiene aptitud para penetrar, por sí solo, en la esfera de los derechos e intereses legítimos del interesado.

Pues bien, en razón de su función preparatoria, las más de las veces la respuesta no podrá ser sino negativa. Acaso el acto de trámite anuncie o prepare un perjuicio, pero no será hasta el momento en que éste adquiera cuerpo —lo que tendrá lugar comúnmente con la resolución— que la reacción en forma de recurso se torne en algo necesario. Se comprende, siendo esto así, que el acto de trámite tenga una plaza reservada en las exposiciones de la justicia administrativa como paradigma del acto ayuno de la capacidad para provocar una lesión o perjuicio (*actes administratifs qui ne font pas grief*) o, en la misma línea, que se haga parada en el mismo a la hora de explicar la importancia de la nota de la actualidad en el interés que cualifica la legitimación del recurrente (*interesse attuale al ricorso*). Resumido: el acto de trámite, en línea de principio, o bien no franquea la puerta del interesado o, si lo hace, no es capaz de provocar un perjuicio actual en sus derechos o intereses legítimos. Adviértase, por cierto, cómo esta perspectiva nos ayuda a poner el acento en las consecuencias del acto de trámite antes que en su forma o contenido —acotación que enlaza con la diferencia entre recurrible e importante—. Lo que cuenta son los efectos que el acto preparatorio tenga y su fuerza autónoma para alterar o modificar la esfera jurídica del interesado; para causarle una lesión concreta, autónoma y actual.

***

C. Desde cualquiera de las dos perspectivas puede extraerse una explicación a la concentración del recurso en la resolución. Cabe, de todos modos, añadir todavía una tercera óptica en clave de control o revisión.

Así, es llano que solo al tiempo de la resolución definitiva se dan las condiciones óptimas para una revisión de la trama. Será entonces cuando podrá entablarse un debate dialéctico completo toda vez que únicamente la resolución está en grado de dar

---

rables obstáculos en los procedimientos administrativos, con el riesgo de que éstos se prolongasen interminablemente».

En la misma línea, véase la STSJ de Madrid 737/2019, de 5 de diciembre, y las que allí se citan.

[28] Aunque no vienen referidas al procedimiento administrativo, resulta difícil expresar mejor la idea: «la ley antigua permitia la apelacion de toda clase de providencias […], y como á la vez prevenia, por regla general, que se admitieran las apelaciones libremente en ambos efectos, vino á poner en manos de los litigantes de mala fé el medio más poderoso, por lo mismo que era legal, de hacer interminables los pleitos y aburrir á su contrario: se abusaba escandalosamente de ese recurso, sin que los tribunales pudieran evitarlo por tener que sujetarse á la ley» (José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, t. II, 180).

respuesta a la pretensión que se sustancia en términos de completitud [29]. Quiere decirse con ello que enjuiciar un acto de trámite cuando el procedimiento está todavía en marcha puede llevar a incurrir en un juicio parcial, donde se echen en falta piezas del puzle. Y no sólo eso. Someter la trama al control del juez administrativo antes de su finalización trae consigo un riesgo relevante: que se entre en el fondo de una manera precipitada, que se prejuzgue sin contar con todos los elementos de juicio, que se realice de soslayo un juicio previo de una resolución que todavía no se ha adoptado, por más que asome (o eso parezca), y que todo ello acabe por confundir los roles del órgano que revisa y del que resuelve, de la Administración y los Tribunales llegado el caso. Lo expresaba con elegancia el Tribunal de Justicia en el célebre asunto IBM *c.* Comisión, a cuenta de la impugnación del acto de inicio y del pliego de cargos de un procedimiento de defensa de la competencia incoado contra esta empresa:

> «Un recurso de anulación dirigido contra el inicio de un procedimiento y contra un pliego de cargos podría obligar al Tribunal de Justicia a efectuar una valoración de cuestiones sobre las cuales la Comisión no ha tenido aún ocasión de pronunciarse y, de esta manera, tendría como consecuencia una anticipación de los debates sobre el fondo del asunto y una confusión de las distintas fases de los procedimientos administrativos y judiciales. En consecuencia, sería incompatible con los sistemas de reparto de competencias entre la Comisión y el Tribunal de Justicia y de medios de impugnación previstos por el Tratado, así como con las exigencias de una buena administración de justicia y de un desarrollo regular del procedimiento administrativo de la Comisión» [30].

2.2. Las dos excepciones que emergen naturalmente: los actos de trámite que ponen fin al procedimiento y los que generan una lesión actual al interesado

Las dos perspectivas expuestas justifican la regla general, pero, al mismo tiempo, nos ponen sobre la pista de la necesidad de conceder dos reservas.

A. En efecto, si hay que esperar a la resolución como acto conclusivo, se sigue que allí donde la secuencia se cierre de otro modo es razonable admitir el recurso autónomo, a pesar de que ese cierre se formalice en un acto intermedio sin forma de resolución. Se está aludiendo, en otras palabras, a la eventualidad de finales distintos a la resolución que, obviamente, también deben poder controlarse en calidad de actos conclusivos. He ahí la primera reserva: *el acto de trámite que pone fin al procedimiento administrativo*. Otra cosa es determinar cuáles sean exactamente estos actos finalizadores; cuestión que, lejos de lo que pueda parecer a simple vista, se presta a discusión en ciertos casos, entre otras cosas porque carecemos de un acto de cierre del procedimiento administrativo semejante al auto judicial —lo cual obliga a la resolución, como veremos, a un servicio multiusos—.

---

[29] A tenor del art. 88.1 de la LAPC: «La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo».

[30] STJUE de 11 de noviembre de 1981, *IBM* c. *Comisión*, § 20.

B. Cambiando de tercio, bien puede ocurrir que, con carácter previo a la resolución, se dicte un acto de trámite susceptible, *eo ipso*, de provocar un perjuicio a los derechos o intereses legítimos del interesado suficientemente intenso o reconocible en términos de actualidad. El acto intermedio penetra en la esfera del interesado y, además, le causa un perjuicio actual, que no precisa de la resolución para su efectividad. Por tanto, la segunda reserva atañe al *acto de trámite que causa un perjuicio actual al interesado*.

No es fácil tampoco aquí delimitar con exactitud el alcance de la reserva. Es cierto que la fuerza del art. 24 de la CE puede empujar súbitamente a considerar que todo acto lesivo, al margen de su integración en una serie procedimental o, si se quiere, por encima de ella, ha de ser susceptible de recurso autónomo. Sin embargo, tengo para mí apresurada una conclusión así de tajante[31].

Es fundamental comprender que la existencia de un procedimiento administrativo incide en el tratamiento de la impugnación o recurso. Y lo hace para concentrar, por todos los motivos expuestos, el recurso en la resolución definitiva. Ello no quiere decir, porque sería absurdo, que los actos preparatorios no sean susceptibles de producir efectos sobre la situación del interesado. Claro que pueden penetrar en su esfera jurídica. Por cierto, no solo en la sustantiva. También en la procedimental: los actos de trámite pueden provocar graves perjuicios en el estatus procedimental del interesado y en el ejercicio de su haz de facultades y derechos en este orden. Lo que ocurre es que la presencia envolvente de un procedimiento administrativo en curso permite aplicar un canon más estricto a la hora de determinar la impugnación autónoma: solo si los efectos son relevantes en el entendido de irreversibles o difícilmente reversibles al tiempo del recurso contra la resolución final será necesario abrir la posibilidad de recurso directo contra el acto intermedio. En otro caso, la discusión sobre las irregularidades o ilegalidades de los actos de trámite se puede —y es conveniente que así se haga, añadiría— posponer. La construcción puede parecer contraintuitiva si en ella se quiere ver más de obstáculo que de ordenación racional. Me atrevería a decir que incluso se compadece poco con un signo de nuestro tiempo como es la inmediatez y el descrédito de la espera.

Sea como fuere, la concentración del recurso en la resolución, en buena medida universal, es perfectamente compatible con el art. 24 de la CE. No podemos olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva brinda al legislador margen para la configuración legal de los cauces procesales; margen que incluye el establecimiento de límites al acceso a la jurisdicción siempre que haya un fin legítimo y se respete el canon de la proporcionalidad. Pues bien, la salvaguarda del orden, la unidad o continencia de la causa, consustancial a toda decisión procedimentalizada, es, a

[31] Como, por cierto, parece deslizarse de alguna afirmación que encontramos en la jurisprudencia: «[…] este Tribunal [Supremo] ha entendido que no se siente vinculado por esta relación cerrada, por entender que el artículo 24 CE le obliga a hacer una interpretación flexible para incluir cualquier acto de trámite que tenga efectos jurídicos sobre la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos» (STS 2497/2016, de 22 de noviembre).

mi modo de ver, uno de esos fines legítimos. No en vano, el TC cuenta con una doctrina que justifica el diferimiento de la impugnación de actos preparatorios o de decisiones previas que se suceden y que están relacionadas entre sí a causa de un procedimiento o de una serie preestablecida [32]. Eso sí, la interdicción de la indefensión, como se cuida de subrayar sin falta el TC, obliga a supeditar la ausencia de recurso intermedio en estas situaciones al cumplimiento de dos condiciones:

(i) Primera: que los errores o vicios del acto preparatorio puedan esgrimirse como motivos argumentales para censurar la resolución final. Así sea de una manera indirecta, quien considere lesionados sus derechos ha de poder impugnar las consecuencias asociadas a las decisiones previas inatacables.

(ii) Segunda: que la tutela judicial impetrada con ocasión del recurso contra la decisión final permita revertir los eventuales perjuicios padecidos, esto es, que la falta de recurso intermedio no conduzca a lesiones irreversibles o difíciles de revertir.

Proyectado en nuestro entorno, tenemos, pues, que la procedimentalización de una decisión administrativa permite que el acto conclusivo, la resolución, absorba el conflicto y, por extensión, la reacción, sin que este diferimiento cercene la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Conservemos este guion o test que enseguida recuperaremos. Añadiré únicamente que la doctrina constitucional de marras revela un elemento del cuadro que todavía no había aparecido aquí y que vale la pena significar. Y es que algunos lances traen causa de previsiones normativas que declaran irrecurribles, *expressis verbis*, un acto intermedio o preparatorio. Luego hay un reverso y un anverso en el posible comportamiento del legislador sectorial en contextos seriados. A veces, se afana en cualificar ciertos actos y, otras, por el contrario, en remarcar su condición (natural) de irrecurribles [33]. Huelga decir que la segunda opción es mucho más arriesgada en

---

[32] Un caso que estimo particularmente ilustrativo es el relativo a la impugnación de los decretos de Fiscalía de determinación de la edad de los extranjeros menores no acompañados previstos en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Estos decretos no tienen reconocida una vía judicial de impugnación propia y directa. Circunstancia que, en el entender del TC, no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción por cuanto que cabe instar su revisión más adelante, con ocasión del procedimiento de oposición a las medidas administrativas adoptadas en materia de protección de menores (art. 780 de la LEC). Se trata de un procedimiento especial dirigido, sí, contra las resoluciones administrativas adoptadas, pero, *por vía indirecta*, cabe entrar a conocer de los decretos de determinación de la edad dictados por el Ministerio Fiscal en la medida en que estén en el origen de la intervención tuitiva de la Administración (STC 130/2022, de 24 de octubre).

[33] Por poner un ejemplo reciente extraído de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen contra infracciones normativas y de lucha contra la corrupción:

> «Las decisiones adoptadas por la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., en las presentes actuaciones [que hacen referencia a las comunicaciones recibidas a través del canal externo de información] no serán recurribles en vía administrativa ni en vía contencioso administrativa, sin perjuicio del recurso administrativo o contencioso administrativo que pudiera interponerse frente a la eventual resolución que ponga fin al procedimiento sancionador que pudiera incoarse con ocasión de los hechos relatados» (art. 20. 4).

lo que hace a sus consecuencias, pero, lo mismo que indagamos en las razones que podían llevar a querer despejar el acceso a la jurisdicción, importa interiorizar que es asimismo legítima la motivación de preservar un desarrollo ágil y una coherencia en el diseño de la reacción frente a la toma de decisiones procedimentalizadas o seriadas —después estará por ver la proporcionalidad del bloqueo, claro es—. Eficacia *versus* garantía, después de todo. El paisaje de esa perenne búsqueda de equilibrio.

2.3. El cierre de la construcción: las condiciones que justifican la imposibilidad de atacar el acto de trámite por separado

Acabamos de referirnos a ellas. La irrecurribilidad de los actos de trámite tiene un precio a cambio de su compatibilidad con el derecho de acceso a la justicia.

A. Que los errores o vicios del acto de trámite no precluyan constituye la primera exigencia. No es, a decir verdad, algo difícil de garantizar. Conduce a los motivos o *ratio petendi* del recurso contra la resolución final y al régimen de los vicios procedimentales. Es un campo abierto, donde no se aprecian obstáculos. Lo certifica, por si acaso, el art. 112.1 de la LPAC: «La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento». Cuestión distinta es que la fuerza de los vicios procedimentales tenga muchas aristas y que su potencia haya menguado, de suerte que la conversión del recurso intermedio en vicio de tramitación pueda saber a poco finalmente.

En todo caso, la resolución se pone en el centro de la diana y el recurso contra la misma ha de ser capaz de absorber el conflicto a cuenta de la decisión adoptada; el entero conflicto. Conviene remarcarlo, pues ayuda a conjurar la aparición del *acto consentido*, incluso allí donde el interesado, pudiendo movilizar el recurso autónomo, opta por esperar a la resolución final para poner todas las cartas encima de la mesa[34].

B. La segunda condición, que es la central, resulta más esquiva. Por de pronto, empuja a tener que calibrar el canon de la irreversibilidad a fin de elucidar qué decisiones intermedias son irreversibles o difíciles de revertir. Volveremos sobre ello en detalle más adelante, pero es fácil intuir que la problemática puede ser muy diversa en atención a muchas variables, comenzando por la naturaleza de los bienes jurídicos en juego.

Íntimamente conectado con lo anterior está la toma en consideración (o no) de los derechos procedimentales a los efectos de la irreversibilidad, lo cual nos lleva *in via recta* al espinoso asunto de la utilidad del recurso intermedio como vía para com-

[34] Muy clara por ejemplo doctrina del TSJ de Madrid respecto del requerimiento de legalización y la orden de demolición dentro del procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística. Viene insistiendo este tribunal que, aunque sea susceptible de recurso por su carácter cualificado, el hecho de no interponerlo en nada afecta a la denuncia de los vicios e irregularidades de que el mismo pueda adolecer (entre los que se encuentra la caducidad de la acción de restauración de la legalidad urbanística) y que podrán hacerse valor con ocasión de la impugnación de la resolución finalizadora del expediente. La serie es larga y de ella forman parte, entre otras, las Sentencias de 12 de junio de 2015 (recurso 125/2014); 17 de junio de 2020 (recurso 1080/2018); y 22 de marzo de 2023 (recurso 45/2023).

batir defectos y vicios de tramitación. Hace al caso traer a colación la intrahistoria del recurso de *queja* en nuestro procedimiento administrativo, su magro bagaje y, en fin, los motivos de su desaparición, tan anunciada como poco lamentada[35]. En compendio, se conoce que no es preciso articular un mecanismo de recurso cuando el derecho de *alegar*, en razón de la amplitud de su objeto, el informalismo y la flexibilidad temporal en su ejercicio, permite canalizar sin estridencias las denuncias y oposiciones a lo que va ocurriendo. Por medio de su derecho a alegar el interesado puede quejarse, denunciar desviaciones y oponerse al desarrollo, a su entender viciado, de la serie: «En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto»[36].

¿Significa lo anterior que debe descartarse *a radice* el recurso contra actos de trámite por errores *in procedendo*? Entiendo que no. Ciertamente, cuando hablamos de derechos procedimentales que se ven comprometidos por el desarrollo de las actuaciones superar el canon de la irreversibilidad se va a poner cuesta arriba. Pero, por mucho que la flexibilidad de que hace gala el procedimiento administrativo y el clima antiformalista en que se desenvuelve, conjugado con el derecho de alegar de los interesados, reduzcan el campo de aplicación de lo irreversible, sería un error descuidar este flanco. También en el orden procedimental podemos encontrar actos de trámite merecedores de ser atacados de forma autónoma en vista de la lesión irreversible o difícilmente reversible que pueden causar al estatus procedimental del interesado, desnaturalizando sus facultades defensivas o convirtiendo su concurso en inefectivo y falaz.

3. LA CODIFICACIÓN GENERAL DE LOS ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADOS

3.1. Los actos de trámite que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto

Estamos ante la causa más resbaladiza en su formulación y, a mi juicio, la que induce a una mayor desorientación. Tan es así que abogo por su supresión. En parte, por su oscuridad hermenéutica, pero, sobre todo, por sus efectos disfuncionales.

No todos los actos de trámite, en efecto, cumplen una función de (mero) impulso y aun de despacho de las vicisitudes de la marcha del procedimiento. La preparación que exige la resolución de algunos asuntos, supuesta su complejidad o el entrecruzamiento de materias, aparece jalonada en ocasiones por actos preparatorios con un

[35] Para profundizar en este recorrido puede verse José María Boquera Oliver, «Del recurso de queja a la queja», *Revista de Administración Pública*, 27, 1958, 181-202.

[36] Art. 76.2 de la LPAC.

claro y específico peso decisorio. Al poco de cavilar, de inmediato salen a nuestro encuentro dos figuras: la propuesta y el informe, ambas cosidas desde antiguo al procedimiento administrativo y llamadas a influir por naturaleza en la resolución del asunto.

Es a estos actos intermedios de valor específico en la preparación de la resolución a los que parece apuntar la regla de marras: los que deciden anticipadamente el fondo del asunto, directa (i) o indirectamente (ii).

(i) *Directamente*. Si nos guiamos por la fuerza del adverbio, se diría que se está aludiendo a aquellos supuestos en los que se produce una *disociación* entre la decisión material y su expresión formal de suerte que la resolución haría las veces de cubierta o de envoltorio final de una decisión adoptada previamente. Encajaría en esta descripción la propuesta (de resolución), aunque no cualquier propuesta, claro está[37], sino únicamente la provista por el legislador de fuerza *vinculante*[38].

(ii) *Indirectamente*. La semántica es aquí más esquiva toda vez que lo indirecto se presta en este contexto a la especulación. La decisión indirecta, aquella que no es explícita pero se sobreentiende, puede, dependiendo de las lentes, reconocerse aquí y allí. Si se tira de este hilo, se desmonta, a decir verdad, cualquier pretendida ordenación de la serie. Es de fuerza, para no ir a parar a un terreno, de inseguro, impracticable, que la interpretación quede acotada a una influencia del acto intermedio en la resolución final, es decir, una influencia *ex ministerio legis*, no supeditada a una valoración hipotética de la relevancia del trámite según el rasero subjetivo del promotor del recurso. Ni siquiera creo que tenga cabida la extensión a cualquier acto de trámite *determinante*, por más que se quisiera dar a esta cualidad un cierto aire objetivo de especial importancia o influencia[39]. Debe ser decisivo a estos efectos el verbo empleado, que es el de decidir y no otro: decidir indirectamente tiene que significar, pues, algo más que influir e incluso que prefigurar. Hablamos de *predeterminar* y para predeterminar, además de contenido sustantivo, se necesita fuerza de obligar.

Así acotado, podríamos viajar en busca de los actos de trámite provistos de fuerza decisoria vinculante como plasmación anticipada o decisión indirecta; viaje que, además de recalar en la propuesta, ya visitada, nos conduciría sin falta al dominio del informe. ¿Son los informes vinculantes actos de trámite cualificados?

Aparentemente, la respuesta afirmativa se impone. Sin embargo, me temo que las cosas no son tan sencillas y un recorrido por la jurisprudencia lo confirma. Y es que

---

[37] La propuesta a secas no alcanza a ser un acto de trámite cualificado (STS de 26 de marzo de 2015, recurso 491/2013). De lo contrario se llegaría al absurdo de permitir la «impugnación anticipada con el argumento de que tales actos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, haciendo con ello posible enjuiciar anticipadamente lo que ni siquiera se sabe si va a ser decidido en el acto final del procedimiento» (STS de 31 de enero de 2012, recurso 1205/2009). En la misma línea, STSJ de Murcia 118/2017, de 23 de febrero.

[38] Tenemos a la mano el caso de las propuestas de las comisiones de selección en los procedimientos de acceso a la función pública universitaria, que, no en vano, pueden ser objeto de reclamación *ex* art. 73.2 de la LOSU.

[39] Lo mismo que la propuesta, el informe raso, por relevante que pueda ser en el expediente de que se trate, no puede subsumirse en esta cláusula.

el informe vinculante, lejos de tener un único patrón, admite expresiones muy diversas[40]. Como mínimo, cabe dividir la vinculatoriedad del informe en dos especies: una, *en positivo*, que anticipa y exige volcar en la resolución una parte (más o menos extensa) de la consulta; y otra, *en negativo*, aplicable a los informes capaces de cortocircuitar la toma de la decisión en un determinado sentido: solo la opinión favorable o plácet del consultado permitirá que la iniciativa proyectada pueda finalmente ponerse en marcha. Pues bien, a la luz de la jurisprudencia, contando siempre con la prudencia de trasladar el pulso en un ámbito como éste, la aceptación del recurso autónomo parece diferir.

En el primer caso, se aprecia una clara resistencia a abrir las puertas del recurso contra el informe vinculante. No se suele abundar en las explicaciones, pero tengo para mí que la *vis* atractiva de la resolución acaba pesando. Por mucho que el informe albergue una parte del fondo del asunto, esa parte aún debe integrarse con otras, así sean mucho menos relevantes si se quiere, y, en su caso, conjugarse en un acto final que, de darse, es el que aportará completitud y hará que la decisión surta efectos. Bien ilustrativo resulta el periplo frustrado del recurso directo contra la Declaración (positiva-condicionada) de Impacto Ambiental[41].

En el segundo caso, por el contrario, se observa que aumentan las probabilidades de alzar la barrera. El informe desfavorable, aquel que hace de condición *sine qua non*, se conoce que casa mejor con la razón de la regla, que la justifica en toda su intensidad. Aunque tengo dudas de que la llave de entrada se vea en sus efectos sobre la decisión de fondo —su contenido es negativo— o solamente en ellos. Cuentan también sus efectos sobre la trama procedimental, en tanto que obstáculo que impide la culminación de la iniciativa o proyecto y vacía de contenido su continuación. De manera que se produce una mixtura de causas, en un manejo, apuntado más arriba, que consiste en combinarlas. Vendría a ser como que el informe desfavorable tiene algo de decidir sobre el fondo y, a la vez, algo de imposibilitar la continuación; incluso tiene algo, por qué no, de indefensión y de perjuicio irreparable; combinados esos algo, aunque no acaben de

---

[40] En torno a la naturaleza jurídica del informe vinculante, que ha sido de antaño motivo de cavilación, me sea permitido remitir al lector a César Cierco Seira, «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 21, 2002, 233-280.

[41] Está hoy establecido en la jurisprudencia que las declaraciones de impacto ambiental no son susceptibles de impugnación independiente de la decisión final del procedimiento de autorización de la obra o actividad. Sin perjuicio de su trascendencia, el TS ha significado su «carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto, de donde se deriva que no se trata de un acto administrativo definitivo, ni de un acto de trámite cualificado que pueda ser impugnado de modo autónomo en vía jurisdiccional». Véanse, *ex multis*, las SSTS de 13 de marzo de 2012 (recurso 1653/2011); de 13 de diciembre de 2011 (recurso 545/2011); y de 10 de noviembre 2011 (recurso 4980/2006). Antes de llegar a esta situación, hubo, eso sí, una abundante conflictividad y un intenso debate, especialmente a finales de la década de los noventa y principios de este siglo. Por el contrario, sí pueden impugnarse de modo separado las declaraciones de impacto ambiental negativas según el razonamiento que a continuación se referirá en el texto. Es obra de referencia el estudio de Iñigo Sanz Rubiales, *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos. Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

colmar las cláusulas respectivas por separado, refuerzan su candidatura. La explicación sería que *casi* puede subsumirse en muchas y que eso es señal bastante. Es una senda discutible, claro. Pero el caso es que la aptitud del informe desfavorable para ser atacado en solitario se ha ido afianzando[42]. Y no solo en los tribunales[43]. También en el plano normativo encontramos previsiones que sin ambages atribuyen la condición de recurrible a informes vinculantes negativos[44]. En la práctica, no resulta extraño toparse con informes vinculantes acompañados de un pie de recurso[45]. Sin olvidar, en fin, la contribución de la doctrina científica, con esmerados y resueltos alegatos[46].

Llegados a este punto, ¿podemos dar por suficientemente perfilada la regla que nos ocupa? Si echamos mano de la vinculatoriedad, encontramos una brújula que

---

[42] Sobre el particular resulta muy revelador el informe de la Abogacía del Estado de 21 de septiembre de 2024 (https://www.boe.es/buscar/abogacia_estado.php). El tema principal de la consulta era el relativo a la recurribilidad de los informes vinculantes emitidos por la Dirección General de Aviación Civil en virtud del Reglamento sobre Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio (RD 2591/1998, de 4 de diciembre). La Abogacía del Estado se decantó por la respuesta afirmativa en los casos en que dicho informe fuese desfavorable por considerar que estaba decidiendo sobre el fondo del asunto: «Son recurribles separadamente siempre que "las Administraciones públicas competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo" (las destinatarias del informe) no acepten las observaciones formuladas por el Ministerio de Fomento. La razón está en que la no aceptación del informe impide aprobar definitivamente el plan urbanístico, lo que es equiparable a una decisión sobre el fondo del asunto (no aprobación definitiva)». Como correlato de ello, se desprendía, en parecer de la Abogacía, la legitimación de las Administraciones destinatarias del informe desfavorable para recurrirlo de manera autónoma: «Esta Abogacía del Estado considera que están legitimadas para recurrir tales informes las Administraciones Públicas competentes para la ordenación del territorio y urbanismo y, dentro de ellas, la que lo sea para la aprobación definitiva del planeamiento. Es esta Administración la destinataria del informe y a la que puede reconocerse un "interés", derivado de su competencia, para dictar el acto que dicho informe impide: la aprobación definitiva del plan urbanístico».

[43] Donde no cuesta encontrar ejemplos. En tema de actividades (STSJ de Navarra de 10 de mayo de 2023, recurso 228/2022); aguas (STSJ de Castilla-La Mancha de 21 mayo de 2020, recurso 201/2018); costas (STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2022, recurso 122/2019; y STSJ de Galicia de 26 de junio de 2020, recurso 4196/2017); o urbanismo (STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2018, recurso 139/2016).

[44] Destaca el art. 25.1 (*Impugnación*) de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (2016):

> «Los interesados podrán oponerse a los informes vinculantes emitidos en el procedimiento regulado en esta ley bien mediante la impugnación de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada, bien mediante la impugnación de los citados informes vinculantes, cuando éstos impidiesen el otorgamiento de dicha autorización, de conformidad con lo establecido en el artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre».

Pero hay otros registros. Acúdase, por ejemplo, al art. 12 (*Impugnación de los informes*) del Decreto 91/2023, de 25 de mayo, por el que se regula la emisión de los informes vinculantes para el ejercicio de competencias distintas de las propias y las delegadas por las entidades locales insulares y municipales de Canarias.

[45] Que entre dentro de la plantilla, por así decir, es señal inequívoca de haberse ganado una plaza estable. Tengo en mente, por ejemplo, los informes desfavorables de las Comisiones Territoriales de Urbanismo en Cataluña.

[46] Como la defensa de la recurribilidad autónoma de la declaración de impacto ambiental negativa. Véase al respecto Iñigo Sanz Rubiales, *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos,* cit., 225-240.

ayuda a darle un alcance más definido, desde luego. Con todo, no cabe hablar de la existencia de una posición establecida que envuelva a todos los actos intermedios vinculantes y, por lo demás, hermenéuticamente, la decisión preparatoria indirecta siempre va a ser una figura resbaladiza.

La lucha con la letra de la ley no es lo más desesperante, de todos modos. Es el espíritu de la norma el *punctum dolens*. Por más vueltas que le doy, no logro desentrañar por qué hace falta movilizar el recurso autónomo contra los actos de trámite que deciden el fondo del asunto y qué se gana con todo ello de cara a la tutela del interesado. Al revés, veo que la coherencia sistémica se resiente (i) y que, en el mejor de los casos, se ofrece una solución superficial que distrae de problemas más profundos que deberían encararse de otro modo (ii).

(i) Esta crítica se comprende mucho mejor si se va aguas arriba en busca del origen de esta previsión. En concreto, al remontarnos a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1888) advertimos la ausencia de un trozo, de un fragmento último que le confiere mucho más sentido a la cláusula: «se entenderá que causan estado las resoluciones de la Administración cuando no sean susceptibles de recurso en vía gubernativa, ya sean definitivas, ya de trámite, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible su continuación»[47]. Importa, pues, no tanto que el acto de trámite llegue al fondo del asunto (que decida), cuanto que lo haga con carácter *definitivo* (que termine).

Si volvemos a nuestro tiempo, la previsión desbarra porque se desvincula del todo de su connotación de acto final y, por tanto, de la resolución. Resolución que, empero, ha de dictarse. Lo que significa que la propuesta o el informe vinculante no ponen fin a la trama, así la condicionen de manera inexorable. La resolución no se amortiza y, por tanto, su papel como cierre seguirá siendo central en la definición del modelo de impugnación. Ora por la necesidad de completitud de la decisión —por escaso que sea el margen—, ora por la actualización de los efectos *ad extra*, por la eficacia que solo la incorporación a la resolución trae consigo. El acto definitivo, sea como fuere, no puede ignorarse.

(ii) Se dirá que la crítica anterior sirve acaso para reforzar la negación del recurso directo contra el acto de trámite vinculante en positivo, algo que, por lo demás, ya se está produciendo, como apuntamos. Pero: ¿*quid* del informe desfavorable?

Por de pronto, en clave de decisión que condiciona el fondo del asunto, que es lo que exige la regla, no alcanzo a identificar una *differentia specifica* entre un informe favorable y uno desfavorable, de modo que el rasero interpretativo, bien apurada la cosa, debería ser el mismo en lo que hace a la aplicación de esta causa. O todos o ninguno. Así de simple. En realidad, en la explicación del porqué el recurso aislado contra el informe desfavorable se ha abierto paso late una demanda de tutela ante un conflicto de posiciones que el recurso contra la resolución final no está en grado de

[47] Art. 2. Formulación que adoptaría luego también la LJCA de 1956 (art. 37).

canalizar satisfactoriamente. A qué causa de las previstas reconducir esa demanda es, a fin de cuentas, lo de menos. Lo que importa es que hay, en efecto, un agujero y que, a falta de algo mejor, admitir la impugnación autónoma del informe desfavorable contribuye a cubrirlo.

Este agujero proviene, en mi opinión, de la transmutación de la figura del informe vinculante a cuenta de su empleo acrítico como técnica corriente de acoplamiento en los numerosísimos ámbitos de concurrencia competencial[48]. Sabemos que este informe deja de ser, en lo esencial, una declaración de juicio, para alojar en su lugar una declaración de voluntad, con un comportamiento más cercano a la resolución (defensa de la parcela competencial propia frente a una injerencia) que a la ilustración[49]. No en vano, se trata de dar concurso a una pluralidad de voluntades en un acto complejo —según la conocida narración de nuestro Tribunal Constitucional[50]— que, en España, hemos decidido articular sirviéndonos de la secuencia procedimental en detrimento de otras posibilidades como la concurrencia orgánica[51]. Sin juzgar el acierto de este planteamiento, el caso es que convertir ciertas voluntades en actos intermedios con la veste de informe no quita para tener que dar respuesta a dos eventuales conflictos de posiciones e intereses: el que puede surgir entre el interesado y la Administración autora del informe vinculante; y el que puede darse, internamente, entre las dos Administraciones concernidas, la que ha de informar y la llamada a resolver, especialmente allí donde el informe de la primera se erige en paso que supedita o condiciona la iniciativa o proyecto de la segunda[52]. Es llano que el informe desfavorable puede verse, desde la óptica del *promotor*, ya particular que Administración, como una desautorización o desaprobación terminante.

Permitir la impugnación aislada del informe desfavorable puede ser una salida, sí. Pero no constituye una solución que responda a un plan ordenado. Al revés: a costa de la inmediatez del acceso al recurso se da una vuelta de tuerca que tensiona la lógica profunda del procedimiento administrativo. En buenos principios, al convertir la voluntad en acto intermedio de informe —que, sobre el papel, complace fácilmente a todos y, desde luego, permite la defensa de cada cual sin "salir de casa" y sin las

---

[48] La ordenación territorial, paradigmáticamente. Un marco conceptual en Manuel Jiménez Dorantes, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Marcial Pons, 2003.

[49] Recientemente, Luis Miguez Macho, *La modernización del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, ha reflexionado sobre las distintas técnicas de integración de intereses supraindividuales en el procedimiento administrativo y ha recalado de manera particular en el empleo del informe (58-61).

[50] Me estoy refiriendo a las SSTC 103/1989, de 8 de junio y 149/1991, de 20 de junio.

[51] Tengo en mente la figura de la *conferenza di servizi*, utilizada en Italia y de cuya experiencia daba cuenta entre nosotros Manuel Fernández Salmerón, «La *conferenza di servizi* en la reforma Bassanini: un intento de modernización de las Administraciones Públicas italianas», *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, v. 2, 1665-1686.

[52] Un claro botón de muestra nos lo proporciona la STSJ de Cataluña 528/2015, de 30 de junio. Se ventilaba el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Lleida contra la Generalitat de Cataluña como consecuencia del informe desfavorable del Director General de Comercio a la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana.

incomodidades que impone la colegialidad como alternativa— debería asumirse la contrapartida de sujetarse a las reglas que son santo y seña de un procedimiento administrativo. Ni que decir tiene que el pecado original reside en la desfiguración señalada del informe vinculante. Pero, como quiera que eso ya no tiene vuelta atrás y que es inútil combatirlo, existen otras fórmulas que acaso convendría explorar.

En lo que toca al particular que quiere atacar al informe vinculante por bloquear su solicitud, la espera a la resolución final se antoja una respuesta más apropiada y armónica en términos de arquitectura institucional. Eso sí, la conformación de la relación jurídico-procesal requiere de la posibilidad de llamar en causa a la Administración informante[53]. El *litisconsorcio pasivo*, en síntesis, antes que el recurso intermedio contra el informe[54]. Con sendas Administraciones en los estrados —o, como mínimo, con la posibilidad de que así pudiese instarse o articularse allí donde el sentido y alcance de la pretensión afectase al informe— se preservarían las condiciones idóneas para un debate dialéctico pleno[55].

Por lo que hace a los conflictos entre Administraciones intervinientes, bueno sería, sin duda, exprimir las alternativas a la contienda judicial. Con todo, un baño de realidad y la propia presencia del contencioso interadministrativo impone la necesidad de admitir la reserva última del recurso contra el informe vinculante[56].

Eso sí, hablamos únicamente de informes vinculantes que envuelven declaraciones de voluntad de una Administración distinta a la que resuelve[57]. Fuera han de quedar otros informes que, así sean de la especie vinculante, no responden a la concurrencia competencial entre Administraciones y sí, en cambio, a otro tipo de finalidades como la instauración de garantías cualificadas[58].

---

[53] Puede verse desarrollado el argumento en César Cierco Seira, *El codemandado en el proceso contencioso-administrativo. Hacia un desarrollo más completo de la intervención en la justicia administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

[54] Puede que la Administración que resuelva sea solamente la nuda propietaria de la decisión, en los casos más extremos, pero no hay necesidad de sustraerla del debate dialéctico, más aún si se quiere mantener la contingencia de la causa. ¿Para qué trocear en recursos la contienda si el litisconsorcio permite mantener su unidad?

[55] Si algo exige el principio de contradicción —que es el alma de cualquier recurso— es que las partes que van a contender estén bien configuradas. He insistido en otros trabajos en que nuestro sistema de recursos renquea cuando se impugnan decisiones complejas por poner únicamente el foco en el desenlace. Allí donde hay coautoría material de varias Administraciones es un error, bajo mi punto de vista, ignorarlo a la hora de configurar la relación jurídico procesal, por muchos recelos que genere el litisconsorcio pasivo —no entro ahora en si necesario o no—.

[56] Se trataría, así pues, de una singularidad del contencioso interadministrativo, la de que su objeto pueda ser una resolución vestida de informe vinculante.

[57] A ellos se refiere el art. 80.4 de la LPAC: «Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas».

[58] Con la precisión de lo competencial trato de significar que no todo informe vinculante ha de poder ser recurrido por la Administración llamada a resolver. Reparemos, para ilustrarlo, en el dictamen del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico equivalente) en la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Bien puede ocurrir que la revisión venga promovida por la Administración y que su iniciativa se trunque a causa del dictamen desfavorable. ¿Puede recurrirlo? Entiendo que no, en

3.2. Los actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento

Cambiamos radicalmente de panorama. El cierre de la serie o secuencia, por causa distinta a la resolución, constituye roca firme para justificar el recurso autónomo contra el acto de trámite que lo ocasiona. Poner término al procedimiento de manera definitiva, es decir, haciendo imposible su continuación, constituye en este sentido un motivo para abrir la puerta al recurso predicable del género de los procedimientos jurídicos. No es casual, pues, que su rastro, expresado con estas palabras o parecidas, puede seguirse desde antiguo y, por supuesto, también fuera del procedimiento administrativo.

El desenlace del procedimiento administrativo no siempre tiene lugar por medio de una resolución dictada al término de las actuaciones y comprensiva de todo el fondo del asunto. Además de este final ordinario, caben otros finales distintos, alternativos si se quiere, que incluso pueden precipitarse en los primeros compases. Ahí está la inadmisión liminar de una solicitud o el archivo de las actuaciones en los procedimientos de carácter sancionador. Pero hay muchos más: desistimiento, renuncia, acuerdo y así siguiendo. Por eso mismo, tiene todo el sentido del mundo prever la posibilidad de recurso contra actos que, siendo distintos de la resolución, cierren definitivamente la secuencia.

Ocurre, no obstante, la necesidad de esta red de seguridad se ha rebajado en gran medida en nuestros días. Andando el tiempo, en efecto, esos finales alternativos se han ido cartografiando y consignando en nuestra legislación común procedimental. Y no solo eso. Se han ido reconduciendo hacia la figura de la *resolución,* que está llamada hoy a cubrir virtualmente el grueso de los desenlaces (desistimiento, renuncia, caducidad…). Lo vemos claramente reflejado en la regulación de la obligación de resolver (art. 21 de la LPAC) y, también, de la terminación del procedimiento administrativo (art. 84 *ibidem*)[59]. El final, también los alternativos a la decisión de fondo, debe materializarse en una resolución, con la sola excepción de la terminación por pacto o convenio. Adviértase así la amplitud institucional que adquiere la resolución como acto de cierre. No contamos con una figura intermedia, del estilo del auto en el proceso judicial, que aglutine a cierres distintos a la decisión sobre el asunto principal, lo cual puede generar ciertos desfases en términos, si no de solemnidad, sí de seguridad jurídica[60].

---

coherencia con lo expuesto. El episodio no es de laboratorio, por cierto. Se ha planteado en la práctica como vino a reseñar Cristina Figueras Bosch, «El dictamen del órgano consultivo como acto administrativo no revisable en sede jurisdiccional. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2014», *Revista Española de la Función Consultiva*, 21, 2014, 97-102. Más recientemente, véase la STS 1395/2020, de 26 de octubre, que casa la STSJ de la Comunidad Valenciana 116/2018, de 22 de febrero.

[59] Incluso la imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevenidas requiere de resolución (*ex* art. 84.2 de la LPAC).

[60] Esta *reductio ad unum* de los actos de cierre del procedimiento administrativo que habrán de adoptar la forma de resolución no deja de tener un punto de artificiosidad. Por más que la concepción

Sea como fuere, la resolución, por definición, es recurrible. De modo que, cuando nos topamos con actos de trámite que ponen fin a la secuencia, el *quid* no radica tanto en determinar su cualificación a efectos de recurso, sino en censurar que no adopten la forma de resolución que rectamente les correspondería. Circunstancia que no siempre se da y que propicia la complicación del análisis, cuando no da origen a equívocos evitables con una adecuada dosis de rigor[61]. Ni que decir tiene que todo ello se enrevesa todavía un poco más a raíz de la imprecisión de muchas categorías procedimentales —la palma se la lleva el informe otra vez—, así como del lenguaje y del empleo indistinto de vocablos que impregna el procedimiento administrativo vivo[62].

Teniendo en cuenta lo anterior, la importancia de esta apertura se reduce. No hasta el punto, eso sí, de hacerla superflua y, por ende, suprimible. Se asienta, como se dijo, en roca firme y, por tanto, en un momento dado, puede aún servir para salir de algún brete de los que nos tiene acostumbrados la práctica administrativa. Tengo en mente, por poner un ejemplo, el acto de remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Se ha venido cuestionando si este trámite es susceptible de recurso autónomo; a lo que el TS ha venido dando repuesta negativa[63]. Acertadamente, a mi juicio, el Alto Tribunal considera que no se está ante un final definitivo, que es lo que reclama la imposibilidad de continuar el procedimiento, toda vez que el acto de remitir y deducir testimonio al Ministerio Fiscal se contrae a dejar en suspenso el expediente sancionador, que resta en *standby*, a la espera de cómo concluyan las actuaciones penales —preferentes, conforme a la dimensión procesal del principio *non bis in idem*—[64]. El procedimiento, bien que latente, sigue vivo[65]. Se deduce, por consiguiente, que la cláusula de la imposibilidad

---

de la solemnidad y el formalismo difieran sustancialmente entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, es lo cierto que la división entre autos y sentencias resulta, en lo esencial, intuitiva en cuanto a las explicaciones que requieren los distintos finales posibles de la serie.

[61] La resolución de archivo o la resolución de inadmisión, en la medida en que pueden adoptarse al inicio de la secuencia, se prestan a la disfunción señalada en el texto. Defendí hace unos años que las decisiones de inadmisión liminar no podían considerarse sino resoluciones y que como tales debían comportarse en forma a fin de evitar cualquier equívoco sobre su recurribilidad autónoma. Véase César Cierco Seira, *La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009, 238-241.

[62] Pienso ahora en el «Derecho practicado», en feliz expresión de Alejandro Nieto, *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Editorial Derecho Global-INAP, Sevilla, 2017, 243-250.

[63] Es del todo comprensible que se haya insistido en esta cuestión por ver en la remisión al Ministerio Fiscal un trámite cualificado. No se trata, en efecto, de una decisión cualquiera. Implica paralizar el procedimiento sancionador por un período de tiempo que, amén de indefinido, puede ser dilatado. Pero, sobre todo, supone un cambio de tablero de juego con repercusiones evidentes, debido al salto de gravedad, para el interesado.

[64] Doctrina que aparece contenida, entre otras, en las SSTS 2376/2016, de 7 de noviembre; y 2421/2016, de 11 de noviembre.

[65] Añadiré que rechazar el recurso autónomo contra este acto de trámite no significa ignorar la importancia que reviste para el interesado. En las actuaciones penales podrá desplegar con plenitud su defensa. Es más: es éste el lugar idóneo para que se despeje la contradicción. Al fin y al cabo, si la Administración da traslado al Ministerio Fiscal es porque advierte una apariencia delictiva sobre la que

de continuar el procedimiento todavía es útil para dar respuesta a las interrupciones de la trama que, a pesar de su indefinición temporal, no son cierres definitivos; contingencias cuyo tratamiento, de otro modo, podría quedar en un limbo.

Fuera de estos supuestos, discrepo, sin embargo, del cariz que se le ha concedido por obra de una interpretación relativizadora —que raya en la mutación—. Interpretación muy consolidada en nuestros días que acaba por preterir esa nota de *definitividad* que, en buena lógica, debería acompañar implícitamente a la cláusula que nos ocupa.

A. Por un lado, está muy asentado el empleo de esta excepción en el marco de los procedimientos de función pública en relación con los distintos estadios que pueden llevar a la *exclusión* de un *candidato* o *participante*. La exclusión de un opositor suele invocarse como uno de los registros por antonomasia del acto de trámite cualificado y una ojeada a la praxis judicial permite comprobar, por lo demás, que no se hace cuestión de ello[66]. Es pacífico, también, en la doctrina científica[67].

En rigor, la exclusión de un opositor no impide que el procedimiento siga su curso. Sin embargo, si se interpreta la imposibilidad en términos subjetivos, en atención a cada interesado, sin atender a los demás, resulta innegable que para el opositor excluido se ha producido un portazo en toda regla. Según quien, pues, el acto (la lista de turno) tendrá un carácter de mero impulso (admitido) o de trámite cualificado (excluido). Ahora bien, todo ello a costa de relativizar el significado del sintagma toda vez que la imposibilidad de continuación se predica, *in terminis*, del procedimiento —la dicción del precepto es clara y terminante—; procedimiento que es uno y que, objetivamente, sigue en pie. Hay, por eso mismo, otras causas que ofrecen mejor acomodo. Basta con reparar en las consecuencias de la exclusión para el aspirante y la lesión de su derecho a participar o seguir participando. La indefensión, sin estridencias, presta, así pues, un amarre más claro. Incluso en términos parecidos podría razonarse con base en la entidad y dificultad de revertir el perjuicio causado[68].

---

aquélla en modo alguno tiene la última palabra. Para profundizar en ello, puede acudirse a César Cierco Seira y Eduard-Valentin Pavel, «La vinculación de la Administración sancionadora a la apreciación penal de los hechos», *Revista de Administración Pública*, 218, 2022, 63-100.

[66] Sirvan como botón de muestra las siguientes sentencias: STSJ de las Islas Canarias 430/2015, de 24 de enero; SAN 148/2016, de 9 marzo; STSJ de Galicia 22/2019, de 23 de enero; STSJ de Madrid 430/2019, de 17 de junio; y STSJ de Castilla y León 35/2021, de 19 de febrero.

[67] Como se recoge en la exposición de una de las voces más autorizadas en la materia: Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2008, 5ª ed., 134.

[68] Que es el enfoque adoptado en la STS de 21 de abril de 2015 (recurso 2119/2013):

«No obstante la redacción del precepto confiere los elementos necesarios para su aplicación atendiendo esencialmente a la producción de indefensión, vedada constitucionalmente, o la irreparabilidad de derechos legítimos. Si atendemos a tales conceptos jurídicos resulta patente que a un excluido del proceso selectivo debe reconocérsele la posibilidad de impugnar el acto de exclusión dado que ello puede causar un perjuicio irreparable. Esa es la razón esencial del pie de recurso indicativo de las opciones posibles. Sin embargo ningún perjuicio irreparable ni tampoco indefensión acontece por la imposibilidad de impugnar la admisión de uno o varios candidatos a un proceso selectivo. El admitido no tiene nada que objetar a su inclusión en la lista por lo que carece de interés

B. Por otro lado, conocemos ya las peripecias del *informe desfavorable*. Tampoco, en puridad, impide que continúe el procedimiento, pues, por más que el final esté escrito, habrá que dictar aún una resolución al término. Se interpreta, sin embargo, que el informe desfavorable, en cuanto hace de condición *sine qua non*, bloquea la iniciativa, impidiendo que prospere. También aquí, pues, se relativiza la imposibilidad, proyectándola sobre la pretensión y orillando el hecho de que la serie, a pesar del informe, sigue sucediéndose y ha de resolverse[69].

3.3. Los actos de trámite que producen indefensión

En contra de lo que pueda parecer, descifrar el significado de la indefensión en este contexto reviste una cierta complejidad. Cierto es que estamos ante un concepto, el de indefensión, que forma parte de la quintaesencia del procedimiento administrativo, y que, por tanto, es motivo de permanente cavilación, especialmente por la fuerza anulatoria que le viene anudada. Desde esta perspectiva, ha sido diseccionado esforzadamente. Sabemos por ello que la indefensión ha evolucionado desde una concepción de carácter más ritual y formalista a una visión más sustancialista (o espiritualista), de modo que solo entrará en juego allí donde se constate una lesión real y efectiva de las facultades de defensa de los interesados. Por eso mismo, la valoración de la indefensión no puede ya realizarse a partir de un momento concreto de la serie, aisladamente considerado, sino que hace falta ampliar el ángulo de visión para tomar en consideración toda la secuencia (e incluso más, la vía administrativa en su conjunto, contando con la alzada o eventual reposición). Es lo que T.-R. Fernández, en su decisivo libro, calificó como perspectiva dinámica o funcional de la indefensión[70].

¿Cómo podemos trasladar esa visión dinámica de la indefensión al contexto que nos ocupa? Y es que el contraste es de lo más aparatoso: admitimos que cabe subsanar la indefensión después y, al mismo tiempo, abrimos paso a poder atacarla así que asome en el intermedio. Llevado el argumento al extremo podríamos tener un acto de trámite que no pasase de ser una mera irregularidad ayuna de efectos invalidantes y, sin embargo, fuese susceptible de recurso autónomo, separado. Hablamos

---

alguno en impugnarla. Y de entender algún concurrente al proceso selectivo que un admitido a su participación incumple los requisitos de la convocatoria tiene en su mano la posibilidad de impugnar el acto definitivo, esto es la lista definitiva de aprobados, caso de que aquel superase el proceso de concurrencia competitiva».

[69] De igual manera que la causa que motiva la imposibilidad material de continuar un procedimiento no exime, por palmaria que sea su concurrencia y efectos, de la necesidad de dictar una resolución, motivada, que ponga término a la serie.

[70] «Este mismo concepto de indefensión es un concepto relativo, cuya valoración exige colocarse en una perspectiva dinámica o funcional, es decir, en una perspectiva que permita contemplar el procedimiento en su conjunto y el acto final como resultado de la integración de trámites y actuaciones de distinta clase y procedencia en los que el particular va teniendo oportunidades sucesivas de poner de relieve ante la Administración sus puntos de vista» (Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970, 132).

de un procedimiento atravesado de cabo a rabo por el principio de contradicción, con una defensa, además, concebida con extraordinaria flexibilidad, acentuando el valor de la unicidad orgánica de la serie, pero, por otro lado, rompemos la concentración del recurso contra la resolución por esta causa. Como si de repente importase solo la tempestividad de una defensa basada en un momento concreto, en trámites que otrora concentraban la oportunidad de defenderse. Entre la sustantividad y la tempestividad de la defensa ha de vencer la primera. La contradicción se me antoja, pues, relevante. Y prueba de ello son las dificultades de invocar con éxito esta causa en recursos que censuraban actos de trámites tocantes a facultades defensivas como la denegación del acceso a una parte del expediente o la inadmisión de una prueba[71]. La exigencia de una tacha de indefensión material pone cuesta arriba su admisión, viendo el juez administrativo que había todavía ocasión de reparar la lesión que se denunciaba[72].

Por eso mismo, aun asumiendo que las indefensiones del art. 48.2 de la LPAC y del art. 112.1 *ibidem* pueden mostrar ciertas desviaciones en el perfilamiento de los parámetros, es de fuerza, por mor de la coherencia, dar con una interpretación de base común que lleve a resultados armónicos. Lo cual va a parar, a mi modo de ver, al canon de la indefensión *irreparable* o *difícilmente reparable*. El acto de trámite recurrible por causa de indefensión quedaría circunscrito, así interpretado, a las lesiones que no puedan ser restauradas en razón de su naturaleza o gravedad (ponderada siempre a la luz de las circunstancias del caso); decisiones intermedias que mermen el debate hasta el punto de impedir su reconstrucción. La denegación de la condición de interesado, por servirnos del ejemplo más elocuente[73].

---

[71] Rechaza que produzca indefensión y pueda recurrirse autónomamente por este motivo la STS de 27 de febrero de 2012 (recurso 56/2010).

[72] Expresivo el siguiente fragmento, extraído de la STS de 18 de julio de 2003 (recurso 11701/1998): «Tampoco puede hablarse de indefensión. Siempre podrá el expedientado aducir, tanto en vía impugnatoria administrativa o jurisdiccional contra el acto final, la posible infracción cometida por el instructor al no admitir la prueba propuesta».

[73] En la STS de 20 de marzo de 2006 (recurso 4257/2002) se atribuyó la condición de cualificado al acto de trámite consistente en no convocar a un concejal a una comisión informativa a la que tenía derecho a asistir, hecho que le impidió participar en ella:

> «Hay que decir al respecto que no convocar a un concejal a las reuniones de una Comisión Informativa municipal de la que forma --o debe formar-- parte es una decisión que produce por sí misma efectos en la esfera jurídica de ese concejal porque supone impedirle participar en ella. No vale aquí el argumento de que lo relevante son los acuerdos que, en su caso, se adopten, porque el Sr. Juan Pedro lo que está invocando es su derecho, no a que se tome una determinada decisión, sino a ejercer las funciones propias del cargo público representativo del que es titular por voluntad de los electores de su municipio. Es el ius in officium el que reivindica y, si le correspondiere formar parte de la Comisión Informativa de Urbanismo, al no convocarle para asistir a ella se menoscaba su derecho porque no se le permite participar en la deliberación y en la decisión que adopte. Es decir, se le priva, precisamente, del ejercicio de las funciones del cargo para el que fue elegido. Y es que, en estos casos, lo relevante no es lo que se decide sino la manera en que se decide y si el resultado de la actuación municipal impugnada es el relatado, impedirle participar en la reunión indicada, se impone la conclusión de que tiene la sustantividad suficiente para ser susceptible de recurso contencioso-administrativo».

Nada hay nada de original, por lo demás, en esta propuesta. Otros autores mucho antes habían transitado sendas parecidas[74]. Y el propio TS ha echado mano del carácter irreparable de la indefensión recientemente para negar la condición de recurrible a algunos actos de trámite discutidos como la decisión de iniciar un segundo procedimiento sancionador estando aún pendiente otro anterior[75] o la de incorporar a un nuevo expediente información obrante en otro[76].

Tenemos la regla pretoriana cristalizada en doctrina casacional. Convendría que esa importante precisión diese el salto a la letra de la ley por seguridad jurídica. Eso si es que se quiere mantener esta causa de recurso autónomo. ¿Merece la pena hacerlo?

Además de las inseguridades expuestas —sin perjuicio de que puedan reducirse con una formulación más acabada—, podría argüirse que su papel bien podría ser ejercido con igual eficacia por otras causas más robustas, principalmente la relativa a los perjuicios irreparables o difícilmente reparables sobre derechos o intereses legítimos, que enseguida examinaremos y que, no en vano, es la almendra del conjunto. Bastaría sostener que entre esos derechos e intereses legítimos se encuentran los procedimentales y, por consiguiente, los defensivos. Cosa que no está fuera de orden, desde luego. Así y todo, me inclino por su mantenimiento, y ello por tres razones.

La primera es el refuerzo que supone del valor de los derechos de defensa ante un proceso de relativización de la indefensión que viene siendo constante y muy intenso en la jurisprudencia. El reconocimiento de la indefensión como excepción

---

[74] Como la propuesta por García-Trevijano Garnica en su estudio *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, cit., 266-280.

[75] STS 755/2022, de 15 de junio. El interesado consideraba que el acto de trámite consistente en deducir testimonio de los hechos recogidos en un expediente sancionador para incorporarlo a otro nuevo lesionaba materialmente sus derechos de defensa ya que quebraba su estrategia defensiva:

> «Ahora bien, sucede que la recurrente no precisa en qué consistiría la indefensión que le ocasiona la iniciación de un segundo procedimiento sancionador por los mismos hechos, *ni menos aún demuestra que dicha indefensión sea irreparable*. Ciertamente, la iniciación de un segundo procedimiento sancionador no le favorece y, sin duda, le resulta engorrosa; pero de aquí no se desprende que le produzca una merma significativa de sus posibilidades de defensa, en ninguno de los dos procedimientos sancionadores. En el curso de ambos, podrá combatir aquellas pruebas que considere ilícitamente obtenidas, así como alegar lo que estime conveniente sobre la valoración de los hechos y sobre la calificación jurídica de los mismos. Dicho de otro modo, *sin identificar con precisión dónde reside la causa de indefensión irreparable no cabe sostener que concurre el supuesto determinante de la existencia de un acto de trámite cualificado*. Y el discurso de la recurrente, en este aspecto, ha sido siempre decididamente genérico; algo que casa mal con la necesidad, que ella misma reconoce, de tener en cuenta las concretas características del caso para determinar si un acto administrativo de trámite es cualificado» (la cursiva es mía).

[76] En torno a la interpretación del acto de trámite causante de indefensión en el marco de la defensa de la competencia existe una rica jurisprudencia. Es de recordar que el art. 47.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece que «Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días». En este contexto, el TS ha dejado establecido, como se señala en el texto, que el acto consistente en incorporar a un nuevo expediente información obrante en otro no constituye un acto de trámite cualificado. Véanse las SSTS de 15 de junio de 2022 (recurso 3358/2020) y 28 de octubre de 2022 (recurso 899/2021).

a una regla central en la arquitectura del recurso representa un contrapunto sonoro, que refuerza y que actúa a la vez a la manera de aviso a navegantes sobre la importancia de una adecuada tutela del principio de contradicción. Es cierto que, luego, en resultados tangibles, vale decir en actos de trámite claramente encasillables, puede esperarse más bien poco. Va a ser difícil, en efecto, decantar una lista cerrada de actos de trámite recurribles directamente por causa de indefensión, pero la sola presencia en la ley reviste en nuestros días ese valor adicional de "visibilidad".

La segunda, de más enjundia, tiene que ver con la posibilidad de enmarcar algunas situaciones que solo muy forzadamente pueden reconducirse a otras causas. Hace al caso recordar que cuando adquirió carta legal de naturaleza, en la LPA de 1958, se significó su virtualidad para hacer frente a algunas graves anomalías que aquejaban la tramitación de los expedientes —algunas incrustadas, se venía a denunciar— como la perpetuación o eternización del procedimiento a base de subterfugios —v.gr. exigir informaciones o documentos fuera de orden y medida—[77]. Se han purgado muchas de esas anomalías, y luego está el margen de respuesta de la inactividad[78], pero lo cierto es que estamos lejos de haber erradicado el problema como el fenómeno de la *burocracia defensiva*, tan vivo en nuestros días, se encarga de recordarnos[79]. Pues bien, el paradigma de la indefensión (irreparable) se me antoja más apropiado, en cuanto a marco de argumentación, que el de la imposibilidad de continuación a la hora de hacer frente a actitudes o conductas graves de obstruccionismo y mala administración[80].

---

[77] En su firme alegato a favor de la indefensión como razón de cualificación de los actos de trámite, Villar Ezcurra trasladaba una imagen de la indefensión vinculada más bien a las situaciones de bloqueo en la tramitación ante las que el interesado debía resignarse por incapacidad de respuesta. Sería el caso del acto reiterativo, contra el que el autor cargaba especialmente:

> «[…] la Administración tiene el deber genérico de no demorar la tramitación de los expedientes sin razones justificadas, toda vez que ello produciría al administrado una situación permanente de indefensión al no producirse un acto contra el cual pudiese recurrir (al menos en pura teoría).
>
> Es dentro de este contexto donde debe apreciarse la existencia de los «actos de trámite que causan indefensión», extendiéndolo más allá de lo que hasta el presente lo ha hecho nuestra jurisprudencia. La reiteración de la petición de documentos o informaciones al administrado resulta ya una práctica común por parte de la Administración, a la que el particular se ha acostumbrado, por desgracia, a acceder» (José Luis Villar Ezcurra, «Los actos administrativos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular», *Revista de Administración Pública*, 86, 1978, 368).

[78] Que puede llevar, así sea con muchos apuros, a la responsabilidad patrimonial por abandono o dejación en la tramitación. De interés al respecto el trabajo de Carlos Melón Pardo, «Reflexiones preliminares sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la frustración de proyectos renovables a causa de la inactividad administrativa», *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, Aranzadi, Cizur Menor, 833-854.

[79] Una excelente exposición de las claves de este fenómeno en Antonio Bueno Armijo, *La "burocracia defensiva"*, ponencia presentada en el Seminario de Teoría y Método, Universidad de Lleida, 25 de noviembre de 2022; y Alejandra Boto Álvarez, «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, 10, 2023, 40-58.

[80] Como la analizada en la STS 2497/2016, de 22 de noviembre, a propósito de la decisión de suspender un procedimiento de autorización ambiental unificada:

> «Como ya se ha señalado, a la vista de la irregular conducta de la Junta de Andalucía, el acto objeto del recurso no puede considerarse un mero acto de trámite, cuyo enjuiciamiento debe realizarse con ocasión del dictado del acto finalizador del procedimiento, dado que, tal solución, colocaría a

Finalmente, no está de más significar que abrir la puerta al recurso cuando la lesión a la defensa resulta ya irreparable o difícilmente reparable le proporciona una utilidad adicional al servicio de la evitación de la invalidez de la resolución y, en su caso, de la retroacción de las actuaciones.

3.4. Los actos de trámite que producen perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos

Llegamos a la última excepción. Probablemente, a estas alturas, el lector tenga la impresión de que a esta cláusula le sobra cualquier carta de presentación. Y es que se ha hecho referencia a ella abundantemente, a menudo como remisión última que ayudaba a cerrar la disquisición de turno. Es lógico, pues, que así sea. Lo uno y lo otro. Si hay algo que puede justificar el recurso separado de un acto de trámite es su capacidad para lesionar un derecho o interés legítimo. No hay mejor hilo conductor, puesto que va a parar, *in via recta*, al art. 24 de la CE, donde se consagra, como todos sabemos, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos y la interdicción de la indefensión[81]. No es exagerado afirmar, en suma, que nos encontramos ante la causa más importante, la que condensa el valor fundamental en juego cuando cavilamos sobre el recurso intermedio.

Volvamos a la exégesis. Lo primero a significar es que la capacidad de lesionar de manera autónoma, *per se*, un derecho o interés legítimo constituye un presupuesto de recurribilidad (A), pero no es suficiente. Hace falta un segundo elemento; ese que de una manera enfática y algo hiperbólica encierra el adjetivo irreparable (B).

A. No son pocos los actos de trámite con la capacidad para provocar, directamente, perjuicios al interesado[82]. Las medidas provisionales constituyen el mejor paradigma. En ocasiones, configuradas a la manera de prevención general, como

---

la parte en una evidente situación de indefensión, al consagrarse la posibilidad de suspender «sine die» un procedimiento mediante la mera alegación de una causa que además de carecer de cobertura legal, se acredita fehacientemente que no concurre, sin que la administración proceda de inmediato a reactivar el procedimiento, en una conducta que supone desconocer las competencias estatales, que provoca «de facto» la imposibilidad de continuar el procedimiento y en cuya adopción asoman visos de desviación de poder».

[81] La lesión de un derecho o interés legítimo es, sin lugar a dudas, la razón primera de cualificación. Tan es así que, bien apurada la cosa, cabría reducir todo el elenco a esta sola causa. Desde aquí, en efecto, podrían explicarse, así fuese con menores o mayores dificultades en el desarrollo, todas las demás. A pesar de ello, no soy partidario de efectuar una tal *reductio ad unum*, pues, como he venido señalando, la explicitación de ciertas causas ayuda a enmarcar mejor la variopinta gama de situaciones a la que nos enfrentamos.

[82] En los primeros compases de la puesta en práctica del procedimiento especial contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales, introducido por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, el Tribunal Supremo se cuidó de resaltar que también un acto de trámite podía lesionar por sí mismo un derecho fundamental y que, en consecuencia, debía permitirse la reacción inmediata contra el mismo. Vale la pena recuperar el siguiente fragmento por su expresividad:

ocurre en la suspensión del otorgamiento de licencias en el mundo del planeamiento urbanístico[83]; o los actos de iniciación de ciertos procedimientos a los que, *ex lege*, se anudan efectos significativos (patrimonio histórico, medio ambiente, etc.)[84]. Las más, en cambio, supeditadas al examen circunstanciado del caso particular conforme al régimen general[85].

Forman una legión los pronunciamientos judiciales que reconocen la admisión del recurso autónomo contra las medidas provisionales. Huelga, por lo demás, extenderse en justificar cómo de trascendentes pueden llegar a ser, por distintos motivos, en ámbitos tan dispares como el urbanismo[86], la disciplina de los empleados públicos[87] o la extranjería[88]. Ahora bien, no es solo cuestión de envergadura o impacto[89]. Contribuye igualmente a allanar el camino del recurso intermedio contra las medidas provisionales la especificidad del debate que se genera en torno a ellas. Porque, además de asegurar la eficacia de la eventual resolución futura, las medidas provisionales en el procedimiento administrativo, de forma similar a lo ocurrido con la justicia cautelar, han experimentado un redimensionamiento producto de la revisión *in funditus* de su virtualidad y de su horizonte operativo y a la que también ha contribuido la maduración de algunos principios como el de proporcionalidad o el de precaución o cautela[90]. Todo lo cual, al término, hace que discutir acerca de la legalidad de una

---

«lo que la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona ha pretendido al crear un procedimiento especial es obtener una protección inmediata de estos derechos [fundamentales], lo que pugna con la necesidad de tener que esperar a que la Administración dicte un acto definitivo para ver si los actos anteriores o intermedios afectan a uno de esos derechos fundamentales, constitucionalmente protegibles, que puede incluso ser más perjudicados mediante un acto de trámite que mediante el definitivo que en su día se dicte» (STS de 15 de diciembre de 1987, recurso 2576/1987).

[83] Que busca impedir la consolidación de situaciones incompatibles con las determinaciones previsibles del nuevo instrumento de ordenación (STS de 28 de junio de 2013, recurso 3788/2011).

[84] Véase la STS de 23 de marzo de 2011, recurso 3763/2009: acto de incoación de un expediente para la declaración de un bien de interés cultural.

[85] Contenido en los arts. 56 (*Medidas provisionales*) y 64.2.e (*Acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora*) de la LPAC.

[86] Véase la STSJ de Valencia 177/2023, de 31 de marzo; o la STSJ de Galicia 146/2023, de 27 de marzo.

[87] Muy rico el bagaje que ha generado la medida de suspensión provisional en los expedientes disciplinarios. En la jurisprudencia, todavía suele citarse la lejana STS 92/1980, de 8 de febrero, cosa que da cuenta de lo arraigado que está el postulado. En la doctrina científica, tampoco se pone en duda este carácter recurrible. Demostrativo el parecer que expresan, entre tantos, Mercedes Lafuente Benaches, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 120; Joaquín Ivars Ruiz y Rafael Salvador Manzana Laguarda, *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Tirant lo Blanch, 2008, 148-150; y Belén Marina Jalvo, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006, 3ª ed., 294-298.

[88] Vladimir E. Núñez Herrara, *Las medidas cautelares en los procedimientos de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

[89] Es de recordar, por cierto, que «No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados» (art. 56.4 de la LPAC).

[90] Sobre el particular, acúdase al completo estudio de Belén Marina Jalvo, *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

medida provisional se conciba como una contienda con enjundia y especificidad en sí misma, sin necesidad de tener una referencia fija en la eventual resolución futura. Se aleja, pues, la sombra de la interferencia, de prejuzgar, de anticipar un pronunciamiento sobre cuestiones que tocan a la resolución.

***

Claro que fuera del campo de las medidas provisionales la cosa se complica. Así, uno de los problemas más comunes tiene que ver con la imputación de la capacidad lesiva, es decir, con elucidar si la razón del perjuicio se debe al acto de trámite atacado o si, por el contrario, el origen del perjuicio se encuentra en otro acto anterior del que aquel vendría a actuar como simple correa de transmisión. Algo parecido ocurre al revés, cuando en vez de correa de transmisión, el acto cuestionado actúa como palanca de un procedimiento al que prestará su servicio. En otras palabras: si nos movemos en momentos posteriores a la resolución, como las labores de comprobación o de ejecución, o previos, en el marco de la inspección o las indagaciones preliminares, las dudas se multiplican.

a. Hace poco se reputó de interés casacional la condición de recurrible del acto de *apercibimiento* previo a la ejecución forzosa[91]. La respuesta del TS no fue tajante: de partida, no es un acto de trámite cualificado: «Como acto iniciador de un procedimiento, en principio, es un acto de trámite insusceptible de recurso autónomo». Pero tampoco es descartable que, circunstancialmente, lo sea: «salvo que genere indefensión o prejuicios de difícil reparabilidad, lo que facultará a su impugnación siempre y cuando los motivos del recurso vayan referidos única y exclusivamente al procedimiento de ejecución forzosa, sin posibilidad de cuestionar la resolución administrativa que se trata de ejecutar». Comprendo que el desenlace pueda decepcionar por su ambigüedad y por el listón categórico que se le exige a la nueva casación en términos de creación doctrinal. Sin embargo, difícilmente puede irse más allá. En parte, por la diversidad del panorama procedimental. Pero también por la relatividad de algunas figuras procedimentales y su consecuente declinación. Le ocurre al informe, como ya vimos, y la misma lenidad aqueja el apercibimiento: mientras que en ocasiones hace de conminación o ultimátum, en otras, en cambio, porta consigo consecuencias perjudiciales adicionales a la resolución de la que trae causa, en forma, por ejemplo, de activación de nuevas medidas de garantía de la ejecución, sin olvidar, en fin, que puede llegar a actuar como sanción, normalmente asociada a infracciones leves. No es éste el lugar para disertar sobre si este empleo de las figuras y categorías tiene más de versatilidad o de indeterminación, de virtud o de defecto, pero, sea como fuere, obliga a tener que hacer un análisis minucioso para desentrañar si, en el

[91] STS 158/2023, de 9 de febrero. Es de recordar que, con arreglo al art. 99 de la LPAC, «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos […]». Se trataba en esta ocasión de la revocación por parte de la Junta de Andalucía de una concesión de dominio público. En el apercibimiento se instaba al interesado a la demolición de la obra con carácter voluntario a fin de restituir las cosas a su estado original y se le indicaba que, de lo contrario, se le impondrían multas coercitivas.

caso que se tiene sobre la mesa, el apercibimiento alberga un contenido nuevo y si ello es capaz de provocar un perjuicio actual al interesado [92].

El *nomen iuris*, en figuras tan manipuladas conceptualmente y sometidas a tanto estrés operativo, deja de ser, en efecto, un criterio seguro. No queda más remedio que hacer un análisis caso por caso a fin de depurar la cantidad de sustancia original que incorpora y su traducción real. Porque son los efectos específicos del apercibimiento los únicos en grado de justificar el recurso autónomo y los que, a la postre, pueden conferir sentido propio a la contienda. De lo contrario, si no se atina, puede acabar resintiéndose el dogma del acto firme y consentido, que es uno de los pilares de nuestro modelo jurisdiccional en el sentido de permitir la reapertura de un debate que ya tuvo su momento con ocasión de la resolución, siendo, además, que no media nada sustancialmente nuevo a lo ya decidido.

b. El escenario y el balance es parecido respecto del *requerimiento*, que es otra figura cercana. Como regla general, no ha de dar pie a recurso autónomo. Tanto si se trata de un requerimiento incardinado en el curso de un procedimiento administrativo [93], como si se ubica en el estadio previo a la iniciación, ora vinculado a labores de inspección, ora en el marco de las diligencias previas o de la información reservada [94]. Esto sentado, cabe que el requerimiento suba un punto en atención a su contenido y a las consecuencias para el destinatario: «El carácter casuístico que preside la materia de la que tratamos —ha señalado el TS—, hace imprescindible el examen particularizado del requerimiento de que se trate, en especial de su objeto y extensión, a fin de decidir si puede producir alguno de los efectos descritos en el artículo 112.1 de la LPAC que lo cualifiquen como acto de trámite y abran la puerta a su impugnación autónoma y separada del acto resolutorio del procedimiento» [95]. Se ha estimado así

---

[92] La STSJ de Galicia 92/2019, de 15 de febrero, admite el recurso contra un apercibimiento de demolición porque «resuelve sobre el alcance de la demolición en unos términos que anteriormente no habían sido concretados de forma explícita y lo hace en función de una motivación novedosa no incorporada a los actos anteriores y firmes que habían sido notificados al interesado».

[93] Caso del requerimiento de documentación para la tramitación de una licencia (STSJ de Asturias 176/2017, de 6 de marzo); para la subsanación de deficiencias documentales (STSJ de la Comunidad Valenciana 154/2023, de 22 de marzo) o para la designación de bienes a trabar en el curso de un embargo (STSJ de la Comunidad Valenciana 422/2023, de 19 de junio). En contra, a propósito del requerimiento de presentación de la solicitud por vía telemática (STSJ de Galicia de 6 de marzo de 2019, recurso 4308/2018).

[94] Representativa, la STS de 18 de marzo de 2014 (recurso 1040/2012), en relación con el requerimiento de documentación dirigido por la inspección a una oficina de farmacia.

[95] Afirmación extraída de la STS 679/2020, de 4 de junio. Se trataba del requerimiento de información a una entidad bancaria por parte de la Agencia Catalana del Consumo exigiéndole la aportación de una determinada documentación relacionada con una denuncia. Al término de su razonamiento, el TS llega a la siguiente conclusión:

> «Advertido lo anterior, la doctrina de interés casacional que debemos fijar, como consecuencia de lo anteriormente razonado, es que en un caso como el examinado, los requerimientos de información que las autoridades de consumo dirijan a las entidades bancarias, con obligación de aportar determinada documentación relativa a la relación con un consumidor que éste haya denunciado o con su propia actividad bancaria en términos generales, en el marco de unas diligencias previas anteriores al

que es impugnable autónomamente un requerimiento de información de gran complejidad[96], o, por poner otro ejemplo, el de aportación de información dirigido a un tercero —lo que conecta con los actos que inciden sobre situaciones conexas—[97].

***

Los desvelos en torno a las figuras del apercibimiento y del requerimiento ayudan a reparar en dos aspectos importantes que puntualmente han aparecido en el trabajo y que en este momento pueden rematarse mejor.

Por un lado, la relación del *acto de iniciación* con el recurso autónomo. Por más que se active un procedimiento restrictivo de derechos o que pueda comportar, de alguna manera, medidas aflictivas para el interesado, no procede la impugnación separada[98]. Solo cuando esa iniciación comporte consecuencias adicionales podrá alterarse la regla. Ello, que es muy claro cuando hablamos del procedimiento original, es igualmente válido para los procedimientos subsiguientes (de comprobación o ejecución, por ejemplo)[99].

Por otro lado, el *acto sin procedimiento*. Si el apercibimiento o requerimiento es anterior, las prevenciones son distintas. No ha de confundirse, por de pronto, con el acto presupuesto, supeditado a un eventual procedimiento ulterior en el que volcará su entera virtualidad[100]. Pero sí es dado que el apercibimiento o requerimiento cons-

---

eventual inicio de un expediente sancionador, han de considerarse actos de trámite, no susceptibles por tanto de impugnación separada, siempre que no produzcan los efectos descritos en el artículo 112.1 de la LPAC. Lo anterior no significa que dichos requerimientos de información estén excluidos de su cuestionamiento, bien en vía administrativa o jurisdiccional, sino únicamente que no cabe su impugnación autónoma o separada, de forma que las eventuales discrepancias sobre su legalidad habrán de plantearse en la impugnación del acto resolutorio del procedimiento».

96 STS de 13 de febrero de 2008 (recurso 11414/2004).

97 Que no era el interesado principal del procedimiento inspector (STS 479/2019, de 8 de abril). Recuperaré por su interés un fragmento del razonamiento:

«Sin perjuicio de lo anterior y con las salvedades propias derivadas de su distinto régimen jurídico, cabe señalar que la sentencia citada por la parte recurrente admite (FJ 4º) que los requerimientos de información acordados en un procedimiento inspector solo son recurribles de forma autónoma cuando se dirijan a un tercero, distinto del obligado objeto de comprobación, para que aporte datos derivados de las relaciones económicas o financieras existentes entre ambos, pues determinan obligaciones a cargo de dicho tercero, de conformidad con el artículo 227.1.a) LGT, pero en cambio no serían recurribles los requerimientos cuando tengan por objeto datos o justificantes del propio obligado tributario […]».

98 Véase José Antonio Tirado Barrera, «Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 16, 2021, 174-176.

99 Firme en este punto se muestra la línea jurisprudencial sobre el recurso separado contra las actividades de control de la Administración en el campo de las subvenciones. Véanse, entre tantas, las SSTS 286/2021, de 1 de marzo; 445/2021, de 25 de marzo; 1307/2021, de 3 de noviembre; y 187/2022, de 15 de febrero.

100 Entendemos por acto-presupuesto aquel que actúa como requisito previo para que pueda echar a andar un determinado procedimiento administrativo. Supedita el *an* de la potestad administrativa. Uno de los más conocidos es la declaración de lesividad para el interés público. Son bien conocidas las dudas que de antaño ha provocado en este sentido su posible impugnación aislada. Dudas que el legis-

tituyan una manifestación de autoridad que albergue en su interior una *orden* por sí sola perfecta. Aquí la brújula no puede ser ya la del acto de trámite cualificado. Toca acudir al criterio general del perjuicio actual a los derechos e intereses legítimos del interesado.

B. La capacidad para irrogar un perjuicio en propiedad es condición indispensable de la cláusula que nos ocupa. Sin embargo, no cumple cualquier afectación. Ésta debe ser significativa, que es lo que expresa el término «irreparable».

Qué haya de entenderse por irreparable guarda relación, como no podía ser de otro modo, con la naturaleza del derecho o interés legítimo concernido. Pero importa también la clase de procedimiento administrativo y, por extensión, la tutela que al término puede impetrar el interesado. La pregunta esencial radica en determinar si el restablecimiento o la restauración del derecho o interés legítimo podrá ser efectiva al término o se tornará en ilusoria[101].

No se nos oculta que este discernimiento ha de evitar los extremos de exigir una afectación severísima o, al revés, amparar una mínima. De todos modos, tengo para mí que la principal complicación se halla en la medición de los efectos *ad intra*, esto

---

lador se ha cuidado de zanjar: «Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos» (art. 107.2 *in fine* de la LPAC).

El acto-presupuesto, a causa de su vocación a plasmarse o perfeccionarse ulteriormente, no puede ser objeto de recurso autónomo en tanto que queda garantizada su revisión con ocasión del procedimiento al que sirve de antesala.

Como postulado, es correcto. Sin embargo, no debería adoptarse como infalible. Adviértase que la construcción presupone que entre el acto-presupuesto y la resolución ulterior que hará uso de ella va a existir una cierta contemporaneidad, un horizonte más o menos próximo, de suerte que la "espera" no será excesiva. Por eso mismo, es de fuerza establecer una precisión: si se produce un desfase temporal acusado entre ambos momentos, la tutela diferida dejará de ser un argumento irrebatible y cobrará, en cambio, mayor sentido el recurso directo. Después de todo, remitir a la defensa en una contienda futura que no se sabe cuándo llegará puede hacer ilusoria esa tutela.

Tirando de este hilo argumental se desprende que el recurso contra el acto-presupuesto puede tener sentido allí donde la impugnación de la resolución final sea incapaz de ofrecer una tutela efectiva al interés afectado o a la pretensión deducida. Por eso mismo, no está fuera de orden cuestionar la radicalidad con la que se expresa el citado art. 107.2 *in fine* de la LPAC a propósito de la declaración de lesividad. Sigo en este punto la reciente y completa exposición de Víctor Manuel Escartín Escudé, *El sistema de lesividad en el ordenamiento jurídico español*, cit., 90-93.

[101] Esta interpretación del perjuicio irreparable que lo pone en conexión con las posibilidades de la resolución final del procedimiento y de su capacidad reparadora encaja, por lo demás, con el origen histórico de esta cláusula. Podemos encontrarla ya en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el art. 384, entre las causas que permitían apelar contra autos y providencias «que causen perjuicio irreparable en definitiva» (3ª). En el comentario de esta previsión, Manresa y Navarro señalaba que «Esta disposicion está de acuerdo con nuestra antigua jurisprudencia, que conforme á lo prevenido en la ley 13, Ut. 23, Part. 3.a, y en la 23, tít. 20, lib. 11 de la Nov. Recop., solo permitia la apelacion de los mandamientos ó autos interlocutorios que causaban un gravámen o perjuicio de tal naturaleza, quo no era posible su reparacion ó enmienda en la sentencia definitiva del pleito» (José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., 182).

es, en los tocantes al desarrollo de la propia secuencia. Aludo a la reacción *medio tempore* ante actos de trámite en grado de contaminar irremediablemente la continuación de la serie y, por lógica derivación, los derechos e intereses legítimos de los interesados que son parte de ella. Una parte de estos supuestos ya queda cubierta, como se indicó, por la cláusula de la indefensión. Sin embargo, cabe preguntarse si la cláusula del perjuicio irreparable puede extenderse a los actos de trámite estratégicos aquejados de tachas especialmente graves. Errores *in procedendo* manifiestos y determinantes.

A ello parece apuntar la línea jurisprudencial que admite la impugnación separada de actos iniciales o de incoación cuando estos adolecen de vicios de nulidad radical o de pleno derecho. La apertura es, sin duda, llamativa en tanto que introduce un contrapunto respecto del que podríamos considerar que es el arquetipo de acto de trámite irrecurrible: el de iniciación de la serie. Se ha aplicado con mesura, fundamentalmente a cuenta de la tramitación de planes urbanísticos, por considerar que las determinaciones iniciales se arrastrarán después y marcarán el desarrollo de las actuaciones posteriores [102]. Mejor, siendo esto así, cortar por lo sano cuanto antes: «incluso ello es deseable desde el punto de vista de la economía procedimental y de la simplificación de las impugnaciones, pues carecería de sentido que el vicio de nulidad hubiera de mantenerse y arrastrarse hasta el acto definitivo (aquí, la aprobación definitiva), lo que conduciría finalmente a un dispendio inútil de trámites, tiempo y dinero» [103]. Pero, eso sí, siempre supeditando el recurso a una triple condición: que se funde en un *vicio propio*; que dicho vicio sea de *nulidad de pleno derecho*; y, por último, que tenga carácter *formal e independiente* del fondo del asunto principal a sustanciar en el procedimiento de que se trate: «la impugnación se debe dirigir contra requisitos de forma del acto interlocutorio para cuyo enjuiciamiento no sea necesario entrar en el estudio de la regularidad material del acto, pues de otra manera se haría posible enjuiciar anticipadamente lo que ni siquiera se sabe si va a ser decidido en el acto final» [104].

Que el vicio haya de ser *propio* puede parecer de Perogrullo, pero contribuye a significar que ciertos trámites requieren de una elaboración o maduración significa-

---

[102] Partidaria de su extensión a otros ámbitos se ha mostrado Silvia del Saz Cordero: «Si bien es verdad que esta doctrina ha visto la luz en el ámbito urbanístico y sobre las aprobaciones provisionales de los planes, ninguna razón existe para limitar a este ámbito los efectos de esta distinción» («Artículo 112», *Comentarios al procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 786).

[103] El entrecomillado procede de la STS de 16 de diciembre de 1999 (recurso 3343/1994): aprobación inicial de modificación del Plan General de Bormujos e intervención determinante en la votación del Alcalde, en quien concurriría causa de abstención.

En términos muy similares se expresa la doctrina del Consejo de Estado, aludida más arriba, a fin de justificar la revisión de oficio de ciertos actos de trámite: «Es cierto que llevar hasta el límite la exigencia de concluir un procedimiento selectivo hasta el final cuando en sus primeras fases se detectan irregularidades susceptibles de viciarlo puede ser gravoso tanto para los aspirantes como para la propia Administración» (dictamen de 8 de junio de 1995, exp. 1157/1995).

[104] Fragmento extraído de la STS de 14 de marzo de 2011 (recurso 3323/2010). Además de las ya citadas, sirva esta relación de sentencias para justificar el carácter consolidado de la línea jurisprudencial señalada: SSTS de 19 de octubre de 1993 (recurso 544/1991); 1 de febrero de 2005 (recurso 250/2002); de 25 de junio de 2010 (recurso 4513/2009); 28 de junio de 2012 (recurso 2283/2010); 11 de diciembre de 2013 (recurso 355/2011); y 11 de marzo de 2015 (recurso 1173/2014).

tiva y que están rodeados, en consecuencia, de exigencias específicas —el sub-procedimiento en algunos casos lleva a una auténtica trama secundaria—. Competencia, procedimiento o motivación pueden, dicho sea de otro modo, ser aspectos exigibles por separado a una serie de actos de trámite particularmente importantes.

Que el vicio sea de *nulidad de pleno derecho* permite subrayar la gravedad de lo ocurrido [105]. Sobre ello, sugiere pragmatismo y da entrada directa al versátil principio de economía procesal. ¿Para qué seguir consumiendo energías en la tramitación de una serie condenada a la retroacción?

Por último, que el vicio deba ser *independiente* y, por ende, que únicamente valga la *forma* pretende evitar el riesgo de un juicio de fondo anticipado. De nuevo aparece aquí la idea de la contienda centrada exclusivamente en el acto de trámite, sin comprometer o prejuzgar el fondo del asunto.

Señalaré, por mi parte, que la posibilidad de recurrir de manera autónoma los actos de trámite viciados radicalmente transita una senda arriesgada. No se me oculta que a su favor militan argumentos de peso. Desde el principio de economía procesal a la gravedad de la nulidad de pleno derecho. Mimbres que suelen ser efectivos de cara a confeccionar un discurso convincente. Aun así, creo que es un error trasladar el centro de gravedad del recurso intermedio a la evitación del «efecto dominó», por usar una expresión gráfica. De entrada, porque ese «efecto dominó» no es consecuencia reservada a los vicios de nulidad de pleno derecho: también los actos de trámite anulables pueden tumbar en cadena toda la serie [106]. Es discutible, por otra parte, que la nulidad de pleno derecho por defecto de forma resulte fácilmente apreciable. La apelación al pragmatismo gana fuerza si se refiere a los actos iniciales, cuando queda mucho trecho por andar, pero pierde consistencia si se trata de actos ubicados en las postrimerías del procedimiento, por muy viciados que estén. Al revés, dada la proximidad de la resolución, resulta más pragmático aguardar al recurso final contra la misma. Razones similares permiten afirmar que el discurso sube un punto a cuenta de procedimientos complejos, donde va a haber mucho dispendio de energías y de recursos; o de procedimientos largos; pero, en cambio, se tambalea allí donde la tramitación que aguarda es sencilla. Por último, la réplica me lleva a significar que la sustancia para debatir por separado la evacuación de un acto de trámite no da razón de ser a su recurribilidad. De ser así, el recurso separado sería predicable de un buen puñado de incidentes, cosa que no sucede. Al revés, los incidentes, en línea de principio, no son recurribles, así tenga meollo la pieza [107].

---

[105] Al tiempo que sintoniza con la existencia de vías específicas para combatir este tipo de vicios. El recurso contra los actos de trámite nulos sería una variante que se situaría al lado de otras como la revisión de oficio, la modulación del régimen de medidas provisionales o cautelares y así siguiendo.

[106] El art. 49 (*Límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos*) de la LPAC señala expresamente en su apartado primero que «La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero».

[107] El incidente de recusación, por ejemplo. El art. 24.5 de la LRJSP establece que «Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento». La

Comprendo el porqué de la apertura y no dudo de la voluntad de sujetarla, pero lo cierto es que lleva a modulaciones y ejercicios de contención impracticables, a mi juicio, y, desde luego, por completo incompatibles con las propiedades de una regla general. No hago votos, pues, por su asunción como quinta cláusula de recurso autónomo.

La reacción del interesado contra los errores *in procedendo* ha de vehicularse por medio de las alegaciones y solo en los casos de indefensión (irreparable) debe abrirse la puerta del recurso autónomo. De este modo, el centro de gravedad del recurso se mantiene en la presencia de un perjuicio y de un interés consecuente. Solo los actos de trámite en grado de cercenar gravemente los derechos procedimentales del interesado entran en la lógica del recurso intermedio. Si valen los efectos absolutos sobre la secuencia, entramos en la lógica de otro tipo de recurso: ¿acaso una versión atemperada del viejo recurso de queja?

Ello no quita para que el legislador sectorial pueda estimar procedente cualificar ciertos actos de trámite (aprobación provisional, convocatoria, anuncio de licitación…) en vista de sus potenciales efectos contaminantes sobre el discurrir de toda la serie[108]. El legislador está en mejor situación que el juez administrativo para efectuar esta maniobra. Y conste que no le falta razón para ello: en series complejas, que entrañan la consumición de esfuerzos y energías, comenzar con buen pie es fundamental. El acto de inicio, además del botón de arranque, puede incluso establecer un marco de desarrollo necesitado de una cierta seguridad[109]. Como tampoco quita, por otra parte, para esforzarse en afinar los mecanismos de control de la tramitación que tiene en sus manos la Administración (y de las distintas fórmulas convalidatorias para subsanar deficiencias pasadas) en tanto que responsable principal o "dueña del procedimiento" —por emplear la expresión que gusta usar al Consejo de Estado—.

---

ampliación de plazos: «Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno» (art. 23.2 de la LPAC). O la tramitación de urgencia: «No cabrá recurso alguno contra el acuerdo que declare la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento» (art. 33.2 de la LPAC).

[108] O, al revés, pues también el legislador puede declarar expresamente irrecurribles ciertos actos de trámite para preservar así exigencias particulares del procedimiento (urgencia…), como ya se apuntó.

La cualificación *ratione materiae* de los actos de trámite reviste algunas derivaciones de profunda complejidad que solo apuntaré. Adviértase en este sentido que establecer específicamente el derecho a que un acto de trámite sea recurrido obliga a cuestionarse de inmediato qué consecuencias ha de extraerse del hecho de no hacerlo. Importa, pues, que el legislador sectorial determine cómo ha de resolverse la postura del interesado en términos de preclusión de motivos y de buena fe, que son dos elementos consustanciales a la construcción procedimental.

[109] Un estudio exhaustivo del arranque procedimental en David Blanquer Criado, *El inicio del procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, especialmente, en lo que hace al recurso contra el acto de inicio, 277-289.

4. CONCLUSIÓN

Hay un sentido en la regla de la concentración del recurso en la resolución final. No es una rareza del procedimiento administrativo. Se trata de una exigencia que nace de la propia procedimentalización de la acción administrativa y que no busca sino preservar el desarrollo de la secuencia. La resolución final es el cénit y en ella deben concentrarse los esfuerzos. Un procedimiento ágil a su cuenta y una tutela robusta, incluida la cautelar, frente a la misma deben ser el ideal a conseguir. Con todo, no es ni puede ser una regla absoluta. Es de fuerza romperla si hay otro desenlace definitivo distinto de la resolución o si ese recurso contra el acto final se revela incapaz de proporcionar un amparo efectivo frente a decisiones adoptadas en el ínterin de la tramitación.

¿Aciertan los arts. 112.1 de la LPAC y 25.1 de la LJCA a reflejar esta composición? Vaya por delante que traducir en norma esa construcción aparentemente simple dista mucho de ser una tarea sencilla. El acto de trámite no puede escapar a su condición natural evanescente, más aún en un entorno sometido a tanta mudanza como es el administrativo, que no hace sino multiplicar sus expresiones y manifestaciones.

No deja de ser curioso, por lo demás, que muchas veces acabemos llamando a las puertas del legislador con aldabonazos para exigir su concurso y que, en esta ocasión, sin embargo, el problema resida en un exceso de celo regulador, de completitud, si se quiere, así sea animado por un afán de brindar una mejor protección. Al menos, así lo veo yo. La catalogación de los actos de trámite cualificados introduce categorías o especies que, lejos de propiciar mayor seguridad jurídica, añaden una arroba de complejidad en términos de ambigüedad, propiciando a la postre desarrollos interpretativos discutibles; ejercicios de clasificación que descuadran cuando se contrastan con toda la gama de actos de trámite. Convendría, por eso mismo, dar un paso hacia atrás, reduciendo el número de supuestos y precisando mejor los enunciados. Mi propuesta, en este sentido, es la siguiente:

> «Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos ponen término al procedimiento o producen perjuicio de carácter irreparable o difícilmente reparable a derechos e intereses legítimos, incluidos los defensivos».

Añádase que la norma que se apunta lo es a efectos de recurso y que, en línea con lo expuesto en este trabajo, no contiene el criterio de división final de los actos de trámite. No ha de verse en ella ninguna escala con pretensión de separar lo nimio de lo importante. Es solo la respuesta a la problemática, lógica e inexorable, de la recurribilidad en el seno de un procedimiento administrativo. Por otra parte, insisto una vez más en que el acto de trámite habla de una secuencia. Aunque la Administración es, sobre todo, procedimiento, no todo en ella es y debe ser procedimiento[110].

---

[110] Lo cual conecta con la definición de la materia administrativa a efectos contenciosos (Alejandro Huergo Lora, «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *Revista de Administración Pública*, 189, 2012, 41-73), y, por lo que hace a la frontera específica del procedimiento, con

Por lo demás, clarificar el supuesto de hecho del recurso contra los actos de trámite cualificados constituye un primer paso que permitiría sentar las bases para una revisión más a fondo de este recurso. No es que haga falta un entero tratamiento singular, pero sí es posible detectar algunos apartados con una cierta carga de especificidad. En particular, sin que sea procedente ya extenderse más, destaca el relativo a las medidas cautelares: la suspensión del procedimiento administrativo con ocasión del recurso intermedio bien agradecería de un análisis particular y, probablemente, de una regulación consecuente, en grado de captar la estrecha relación existente entre esta medida y el efecto útil del recurso en estos casos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BLANQUER CRIADO, David, *El inicio del procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, 2ª ed.

BOQUERA OLIVER, José María, «Del recurso de queja a la queja», *Revista de Administración Pública*, 27, 1958, 181-202.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra, «Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital», *Documentación Administrativa*, 10, 2023, 40-58.

BUENO ARMIJO, Antonio, *La "burocracia defensiva"*, ponencia presentada en el Seminario de Teoría y Método, Universidad de Lleida, 25 de noviembre de 2022.

CHAVES GARCÍA, José Ramón, «El enjambre de los actos de trámite», *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Revista técnica especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, 12, 2020.

CIERCO SEIRA, César, «Algunas reflexiones acerca de los informes vinculantes», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 21, 2002, 233-280.

—*La inadmisión en el procedimiento administrativo. Estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Iustel, Madrid, 2009.

—*El codemandado en el proceso contencioso-administrativo. Hacia un desarrollo más completo de la intervención en la justicia administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2022.

CIERCO SEIRA, César, y Pavel, Eduard-Valentin, «La vinculación de la Administración sancionadora a la apreciación penal de los hechos», *Revista de Administración Pública*, 218, 2022, 63-100.

DEL SAZ CORDERO, Silvia, «Artículo 112», *Comentarios al procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor Manuel, *El sistema de lesividad en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2022.

ESTEBAN RÍOS, Javier, *Coadministración y procedimientos compuestos: una singular vía de actuación administrativa entre lo nacional y lo europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1970.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel, «La *conferenza di servizi* en la reforma Bassanini: un intento de modernización de las Administraciones Públicas italianas», *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, v. 2, 1665-1686.

---

el alcance de la actividad informal (Clara Velasco Rico, «La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 15, 2022, 37-71).

FIGUERAS BOSCH, Cristina, «El dictamen del órgano consultivo como acto administrativo no revisable en sede jurisdiccional. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2014», *Revista Española de la Función Consultiva*, 21, 2014, 97-102.
GALÁN GALÁN, Alfredo, «Problemas pendientes de la revisión de oficio a la luz de la doctrina de los órganos consultivos», *Revista Española de la Función Consultiva*, 30-31, 2018-2019, 109-157.
GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho Comunitario», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, 1993, 317-324.
GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, José Antonio, *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, Madrid, 1993.
GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, «Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, 167, 2005, 223-251.
GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, EUNSA, Pamplona, 1995.
HUERGO LORA, Alejandro, «Un contencioso-administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *Revista de Administración Pública*, 189, 2012, 41-73.
IVARS RUIZ, Joaquín, y Manzana Laguarda, Rafael Salvador, *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos*, Tirant lo Blanch, 2008.
JIMÉNEZ DORANTES, Manuel, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Marcial Pons, 2003
LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1883, t. II.
MARINA JALVO, Belén, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2006, 3ª ed.
—*Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
MEDINA ALCOZ, Luis, «La cultura del procedimiento administrativo: orígenes y razones de fondo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2023, 1-62.
MELÓN PARDO, Carlos, «Reflexiones preliminares sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la frustración de proyectos renovables a causa de la inactividad administrativa», *Anuario de Derecho Administrativo 2023*, Aranzadi, Cizur Menor, 833-854.
MIGUEZ MACHO, Luis, *La modernización del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
NIETO, Alejandro, *Testimonios de un jurista (1930-2017)*, Editorial Derecho Global-INAP, Sevilla, 2017.
NÚÑEZ HERRARA, Vladimir E., *Las medidas cautelares en los procedimientos de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
PASTOR MERCHANTE, Fernando, «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 2021, 4, 153-180.
RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo: de los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, 2ª ed.
SANDULLI, Aldo M., *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1964.
SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2008, 5ª ed.
SANZ RUBIALES, Iñigo, *El procedimiento de evaluación de impacto ambiental a través de sus documentos. Algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
TIRADO BARRERA, José Antonio, «Notas sobre el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 16, 2021, 173-189.
VELASCO RICO, Clara, «La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una categoría (casi) olvidada», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 15, 2022, 37-71.

VILLAR EZCURRA, José Luis, «Los actos administrativos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular», *Revista de Administración Pública*, 86, 1978, 335-386.
VILLAR Y ROMERO, José María, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, 2ª ed.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 235-269
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_2284
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Marta Lorente Sariñena
ISSN: 2695-7191
Recibido: 20/03/2024 | Aceptado: 06/06/2024

USO Y ABUSO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PÚBLICO

USE AND ABUSE OF THE HISTORY OF PUBLIC LAW

Marta Lorente Sariñena
Catedrática de Historia del Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: Objetivo principal del presente texto es servir al diálogo entre juristas e historiadores del derecho en orden a la construcción de una historia del derecho público, esencialmente español, que llegue a satisfacer a unos y a otros. Para ello, presenta en primer lugar un diagnóstico crítico sobre el actual estado de la historiografía sobre la cuestión, incidiendo en la necesidad de adoptar una serie de convenciones metodológicas básicas, que afectan sobre todo a la determinación y valoración de las fuentes, así como a la contextualización de la lectura de las mismas. En el mismo sentido, pero en un plano más concreto, formula una serie de propuestas destinadas a contribuir al acercamiento de dos formas de hacer historia de la Administración y su derecho, a saber: en la tradición o de la tradición.

PALABRAS CLAVE: metodología; anacronismos; crítica historiográfica; historiografía(s); tradiciones disciplinares; la construcción del Estado/Nación; Administración; Derecho Público; España.

ABSTRACT: The main objective of this text is to serve the dialogue between jurists and legal historians in order to construct a history of public law, essentially Spanish, that will satisfy both. To do so, it first presents a critical diagnosis of the current state of historiography on the issue, emphasizing the need to adopt a series of basic methodological conventions, which affect above all the determination and assessment of sources, as well as the contextualization of their reading. n the same sense, but on a more concrete level, it formulates a series of proposals aimed at contributing to the rapprochement of two ways of making history of the Administration and its law, namely: make history *in* tradition, or make history *of* tradition.

KEYWORDS: methodology; anachronisms; historiographical criticism; historiography(s); disciplinary traditions; the construction of the State/Nation; Administration; Public Law; Spain.

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: COSAS SABIDAS, PERO NECESARIAS: 1.1. Notas sobre diálogos entre vivos y muertos; 1.2. De falsificadores, manipuladores y demás *traduttori/traditori;* 1.3. Dramas de hoy en día. Del pequeño, ínfimo relato, al relato enorme e imposible.— 2. LA HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y DE SU DERECHO: PASADO TRADICIONAL, PRESENTE INQUIETANTE: 2.1. Prehistoria e historia de la Administración: del ensalzamiento de las instituciones a la legitimación historicista del derecho público; 2.2. Consolidación del derecho público/administrativo y profesionalización de la iushistoriografía española. 1978: rupturas y continuidades.— 3. ¿QUÉ HACER?: 3.1. Historia de la Administración, historia del Derecho Administrativo; 3.2. Algunas notas sobre la "excepción" española. 3.3. De cronologías, temáticas y otras cosas menudas: 3.3.1.Una autonomía discutible: las posibles cronologías de la historia administrativa; 3.3.2. ¿Qué es lo que realmente nació en el Cádiz de las Generales y Extraordinarias?; 3.3.3. De las cronologías a las temáticas: la cuestión colonial; 3.3.4. Sobre algunas "menudencias".— 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: COSAS SABIDAS, PERO NECESARIAS.

"El pasado es un lugar extraño;
allí se hacen las cosas de otra manera"
L.P. Hartley, *The Go-Between,* 1953

Con esta afirmación arranca la más famosa novela de Hartley, *El mensajero,* que fue llevada al cine por J. Losey en 1971 con un merecido éxito de crítica y público. La frase es tan conocida en el mundo anglosajón como nuestro "En un lugar de la Mancha…", por lo que no resulta extraño que el geógrafo David Lowenthal la utilizara como título de su también famosa obra[1]. Partiendo de un presupuesto tan obvio como es que el pasado no es tanto "lo que ocurrió" cuanto una creación nuestra moldeada por olvidos e invenciones selectivas, Loewenthal se plantea dos cuestiones claves: ¿Cómo podemos reconocer y hacer frente a una herencia que a la vez nos sustenta y nos oprime? ¿qué beneficios y costes nos puede reportar empeñarnos en abordar esta tarea? Sin duda, hemos perdido un elevadísimo número de "mundos pasados", pero la cuestión que divide a quienes se interesan por ellos es otra bien distinta. Y es que mientras que unos no cuestionan su capacidad exploratoria respecto de universos perdidos[2], otros niegan la posibilidad misma de recuperarlos/verificarlos[3]. Así las cosas, el debate, de haberlo, solo se puede entablar en el exclusivo campo de la metodología, y no en el comparativo de los resultados de uno u otro tipo de orientación, aunque solo sea porque algunos que niegan la posibilidad de acceso a ese lugar extraño no se privan de seguir produciendo historiografía.

---

[1] David LOWENTHAL, *El pasado es un país extraño,* Akal, Madrid 1998.

[2] Peter LASLETT, *El mundo que hemos perdido, explorado de nuevo,* Alianza Editorial, Madrid 1987 (esta obra se editó por primera vez en 1965)

[3] Esta es la conocida tesis de Hayden V. WHITE, *Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth Century Europe*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore y Londres, 1973.

Para lo que aquí nos va a interesar, no hace falta profundizar en este tan complejo como irresoluble debate. Solo me interesa subrayar que cualquier lector sensible de textos del pasado suele sentir una profunda sensación de ajenidad, de extrañeza en todo caso, que resulta incómoda cuando no directamente molesta. Dicha sensación se asemeja mucho a la que embarga al investigador que necesita utilizar materiales escritos en una lengua que desconoce o no maneja con la soltura requerida. Cada uno a su manera, ambos sienten que han sido inoculados con el virus de la inseguridad. Sin embargo, los hay que se creen inmunes, toda vez que están convencidos de que el tiempo que separa el presente del lector del pasado de los autores de los textos que maneja no les impide entablar un saludable diálogo con los muertos[4].

1.1. Notas sobre diálogos entre vivos y muertos

Esta forma de mirar al pasado, que tiene más de actitud que de metodología coherente, ha estado y sigue estando muy presente en el gremio de los juristas, quienes, en este concreto punto, se diferencian de otros científicos sociales dado que su particular dialogo constituye uno de los presupuestos básicos de la formación y consolidación de la cultura jurídica occidental. En efecto, desde la Bolonia de Irnerio, el dialogo entre juristas se mantuvo casi inalterado hasta finales del XVIII, claro está que con excepciones notables[5], pero lo cierto es que solo la firme y revolucionaria apuesta francesa por la exclusividad de la ley obró la expulsión de la historia de lo concebido como derecho, bloqueando/reformulando muchos y muy diferentes diálogos[6]. Empero, la violencia gala contra la historia no concitó unanimidad alguna en los países de su entorno: como en tantas otras cosas, Francia no fue regla sino excepción. Con todo, la expulsión de la historia de lo considerado como derecho se fue afirmando progresivamente en toda la Europa continental, con independencia del mantenimiento/reproducción de normativa, instrumentos, o concepciones, denominados por algunos como "supervivencias"[7], así como del papel jugado por la historia en la configuración y legitimación de aquellos sistemas jurídicos responsables de su (des) juridificación o, incluso, de sus posibles usos[8].

---

[4] Sobre esta cuestión se extendió críticamente uno de los grandes historiadores de la Antigüedad, Moses I. FINLEY, de cuya obra no solo me he servido profusamente, sino que además he tomado prestado su título: *Uso y abuso de la Historia,* Crítica, Madrid, 1979.

[5] Vid. por todos: François HOTMAN, *Antitriboniano, o discurso sobre el estudio de las leyes,* Dikynson, Madrid, 2020 (edición bilingüe).

[6] Incluso la literatura ha dado cuenta del fenómeno. La revolución canceló ese espacio que había sido ocupado por personajes como el abate Vella, protagonista de la prodigiosa fábula de Sciacia (*El Archivo de Egipto*), quien recurrió a la historia de Sicilia para revertir la injusticia que había supuesto la expropiación de los bienes comunes por los nobles durante cientos de años, aun cuando, eso sí, su particular historia se apoyaba en falsificaciones de manuscritos árabes

[7] Marta LORENTE, ""More than just Vestiges. Notes for the Study of Colonial Law History in Spanish America after 1808", Thomas DUVE, Heikki PIHLAJAMÄKI (cords), N*ew Horizons in Spanish Colonial Law: contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2015, pp. 193-233.

[8] Justo en este apartado puede enmarcarse una exitosa empresa política promovida por la Junta General del Principado de Asturias, que entendió que el artículo 16 del Estatuto de Autonomía permitía

Vistas así las cosas, solo cabe concluir que una vez cruzada la frontera trazada por la revolución, el dialogo entre juristas vivos y muertos respondió a motivaciones bien distintas a las estructurales propias de la cultura jurídica pre-moderna[9]. Stolleis levanta acta de la existencia de algunas cuando afirma que el historiador del derecho, quien suele sentirse oprimido por la necesidad de legitimar su trabajo demostrando su utilidad actual, está de continúo tentado de identificar en el pasado analogías con el derecho vigente, aprovechándose de la estabilidad del campo lingüístico en el que se sitúa[10].

Repárese, no obstante, en que el sabio alemán nada dice respecto de quienes, sin ser iushistoriadores de profesión, se topan con el mismo problema sin considerarlo como tal, bien sea por consciente pereza, bien por mero desconocimiento de su existencia[11]. La nómina de estos despreocupados caminantes por el pasado jurídico es demasiado larga para resumirla aquí; valga por ello la siguiente opinión: no hay que esforzarse demasiado para toparse hoy con afirmaciones pre-revolucionarias, o incluso pre-humanistas que, haciendo caso omiso a las convenciones mínimas adoptadas por la iushistoriografía europea, siguen contemplando las Partidas alfonsinas (o incluso las Recopilaciones) como algo muy cercano a un Código, el Ordenamiento de Alcalá como antecedente a la pirámide kelseniana[12], o a los detentadores de oficios en antepasados directos de los actuales funcionarios[13].

---

recuperar, compilar y conservar el derecho consuetudinario asturiano. Los frutos de esta tarea se plasmaron en una Compilación (Junta General del Principado de Asturias, *Compilación de derecho consuetudinario asturiano,* B.O.P.A, 9 de marzo de 2007), que recogió una veintena de costumbres jurídicas específicamente asturianas, las cuales, según el director de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario de Asturias, demuestran no sólo la razón de ser del artículo 16 del Estatuto, sino que en el Principado coexiste junto al derecho común escrito y codificado, un derecho de cuño consuetudinario vivo (Ignacio ARIAS DÍAZ, *Misión cumplida. Asturias ya tiene derecho propio,* in "La Nueva España", 16 de mayo de 2007). El esfuerzo invertido en esta empresa ha arrojado unos espléndidos frutos histórico-jurídicos, pero todo apunta a que Asturias, cuya Junta General tiene capacidad normativa, ha creído necesitar de una suerte de Apéndice foral al Código Civil, que en su momento no redactó, para afirmar su personalidad. Este caso no es excepcional: el reformado Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana ha abogado por la recuperación de los Fueros del Reino de Valencia, abolidos en 1707, con objeto de desarrollar el Derecho Civil Foral Valenciano. Algo similar se repitió en Aragón: La Ley 8/2018, de 28 de junio, de actualización de los derechos históricos de Aragón, afirma en su artículo primero que "Aragón es una nacionalidad histórica, de naturaleza foral, cuya identidad jurídica, así como la voluntad colectiva de su pueblo de querer ser, se han mantenido de manera ininterrumpida desde su nacimiento", por lo que "La participación de Aragón en el proceso histórico de construcción de España no ha supuesto la renuncia a sus derechos históricos" (art. 2).

[9] António Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea: Síntesis de un milenio,* Tecnos, Madrid, 2002.

[10] Michael STOLLEIS, *Storia del diritto publico in Germania*, Giuffrè, Milán, 1988, t. I, p. 5.

[11] Lo cierto es que la mejor iushistoriografía europea tiene mucha experiencia en someterse a ejercicios introspectivos prácticamente en solitario: Pio CARONI*, La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Dykinson, Madrid 2010.

[12] Jesús VALLEJO, "Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá", en Frank WALTMAN y Patricia MARTÍNEZ DE LA VEGA MANSILLA (eds.), *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, The Hispanic Seminary of Medieval Studies, Madison 1994, pp. 1-19.

[13] Javier BARRIENTOS, "El oficio en su cultura jurisdiccional: una mirada posesoria", *Ius Fugit,* núm. 23, 2020, pp. 7-40.

¿Exagero? Mucho me temo que no. Un significativo ejemplo servirá de justificación a mis temores: el ambicioso proyecto informático auspiciado por varias instituciones públicas denominado de *Legislación Histórica de España.* Este título no llama a engaño respecto de su contenido, ya que en dicho proyecto se reúnen "(…) las normas promulgadas para los territorios peninsulares y americanos que dependieron de la Corona española desde el inicio del siglo x hasta el periodo final del reinado de Isabel II; las clasifica mediante un Tesauro y ofrece la imagen digital de los documentos donde se encuentran"[14]. Los usuarios de este utilísimo banco de datos pueden comprobar que todos los esfuerzos que los iushistoriadores españoles han destinado a hacer historia del poder normativo[15], desvelando en consecuencia la distancia que separa las "leyes" medievales y modernas respecto de las producidas por Parlamentos o Gobiernos en el curso del xix y xx[16], han servido más bien de poco. La voz ley puede llegar a tener un significado prácticamente intemporal, por lo que puede expresarse en estos términos: "La ley determina los derechos y obligaciones de las personas. Un principio general del derecho dispone que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento"[17].

En resumen: desconocer consciente o inconscientemente las discontinuidades de la historia jurídica europea no puede sino distorsionar el diálogo entre juristas de ayer y hoy. Cabe exigir, por tanto, a quienes hoy lo siguen cultivando que justifiquen su oportunidad mediante razonamientos concretos y ajustados a las exigencias impuestas por nuestra actualidad. Expresado con mayor claridad: afirmaciones tales como "ya se recogía en las Partidas", o "ya lo dijo Bartolo en su día", hoy no deberían tener espacio alguno en la producción académica.

1.2. De falsificadores, manipuladores y demás traduttori/traditori.

Hay que reconocer, no obstante, que no hay relato histórico que no esté anclado en el presente de su autor, a quien se le presentan dos posibles caminos a seguir. Refiriéndose a la historia de la filosofía, Macintyre afirmó: "Desdichadamente, es fácil encerrarse en el siguiente dilema: o bien leemos las filosofías del pasado en forma tal que ellas se tornen relevantes para nuestros problemas (…) o bien nos tomamos gran cuidado en leerlas en sus propios términos (…) de modo tal que no puedan aparecer en el presente sino como un conjunto de piezas de museo"[18]. Aún siendo plenamente conscientes del dilema, otros pretenden despojarlo de sus aristas más aceradas proponiendo alternativas como la formulada por Stolleis, quien sostiene,

---

[14] *http://www.mcu.es/archivos/lhe/* [Consultado el 01/03/2024].

[15] Jesús VALLEJO, Ruda *equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

[16] Jesús VALLEJO, "El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune", *Revista de Historia del Derecho*, núm. 38, 2009, (*http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842009000200002*) [Consultado en 01/03/2024].

[17] Miguel ARTOLA, *Introducción a la Legislación Histórica de España* (*http://www.mcu.es/archivos/lhe/Informacion/introduccion.jsp*) [Consultado en 01/03/2024].

[18] Alasdair MACINTYRE, *La filosofía en la Historia,* Paidos, 1990, p. 49.

refiriéndose en concreto a la historia del derecho público, que de lo que se trata es de descifrar la gramática del uso lingüístico de la estructura del pensamiento y de los sentimientos del pasado, aceptándolos como extraños en orden a contrarrestar la tendencia a etiquetar las asonancias lingüísticas entre el pasado y el presente con las expresiones "ya" y "otra vez"[19].

Resulta difícil no suscribir las anteriores palabras, pero confieso que prefiero las más simples, radicales y clarificadoras del filósofo escocés. No obstante, opiniones como las de Mancintyre conllevan consecuencias que pueden resultar funestas, toda vez que en este punto las simplicidades no caben. Así, mientras que no consigo encontrar un común denominador para quienes apuestan por primera de las formas de acceder al pasado descrita por Macintyre, sí puedo agrupar bajo un mismo rótulo a todos aquellos que defienden y cultivan la segunda: anticuarios. Sin embargo, habría que advertir al filósofo que no resulta sencillo determinar el valor de cualesquiera construcciones que, basadas en el manejo de textos históricos, puedan considerarse relevantes a la hora de afrontar nuestros problemas, lo cual no impide reconocer que una buena parte de la mejor historiografía jurídica ha respondido a motivaciones como las que cabe inferir de sus palabras[20].

El "desdichado dilema" viene expresándose de muy distintos modos, entre los que destacan aquellos relacionados con la implicación militante del historiador en causas de su presente[21]. Ahora bien, con independencia de las honestas intenciones de este tipo de autores, la estrategia basada en una lectura forzada de textos provenientes del pasado no puede sino calificarse de manipulación. Por manipulación entiendo simplemente la alteración de significados en orden a hacer comprensibles y/o unos determinados textos, dejando la inabarcable problemática de las falsificaciones que, como bien apuntó Caro Baroja[22], han jugado un importantísimo papel en la historia occidental. Y es que si bien el uso de falsificaciones documentales devino a la postre ineficaz[23], la manipulación de los textos siguió y sigue estando muy presente entre nosotros. Las que más pueden interesar aquí son las utilizadas

---

[19] Michael STOLLEIS, cit., p. 3.

[20] Marta LORENTE, "Después de Hispania. Algunas reflexiones sobre la historiografía jurídica en España (1989-2013)", en Bernardo SORDI (a cura di), *Storia e Diritto. Esperienze a confronto*, Giuffrè, Milán, 2013, pp. 81-120.

[21] Pablo SÁNCHEZ LEÓN y Jesús IZQUIERDO MARTÍN (eds.), *El fin de los historiadores. Pensar históricamente en el siglo* XXI, Siglo XXI, España, México, Argentina, 2008.

[22] Julio CARO BAROJA, *Las falsificaciones de la historia,* Círculo de Lectores, Barcelona, 1991.

[23] Con todo, no me resisto a recordar aquí otra exitosísima falsificación, cual fue la perpetrada por James Macpherson de antiguos poemas épicos, cuya autoría atribuyó a un tal Ossian, hijo de Fingal, en una publicación de 1761 que resultó de enorme utilidad en la construcción del discurso nacional escocés (Linda COLLEY, *Britons: Forging the Nation, 1707-1837,* Pimlico, Estados Unidos, 1994). Hay que tener presente que "descubrimientos" como el de Macpherson se multiplicaron en toda la Europa de finales del XVII y comienzos del XIX, pero lo que me interesa subrayar aquí es que ya a finales del siglo XIX, destacados nacionalistas como lo fue Masaryk sostuvieron con firmeza que la identidad nacional era suficientemente sólida, y los empeños políticos suficientemente agudos, para que la nación checa tuviese que sucumbir por una falsedad histórica (Anne-Marie THIESSE, *La creación de las identidades nacionales. Europa: siglos* XV*,* III-XX*,* Ensenada de Ézaro Ediciones, Madrid, 2010, p. 103).

en las historias de ese invento que fue el Estado/Nación, generador a la par que consecuencia del derecho público[24], muchas de las cuales tuvieron tan poco de historia como de legitimación del propio invento.

En las últimas décadas hemos asistido a la publicación de cientos/miles de escritos críticos respecto de la invención/naturalización de la Nación[25], que han reparado una y otra vez en la falacia que supone su identificación como sujeto de la historia en lugar de ser objeto de la misma[26]. Sin embargo, nada similar ha ocurrido en el campo de la historia de la construcción decimonónica del Estado, toda vez que el debate sobre su naturalización se ha centrado casi en exclusiva en la problemática de las sociedades premodernas[27]. Justo por ello, convendría recordar a los críticos de las "invenciones" que el Estado es generador de nación o naciones por acción u omisión, siendo así que el español se especializó más en omitir que en hacer. Esto es lo que viene sosteniendo un importante sector de la historiografía preocupada por las identidades nacionales, dado que algunos de sus más significativos representantes han creído ver en la debilidad del Estado decimonónico español la causa principal de la emergencia de los nacionalismos (no-estatales) periféricos[28].

En todo caso, conviene recordar que la naturalización del Estado corrió en paralelo a su construcción, como bien puede inferirse de dos significativos ejemplos. El primero lo protagonizó M. de Villaidan, *maître des requètes au Conseil d´État* y prefecto, cuando afirmó en 1856 que en la historia de todas las naciones siempre se encontraba *la trace* del Consejo confundido con la de la realeza, lo cual le permitía explayarse sobre la historia de los Consejos de Estado de Judea, Persia o Grecia. Según este apasionado defensor de la institución, los Consejos de la Antigüedad desarrollaron una serie de procedimientos similares o, incluso, idénticos a los propios

---

[24] Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho Público,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2015, pp. 18-25.

[25] Sin que ello signifique que constituye una novedad: cfr. en este sentido el notable ensayo de Arnold Van GENNEP publicado en 1921: *Traité comparatif des nationalités* (utilizo la reedición de esta obra publicada por las Ediciones del C.T.H.S.), París, 1995.

[26] Son incontables los estudios que utilizan el título de la conocida recopilación de Hobsbawn y Ranger. Dos significativos ejemplos, de distinta calidad, en Jon JUARISTI, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca,* Taurus, Madrid, 1998; Inman FOX, *La invención de España. Nacionalismo liberal e identidad nacional,* Cátedra, Madrid 1997. Los historiadores no son los únicos que recurren a la imagen: Víctor Miguel PÉREZ DÍAZ, *La emergencia de la España democrática: La "invención" de una tradición y la dudosa institucionalización de una democracia,* Instituto Juan March, Madrid, 1991.

[27] Marta LORENTE, "Identidad nacional e historiografía estatal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, *núm. 17,* 2013, pp. 451-473.

[28] Aunque esta tesis había sido apuntada hace ya bastantes años (Juan J. LINZ**, "**Early State-Building and late peripherical nacionalisms againt the state. The case of Spain", en Shmuel N. EISENSTADT, Stein ROKKAN, *Building States and Nations*, Beverly Hill, Sage, 1973, t. 2, pp. 32-112) fue sobre todo Borja de Riquer quien la puso sobre la mesa de debate en la década de los noventa, (Borja DE RIQUER I PERMANYER, *Nacionalidades y regiones: Problemas y líneas de investigación en torno a la débil nacionalización española del siglo* XIX, en La *historia contemporánea en España: primer Congreso de Historia Contemporánea de España*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992, pp. 73-92; del mismo autor, *Escolta Espanya. La cuestión catalana en la época liberal,* Marcial Pons, Madrid, 2001.

del Consejo de Estado, llegando a asimilar la división hecha por Adriano de las dos Secciones del su Consejo a los comités administrativos y contenciosos[29]. Un poco más cauto, A. Regnault, bibliotecario que fue del Consejo de Estado, afirmó en 1851 que la institución se remontaba a los tiempos de Carlomagno habiendo sido fundado sobre el orden y la libertad, por lo que pudo siempre atravesar con noble independencia y fuerte autoridad las más grandes crisis del régimen político, convirtiéndose así en una salvaguardia preciosa contra el absolutismo y la anarquía a lo largo de la historia de Francia[30].

En resumen. Más allá de la distancia que separa la falsificación de textos de la manipulación del significado original de los mismos, lo cierto es que en último extremo ambas actividades comparten naturaleza. Ello no significa que afirme indubitablemente nuestra capacidad de recuperar sentidos que nos son ajenos, sino que, más modestamente, cabe exigir a los estudiosos que se comporten como antropólogos diacrónicos, lo que implica que deben justificar sus apuestas metodológicas revelando el número, calidad y naturaleza de los textos que previamente han escogido para fundamentar su relato. Aunque luego me extenderá sobre esta cuestión, creo conveniente adelantar aquí la siguiente opinión: la(s) historia(s) de la Administración no deben confundirse ni con las correspondientes al "derecho administrativo", ni menos todavía con las que se construyen a partir de materiales "políticos" en exclusiva (debates parlamentarios, prensa periódica, manifiestos de partidos, literatura panfletaria etc.). No pretendo decir que el uso de materiales de distinta procedencia no enriquezca el conocimiento de historia de la Administración y su derecho, sino simplemente que no creo conveniente confundir historias sustituyendo unas por otras, habida cuenta de que es esto lo que resulta si nos empeñamos en identificar construcciones de juristas o aspiraciones de políticos con el ¿verdadero? estado de la Administración (española) en los diversos momentos que asistieron a su fundación, formación, consolidación y ¿crisis?

1.3. Dramas de hoy en día. Del pequeño, ínfimo relato, al relato enorme e imposible.

Cerraré este listado de obviedades añadiendo una última procedente de nuestro pasado más inmediato. Forman legión los estudiosos que nos vienen advirtiendo del vacío creado por la defunción los "grandes relatos" tales como el cristiano, el nacionalista, el marxista o el propio del progreso civilizatorio, con independencia de que todos ellos guardaron estrechas relaciones[31]. En todo caso, y como era de esperar, el vacío se viene rellenando a la carrera con multitud de propuestas alternativas, al-

---

[29] M. De VIDAILLAN, *Histoire des Conseils du Roi,* París, 1856, t. I, p. V.

[30] Amable REGNAULT, *Histoire du Conseil d´État depuis son origine jusqu´a ce jour*, París, 1851, p. 2.

[31] Karl LÖWITH, *Historia del mundo y salvación. Los presupuestos teológicos de la filosofía de la historia,* Katz Editores, Buenos Aires, 2007.

gunas de las cuales son contradictorias a pesar de compartir críticas de partida. Por razones obvias, aquí me limitaré a analizar brevemente algunas ¿recientes? modas historiográficas con objeto de cuestionar su posible contribución al *aggiornamento* de la investigación sobre la historia de Administración y su derecho. Dos son las modas a las que prestaré atención: en primer lugar, la imparable "construcción" de nuevos sujetos, y, en segundo, la sustitución de las historias nacionales por la historia global/ historia de la globalización.

Respecto de la primera, tengo para mí que la obsesión por localizar en cualesquiera pasados los orígenes de problemáticas desconocidas en su tiempo no es sino un simple *revival* de las estrategias utilizadas por los cultivadores más representativos de las historias oficiales, quienes, según sus actuales críticos, ocultaron a conciencia las voces de los oprimidos, entendiendo por tales los antepasados de aquellos que hoy forman parte de colectivos visibilizados. Expresado con la mayor claridad posible: el hecho de que algunas mujeres comerciantes utilizaran una panoplia de recursos para ejercer materialmente como tales, que fueran piezas imprescindibles en esas Cortes de los Reyes en las que se hacía política, que fueran condenadas por tribunales de la Inquisición por afrentas específicas contra la fe, como sin duda fueron los casos de brujería, que se les negara durante siglos el acceso al ejercicio de cargos públicos y un largo etc, no puede servir de base a la creación de campos historiográficos autorreferenciales. No quiero decir que la atención a cuestiones como las anteriores no enriquezca los resultados de investigaciones sobre la mercaduría, la estructura y funcionamiento del poder real en el marco de la sociedad cortesana, la Inquisición española o, para lo que aquí más puede interesar, el largo camino recorrido por el poseedor de oficios hasta convertirse en funcionario. Y es que si bien es cierto que la irrupción en el mercado historiográfico de temáticas en boga (como es por ejemplo la historia de la esclavitud) ha enriquecido nuestra mirada sobre el pasado[32], también lo es que proyectar en la historia el actual cuarteamiento de la sociedad impide un cabal entendimiento de las que nos precedieron. Comparto con muchos la sensación de que estamos pasando del gran relato a una multiplicación de menores y pequeños, sin que este viaje haya concluido obrando un verdadero cambio de paradigma en el cultivo de la creación/recuperación del pasado o de los pasados.

Pero hay algo más. Como no podría ser de otra manera, esta moda ha dado como resultado una progresiva miniaturización del objeto de historia, hasta el punto de que hoy se vienen acumulando los relatos históricos que, basados en la experiencia/ recuerdo individual o familiar de quienes los escriben, renuncian a dar otra explicación que no sea la visión de los protagonistas de tiempos cancelados; en definitiva, es lo que Traverso ha calificado como "pasados singulares[33]. Planteadas así las cosas, cabría describir el actual estado de la historiografía como una versión del insomnio

---

[32] Un magnífico y reciente ejemplo: Josep María FRADERA, *Antes del antiimperialismo. Genealogía y límites de una tradición humanitaria,* Anagrama, Barcelona, 2022 (esta obra recibió el Premio Anagrama de Ensayo en 2022).

[33] Enzo TRAVERSO, *Pasados singulares. El "yo" en la escritura de la Historia,* Alianza Ensayo, Madrid, 2022.

permanente que paralizaba al borgiano "Funes el memorioso", en cuyo abarrotado mundo repleto de detalles no había espacio alguno para olvidar diferencias, generalizar, abstraer…en definitiva, para pensar.

Se me podría advertir que la historia de la Administración y de su derecho no está amenazados por la multiplicación infinita de relatos inconexos, pero lo cierto es que sobre este campo pende una amenaza específica, a saber: el uso y abuso descontextualizado de su documentación más característica, siendo que por tal entiendo la utilización de expedientes despreciando por completo el marco institucional que les dota de sentido. Disponemos de infinidad de estudios a los que solo interesa el dato concreto que sirve para hacer genealogías de problemáticas de presente, hasta el punto de que en más de una ocasión no se preocupan ni siquiera por contrastar su fiabilidad. Así, por poner algunos ejemplos exagerados, pero por desgracia reales, se extraen conclusiones redondas de declaraciones de testigos que fueron consideradas sospechosas en su momento, o se hacen lecturas foucaultianas de los criterios de organización y clasificación de los materiales recogidos en archivos, los cuales, por cierto, suelen responden simplemente los requerimientos impuestos por los procedimientos utilizados por la institución correspondiente. Aventuro que el interés de los juristas por este tipo de relatos es escaso, cuando no nulo, pero no puedo decir lo mismo de los historiadores del derecho, algunos de los cuales han perdido interés por repensar lo que de específico tiene su tradición disciplinar embarcándose en empresas que, aunque solo sea tendencialmente, pueden terminar recalando en el terreno de los "pasados singulares".

A esta moda se le oponen las complejas teorizaciones en las que se basa la historia global[34], cuyos cultivadores, cada vez más numerosos y organizados[35], han hecho explotar las costuras del marco proporcionado por el Estado-Nación[36]. Empero, esta moda historiográfica no nació precisamente ayer ya que, de afirmar lo contrario, pasaríamos por alto empresas historiográficas tan importantes como la emprendida por Braudel (*El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II),* cuya primera edición en francés se remonta ni más ni menos que a 1949. Me interesa traer aquí esta obra porque constituye un nefasto antecedente en lo que se refiere

---

[34] Vid. como meros ejemplos los siguientes: Peter N. STEARNS, *Una nueva historia para un mundo global. Introducción a la "World History",* Crítica, Barcelona, 2012; Sebastian CONRAD, *What Is Global History?,* Princeton University Press, Princeton, 2016.

[35] Entre las diversas iniciativas destinadas a la organización de una comunidad internacional de historiadores globales cabe destacar la creación de un *Journal of Global History* (*https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-global-history/information/about-this-journal/journal-metrics*) [Consultado en 01/03/2024].

[36] Sin que ello quiera decir que no haya futuro alguno para las historias nacionales (Carlos FORCADELL, "Una nueva Historia General de España para nuestro tiempo", *Revista de Libros*, núm. 148, abril 2009 (*http://www.revistadelibros.com/archivo-rdl-*) [Consultado en 01/03/2024]. Sobre una posible solución al problema mediante la "sustitución" de las historias nacionales por las regionales, se ha pronunciado Josep María FRADERA, "La dificultad de construir la nación", en Luis CASTELLS*, Del territorio a la nación. Identidades territoriales y construcción nacional,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pp. 181-233.

a la no inclusión del pasado jurídico en trabajos que apuestan por ampliar la escala territorial de su objeto de estudio. Lo advirtió ya un gran admirador de la obra braudeliana, Francisco Tomás y Valiente, sorprendido por el hecho de que en ella no hubiera espacio alguno ni para las instituciones, ni menos todavía para el derecho. En efecto, refiriéndose a otra gran obra de Braudel (*Civilización material, economía y capitalismo. Siglos* XV-XVIII, publicada en 1979), Tomás y Valiente se detuvo en un pasaje en el que se describía con gran detalle una ejecución de un reo condenado a muerte a quien se le ofreció una taza de café que rechazó, prefiriendo un vaso de vino con un trozo de pan. De este cruento episodio, acaecido en 1721, el historiador francés solo destacó la lentitud del progreso popular en el consumo de café, por lo que Tomás y Valiente echó en falta cuestiones como las siguientes: ¿Por qué condenaron al reo? ¿Cómo veía aquella sociedad la pena de muerte? ¿Qué tribunal y tras qué tipo de proceso se le condenó? En definitiva, concluyó Tomás y Valiente, "cada uno solo encuentra lo que busca, o ve en lo que mira aquello que le interesa"[37].

Hay que asumir que la "historia global" ha venido para quedarse. Además de responder a requerimientos de un presente globalizado, en el cual la "provincialización" de esa Europa inventora del Estado/Nación resulta cada vez más evidente[38], el éxito de la historia global viene dado en buena medida por la existencia de obras extraordinarias que sí dejan espacio a la reflexión sobre lo jurídico y/o institucional[39]. No obstante, el marco espacial de la historia administrativa no fue otro que el del Estado/Nación, con independencia de la pervivencia de Imperios multinacionales, o de los efectos que sobre la administración tuvo el colonialismo moderno. Pero antes de cuestionar los beneficios que pueden deducirse de la globalización de la historia de la Administración, permítaseme introducir una digresión que tiene más de consciencia ciudadana que de exigencias historiográficas.

Suele convenirse en que el proceso de globalización/mundialización arrancó con la expansión ultramarina de las Monarquías ibéricas, lo que explica que sean muchos quienes sostienen que las acciones de la Corona española deben elevarse a la categoría de ejemplo por antonomasia de la "primera globalización/mundialización"[40]. Hasta aquí nada que objetar. Sin embargo, en los últimos años estamos asistiendo a un fenómeno, en mi opinión inaudito, cual es la proliferación de obras que tienen como objetivo combatir la famosa leyenda negra en términos tan militantes y desinformados como supuestamente patrióticos. No entraré en más detalles: baste simplemente subrayar que este género panfletario, cuya presencia en las librerías generales va en

---

[37] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La huella del derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel", *Obras Completas*, CEPyC, Madrid, 1996, t. V., p. 3926.

[38] Dipesh CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference,* Princeton University Press, Princeton Oxford, 2000.

[39] Christopher Alan BAYLY, *El nacimiento del mundo moderno. 1780-1914*, Siglo XXI, Madrid, 2010; Jürgen OSTERHAMMEL, *La transformación del mundo. Una historia global del siglo* XIX, Crítica, Barcelona, 2015.

[40] Serge GRUZINSKI, *Les quatre parties du monde – Histoire d'une mondialisation,* Editions de la Martinière, París, 2004.

aumento, está llenando de *fake news* la historia de la institucionalización ultramarina realizada por la Corona y sus agentes, contribuyendo de paso a desdibujar la historia del proceso de formación del Estado en Iberoamérica. Estas imágenes, además, bloquean la misma posibilidad de la comparar procesos de estatalización de aquellas instituciones que originariamente eran comunes con todo lo que ello conlleva a la hora de localizar especificidades ¿hispánicas? No sobra recordar que ni la historia de las instituciones de la Monarquía Católica, ni de las propias del Estado español, se explican sin tener en cuenta las posesiones extra-peninsulares, por lo que mucho me temo que las (actuales) críticas a la perfidia de (antiguos) holandeses, ingleses, franceses y de algún que otro traidor "español", no sirven para hacer historia sino para obrar su desvirtuación en términos muy groseros.

Pero retomemos nuestro argumento: ¿Existe alguna posibilidad de hacer una historia "global" de la Administración y su derecho? Creo sinceramente que no; como ya he sugerido, su marco territorial coincide bien con el del Estado/Nación, bien con el más amplio de la cultura jurídica occidental. Esta respuesta es menos banal de lo que pueda parecer a primera vista, ya que hay un campo iushistoriográfico que viene prendiendo con fuerza en el gremio, a saber, el que corresponde a la historia de los "legal transfers/trasplants". Este novedoso campo tiene punto de partida el derecho comparado, el cual, debe lidiar con la problemática presente y pasada del pluralismo jurídico, que también está en el punto de mira de la actual iushistoriografía[41]. Sin duda, este tipo de literatura nos ha proporcionado excelentes estudios[42], pero su cultivo requiere de la superación de enormes dificultades, siendo la primera de ellas conocer a fondo la historia jurídico/institucional tanto del que genera el trasplante como la del que lo recibe, lo cual, mucho me malicio, no está precisamente al alcance de todos.

Valga como ejemplo de lo afirmado una anécdota personal. Al abordar el estudio del Consejo de Estado introducido en España en virtud del Estatuto de Bayona, de la lectura de sus actas solo pude concluir que la mayoría de los consejeros españoles no entendieron, o no quisieron entender, lo que suponía de novedad el "implante" napoleónico, puesto que siguieron actuando como si la polisinodia española no hubiera desaparecido al ser engullida por el Consejo de Estado bonapartista. Esta incomprensión me recordó el fracaso de otro trasplante de la misma institución, cuya historia puede resumirse más o menos así. El Sultán Abdülaziz fue invitado por Napoleón III a visitar la Exposición Universal de París en 1867: por primera vez en la historia de los "señores del horizonte"[43], un Sultán otomano salió del territorio del Imperio de la Sublime Puerta sin tener motivo bélico que lo justificase. Una vez retornado a casa, puso en marcha algunas reformas como la siguiente: en 1868, el Alto

[41] Michele GRAZIADEI, "Frontiere, legal transplants, comparazioni: le vie del diritto e l´incontro con il pluralismo", en *Pluralismo Giuridico. Itinerari contemporanei*, Giufré, Milán, 2023, pp. 23-57

[42] Ranajit GUHA, *Una ley agraria para Bengala. Los comienzos de la dominación británica en la India*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2017. No creo que Guha se vea a sí mismo como un cultivador de este tipo de historia, pero lo cierto es que su obra podría servir de referente indiscutible.

[43] Jason GOODWIN, *Los Señores del Horizonte: Una historia del imperio otomano*, Alianza Editorial, Madrid, 2016.

Consejo del Sultán fue dividido en dos cuerpos que pasarían a denominarse Divan de las Ordenanzas Judiciales (Divan-i Acan-i Adliye) y Consejo de Estado (Sura-yi Devlet), concibiendo este último a imagen y semejanza del Consejo de Estado francés. Si bien el Sultán se llevó de vuelta a Estambul la imagen de un Consejo de Estado y de una jurisdicción administrativa que habían sido fortalecidas con lo que algunos denominan la segunda matriz napoleónica, Sedán redujo el prestigio francés ante los ojos de los otomanos, lo que se tradujo en la paralización o muerte definitiva de unas reformas que entonces se contemplaron como injerencias extranjeras[44].

Como podrá imaginarse el lector de estas páginas, quien las escribe conoce solo "de oídas" la suerte que corrió el trasplante del Consejo galo en el seno de la ¿administración? de los últimos señores del horizonte. Pero lo que me interesa destacar es que incluso poniendo en juego todo mi empeño, no hubiera podido ir mucho más allá en el estudio del Consejo otomano/francés. Intuyo por ello que la vía abierta por la historia de los trasplantes no desemboca en la historia global, toda vez que aquella sigue estando limitada por las fronteras de la cultura jurídica occidental, lo cual, por cierto, creo que ya es de por sí bastante. Claro está que hay espacio para excepciones, pero en todo caso conviene recordar que disponemos de excelentes monografías históricas sobre el derecho administrativo que no se han limitado a dar cuenta de evoluciones nacionales, las cuales, si bien no se detienen en el análisis de la versión española, resultan de manejo imprescindible para sus estudiosos[45]. Y es que, dado que España dejó de contar en el panorama europeo desde 1808 en adelante, son muy pocos los iushistoriadores que no siendo españoles o, enamorados de lo español, tengan interés por conocer el proceso de estatalización peninsular. Este desinterés conecta con otro capítulo que creo debe ser tenido en cuenta por los estudiosos de la historia de la Administración y su derecho, a saber: la "invisibilidad historiográfica" del mundo hispanoamericano contemporáneo.

Y es que son muy pocos los expertos que integren las experiencias iberoamericanas en la historia comparada de ese constitucionalismo moderno que sentó las bases jurídico-políticas del Estado Nacional[46]. Exagerando un poco, cabría sugerir que dicha invisibilidad responde a la expulsión de Iberoamérica de las narrativas de la modernidad que fue llevada a cabo por esa tradición intelectual europea que hunde sus raíces en el siglo ilustrado. En efecto, la famosa reflexión "científica" sobre la naturaleza americana, que según Buffon resultaba inferior a la del Viejo Mundo, fue trasladada a la sociedad por una serie de autores tan relevantes como Hegel, lo que a nuestros efectos podría resumirse más o menos así: al igual que el león se convirtió

---

[44] Marta LORENTE (coord.), *La jurisdicción contencioso administrativa en España. Un estudio de sus orígenes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

[45] Luca MANNORI, Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo,* Laterza, Bari, 2013.

[46] Marta LORENTE, "Catholic Constitutionalism in the Hispanic World (1808-1826)", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung Iuris*, núm. 130, 2013, pp. 326-347

en jaguar en el Nuevo Mundo, la constitución se degradó hasta hacerse irreconocible al entrar en contacto con el suelo americano [47].

Todo lo dicho hasta aquí me permite formular el siguiente diagnóstico: la historiografía sobre la Administración española y su derecho está en exceso obsesionada por localizar y analizar" influencias", que en más de una ocasión distorsionan el conocimiento de lo que de particular tiene su propia historia. En mi opinión, traducimos al castellano términos foráneos con demasiada alegría, satisfechos como estamos de que las lenguas europeas, la francesa en especial, nos sean accesibles. Sin embargo, hay muchos "falsos amigos" conceptuales que nos permiten disfrazar la historia de nuestra administración con el atavío tricolor de la gala. Esta propuesta coincide en buena medida con la que cabe inferir de las palabras consignadas por L. Medina en el arranque de su *Historia del Derecho administrativo español*: "Hay que subrayar, no obstante, a modo de parcial disculpa (quizá válida también para excusar algunos defectos de la presente investigación), que hasta la fecha ningún historiador ha escrito una historia del Derecho administrativo español. Las aproximaciones más completas con las que contamos son todas de profesores de Derecho Administrativo" [48].

Medina, sin duda, tiene razón, pero no hay que olvidar que hacer una historia de la Administración española y de su derecho tiene algo de tarea hercúlea. A todas los inconvenientes imaginables —sobreabundancia de fuentes, dispersión de las mismas, problemas archivísticos, etc.—, se le debe añadir una enorme dificultad, a saber: tratar de compaginar, los resultados alcanzados en lo que P. Costa ha denominado "historia de la tradición, historia en la tradición", una feliz expresión que se ha convertido en un lema para muchos. No obstante, el iushistoriador italiano también afirma que si bien se puede hablar de esas dos líneas de investigación de la historia jurídico-disciplinar, resulta muy difícil producir argumentos que hagan no solo plausible, sino obligatoria la elección a favor de una u otra [49].

A pesar de todo ello, las siguientes páginas trataran de identificar lo que podría unirnos a partir del análisis de lo que nos viene separando. Vaya, no obstante, por adelantado que los conocimientos de quien las escribe no dan para mucho más que para animar el debate.

---

[47] Antonello GERBI, *The Dispute of the New World: The History of a Polemic, 1750-1900*, University of Pittsburgh Press, Pirrsburgh, Pennsylvania, 1973.

[48] Luis MEDINA, *Historia del Derecho administrativo español,* Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 26.

[49] Pietro COSTA, "Sapere, disciplina, disciplinamento: verso una nuova storia della cultura giuridica?", *Annalli della Facoltè de Giurisprudenza. Università de Macerata,* n-s II, 1989, pp. 993-1027 (p. 1027).

2. LA HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA Y DE SU DERECHO: PASADO TRADICIONAL, PRESENTE INQUIETANTE

"Al final de la Edad de Piedra y principios de la del Metal,
los españoles empiezan a organizarse"
Juan Beneyto, 1958

La rotunda afirmación de Juan Beneyto no proviene de ningún trabajo sobre el "ser de España", sino que la he extraído de su *Historia de la Administración española e hispanoamericana.* Gracias a la ausencia de fuentes procedentes del lejanísimo periodo histórico al que se refiere el iushistoriador alicantino, este no se empeñó en profundizar en la historia de las primeras instituciones de los españoles aplicando su método, por: tratar estudiar las instituciones "en cuanto parte de una Administración, para poder adquirir una visión unitaria y orgánica del conjunto". Pocos somos los que no hemos caído en la tentación de exagerar alguna vez, pero no he traído aquí las palabras de Beneyto para convertirlas en objeto de una fácil crítica, sino para subrayar que, al igual que la Administración tiene una fecha de nacimiento, también lo tiene su correspondiente historiografía. En ambos casos, la fijación de cronologías no es un presupuesto sino el resultado de la investigación, lo que impide reconocer que existen algunas, pocas, convenciones generalizadas entre los estudiosos.

2.1. Prehistoria e historia de la Administración: del ensalzamiento de las instituciones a la legitimación historicista del derecho público.

De entre todas, me interesa destacar una que, si bien ha concitado cierta unanimidad en el terreno de los principios, suele ser olvidada en numerosas ocasiones. Me estoy refiriendo al uso de textos producidos bien por diversas instituciones, bien por servidores de las mismas, que incorporan datos o relatos sobre el pasado de la institución. Valgan como ejemplos en este sentido dos conocidas obras: la *Practica del Consejo Real* de Pedro Escolano de Arrieta[50], y la *Colección de memorias* de Antonio Martínez de Salazar, que la precedió[51]. Y es que si bien ambas tuvieron una finali-

[50] El título completo es el siguiente: *Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos; con distinción de los que pertenecen al Consejo Pleno o a cada Sala en particular; y las fórmulas de las cédulas, provisiones y certificaciones respectivas. Dividida en dos tomos. Obra póstuma de Don [...], Caballero pensionado de la distinguida Orden de Carlos III, del Consejo de S. M., su Secretario, Escribano de Cámara más antiguo y de Gobierno del Consejo,* Madrid, Oficina de la Viuda e Hijo de Marín, 1796, 2 tt.

[51] *Coleccion de memorias, y noticias del gobierno general, y politico del Consejo : lo que observa en el Despacho de los Negocios, que le competen, los que corresponden à cada una de sus Salas, Regalìas, Preeminencias, y Autoridad de este Supremo Tribunal, y las pertenecientes à la Sala de Señores Alcaldes de Casa, y Corte / escrita por D. Antonio Martinez Salazar*, Madrid, Oficina de D. Antonio Sanz, 1764.

dad "práctica", remiten una y otra vez a la historia del Consejo Real para certificar su antigüedad y, por ende, su primacía respecto de los demás Consejos y agentes de la Monarquía. Es más, mucho antes de que los fervientes defensores del Consejo de Estado francés trataran de naturalizarlo, Martínez de Salazar, refiriéndose al Consejo Real e Castilla, ya nos ilustró sobre la "forma que tuvo en tiempo de los Reyes godos hasta la restauración de España". No parece que este "escribano de Cámara y de Gobierno del Consejo Real de Castilla" convenciera a Salustiano de Dios a los efectos de fechar la creación del Consejo[52], por lo que cabe preguntarse sobre la naturaleza y valor de lo que he venido a denominar prehistoria de la historiografía sobre la Administración.

Pues bien, cualquier conocedor del funcionamiento institucional de la Monarquía de España contestaría más o menos así: fuera quien fuera el autor, las remisiones a la historia de las instituciones realizadas en consultas, dictámenes, prácticas, tratados… tuvieron siempre como objetivo el enaltecimiento de la institución, no tanto en sí misma cuanto en relación con otras, en especial respecto de las más cercanas. La antigüedad y número de reconocimiento y distinciones reales, en suma, de privilegios, determinaban la posición de la institución justificando de paso su ámbito de poder. Ello no significa que muchos de los datos históricos recogidos en estas obras no sean fiables, ya que suelen proceder de los archivos de las distintas instituciones, pero hay que tener siempre presente cuál fue el objetivo perseguido por este particular "uso de la historia", habida cuenta que determinó por completo tanto la selección de datos como su interpretación.

La pugna entre corporaciones respondió a causas estructurales, propias de lo que se viene denominando Monarquías compuestas de naturaleza jurisdiccional. Esta lógica conflictiva traspasó las fronteras marcadas por las revoluciones burguesas, sobre todo en España[53], pero el espacio de la historiografía "ensalzatoria" de instituciones particulares se fue achicando al ritmo que se agrandaba el correspondiente a la historiografía del Estado/Nación. Es justo aquí dónde encaja la obra de Manuel Colmeiro, cuyo altísimo componente histórico la convierte, en mi opinión, en el ejemplo por excelencia de esa historiografía nacional/estatal constructora/legitimadora de la estatalidad española. Entre mis pretensiones no está añadir nada original e inteligente respecto de la extensa obra de D. Manuel, por lo que bastará subrayar algo conocido por todos: su labor como administrativista no se explica descontando su vocación de historiador, y, por consiguiente, su comprensión del papel jugado por la historia en la construcción del derecho administrativo.

No puedo afirmar con seguridad que con Colmeiro arranque una historiografía constitucional/administrativa española, pero sí de la condición de referente que

---

[52] Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522*), CEPyC, Madrid, 1982.

[53] Fernando MARTÍNEZ, *Gubernativas e insuplicables. Competencias de jurisdicción entre Monarquía judicial y Estado administrativo (1768-1845),* Dykinson, Madrid, 2022.

tuvo su obra durante muchísimo tiempo[54]. Una obra que también se explica en el contexto de la búsqueda de un relato histórico nacional de enfoque moderno que sustituyese el contenido en la obra del Padre Mariana, la cual, contra todo pronóstico, siguió enseñoreando el mercado historiográfico hasta el avanzado año de 1848, en el cual Eduardo Chao escribió una continuación más de la obra de Mariana. La sustitución llegó de la mano de Modesto Lafuente, cuya obra formó la conciencia histórica de varias generaciones sobrepasando la frontera del siglo[55]. Pero lo que aquí interesa resaltar es que mientras la historia de Lafuente era una historia de "hechos", la cultivada por Colmeiro era de naturaleza bien distinta, como bien puede apreciarse en este párrafo extraído de la introducción de *Derecho administrativo español* (1850): "No es sin embargo mi obra una relación descarnada de las disposiciones administrativas, sino una exposición crítica en la cual se hallarán á cada paso enlazadas la teoría y la práctica, habiendo consultado las tres fuentes de esta clase de doctrinas, á saber, la ciencia, la historia y el derecho".

Llegados aquí, solo resta cerrar el presente epígrafe con la siguiente interrogante: ¿Cuánto queda de Colmeiro en la historiografía actual? No me estoy refiriendo a la condición de objeto de estudio que tiene su obra en lo que atañe a la construcción de una historia de la Administración y su derecho, sino a su metodología y concepción de la historia. Si pudiéramos hacer esta pregunta a Juan Beneyto, seguramente hubiera respondido que compartía con Colmeiro esa idea según la cual la Administración no era una construcción, sino un dato intemporal, con independencia de que presentase configuraciones distintas a lo largo de la historia. Beneyto, sin embargo, escribió mucho después que D. Manuel, lo que sin embargo no sirvió para que se sintiera interpelado por los mensajes contradictorios procedentes de los trabajos que incluyó en su bibliografía, como claramente se infiere de sus numerosas remisiones a la obra de Otto Brunner, la cual, como es bien sabido, constituye hoy el referente por antonomasia de las iushistoriografias de la discontinuidad.

2.2. Consolidación del derecho público/administrativo y profesionalización de la iushistoriografía española. 1978: rupturas y continuidades.

Sabido es que desde la mitad del XIX en adelante se consolidó la gran dicotomía público/privado, que, siendo un trasunto de la separación Estado y Sociedad, tuvo como causa/consecuencia la construcción jurídica del "polo pubblicistico[56]. La enorme cantidad de estudios sobre esta compleja cuestión aconseja no insistir en

[54] Gracias también a la renovación de los planes de estudio. Sobre esta concreta cuestión, vid. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, "Las asignaturas de derecho político y administrativoel destino del derecho público español", 1983 (disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2117558*) [Consultado en 01/03/2024].

[55] José ÁLVAREZ JUNCO, Gregorio DE LA FUENTE MONGE, *El relato nacional. Historia de la historia de España,* Taurus, Madrid, 2017.

[56] Bernardo SORDI, *Diritto pubblico e diritto privado. Una genealogía storica,* Il Mulino, Bolonia, 2020.

ella, aunque no está de más recordar que la antedicha separación adoptó en España ritmos y características propias. Justo por ello, conviene tener presente que la constitucionalización de los derechos individuales obrada por el Código Civil español fue de fecha muy tardía, por lo que hasta el momento de su entrada en vigor la historia siguió formando parte del derecho. Así pues, solo cuando el Código la "liberó" definitivamene, la iushistoriografía pudo emprender el camino de su profesionalización, alcanzando definitivamente su nuevo status en la década de los veinte del Novecientos con la fundación del Anuario de Historia del Derecho Español[57]. En resumen, la iushistoriografía "profesional" vio la luz en España muchas décadas después de la consolidación del derecho administrativo, lo cual, obviamente, obliga a preguntarse sobre la reproducción/reformulación de concepciones "administrativas" en el campo iushistoriográfico.

La historia de la historiografía jurídica española se ha contado demasiadas veces, por lo que bastará aquí remitir a ese "tiempo de rupturas" que fueron las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo. Fue justo entonces cuándo algunos, mirando hacia atrás con cierta ira, criticaron los fundamentos de la tradición iushistoriográfica española. Las décadas inmediatamente anteriores a 1978 asistieron a un proceso de renovación historiográfica, que permitió afirmar a Mariano Peset en un polémico escrito publicado en el mismo año en que se aprobó la primera norma española: "En los últimos años han aparecido numerosos estudios sobre cuestiones de método que son claro indicio de que algo está cambiando"[58]. Esas "cuestiones de método" habían puesto entre paréntesis nada más y nada menos que los fundamentos de una tradición iushistoriográfica que no era un mero producto del franquismo puesto que se remontaba a tiempo atrás[59], con independencia de que se hubiera reformulado (o, según algunos, reinventado) en el curso de cuatro largas y dolorosas décadas plegándose a las necesidades de legitimación de un régimen político para el que la voluntad ciudadana no contaba.

La discusión metodológica convirtió en objeto de crítica las que hasta entonces habían sido las señas de identidad de la historiografía jurídica española (medievalismo, positivismo, nacionalismo español, etc.). La autarquía, o si se quiere, ese aislamiento que dominando el terreno de lo político había contaminado el iushistoriográfico[60], se fue quebrando a lo largo de las décadas de los sesenta y setenta del pasado siglo. Más adelante, la entrada en vigor de la primera norma española permitió hacer dos

---

[57] Manuel MARTÍNEZ NEIRA, "Los orígenes de la historia del derecho en la Universidad Española", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, *núm.* 3, 2000, pp. 71-164.

[58] Mariano PESET, "Prólogo", a la obra de Antonio PÉREZ MARTÍN y Johannes-Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen,* Universidad de Valencia Secretariado de Publicaciones, Valencia, 1978, p. XII.

[59] Jesús VALLEJO, "La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira", en Gustavo. E. PINARD, Antonio MERCHÁN, *Libro Homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998, pp. 765-782.

[60] Mariano PESET, José Luis PESET, "Vicens Vives y la historiografía del derecho en España", en Johannes-Michael SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik,* Frankfurt am Main, 1977, pp. 176-262.

ejercicios que guardaban una estrecha relación entre sí: en primer lugar, se pudo hacer historia desde un presente de libertades individuales y, en segundo, se pudo pensar el pasado desde un presente que reconocía la pluralidad territorial del Estado constitucional español. Pero hay algo más. De la misma forma que lo hiciera la portuguesa[61], la historiografía jurídica española salía de una larga travesía en el desierto demostrando una enorme fortaleza; como bien advirtieron algunos observadores foráneos, la necesidad imperativa de criticar fuertemente la doctrina estatal sobre la formación de ambas naciones permitió a algunos historiadores del derecho "dar el portazo a toda la cultura de las dictaduras"[62].

Este es, *grosso modo*, el "estado de la cuestión" descrito en términos muy positivos por Tomás y Valiente en un importante Congreso florentino[63]. Sin embargo, también también localizó algunos nubarrones que oscurecían ese espléndido panorama que estaba siendo celebrado en la ciudad italiana por propios y ajenos; con sus propias palabras: "Estos estudios y alguno más digno de no ser olvidado, no han provocado un verdadero debate. Voces paralelas, cada una sigue su curso y produce sus propios ecos, pero sin que entre nosotros haya habido en estos últimos veinticinco años una serena y abierta discusión científica que aclare planteamientos, defina presupuestos teóricos, sirva de fundamento para ulteriores ejecuciones de lo teóricamente postulado y diferencie (sin enfrentamientos u hostilidades personales) a unos de otros"[64]. Y es que si bien la práctica totalidad de los participantes en el encuentro florentino coincidía en la crítica a la historiografía jurídica hasta entonces dominante, que en el caso español se personificaba en la figura de García Gallo y de su por tantos motivos compleja escuela, no por ello compartían presupuestos de futuro: siempre y cuando la entendamos en términos de empresa colectiva, en 1989 la renovación historiográfica española estaba dando ya signos de agotamiento[65].

El optimismo que desprendía el mensaje historiográfico contenido en *Hispania* resulta ser un tanto ininteligible si no se tiene en cuenta que el Congreso florentino se celebró justo antes de que desaparecieran los últimos síntomas de esa monumental resaca producida por la recuperación del tracto constitucional en España. Sin embargo, tres décadas más tarde, de aquel optimismo político/historiográfico que en su momento embargó a la mayoría de los profesionales de la historia, queda más bien

---

[61] Johannes-Michael SCHOLZ, "Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 550, 1982, pp. 633-661.

[62] Jean-Frédéric SCHAUB, "El pasado republicano del espacio público", en François-Xavier GUERRA y Annick LEMPÉRIERE, *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos* XVIII-XIX, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos/Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pp. 29-30.

[63] *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales: Atti dell´incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989,* a cura di Paolo GROSSI, Bartolomé CLAVERO, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Giuffrè, Milán, 1990. Sobre su relevancia, vid. Antonio SERRANO, "Hispania, después de entonces", *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 60, 1990, pp. 633-654.

[64] Ibid. p. 39.

[65] Marta LORENTE, "'Pensamiento único' e historia del derecho: dificultades y obstáculos en la 'globalización' iushistórica", *Initium,* núm. 5, 2000, pp. 433-471.

poco. El famoso "declive del hombre público" enseñorea hoy el campo historiográfico[66], lo que se ha traducido en que la mayoría de sus cultivadores han rebajado o neutralizado definitivamente sus pretensiones políticas.[67] El abandono ha arrojado múltiples consecuencias, muchas de ellas negativas; en palabras de Tomás y Valiente: "Todo eso, y otros fenómenos derivados, ha ocurrido en poco más de una década y ha conducido a muchos historiadores a una crisis de conciencia profesional, a la sensación de fracaso colectivo y a la angustia de ocuparse en un trabajo no sólo estéril, sino incluso engañoso por ser fuente de falsos y aparentes conocimientos"[68].

Los historiadores del derecho no han constituido una excepción. Aquel optimismo que caracterizó el debate metodológico en los sesenta y setenta conformó una actitud hoy por hoy inexistente o, en todo caso, rarísima en lo que al cultivo de la historia jurídica se refiere[69]. A ello debe sumarse que la renovación historiografía ha dejado de concebirse como una empresa colectiva arrojando un balance descorazonador. Jesús Vallejo lo ha descrito muy bien: "El cambio ha sido —está siendo— profundo, y ha provocado actitudes diversas, desde la adhesión entusiasta hasta la afectada ignorancia, pasando por el prudente distanciamiento del observador interesado y perplejo. Hay innegablemente cesura (…)"[70]. A día de hoy, en definitiva, cambio(s) y tradición disciplinar conviven sin sentir necesidad alguna de establecer lazos de comunicación desde hace varias décadas[71], lo cual, por otro lado, no resulta ser una característica exclusivamente española[72]. No me extenderé en los conflictos intrafamiliares, limitándome a subrayar que son casi de conocimiento obligatorio para los "ajenos", quienes en más de una ocasión acumulan informaciones contradictorias sin sospechar que lo son[73].

---

[66] Richard SENNETT, *El declive del hombre público,* Península, Barcelona, 2002 (la primera edición inglesa de esta conocida obra se publicó en 1974).

[67] Josep FONTANA, *La historia después del fin de la historia,* Crítica, Barcelona, 1992, p. 143.

[68] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Tríptico con prólogo y epílogo. (Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado)*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1993 (Este texto contiene la conferencia que Tomás y Valiente pronunció con motivo de la apertura de curso 1993-1994 en la Universidad Autónoma de Madrid. La cita exacta la extraigo de Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Obras Completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 4757).

[69] Jesús VALLEJO, "Paratonía de la Historia Jurídica", *Mélanges de la Casa de Velázquez,* vol. XXXI, núm. 2, 1995, pp. 109-141 (p. 113).

[70] Ibid., p. 111.

[71] Un excelente panorama en Margarita SERNA VALLEJO (coord.), *La historia del derecho en España a través de las revistas histórico-jurídicas impresas (1924-2008). Banco de datos de todas las referencias contenidas en ellas,* Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia-San Sebastián, 2009.

[72] Un antiguo ejemplo de ausencia de diálogo en Aldo MAZZACANE, "Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull´etá moderna e contemporánea", *Scienza&Politica. Per una storia delle doctrine*, núm. 6, 1992, pp. 3-26.

[73] Los hay, sin embargo, que se han preocupado por hacer historias paralelas de gremios tradicionalmente alejados entre sí. Marta LORENTE, "Disolviendo fronteras. Notas para un diálogo con Darío G. Barriera", *Boletín Del Instituto De Historia Argentina Y Americana Dr. Emilio Ravignani*, núm. 57, 2022, pp. 147-157.

Pero lo que realmente importa aquí es levantar acta del estado de salud del diálogo o los diálogos que la iushistoriografía ha entablado con otros estudiosos del pasado. No me detendré demasiado en las complejas relaciones entre historiadores e iushistoriadores, ya que no importan demasiado en este foro. Baste simplemente hacer hincapié en que el desinterés de muchos historiadores respecto del pasado y presente de *lo jurídico* viene siendo una constante incluso en aquellos estudios en los que esta problemática constituye uno de sus principales objetos de reflexión. Los ejemplos son incontables, así que escogeré uno muy significativo. Y es que, en mi opinión, solo cabe contemplar como desinterés lo que se infiere de un pequeño desliz cometido por el excelente historiador británico Tony Judt, cuya obra ha tenido una extraordinaria acogida en España antes y después de su fallecimiento. En uno de sus últimos trabajos, traducido con celeridad al castellano, Judt abordó el análisis de la identidad europea desde una perspectiva de historia reciente que ya había desarrollado en su monumental estudio previo[74]. Pues bien, en su ensayo sobre Europa el historiador británico hace cuestión de su incierta geografía política poniéndola en relación con las capitales que acogen a las distintas instituciones europeas, las cuales, según Judt, se radican en las siguientes ciudades: "La Comisión y sus funcionarios tienen su sede en Bruselas. El Parlamento y sus comisiones se reúnen en Estrasburgo y Luxemburgo. El Tribunal de Justicia Europeo está en La Haya"[75]. No sé muy bien a qué Tribunal sito en la ciudad holandesa se refiere Judt, pero mucho me temo que del que habla sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sito en Luxemburgo desde 1952. El error geográfico pone de relieve el desconocimiento de las reglas de juego sin las cuales la Europa a la que se refiere Judt no existiría, lo que a su vez le impide valorar en su justa medida el enorme peso que el *silencioso* protagonismo del Tribunal ha tenido en la construcción de la esa ilusión que, aunque sea entre interrogantes, el historiador británico identifica con la Unión[76].

El problema, si así puede considerarse, no es nuevo. Desde que en 1994 Tomás y Valiente levantó acta de *lo que no sabíamos sobre el Estado liberal*, la desproporción entre el número de investigaciones sobre la historia de Nación y la propia del Estado no ha hecho sino aumentar[77]. Por sí mismos, empero, los números no explican la degradación del diálogo entre historiadores al que venimos asistiendo; la incomunicación, por el contrario, si lo puede ser. El viejo ejemplo de la famosa polémica sobre

---

[74] Tony JUDT, *Postguerra,* Taurus, Madrid, 2006.

[75] Tony JUDT, *¿Una gran ilusión? Un ensayo sobre Europa,* Santillana, Madrid, 2011, p. 121.

[76] Este fenómeno acústico, si es que así se me permite denominarlo, ha sido puesto de relieve hace ya varias décadas, como bien pone de manifiesto la enorme circulación de las expresiones utilizadas por Stein en el arranque de su artículo publicado hace ya más de treinta años: "Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe", Eric STEIN, "Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution"*, American Journal of International Law*, núm. 75, 1981, pp. 1-27 (p. 1).

[77] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Lo que no sabemos del Estado liberal (1808-1868)", en VV.AA., *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. I. Visiones generales,* Universidad Autónoma de Madrid/Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 137-145.

el Estado sirve para ejemplificar la anterior afirmación: mientras que las posiciones "antiestatalistas" más significativas procedieron de la iushistoriografía, y fueron asumidas en mayor o menor medida por los modernistas, son muy pocos los historiadores "contemporáneos" que interioricen las consecuencias de una comprensión "antiestatal" de las instituciones pre-modernas de la Monarquía Católica más allá de 1808. Así las cosas, la problemática de la discontinuidad, tan presente en la iushistoriografía preocupada por caracterizar las diferentes experiencias jurídicas, no ha calado en otros discursos historiográficos, cuyos autores acuden una y otra vez a estudios institucionales supuestamente clásicos sin reparar que estos se han convertido ya en objeto de estudio. Como antes apunté, empeñados como están en desnaturalizar la nación[78], muchos se han olvidado de desnaturalizar el Estado, por lo que cuestiones tan básicas como el establecimiento de una mínima cronología respecto de su formación no han suscitado un debate similar al que se ha entablado en torno al término España. Todo ello, en definitiva, se ha traducido en un auténtico diálogo de sordos.

El diálogo con los juristas tampoco goza de muy buena salud. Dejando a un lado el análisis de la historiografía preocupada por la búsqueda de los "más remotos" orígenes de disciplinas jurídicas actuales, la entrada en vigor de la primera norma española produjo un efecto de *ahistorización* en los juristas que supuso una ruptura con ciertas tradiciones previas, algunas por supuesto más que justificadas[79], habida cuenta que mientras que algunos habían trasladado debates jurídico/políticos de presente al pasado, otros se dedicaron a hacer historia por carecer de derecho[80]. En cualquier caso, todo ello fomentó el acercamiento entre juristas e historiadores del derecho, el cual, quizás por simple inercia, se extendió más allá de la entrada en vigor de la Constitución[81]. Sin embargo, descontando por supuestos excepciones muy notables[82], a día de hoy no sólo hay menos juristas interesados por la historia, sino que además muchos de aquellos que siguen estándolo no se han preocupado por hacer un mínimo seguimiento de la evolución de la iushistoriografía en aquellos temas que son objeto de su atención[83].

---

[78] Otros, por supuesto, no: VV.AA., *España. Reflexiones sobre el ser de España*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1998.

[79] Francisco RUBIO LLORENTE, "Nota preliminar a la edición española", en Ekkehart STEIN, *Derecho político*, Aguilar, Madrid 1973, pp. XI y ss.

[80] Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, "¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo xx?", *Anuario Constitucional y parlam*entario", núm. 9, 1997, pp. 71-128.

[81] Valga por todos los ejemplos de los Symposia de Historia de la Administración.

[82] Alejandro NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional: historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón,* Ariel, Barcelona, 1996; del mismo autor, *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes Constituyentes de 1836-1837,* Ariel, Madrid 2011. En otro orden de cosas, también debe subrayarse la existencia de empresas editoriales que, aun siendo esencialmente jurídicas, dedican un importante esfuerzo a la historia: este es el caso de Iustel, que desde hace años viene publicando fuentes para la historia jurídica (*http://www.iustel.com/editorial/?b=&destaca=2&ss=Catalogo_completo_de_publicaciones_Iustel*) [Consultado en 01/03/2024].

[83] Fernando MARTÍNEZ, "Venti anni di storiografíe amministrative in Spagna", *Le Carte e la Storia*, núm. 1, 2005, pp. 17-32.

Trataré de ejemplificar las anteriores afirmaciones evitando problemas, lo que simplemente quiere decir que me situaré en un campo diferente al posiblemente minado "administrativo": la historia constitucional o del constitucionalismo. Esta sigue siendo cultivada por un importante sector de los constitucionalistas españoles, quienes tienen en la revista *Historia constitucional* un excelente órgano de expresión que se ha caracterizado desde su misma fundación por una generosa apertura de horizontes[84]. Sin embargo, la historiografía constitucional cultivada por los constitucionalistas se ha comportado de forma similar a la historiografía, digámoslo así, política, en la medida en que comparte con ella un similar desinterés respecto de la nueva iushistoriografía española. En el origen de esta última también estuvo Tomás y Valiente, dado que fue uno de los primeros que llamaron a la construcción de una nueva historia del constitucionalismo,[85] consciente como fue que la entrada en vigor de la Constitución de 1978 cambiaba por completo el punto de partida historiográfico[86]. No es necesario seguir la evolución posterior de Tomás y Valiente en este aspecto puesto que, como era habitual en él, saludó con entusiasmo la emergencia de nuevas orientaciones en el estudio de la historia constitucional. "¿Conclusiones? No soy yo quien las formule en términos generales. Es pronto. Sólo me atrevo a decir que un nuevo modo de estudiar el constitucionalismo está surgiendo o ha surgido ya entre nosotros y que tanto por la formación, el rigor y el entusiasmo de sus cultivadores como por la confluencia de perspectivas complementarias entre sí se están llenando huecos a la carrera y, sobre todo, se está pensando con una nueva mentalidad. La que consiste en olvidar tópicos, descubrir problemas, buscar influencias y procurar la integración de conocimientos"[87].

Desde entonces, la historia del constitucionalismo ha sido uno de los campos más trabajados en los últimos años por la iushistoriografía; sin embargo, pocas de sus reflexiones han sido tenidas en cuenta por los constitucionalistas interesados por la historia. La actual normatividad constitucional no servido para limitar la excesiva identificación entre historia política e historia constitucional que había marcado a fuego la investigación sobre estas cuestiones bajo el franquismo[88]. A pesar de que si algo no abunda entre los diferentes historiadores del constitucionalismo es la manía de identificar convenciones[89], hay una muy extendida según la cual se da por supues-

---

[84] *http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/index [Consultado en 01/03/2024]*. Junto a esta revista, debe también citarse otra de similar calidad: "Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional" (*http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/Portada.html*) [Consultado en 01/03/2024].

[85] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español", *Sistema,* núm. 17-18, 1977, pp. 71-88.

[86] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español", *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. LXXX, 1980, pp. 721-751.

[87] Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Presentación*, *Historia Contemporánea,* núm. 12, 1995 (la cita la extraigo de Id. *Obras,* cit., p. 4883).

[88] Marta LORENTE, *Cultura constitucional e historiografía del constitucionalismo en España*, (disponible en: *http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier5.pdf*) [Consultado 01/03/2024].

[89] Hasta el punto de que su ausencia ha abocado a algunos a preguntarse por la misma existencia de una historia constitucional de España: José María PORTILLO, "¿Existe una historia constitucional

to que existen diversas versiones de capítulos de nuestra historia constitucional que se corresponden con las diversas tradiciones disciplinares sin importar en absoluto que dichas versiones no tengan ni un solo punto de conexión: así, por ejemplo, hay un Cádiz de constitucionalistas que nada tiene que ver con los de otros estudiosos del "momento gaditano, aunque no alcanzo a comprender para qué sirve hoy a los cultivadores del derecho constitucional. En todo caso, tampoco aquí hay diálogo, sino silencio[90].

Quien me haya seguido hasta aquí puede reprocharme el registro victimista que vengo utilizando; sin duda, tendrá toda la razón. Y es que si bien la iushistoriografía española ha contribuido notablemente a dinamitar los puentes que en su día existieron, lo cierto es que no se ha esforzado en absoluto por levantar otros acordes con su tiempo. Así, por ejemplo, y sin salirme de esa zona de confort que es la historia del constitucionalismo español, pondré una ejemplo clarísimo de desconexión iushistoriográfica: el tradicional órgano de expresión de la iushistoriografía profesional española, el ya centenario Anuario de Historia del Derecho Español, ha prestado escasísima atención a la historia constitucional luego de la aprobación de la primera norma española[91]. A este dato cuantitativo se le añade otro cualitativo mucho más relevante, a saber: un creciente desinterés por la problemática jurídica actual se viene extendiendo en un amplio sector de la iushistoriografía española, lo que la está conduciendo a transitar cada vez más por esa senda reservada a los anticuarios. Por ello, y aunque solo sea por instinto de supervivencia, le convendría" desarrollar su propio espacio, reconstruyendo en los puentes dinamitados en las últimas décadas por tantas y tan diversas razones.

3. ¿QUÉ HACER?

"Los historiadores nos asomamos a mundos extraños,
lejanos no en el espacio, pero sí en el tiempo. Conocemos
de ellos testimonios fragmentarios, y solemos estimar que sabemos
lo suficiente para entenderlos. Pero ¿cómo podemos de verdad
valorar la potencialidad de nuestros instrumentos de acceso,
de nuestros términos, de nuestros conceptos, de nuestros métodos?
Jesús Vallejo, 2001.

---

de España? Reflexiones sobre un primer manual de esta especie." *Revista de las Cortes Generales,* núm. 24, 1991, pp. 295-341.

[90] Un silencio que sin embargo contrasta con la buena recepción que en diversos países hispanoamericanos están teniendo muchas propuestas que provienen de una renovada iushistoriografía constitucional muy atenta a las discontinuidades. A ello contribuye el estado de historiografía americanista, que se está librando a la carrera del corsé nacionalista que durante tanto tiempo la oprimió. Un significativo ejemplo en: VV.AA., *La revolución novohispana 1808-1821,* Centro de Investigación y Docencia Económica/Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

[91] Jesús VALLEJO, "Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España (1978-2003)", *Istor,* núm. 16, 2004, pp.136-165.

Mi primera respuesta a la interrogante es sin duda ramplona, por mucho que el famoso *Что делать?* leninista fuera un listado de propuestas organizativas y estratégicas. Bromas aparte, estoy cada vez más convencida de que la multiplicación infinita de foros de debate que, con base en la actual situación de las instituciones académicas, alientan y permiten las nuevas tecnologías, viene arrojando un saldo más negativo que positivo. Confío en que experiencias como la presente sirvan para contrarrestar la opinión de los profetas del advenimiento de una gloriosa nueva era marcada por la condición virtual de las relaciones humanas, los cuales, por cierto, cada vez se hacen más numerosos en el gremio de los historiadores, en especial de aquellos sectores obsesionados por ampliar el marco geográfico de sus investigaciones.

En el presente epígrafe trataré de formular una serie de propuestas concretas destinadas a tender esos puentes a los que a los que antes me he referido. Debo advertir, no obstante, que la lista es tan exigua como concretas son las propuestas, habida cuenta de que todas ellas provienen en exclusiva de mi experiencia como investigadora de lo que, por economizar, puede denominarse historia de la formación del Estado español.

3.1. Historia de la Administración, historia del Derecho Administrativo.

Hace ya más de cincuenta años que se fundaron los *Quaderni Fiorentini,* una revista que pretendió ser un banco de encuentro y trabajo para historiadores, juristas y otros científicos sociales, preocupados tanto por el ayer como por el hoy y el mañana. Formó parte de una empresa colectiva más amplia, cuyo director, P. Grossi, presidió hasta su reciente deceso, cuyo objeto es analizar la "storia del pensiero giuridico moderno". No por casualidad, uno de sus directores, P. Costa, formuló en su momento una advertencia metodológica, insistiendo en que no debían mezclarse textos doctrinales con expedientes institucionales a la hora de dar cuenta de la historia del "pensiero giuridico". Cierto es que, como nos suele suceder a todos, Costa se ha desdicho en más de una ocasión, pero me serviré de sus palabras para justificar lo que aquí quiero defender.

En efecto, creo que conviene deslindar con claridad los campos correspondientes a la historia de la Administración y a la historia del derecho administrativo porque, aunque en principio no lo parezca, no siempre se complementan. Es más, como recientemente ha puesto de relieve A. Luque en su trabajo sobre el Consejo Real de España e Indias, la famosísima, y determinante para la formación del derecho administrativo, "disolución de los Consejos" dio lugar a la creación de un discurso historiográfico por parte de los impulsores del Estado administrativo en España, el cual, sin embargo, no resiste el contraste con la documentación procedente del momento en que se disolvieron, o pretendieron disolver, los antiguos Consejos de la Monarquía de España. Las fuentes archivísticas dicen cosas muy diferentes a las sostenidas por los creadores del invento, quienes, en buena lógica, ocultaron o distorsionaron la verdadera problemática del momento.

Hay, pues, una historia de dispositivos y mecanismos institucionales que, si bien responde en último extremo a comprensiones generales, no se ajusta en absoluto a estas últimas. Se me podría advertir que esto es siempre así, que una cosa son las normas y otra muy distinta su aplicación, que la jurisprudencia doctrinal tiene pretensiones programáticas y valor performativo, etc., pero lo cierto es que cualquier seguimiento minucioso de los antedichos dispositivos demuestra que los juristas trataron de responder a la problemática de su tiempo, por lo que tanto sus empresas como sus construcciones estuvieron muy pegadas a la "realidad administrativa" de las diferentes etapas. Valga por todos el ejemplo del gran compilador decimonónico, Marcelo Martínez Alcubilla, cuyas obras, en especial el *Diccionario de la administración española,* tuvieron como objetivo principal suplir las deficiencias de la organización de la publicación de la ley en España.

No dispongo de una varita mágica con la que solventar el problema, pero de lo que sí estoy muy segura es que la historia de la construcción de la Administración moderna en España no se puede basar en el análisis de normas y jurisprudencia en exclusiva, por más que ambas sean de manejo tan obligado como imprescindible. De no ser así, deberían buscarse rótulos menos engañosos, como por ejemplo "historia de las disposiciones normativas referentes a la Administración, "historia de la jurisprudencia del Consejo de Estado", o, ampliando el espectro, "historia de los debates parlamentarios sobre la Administración". También soy consciente de que a nadie se le puede exigir que maneje hasta el último papel relacionado con su objeto de estudio, pero convendría asumir que no se puede identificar la historia de cualesquiera instituciones con la de los textos legales que pretendieron regularlas. De ser así, y vuelvo a la investigación de A. Luque, nos podríamos llegar a creer que los Decretos de marzo acabaron de una vez por todas con la comprensión del ejercicio de poder en términos jurisdiccionales, lo que a su vez nos llevaría a tener que ocultar, o trasfigurar, ese permanente foco de dolores de cabeza que fueron las competencias de jurisdicción[92].

3.2. Algunas notas sobre la "excepción" española.

Hoy contamos con un abultado número de obras extraordinarias sobre la construcción del derecho administrativo en Europa, por lo que sus enseñanzas deberían estar muy presentes en cualquier investigación sobre este particular objeto. Creo, sin embargo, que una historia "española" no puede limitarse a trasladarlas sin más a la piel de toro, haciendo para ello un ejercicio de ajuste forzado en orden a normalizar el proceso español. Llegados aquí, también puede advertírseme que solo los necios se embarcarían en este tipo de empresas traductoras, pero lo cierto es que circulan una serie de convenciones que creo poder afirmar que, en último extremo, proceden de aquellas. Valgan como ejemplo las siguientes.

---

[92] Fernando MARTÍNEZ, *Gubernativas e insuplicables. Competencias de jurisdicción entre Monarquía judicial y Estado administrativo (1768-1845),* cit.

Primero: La ciencia de la policía es el antecedente del derecho administrativo.

Claro está que Stolleis puede sostener esta afirmación, pero lo ocurrido en la Monarquía de España dista mucho de lo ocurrido en el Sacro Imperio Romano Germánico antes y después de su disolución. Amén de las limitadas traducciones y producciones autóctonas, así como de su nula difusión en ámbitos académicos, una simple ojeada al panorama jurídico-cultural del Setecientos español nos demuestra que incluso los defensores, no solo de la ciencia de la policía, sino del derecho público en general, no tenían nada claro ni cuál debía ser su novedosa posición, ni qué hacer para alcanzarla. Resumiendo mucho: en España, el Derecho Público no solo estuvo aquejado de esa extendida enfermedad que fue el romanismo trasnochado, sino que además no pudo integrar las propuestas iusnaturalistas por cuanto que sus principales autores tuvieron el mal gusto de no profesar la verdadera fe[93]. En efecto, como sentenciara en su día un crítico, "en las Universidades no se adquiere otra idea del Derecho público que aquella división que nos propone el Emperador Justiniano, excusándose de tratar y explicar las materias y cuestiones públicas porque son dificultosas. Motivo que debiera obligarle a lo contrario"[94]. El panorama español no se asemejaba a otros europeos; lo advirtió ya el abate Juan Andrés, quien, en una carta dirigida a su hermano Carlos, dio cumplida noticia de la literatura de Viena, alabando la preparación jurídica del "infinito número de los que tienen un empleo", y extendiéndose en la inclusión en los estudios universitarios de una cátedra, ocupada por Sonnenfelds, "de ciencias políticas, o policía de los estados (…)" desconocida por completo en las Universidades de la Monarquía de España[95].

---

[93] Como bien puede colegirse de los planes de estudio de dos universidades. En el de la Universidad de Granada se dijo lo siguiente: "El Catedrático de Derecho Público tendrá presentes las Instituciones Juris naturae et Gentium justa Católica principia de Juan Baptista Almici: con la obra intitulada Juris naturae Larva detracta del Padre Anselmo Desing: el tomo sexto de la Teologia Cristiana del Padre Concina, y los demás Autores Españoles Publicistas, tanto Jurisconsultos como Teologos. Con cuyo manejo, y la correspondiente cautela, podrá también valerse el catedrático de las obras de Grocio, que tratan de este asunto: de Puffendorf, Tomasio: Heineccio: y Boemero, &c, de cuyas obras, y de las de otros Publicistas estrangeros sería conveniente expurgar lo que tengan digno de censura". Inmaculada ARIAS SAAVEDRA, "Estudio preliminar", en *El Plan de Estudios de la Universidad de Granada en 1776,* Universidad de Granada, Granada, 1996, p. 20. Por lo que toca a la Universidad de Sevilla, su plan también resulta muy ilustrativo: "Deberá pues, dar principio por el Derecho natural y de gentes, que como hemos dicho, es el origen y fuente de todas las leyes. La dificultad consiste en señalar la obra o autor que por ahora podrá servir para la enseñanza pública de este derecho, porque, aunque merece la primera atención el célebre Hugo Grocio, por haber sido el corifeo de los escritores de la presente materia, trató más del Derecho Público que del Natural, reduciendo su obra principalmente a las dos supremas regalías de la guerra y de la paz. El barón de Pufendorf, aunque abrazó uno y otro derecho por reglas y principios, siguiendo el camino que halló abierto por su precursor, formó una obra muy vasta y dilatada que no puede ser enseñada sin notas o escolios. Y, sin embargo, de haberla traducido con ellas en francés Juan Barbeyrac, se hallan éstas prohibidas en España, por estar tinturadas de la religión de su autor, cuyo inconveniente tienen otras varias obras de escritores protestantes". Francisco AGUILAR PIÑAL, "Estudio Preliminar", en *Plan de Estudios de la Universidad de Sevilla de Pablo de Olavide*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1989, pp. 132.

[94] "Representación hecha al Marqués de la Ensenada", *Semanario Erudito,* t. XV (1785), p. 40.

[95] *Carta del Abate D. Juan Andrés a su hermano D. Carlos Andres, dándole noticia de la literatura en Viena,* Imprenta de Sancha, Madrid, 1794, p. 14.

Segundo. El nudo gordiano de la separación de los ámbitos de la justicia y de la administración reside en la atribución de jurisdicción a esta última.

No quiero aburrir al lector con cosas más que sabidas, pero no sobra recordar que la principal objeción de Dicey al "droit administratif" fue la autorización para juzgar[96], que consideró, al igual que quien fuera su principal fuente, Tocqueville, escandalosa[97]. El famoso debate entablado en tiempos de la Restauración francesa sobre la "inconstitucionalidad" de la jurisdicción administrativa también giró en torno a la famosa "autorización" napoleónica, por lo que convendría no deslindar ambas cuestiones subordinando la problemática de la autorización a la de la jurisdicción administrativa.

Con todo, el 45' español tiene poco que ver con el año VIII napoleónico. En la España de aquel año no se alcanzó a plantear la dicotomía justicia ordinaria vs. Justicia administrativa en los términos franceses, ya que lo que verdaderamente importó fue dotar de fuero al único ministerio que no lo tenía, esto es, al de gobernación[98]. Así las cosas, y si relacionamos la autorización para juzgar con la pluralidad de fueros, no nos extrañará que fuera Hacienda, la que solicitase autorizaciones para juzgar[99], de lo que se deduce que la historia de la jurisdicción administrativa española no puede contemplarse únicamente como una delimitación de dos, y solo dos, espacios jurisdiccionales, lo que a su vez permite valorar en términos binarios la calidad de las garantías de derechos de los administrados. Hay, pues, una problemática netamente

---

[96] "In many continental countries, and notable in France, there exists a scheme of administrative law —know to Frenchmen as droit administrative— which rest on ideas foreing to the fundamental assumptions of our English common law, and especially to what we have termed the rule of law. This opposition is specially apparent in the protection given in foreing countries to servants of the State, or, as we say in England, of the Crown, who, whilst acting in pursuance of official orders, or in the bona fide attempt to discharge official duties, are guilty of acts which in themserves are wrongful or unlawful (…) It forms only one portion of the whole system of droit administrative, but it is the part of French law to which in this chapter I wish to direct particularly the attention of students" (la negrita es mía). Albert VENN DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution,* Londres, 1945, p. 329 (utilizo la novena edición de esta obra, aumentada con una introducción y apéndice de E.C.S. Wade. La primera edición se publicó en 1885).

[97] Se suele acudir más al *Antiguo Régimen y la Revolución* que a la *Democracia en América* a la hora de hablar de Administración; sin embargo, es justo en esta última obra dónde se refiere a la jurisdicción administrativa. Al joven Tocqueville le resultaba difícil hacer entender a los americanos, a quienes consideraba miembros de un pueblo libre, las disposiciones constitucionales francesas que habían negado la posibilidad de llevar a los funcionarios públicos ante el juez ordinario, ya que para ello se requería la decisión previa del Consejo de Estado. Según el autor de la *Democracia*, los americanos observaban primero que al ser el Consejo de Estado un gran tribunal establecido en el centro mismo del reino, constituía una especie de tiranía el hecho preliminar de hacer comparecer ante él a todos los funcionarios; pero cuando a continuación el pobre Tocqueville trataba de explicar a sus contertulios que el Consejo no era un cuerpo judicial, sino un órgano administrativo cuyos miembros dependían del rey, "(…) *se negaban a creer semejantes enormidades, y me acusaban de superchería o ignorancia".* Alexis DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, t.I, p. 99.

[98] Fernando MARTÍNEZ, "De la pluralidad de fueros al fuero de la administración (1834-1845)", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7, 2008, pp. 223-266.

[99] Debo esta información a Gabriel Ángel García Benito, a quien agradezco su generosidad.

española que dificulta su traducción al francés, o, lo que es lo mismo, que se resiste a ser diseccionada en ese lecho de Procusto que es la experiencia gala.

Tercero: No hay Administración moderna sin principio de legalidad.

También trataré de no aburrir extendiéndome en este punto, consignando un único mensaje en términos telegráficos. Hasta por lo menos la publicación del Código Civil en 1889, en España no se interiorizó el nuevo concepto (formal) de Ley que alumbró la revolución francesa, con sus correspondientes caracteres de abstracción, generalidad y necesaria publicidad. Es por ello que resulta un tanto inútil tratar de "normalizar" la problemática reglamentaria, ya que el siglo XIX bien puede contemplarse como el paraíso del reglamento independiente. El principal problema español residió en la incapacidad demostrada por todos los sucesivos Gobiernos y Parlamentos, fueran estos del signo político que fueran, de implantar ese nuevo concepto de ley. Con independencia de sus causas, dicha incapacidad arrojó una serie de consecuencias en el plano jurídico, que bien pueden resumirse así: de la misma manera que los "privados" se vieron en la obligación de probar ante la jurisdicción ordinaria tanto los hechos como el derecho aplicable, los "empleados públicos" solo se sintieron obligados por la normativa vigente cuando se les comunicaba personalmente[100].

3.3. De cronologías, temáticas y otras cosas menudas.

3.3.1. Una autonomía discutible: las posibles cronologías de la historia administrativa.

Ningún relato histórico puede presentarse privado de una cronología interna que, implícita o explícitamente, conforme su estructura. Por lo que se refiere a la cuestión que vengo tratando, soy de la opinión que se ha hecho un uso abusivo de la cronología política para dar cuenta de las diferentes etapas de la historia de la Administración española. Con ello no pretendo sugerir que revueltas, guerras, revoluciones, golpes de estado y, sobre todo, constituciones, no marcaran a fuego los más de doscientos años que nos separan de la quiebra de la Monarquía Católica, sino que no conviene utilizar este marco para insertar en él la historia de la administración y de su derecho en España. Esta última necesita una cronología propia, por mucho que para alcanzar convenciones deba tratar de contextualizarse de continuo. Y es que resulta más sencillo identificar periodos en la historia administrativa que hacer lo propio respecto del liberalismo, habida cuenta que la naturaleza "gaseosa" de este último casa mal con cualesquiera empeños "cronologizadores".

[100] Marta LORENTE, *La Voz del Estado,* cit.

3.3.2. ¿Qué es lo que realmente nació en el Cádiz de las Generales y Extraordinarias?

Pues pocas cosas. He tratado de convencer con poco éxito de lo razonable que resulta la siguiente afirmación: Cádiz no fue el comienzo de un nuevo mundo, sino la última oportunidad de reformar a fondo al que lo precedió. Dicho de otra manera: las constituyentes fueron más ilustradas que liberales, por más que este último término se utilizase en ellas casi por primera vez. Son muchas las razones que pueden ser esgrimidas para justificar esta afirmación, pero me limitaré a exponer las que me parecen más significativas.

La primera tiene que ver con el ámbito territorial de la Constitución, toda vez que la primera norma gaditana pretendió "constitucionalizar la Monarquía" y, consecuentemente, todos y cada uno de sus antiguos dominios. Ello significa que no fue exclusivamente peninsular, sino también americana, asiática y un poco africana, lo cual, por cierto, constituye el elemento más original del experimento constitucional doceañista. La segunda se refiere a la articulación de la Nación española, que no correspondió ni en todo ni en parte con las ensoñaciones voluntaristas del jovencísimo Conde de Toreno: la Nación española siguió siendo una corporación de corporaciones, por más que estas últimas se legitimasen mediante elecciones. Basta acudir a la inmensa Hispanoamérica para comprobar que, en virtud de la conversión en municipios la toda aquella agrupación humana que contase con más de mil almas, la lógica corporativa propia del Antiguo Régimen alcanzó cotas hasta entonces inimaginables, ya que no hubo aldea, pueblo de indios, villa o capital que no se apropiase de la jurisdicción en términos potencialmente exclusivos. La tercera se refiere a la nueva legitimación de las autoridades basada en las elecciones, que sin duda contribuyó a diseñar un auténtico cambio de paradigma político/constitucional. Pero si bien no hay historiador que no repare en ello, son muchos menos los que se detienen a explicar la multiplicación de grados del sufragio por la que apostó la Constitución doceañista, limitándose a justificar la opción atendiendo bien a su naturaleza elitista, bien a la insuficiencia de medios. Sin embargo, la multiplicación de los grados de sufragio (en Francia fueron dos) no solo puede explicarse en estos términos, ya que respondió punto por punto a ese intento de articular la Nación mediante la construcción de una pirámide de corporaciones en la que el sujeto individual tuvo escasa cabida.

3.3.3. De las cronologías a las temáticas: la cuestión colonial.

Confieso que nunca comprendí el porqué de la separación de la historia institucional de las Indias orientales y occidentales de la propia de la Monarquía de España. Tampoco soy capaz de entender la "expulsión" de las colonias de la historia de la Administración moderna, sobre todo si se tiene en cuenta que aquellas actuaron, bien como laboratorios de ensayos, bien como excepciones significativas: en ambos casos, la historia de la Administración necesita incluirlas. Pero lo cierto es que hay pocos

investigadores dispuestos a emprender la tarea de poner en relación la historia de la Administración peninsular con la propia de la colonial [101], limitándose la mayoría a explayarse en una o en otra. Sin embargo, no es este el camino que viene siguiendo la mejor historiografía hace ya varias décadas, en el cual el uso continuado del juego de espejos está arrojando magníficos resultados.

3.3.4. Sobre algunas "menudencias".

Si algo pone de relieve la magnífica obra de Rosanvallon (*L'Etat en France de 1789 à nos jours*) es que una buena parte de las "fuentes" utilizables no proceden de juristas y/o políticos, sino de técnicos o profesionales no relacionados directamente con estos últimos. Geógrafos, ingenieros, topógrafos, matemáticos, higienistas y un largo etcétera, determinaron la historia del Estado en multitud de ocasiones, por lo que sus discursos merecen ser tenidos muy en cuenta a la hora de historiar la administración. Claro está que a la proliferación de talentos en la Francia decimonónica no puede oponerse una contrapartida española, pero ello no puede servir de justificación para obviar la existencia de otros discursos, en principio no jurídicos, que contribuyeron a la formación y consolidación. No por casualidad, Luis Medina ha tenido que ir a la Escuela de Caminos para localizar orígenes de la ciencia española del Derecho administrativo, constatando además la relevancia otorgada por estos profesionales a las "Lecciones de Derecho público y administrativo" de Tomás María Vizmanos (1839/40). En resumen: Si bien la apertura de horizontes no suele dañar a nadie, en este caso tiene poco de opción y mucho de exigencia.

4. BIBLIOGRAFÍA.

Francisco AGUILAR PIÑAL, "Estudio preliminar", *Plan de Estudios de la Universidad de Sevilla de Pablo de Olavide*, Universidad de Sevilla, Sevilla, Sevilla, 1989.

José ÁLVAREZ JUNCO, Gregorio DE LA FUENTE MONGE, *El relato nacional. Historia de la historia de España,* Taurus, Madrid, 2017.

Inmaculada ARIAS SAAVEDRA, "Estudio preliminar", *El Plan de Estudios de la Universidad de Granada en 1776*, Universidad de Granada, Granada, 1996.

Miguel ARTOLA, *Introducción a la Legislación Histórica de España* (*http://www.mcu.es/archivos/lhe/Informacion/introduccion.jsp*) [Consultado en 01/03/2024].

Javier BARRIENTOS, "El oficio en su cultura jurisdiccional: una mirada posesoria", *Ius Fugit,* núm. 23, 2020, pp. 7-40.

Christopher BAYLY, *El nacimiento del mundo moderno. 1780-1914*, Siglo XXI, Madrid, 2010.

Julio CARO BAROJA, *Las falsificaciones de la historia,* Círculo de Lectores, Barcelona 1991.

Pio CARONI*, La soledad del historiador del Derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Dykinson, Madrid, 2010.

Carta del Abate D. Juan Andrés a su hermano D. Carlos Andres, dándole noticia de la literatura en Viena, Imprenta de Sancha, Madrid, 1794.

Linda COLLEY, *Britons: Forging the Nation, 1707-1837,* Pimlico, Estados Unidos, 1994.

[101] Me limito aquí a remitir en bloque a los trabajos "coloniales" de Julia Solla Sastre.

Sebastian CONRAD, *What Is Global History?,* Princeton University Press, Princeton, 2016.
Pietro COSTA, "Sapere, disciplina, disciplinamento: verso una nuova storia della cultura giuridica?", *Annalli della Facoltè de Giurisprudenza. Università de Macerata,* n-s II, 1989, pp. 993-1027 (p. 1027).
Dipesh CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference,* Princeton University Press, Princeton Oxford, 2000.
Salustiano DE DIOS, *El Consejo Real de Castilla (1385-1522*), CEPyC, Madrid, 1982.
Albert VENN DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution,* Londres, 1945.
Moses I. FINLEY, *Uso y abuso de la Historia,* Crítica, Madrid, 1979.
Josep FONTANA, *La historia después del fin de la historia,* Crítica, Barcelona, 1992.
Carlos FORCADELL, "Una nueva Historia General de España para nuestro tiempo", *Revista de Libros*, núm. 148, abril 2009 (*http://www.revistadelibros.com/archivo-rdl-*) [Consultado en 01/03/2024].
Inman FOX, *La invención de España. Nacionalismo liberal e identidad nacional,* Cátedra, Madrid, 1997.
Josep María FRADERA, "La dificultad de construir la nación", en Luis CASTELLS*, Del territorio a la nación. Identidades territoriales y construcción nacional,* Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pp. 181-233.
Josep María FRADERA, *Antes del antiimperialismo. Genealogía y límites de una tradición humanitaria,* Anagrama, Barcelona 2022.
Alfredo GALLEGO ANABITARTE, "Las asignaturas de derecho político y administrativo: el destino del derecho público español", 1983 (disponible en: *https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2117558*) [Consultado en 01/03/2024].
Antonello GERBI, *The Dispute of the New World: The History of a Polemic, 1750-1900*, University of Pittsburgh Press, Pirrsburgh, Pennsylvania, 1973.
Jason GOODWIN, *Los Señores del Horizonte: Una historia del imperio otomano*, Alianza Editorial, Madrid, 2016.
Michele GRAZIADEI, "Frontiere, legal transplants, comparazioni: le vie del diritto e l´incontro con il pluralismo", en *Pluralismo Giuridico. Itinerari contemporanei*, Giufré, Milán, 2023, pp. 23-57.
Dieter GRIMM, *Sobre la identidad del Derecho Público,* Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2015, pp. 18-25.
Serge GRUZINSKI, *Les quatre parties du monde – Histoire d'une mondialisation,* Editions de la Martinière, París, 2004.
Ranajit GUHA, *Una ley agraria para Bengala. Los comienzos de la dominación británica en la India*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2017.
António Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea: Síntesis de un milenio,* Tecnos, Madrid, 2002.
Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales: Atti dell´incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989, a cura di Paolo GROSSI, Bartolomé CLAVERO, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Giuffrè, Milán, 1990.
Jon JUARISTI, *El linaje de Aitor. La invención de la tradición vasca,* Taurus, Madrid, 1998;
Tony JUDT, *Postguerra,* Madrid, Taurus, 2006.
Tony JUDT, *¿Una gran ilusión? Un ensayo sobre Europa*, Santillana, Madrid, 2011.
Peter LASLETT, *El mundo que hemos perdido, explorado de nuevo,* Alianza Editorial, Madrid, 1987.
Juan J. LINZ, *Early State-Building and late peripherical nacionalisms againt the state. The case of Spain*, en Shmuel N. EISENSTADT, Stein ROKKAN, *Building States and Nations*, Beverly Hill, Sage, 1973.
Marta LORENTE, "Catholic Constitutionalism in the Hispanic World (1808-1826)", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung Iuris*, núm. 130, 2013, pp. 326-347
Marta LORENTE, "Después de Hispania. Algunas reflexiones sobre la historiografía jurídica en España (1989-2013)", en Bernardo SORDI (a cura di), *Storia e Diritto. Esperienze a confronto*, Giuffrè, Milán, 2013, pp. 81-120.
Marta LORENTE, "Disolviendo fronteras. Notas para un diálogo con Darío G. Barriera", *Boletín Del Instituto De Historia Argentina Y Americana Dr. Emilio Ravignani*, núm. 57, 2022, pp. 147-157.
Marta LORENTE, ""More than just Vestiges. Notes for the Study of Colonial Law History in Spanish America after 1808", en Thomas DUVE, Heikki PIHLAJAMÄKI (cords), N*ew Horizons in Spanish*

Colonial Law: contributions to Transnational Early Modern Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main, 2015, pp. 193-233.

Marta LORENTE, *Cultura constitucional e historiografía del constitucionalismo en España*, (disponible en: *http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier5.pdf*) [Consultado en 01/03/2024].

Marta LORENTE, Identidad nacional e historiografía estatal", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013, pp. 451-473.

Marta LORENTE, (dir.), *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Un estudio de sus orígenes*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

Marta LORENTE, " *´Pensamiento único´ e historia del derecho: dificultades y obstáculos en la ´globalización´iushistórica*", *Initium,* núm. 5, 2000, pp. 433-471.

David LOWENTHAL, *El pasado es un país extraño,* Akal, Madrid, 1998.

Karl LÖWITH, *Historia del mundo y salvación. Los presupuestos teológicos de la filosofía de la historia,* Katz Editores, Buenos Aires, 2007.

Alasdair MACINTYRE, *La filosofía en la Historia,* Paidos 1990.

Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo,* Laterza, Bari, 2013.

Antonio MARTÍNEZ SALAZAR, *Coleccion de memorias, y noticias del gobierno general, y politico del Consejo : lo que observa en el Despacho de los Negocios, que le competen, los que corresponden à cada una de sus Salas, Regalìas, Preeminencias, y Autoridad de este Supremo Tribunal, y las pertenecientes à la Sala de Señores Alcaldes de Casa, y Corte / escrita por D. Antonio Martinez Salazar*, Madrid, Oficina de D. Antonio Sanz, 1764.

Manuel MARTÍNEZ NEIRA, "Los orígenes de la historia del derecho en la Universidad Española", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad*, núm. 3, 2000, pp. 71-164.

Fernando MARTÍNEZ, "De la pluralidad de fueros al fuero de la administración (1834-1845)", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7, 2008, pp. 223-266.

Fernando MARTÍNEZ, "Venti anni di storiografíe amministrative in Spagna", *Le Carte e la Storia*, núm. 1, 2005, pp. 17-32.

Fernando MARTÍNEZ, *Gubernativas e insuplicables. Competencias de jurisdicción entre Monarquía judicial y Estado administrativo (1768-1845*), Dykinson, Madrid, 2023.

Aldo MAZZACANE, "Tendenze attuali della storiografia giuridica italiana sull´etá moderna e contemporánea", *Scienza&Politica. Per una storia delle doctrine*, núm. 6, 1992, pp. 3-26.

Luis MEDINA, *Historia del Derecho administrativo español,* Marcial Pons, Madrid, 2022.

Alejandro NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional: historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón,* Ariel, Barcelona, 1996.

Alejandro NIETO, *Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes Constituyentes de 1836-1837,* Ariel, Madrid, 2011.

Jürgen OSTERHAMMEL, *La transformación del mundo. Una historia global del siglo XIX*, Crítica, Barcelona, 2015.

Víctor PÉREZ DÍAZ, *La emergencia de la España democrática: La "invención" de una tradición y la dudosa institucionalización de una democracia,* Instituto Juan March, Madrid, 1991.

Mariano PESET, "Prólogo", a la obra de Antonio PÉREZ MARTÍN y Johannes-Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen,* Universidad de Valencia Secretariado de Publicaciones, Valencia, 1978.

Mariano PESET; José Luis PESET, "Vicens Vives y la historiografía del derecho en España", en Johannes-Michael SCHOLZ, *Vorstudien zur Rechtshistorik,* Frankfurt am Main, 1977, pp. 176-262.

José María PORTILLO, "¿Existe una historia constitucional de España? Reflexiones sobre un primer manual de esta especie." *Revista de las Cortes Generales,* núm. 24, 1991, pp. 295-341.

Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos; con distinción de los que pertenecen al Consejo Pleno o a cada Sala en particular; y las fórmulas de las cédulas, provisiones y certificaciones respectivas. Dividida en dos tomos. Obra póstuma de Don [...], Caballero pensionado de la distinguida Orden de Carlos III, del Consejo de S. M., su Secretario, Escribano de Cámara más antiguo y de Gobierno del Consejo, Oficina de la Viuda e Hijo de Marín, Madrid, 1796, 2 tt.

Amable REGNAULT, *Histoire du Conseil d´État depuis son origine jusqu´a ce jour*, París 1851.

Borja DE RIQUER, "Nacionalidades y regiones: Problemas y líneas de investigación en torno a la débil nacionalización española del siglo XIX", en La *historia contemporánea en España: primer Congreso de Historia Contemporánea de España*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1992, pp. 73-92.

Borja DE RIQUER, *Escolta Espanya. La cuestión catalana en la época liberal,* Marcial Pons, Madrid, 2001.

Francisco RUBIO LLORENTE, "Nota preliminar a la edición española", en Ekkehart STEIN, *Derecho político*, Aguilar, Madrid 1973.

Pablo SÁNCHEZ LEÓN; Jesús IZQUIERDO MARTÍN (eds.), *El fin de los historiadores. Pensar históricamente en el siglo* XXI, Siglo XXI, España, México, Argentina, 2008.

Jean-Frédéric SCHAUB, "El pasado republicano del espacio público", en *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos* XVIII-XIX, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos/Fondo de Cultura Económica, 1998, México, pp. 29-30.

Johannes-Michael SCHOLZ, "Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 550, 1982, pp. 633-661.

Richard SENNETT, *El declive del hombre público,* Península, Barcelona, 2002.

Margarita SERNA VALLEJO (coord.), *La historia del derecho en España a través de las revistas histórico-jurídicas impresas (1924-2008). Banco de datos de todas las referencias contenidas en ellas,* Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia-San Sebastián, 2009.

Antonio SERRANO, "Hispania, después de entonces", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60 (1990), pp. 633-654.

Bernardo SORDI, *Diritto pubblico e diritto privado. Una genealogía storica,* Il Mulino, Bolonia, 2020.

Peter N. STEARNS, *Una nueva historia para un mundo global. Introducción a la "World History",* Crítica, Barcelona, 2012.

Eric STEIN, "Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution", *American Journal of International Law*, núm. 75, 1981, pp. 1-27.

Michael STOLLEIS, *Storia del diritto publico in Germania*, Giuffrè, Milano, t. I. 1988.

Anne Marie THIESSE, *La creación de las identidades nacionales. Europa, siglos* XVIII-XX, Ensenada de *Ézaro* Ediciones, Madrid, 2010.

Alexis DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*, Alianza Editorial, Madrid, t. I., 1980.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La Constitución de 1978 y la historia del constitucionalismo español", *Anuario de Historia del Derecho Español,* núm. LXXX, 1980, pp. 721-751.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "La huella del derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel", *Obras Completas,* CEPyC 1996, t. V.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Lo que no sabemos del Estado liberal (1808-1868)", en VV.AA., *Antiguo Régimen y liberalismo. Homenaje a Miguel Artola. I. Visiones generales,* Universidad Autónoma de Madrid/Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 137-145.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, "Notas para una nueva historia del constitucionalismo español", *Sistema,* núm. 17-18, 1977, pp. 71-88.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Tríptico con prólogo y epílogo. (Algunas reflexiones sobre la Universidad, la Historia y el Estado)*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

Enzo TRAVERSO, *Pasados singulares. El "yo" en la escritura de la Historia,* Alianza Ensayo, Madrid, 2022.

Jesús VALLEJO, "El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune", *Revista de Historia del Derecho*, núm. 38, 2009 (*http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842009000200002*) [Consultado en 01/03/2024].

Jesús VALLEJO, "Paratonía de la Historia Jurídica", *Mélanges de la Casa de Velázquez,* vol. XXXI, núm. 2, 1995, pp. 109-141.

Jesús VALLEJO, Ruda *equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

Jesús VALLEJO, "Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España (1978-2003)", *Istor*, núm. 16, 2004, pp.136-165.

Jesús VALLEJO, "Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá", en Frank WALTMAN y Patricia MARTÍNEZ DE LA VEGA MANSILLA (eds.), *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, The Hispanic Seminary of Medieval Studies, Madison 1994, pp. 1-19.

Jesús VALLEJO, *La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira*, en Gustavo E. PINARD y Antonio MERCHÁN (ed.) *Libro Homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementería*, Universidad de Huelva, Huelva, 1998, pp. 765-782.

Arnold VAN GENNEP, *Traité comparatif des nationalités,* Ediciones del C.T.H.S., París, 1995.

Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, "¿Qué ocurrió con la Ciencia del Derecho Constitucional en la España del siglo xx?", *Anuario Constitucional y parlam*entario", núm. 9*,* 1997, pp. 71-128.

M. de VIDAILLAN, *Histoire des Conseils du Roi,* París, t.I, 1856.

VV.AA., *España. Reflexiones sobre el ser de España*, Real Academia de la Historia, Madrid, 1998.

VV.AA., *La revolución novohispana 1808-1821,* Centro de Investigación y Docencia Económica/Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Hayden WHITE, *Metahistory: The Historical Imagination in Nineteenth Century Europe*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore y Londres, 1973.

Revista de Derecho Público: Teoría y Método
Vol. 10 | 2024 pp. 271-322
Madrid, 2024
DOI: 10.37417/RPD/vol_10_2024_2432
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
ISSN: 2695-7191
Recibido: 03/06/2024 | Aceptado: 13/09/2024

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE ALARMA. ¿UNA OPORTUNIDAD PARA DESARROLLAR UN CORRECTA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?*

THE CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE STATE OF ALARM: AN OPPORTUNITY TO DEVELOP A CORRECT GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS?

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I + D + i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado "La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político" (referencia PID2020-117503GB-I00), cuyo investigador principal es X. Arzoz.

Abreviaturas y acrónimos: CE: Constitución Española; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; GG: Grundgesetz; TCFA: Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Estando el presente artículo a punto de ser publicado se ha anunciado por el Tribunal Constitucional mediante la nota informativa nº 108/2024, de fecha 5 de noviembre, la aprobación de una Sentencia que resuelve la impugnación contra la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, y en la que se afirma rectificar su jurisprudencia anterior, establecida en la STC 148/2021, de 14 de julio, en el sentido siguiente: "[l]a intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental no es un criterio determinante de la diferenciación constitucional entre la suspensión y la restricción de derechos fundamentales, por lo que una ley de restricción, incluido (cuando así sea procedente) el propio decreto de estado de alarma, puede establecer limitaciones de alta intensidad en los derechos fundamentales siempre y cuando se ajuste a los requisitos constitucionales necesarios y, en particular, siempre que respete el principio de proporcionalidad".

RESUMEN: El presente artículo tiene como propósito enunciar las líneas principales de una teoría general de los derechos fundamentales adecuada a nuestro texto constitucional y examinar los resultados que se habrían derivado de su aplicación si se hubiese utilizado para determinar la constitucionalidad de los confinamientos generales establecidos en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que declaró el estado de alarma. Para ello examina críticamente la teoría general de los derechos fundamentales que subyace a la STC 148/2021 y que se funda en el principio de la intensidad de las restricciones y propone una teoría general alternativa que, se subraya, el propio Tribunal Constitucional habría utilizado en alguna jurisprudencia posterior a 2021 como la referida a la constitucionalidad de la vacunación recogida en la STC 38/2023, de 20 de abril.

PALABRAS CLAVE: teoría general de los derechos fundamentales; delimitación, restricción y suspensión de derechos fundamentales; estado de alarma; contenido esencial; principio de proporcionalidad.

ABSTRACT: This article aims to set out the main lines of a general theory of fundamental rights appropriate to our constitutional text and to examine the results that would have been derived from its application if it had been used to determine the constitutionality of the general confinements established in the Real Decreto 463/2020, of 14 march, which declared the state of alarm. To do so, it examines critically the general theory of fundamental rights underlying STC 148/2021, which is based on the principle of the intensity of restrictions, and proposes an alternative general theory which, as the article stresses, the Constitutional Court itself would have used in some case law subsequent to 2021, such as that referring to the constitutionality of vaccination in STC 38/2023, of 20 April.

KEYWORDS: general theory of fundamental rights; delimitation, restriction and suspension of fundamental rights; state of alarm; essential content; principle of proportionality.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA STC 148/2021, DE 14 DE JULIO: UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BASADA EN LA INTENSIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO CONCERNIDO: 2.1. La intensidad como criterio de determinación del tipo de restricción de los derechos fundamentales; 2.2. La aplicación de un régimen jurídico de control diferenciado dependiendo del concepto de restricción ante el que nos encontremos; 2.3. Principales problemas de la construcción acogida en la STC 148/2021: 2.3.1. El criterio de la intensidad de la restricción o la paradoja de sorites; 2.3.2. Un presupuesto incorrecto: la supuesta necesidad de reconocer al gobierno una potenciación de la capacidad material de restringir derechos bajo el estado de alarma; 2.3.3. La coincidencia entre las características de una suspensión de derechos y la definición jurisprudencial del concepto de contenido esencial.— 3. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS ALTERNATIVA A LA ESTABLECIDA EN LA STC 148/2021: 3.1. El régimen jurídico de los derechos fundamentales: 3.1.1. La necesidad de distinguir entre la operación consistente en la delimitación de un derecho fundamental y la operación consistente en su restricción; 3.1.2. Las condiciones constitucionales a las restricciones de derechos fundamentales: 3.1.2.1. La reserva de ley; 3.1.2.2. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental; 3.2. La suspensión de los derechos fundamentales.— 4. LA APLICACIÓN POR NUESTRO JURISTA PERSA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL SUPUESTO DE LOS CONFINAMIENTOS DOMICILIARIOS.— 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

La declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 realizada en España mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, proporcionó a nuestro Tribunal Constitucional una ocasión única para desarrollar una teoría general de los derechos fundamentales al hilo de resolver la cuestión jurídica que se le suscitaba con la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad planteados frente a aquel.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional así lo habría tratado de hacer y en la STC 148/2021, de 14 de julio[1], al resolver el primero de aquellos recursos, habría fundado tal teoría general de los derechos fundamentales en lo que podemos denominar el principio de la intensidad. Principio en virtud del cual lo relevante son los concretos efectos restrictivos de las medidas adoptadas sobre los derechos fundamentales. Efectos que, en función del criterio de la intensidad de la restricción producida sobre el derecho fundamental examinado, sirven para determinar, en un primer paso, el tipo de afección/restricción ante la que nos encontramos, que es, a su vez, lo que determina el sometimiento, y en un segundo paso, de los distintos tipos de afección/restricción sobre un derecho fundamental a un régimen jurídico diferenciado.

Así, si se disecciona la STC 148/2021 se concluye que el Tribunal Constitucional habría considerado necesario realizar, en primer lugar, una clasificación de las distintas medidas que se pueden adoptar por los poderes públicos, clasificación que se basa en el criterio de la intensidad de la afección/restricción del derecho concernido, para en segundo lugar, someter cada tipo de medida a un régimen jurídico u otro en función precisamente del tipo de medida de que se trate.

Cabe, sin embargo, desafiar la corrección de tal teoría y tratar de desarrollar una teoría de los derechos fundamentales alternativa y más adecuada a los principios de nuestra norma fundamental, y que tendría en cuenta no tanto los efectos más o menos restrictivos de las medidas sobre los derechos como la causa y el procedimiento utilizado para adoptar tales medidas restrictivas.

Examinaremos en primer lugar la construcción jurisprudencial que, además de fundar el fallo de la STC 148/2021, supone acoger una teoría general de los derechos fundamentales basada en el criterio de la intensidad de las medidas restrictivas (apartado 2), construcción que ciertamente no es evidente, pues es necesario desbrozar los distintos fundamentos jurídicos, para en segundo lugar proponer una teoría general de los derechos fundamentales alternativa a la desarrollada por el Tribunal Constitucional (apartado 3) que en un paso ulterior se aplicaría a la determinación de la constitucionalidad de los confinamientos domiciliarios generales establecidos por el art. 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (apartado 4).

---

[1] La posterior STC 183/2021, de 27 de octubre, que también declaró la inconstitucionalidad de algún aspecto del segundo estado de alarma por cuestiones competenciales, acoge en buena medida en lo que se refiere a los derechos fundamentales la construcción realizada por la STC 148/2021.

2. LA STC 148/2021, DE 14 DE JULIO: UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BASADA EN LA INTENSIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO CONCERNIDO

El Tribunal Constitucional, en su STC 148/2021, de 14 de julio, ha fundamentado la inconstitucionalidad del denominado confinamiento domiciliario general establecido en el art. 7 del el Real Decreto 463/2020, en que, a través de este, se habría producido una efectiva suspensión del derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE; medida, la de suspensión, solo prevista en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio (art. 55.1 CE) y no en el supuesto de declaración del estado de alarma.

Más allá de la concreta conclusión alcanzada —la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado por haber producido unos determinados efectos restrictivos sin seguir el concreto procedimiento constitucional previsto para ello—, lo más relevante de la STC 148/2021, desde un punto de vista dogmático, es el esbozo de teoría general de los derechos fundamentales que en la misma se ambiciona realizar, con la declarada finalidad de enunciar criterios de actuación para el futuro.

Así cabría identificar, en primer lugar, como el Tribunal Constitucional diferenciaría en su doctrina entre tres conceptos de medidas —si no cuatro— que se distinguirían en función de la intensidad de la afección/restricción de los derechos fundamentales que puede llegar a suponer cada uno (que examinaremos en el apartado 2.1.) y a los que, a su vez, y, en segundo lugar, aplica un régimen jurídico de control diferenciado (que examinaremos en el apartado 2.2.).

2.1. La intensidad como criterio de determinación del tipo de restricción de los derechos fundamentales.

Al realizar la exégesis de la doctrina recogida en la STC 148/2021 sería posible diferenciar entre:

1. las restricciones ordinarias, que serían aquellas que establece el legislador ordinario en situaciones de normalidad.
2. las restricciones extraordinarias que serían aquellas que sólo se pueden establecer bajo el estado de alarma.
3. las suspensiones, que serían aquellas restricciones, igualmente extraordinarias, que sólo se pueden establecer bajo el estado de excepción o bajo el estado de sitio cuando son generales o bajo el supuesto previsto en el art. 55.2 CE cuando son individuales.

Además de la diferencia relacionada con cuándo se pueden producir unas y otras restricciones —en situaciones ordinarias las restricciones ordinarias, bajo el estado de alarma las restricciones extraordinarias y bajo los estados de excepción o sitio las

suspensiones—, la diferencia entre los tres conceptos parece vincularse por la doctrina recogida en la STC 148/2021 con el lábil criterio de la intensidad restrictiva de cada medida.

En efecto, ¿En qué se diferenciaría una restricción extraordinaria decretada bajo el estado de alarma por el Gobierno de una restricción ordinaria establecida por el legislador fuera de las situaciones de excepción a las que se refiere el art. 116 CE?

Según la STC 148/2021 bajo el estado de alarma pueden adoptarse restricciones que no se podrían adoptar en una situación de normalidad. En efecto, para el Tribunal Constitucional, "el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o "limitaciones" de los derechos fundamentales *que excedan las ordinariamente previstas* en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE)".

Así, una restricción ordinaria tendría un grado de intensidad menor que el grado de intensidad que tendrían una restricción extraordinaria adoptada bajo un estado de alarma y ello lo justifica el Tribunal en el hecho de que de no ser así no tendría sentido la previsión de tal estado.

Y ¿en qué se diferenciaría una restricción, ya sea ordinaria u extraordinaria, de una suspensión?

Según la STC 148/2021 el concepto de "limitación" (o "restricción") es más amplio que el de "suspensión", como género y especie: toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada[2]. Los términos "limitación" o "restricción" hacen referencia, en última instancia, a la "acción y efecto" de "reducir a menores límites" algún "derecho o facultad"; mientras que la "suspensión" implica una "cesación" o privación "temporal", que "impide temporalmente el ejercicio de un derecho".

Para el Tribunal Constitucional el confinamiento domiciliario por su intensidad ha supuesto la suspensión del derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE y tal suspensión únicamente cabría bajo el estado de excepción, pero no bajo el estado de alarma. En efecto, para la STC 148/2021, el art. 7 del Real Decreto 463/2020 "configura […]una restricción del derecho a la libre circulación que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite "limitar" para el estado de alarma ["la circulación o permanencia […] en horas y lugares determinados": art. 11, letra a)]". Para la STC 148/2021 el confinamiento domiciliario aparece más como una "privación" o "cesación" del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una "reducción" de un derecho o facultad a menores límites. Para el Tribunal el confinamiento no delimita un derecho a circular libremente en un

[2] En este sentido Germán TERUEL LOZANO "Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19 presupuestos teóricos para el enjuiciamiento constitucional" en *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria*. Tirant Lo Blanch. 2022.

ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas "las personas", y por cualquier medio.

La inconstitucionalidad del art. 7 se funda en una concepción material del concepto constitucional de suspensión que se determina mediante la comprobación de la intensidad de la restricción del derecho fundamental concernido, en este caso de la restricción del derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE[3].

Para la STC 148/2021, "los distintos estados previstos en el artículo 116 comportan —al margen de las específicas circunstancias que los justifiquen— un distinto grado de intensidad en cuanto a las medidas adoptadas" (FJ 11) [4].

Si el confinamiento domiciliario decretado por el art. 7 del Real Decreto 463/2020 es según el Tribunal Constitucional una suspensión por su *altísima* intensidad ¿Qué restricciones serían restricciones extraordinarias que, sin llegar a ser suspensiones, no pueden, sin embargo, ser adoptadas en situación de normalidad por el legislador ordinario y requieren para ser adoptadas de la declaración del estado de alarma?.

La diferencia entre aquellas restricciones ordinarias y aquellas extraordinaria que no llegan, sin embargo, a constituir una suspensión se cifraría, como se ha señalado, igualmente en su intensidad, pero el Tribunal Constitucional no llega a explicitar supuestos concretos de unas u otras.

Así, de asumirse la construcción del Alto Tribunal, cabría especular que quizás los confinamientos individuales adoptados con fundamento en lo previsto en el art. tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública[5], podrían ser una restricción ordinaria que habría sido establecida por el legislador ordinario, mientras que quizás los toques de queda o los cierres peri-

---

[3] Una concepción material de la suspensión se sostiene igualmente por Manuel ARAGÓN REYES "El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma" en *El País* de 4 de agosto 2021, cuando señala que lo esencial para diferenciar entre la limitación y la suspensión de un derecho es distinguir entre la regla general y la excepción. "Habría limitación si la regla general es el libre ejercicio del derecho, aunque dicha libertad se encuentre restringida por algunas y tasadas excepciones y, por el contrario, hay suspensión si la regla general es el no ejercicio del derecho, aunque excepcionalmente se reconozcan algunas y tasadas excepciones a esa ausencia general de libertad".

Sin embargo, ello supondría que, por ejemplo, una privación de libertad sería una suspensión de derechos. Para Aragón también se suspendió la libertad de empresa, con el agravante de que ese derecho ni siquiera puede suspenderse en el estado de excepción.

Una concepción material del concepto suspensión igualmente lo encontramos en Juan Fernando DURÁN ALBA, "Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma" en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. 2020.

[4] Para la STC 148/2021 en el estado de alarma "las restricciones, aunque extraordinarias, no son ilimitadas, y no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar igualmente de sentido el art. 55.1 CE"

[5] "Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

metrales, por su generalidad, pudieran ser considerados restricciones extraordinarias que sólo pueden ser adoptadas bajo el estado de alarma, pues no llegan al grado de intensidad de un confinamiento domiciliario general que sólo puede ser adoptado, según el Tribunal, bajo el estado de excepción o el de sitio por ser considerado una suspensión[6].

La intensidad de la restricción de un derecho fundamental determina, por tanto, para el Tribunal Constitucional los referidos tres conceptos —restricciones ordinarias, restricciones extraordinarias y suspensiones—, pero la STC 148/2021 identifica además una cuarta situación que vendría igualmente caracterizada por el grado de la intensidad de la restricción de la libertad que la misma supone.

4. Se trataría de aquella situación en la que si la intensidad de la restricción de la libertad de movimientos es muy penetrante estaríamos ante la afección de un derecho distinto al derecho a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE, pues nos encontraríamos ante la afección del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 17 CE.

La intensidad sería, por tanto, —y siguiendo en este concreto punto la STC 148/2021 la línea de la jurisprudencia del TEDH— un elemento clave para identificar el concreto derecho restringido.

En efecto, de acuerdo con la doctrina del TEDH, recogida en su decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terheş c. Rumanía*, una restricción muy intensa de la libertad deambulatorio supondrá que se transite desde una afección del derecho a la libre circulación reconocido en el artículo 2 del Protocolo No. 4 del CEDH[7] (el equivalente a nuestro art. 19 CE) a una afección del derecho a la libertad personal reconocido en el art. 5 § 1 del CEDH[8] (el equivalente a nuestro art. 17 CE).

En particular, para el TEDH para determinar si una persona está "privada de su libertad" en el sentido del artículo 5.1 de la Convención (el equivalente al de nuestra libertad personal del art. 17 CE), es necesario partir de su situación concreta y tener en cuenta un conjunto de criterios como el tipo, la duración, los efectos y las

---

[6] Sin embargo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de junio de 2021, dictada, por tanto, unas semanas antes de que el Tribunal Constitucional adoptase su STC 148/2021, de 14 de julio, ha considerado que no sería necesario que medidas como los toques de queda o los confinamientos perimetrales, se adoptasen bajo el estado de alarma, pues asume que restricciones tan intensas de los derechos fundamentales se pueden adoptar por el legislador ordinario, en este caso con fundamento en una ley orgánica, sin necesidad de declarar el estado de alarma.

[7] "Artículo 2. Libertad de circulación.

1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia".

[8] "Art. 5 Derecho a la libertad y a la seguridad

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos y según las vías legales:

(...)

e) si se trata de la detención legal de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un demente, de un alcohólico, de un drogadicto o de un vagabundo;

(...) "

modalidades de ejecución de la medida en cuestión, cuyos efectos deben examinarse de manera "acumulada y combinada". Para el TEDH por su grado de intensidad un confinamiento domiciliario como el que se decretó en Rumania durante la pandemia —equivalente en sus efectos al que se estableció en España—, no puede asimilarse a una medida de arresto domiciliario y por ello no se encontraba afectada la "libertad" en el sentido del artículo 5 de la Convención.

Bajo la jurisprudencia del TEDH la intensidad de la restricción no convierte una restricción en una suspensión del derecho a la libre circulación, sino que lo convierte en una restricción de la libertad personal.

En esta misma línea para el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de 17 de noviembre de 2021, los toques de queda nocturnos que se decretaron durante la pandemia en el país germano supusieron una afección muy intensa de la liberta personal recogido en el art. 2(2) segunda frase GG en relación con el Art. 104(1) GG [9] que protege la libertad física real de movimiento (el precepto equivalente a nuestro art. 17 CE), y descartó, por tanto, que se estuviese restringiendo únicamente la libre circulación reconocida en el Artículo 11 de la Constitución alemana que recoge la libertad de circulación y de residencia [10] (el precepto equivalente a nuestro art. 19 CE).

Por lo tanto, para el TCFA los toques de queda interferirían por su grado de intensidad con el derecho fundamental a la libertad física, pero tal intensidad no supuso para el Alto Tribunal alemán una suspensión de aquel derecho, sino que se constituyó en el factor que permite la correcta identificación del derecho restringido.

Nuestro Tribunal Constitucional en la STC 148/2021, en línea con la doctrina expuesta apenas tres meses antes por el TEDH a la que explícitamente se remite —

---

[9] "Artículo 2

[Libertad de acción y de la persona]

(1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(2) Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley".

"Artículo 104

[Garantías jurídicas en caso de privación de libertad]

(1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescritas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente".

[10] Artículo 11 de la Constitución alemana [Libertad de circulación y de residencia]

(1) Todos los alemanes gozan de la libertad de circulación y de residencia en todo el territorio federal.

(2) Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y sólo en los casos en los que no existiesen medios suficientes de subsistencia y, por ello, surgiesen cargas especiales para la comunidad, o cuando fuese necesario para defenderse frente a un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para combatir el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos".

que había considerado que una medida de confinamiento domiciliario en Rumanía no suponía una medida de privación de libertad— descarta expresamente que en el caso de un confinamiento general como el establecido en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 nos encontremos ante una restricción del art. 17.1 CE cuando señala que "los límites a la libertad de circulación que establece el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no infringen el artículo 17.1 CE, pues no afectan al derecho a la libertad personal que dicho precepto preserva. La libertad garantizada por este precepto es "la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción" y solo puede hablarse de su privación, en el sentido del artículo 17.1 CE, cuando "de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita". Para el Tribunal no es este el caso del precepto controvertido; para el Tribunal Constitucional el art. 7 restringe la licitud de los desplazamientos a determinados supuestos, fuera de los cuales la persona no queda privada de esta libertad que la demanda invoca, y añade "como subraya —lógicamente, en otro contexto— el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su citada decisión de 13 de abril de 2021, asunto *Terheş c. Rumanía*, § 42 y 43".

La STC 148/2021 para descartar que con el confinamiento general se haya afectado a la libertad personal del art. 17 CE se remite al TEDH que descarta que se afecte al derecho equivalente del Convenio con fundamento en la intensidad de la restricción. Es decir, y de acuerdo con la doctrina establecida por el TEDH; como el confinamiento decretado en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 no restringía tan intensamente la libertad personal, pues había excepciones (ir a trabajar, a comprar, a la farmacia…) no estaríamos ante una restricción de la libertad personal reconocida en nuestro ordenamiento en el art. 17 CE —que se daría por ejemplo en caso de un arresto domiciliario en el que tales excepciones no se dan[11]—. Sin embargo, y separándose a continuación de la doctrina del TEDH, el Tribunal Constitucional considera que como se restringía intensamente la libertad de circulación estaríamos ante un supuesto de suspensión del derecho reconocido en el art. 19 CE y no de mera restricción del mismo.

Para la STC 148/2021, el confinamiento domiciliario no era lo suficientemente intenso como para determinar una afección de la libertad personal (art. 17 CE), pero era lo suficientemente intenso para suponer una suspensión del derecho a la libre circulación (art. 19 CE). Algo que ontológicamente es complicado de explicar y que lle-

[11] En este punto la STC 148/2021 se separa, seguramente inducido por la concepción del TEDH en relación con un confinamiento domiciliario por la pandemia, de su doctrina previa en la que en el caso de los arrestos en el ámbito de las fuerzas armadas, tras recordar que una sanción de arresto domiciliario no es una simple restricción de la libertad, sino una verdadera privación de aquella, habría señalado que "ese carácter de sanción privativa de libertad no lo pierde ni siquiera en el caso de que se imponga sin perjuicio del (cumplimiento del) servicio (por el militar arrestado), porque la persona no recupera su situación de libertad porque se le autorice a acudir a su trabajo habitual, ya que, "es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 C.E.)" [STC 73/2010, de 18 de octubre, FJ 4]. Así con carácter previo a la STC 148/2021, para la doctrina del Tribunal la existencia de algunas excepciones a la restricción de la movilidad no privaría a esta de su carácter privativo de la libertad.

varía al absurdo de considerar que, si el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 hubiese procedido a realizar una suerte de arresto domiciliario en lugar de un confinamiento con excepciones, nos moveríamos en el ámbito de la restricción de la libertad personal del art. 17 CE en lugar de en el ámbito de la suspensión de la libre circulación del art. 19 CE y por tanto no se podía haber declarado su inconstitucionalidad con fundamento en que la alarma no permitía la suspensión, pues tal suspensión, en este caso del art. 17, no se habría producido [12].

Recapitulando lo tratado, dentro de la gradación de la intensidad que se realiza por parte del Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 cabría distinguir entre las siguientes situaciones ordenadas de un menor a un mayor grado de intensidad en relación con la restricción de los derechos fundamentales que las mismas suponen:

Una restricción ordinaria que cabe que sea prevista por el legislador ordinario como podría ser, por ejemplo, una medida sanitaria individual para evitar la propagación de una enfermedad infecto-contagios como la que dispone el art. tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (1).

Una restricción extraordinaria del derecho a la libre circulación que únicamente cabría establecer bajo el estado de alarma como podrían ser, por ejemplo, un toque de queda o un confinamiento perimetral (2) [13].

Una suspensión del derecho a la libre circulación que sólo cabría establecer bajo el estado de excepción o bajo el estado de sitio como podría, por ejemplo, ser un confinamiento general como el previsto en el art. 7 del Real Decreto 463/2020 (3).

Una restricción ordinaria de la libertad personal reconocida en el art. 17 CE como podría ser, por ejemplo, el arresto domiciliario de un militar o un internamiento de un extranjero sin papeles por un máximo de 60 días en un CIE previsto en el art. 62 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (4).

La intensidad es, por tanto, el criterio fundamental para identificar, según la STC 148/2021, ante qué tipo de restricción nos encontramos, lo cual es, a su vez, el elemento fundamental para determinar, como procederemos a examinar en el siguiente apartado 2.2., qué tipo de régimen de control es el aplicable a cada situación.

---

[12] De considerarse que cualquier privación de la libertad personal es por su intensidad una suspensión del derecho del art. 17 CE no cabría que el legislador ordinario pudiese establecer situaciones de privación de libertad que son habituales en aplicación del derecho penal, del derecho sanitario o incluso del derecho administrativo de fronteras y que se encuentran avalados por el propio art. 17 CE cuando dispone que "nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".

[13] Si bien ambas medidas habían sido consideradas por el Tribunal Supremo, con carácter previo a la STC 148/2021, como restricciones ordinarias de derechos como el de libre circulación, intimidad familiar, o reunión (STC de 3 de junio de 2021)

2.2. La aplicación de un régimen jurídico de control diferenciado dependiendo del concepto de restricción ante el que nos encontremos.

Una vez examinado como en función de su nivel de intensidad es posible encontrarse ante un tipo de restricción u otro, la doctrina recogida en la STC 148/2021 parece desarrollar el diferente régimen jurídico de control que cabría aplicar a cada uno de tales tipos.

En el caso de las restricciones ordinarias (1), las mismas se someterían al límite de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Esto es, las restricciones ordinarias de los derechos fundamentales que se dispongan habrán de venir establecidas por la ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho. Para la STC 148/2021 "la fórmula constitucional 'en todo caso' [recogida en el art. 53.1 cuando se refiere al contenido esencial] encierra un núcleo indisponible" en el contenido de ese derecho.

Sin embargo, en el caso de las restricciones extraordinarias decretadas bajo el estado de alarma (2), las mismas no se someten, según afirma la STC 148/2021, a los límites dispuestos en el art. 53.1 CE, no se someten al límite del contenido esencial[14]. Según el Tribunal Constitucional el límite del contenido esencial es una formula propia del régimen ordinario de restricción de los derechos fundamentales, y por lo tanto no es apta para actuar como parámetro constitucional de control de la reducción del contenido y alcance del derecho a circular libremente (art. 19 CE) que se opera en virtud del art. 7 del Real Decreto que declara el estado de alarma. Para la STC 148/2021, este precepto se ubica en una norma de emergencia y por ello su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales y no bajo la categoría del contenido esencial.

¿Y cuáles serían tales categorías propias del régimen extraordinario? Pues según el Tribunal el parámetro constitucional de control de las restricciones extraordinarias decretadas bajo el estado de alarma sería el principio de proporcionalidad[15]. Diferencia así la STC 148/2021 entre el contenido esencial, recogido en el art. 53.1, y el principio de proporcionalidad, como parámetros diferenciados de control. El prime-

[14] Es más, para la STC 148/2021 si se sometiesen al límite del contenido esencial no lo superarían pues el artículo 7, restringe de modo drástico el derecho a la libre circulación, "hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore* su contenido esencial. Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE)"

[15] Así lo señala la STC 148/2021 cuando considera que la resolución de la controversia "habrá de considerar, en primer lugar, si tal constricción excepcional impuesta por los apartados 1 y 3 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 se acomoda a lo previsto en la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES). En caso de que así sea, procederá analizar si su alcance puede ser calificado como una "suspensión" del derecho, vedada para el estado de alarma. Finalmente, y solo en el caso de que el derecho no haya quedado suspendido, cabrá analizar si la limitación respeta las exigencias de la proporcionalidad".

ro no se aplicaría a las restricciones extraordinarias que se adopten bajo el estado de alarma, pero sí el segundo[16].

En el caso de las suspensiones (3), para el Tribunal el derecho cesa *pro tempore* en su contenido protector y tampoco se le aplicaría el límite del contenido esencial. Para el Tribunal ello se desprende de la ubicación de tal contenido esencial en el art. 53 CE, dentro de la regulación general que la Constitución hace de los derechos fundamentales y por ello mismo ajeno al capítulo V del título I que, bajo la rúbrica "Suspensión de los derechos y libertades", disciplina junto con el art. 116 CE los supuestos en que rigen las atribuciones de poderes extraordinarios a los poderes públicos.

Para la STC 148/2021 en el caso de las suspensiones, "los derechos (o sus facultades concretas) a los que se refiere el artículo 55.1 CE no oponen otra posible resistencia que la derivada del necesario respeto a lo establecido en la ley a la que remite el artículo 116.1 CE, sin perjuicio naturalmente de que los actos singulares de ejecución de las medidas autorizadas hayan de atenerse siempre al principio de proporcionalidad (art. 1.2, último inciso, LOAES)" [FJ 3].

Sin embargo, a la STC 148/2021 no le es necesario acudir al parámetro constitucional de control identificado para el caso de las restricciones extraordinarias realizadas bajo el estado de alarma, el principio de proporcionalidad, pero tampoco al parámetro propio de los estados de excepción o sitio, el recogido en la ley a la que se remite el art. 116.1 CE, pues con carácter previo a aplicar tales parámetros, la STC 148/2021 determina, aplicando el criterio de la intensidad de la restricción, que no nos encontramos ante una restricción extraordinaria sino ante una suspensión del derecho a la libre circulación[17].

---

[16] El TEDH en la sentencia *Terheş c. Rumanía* tras considerar que el confinamiento general decretado en Rumania durante la pandemia —con unas condiciones muy similares al decretado en España—, no era susceptible de ser considerado una privación de la libertad personal en el sentido del artículo 5 § 1 del Convenio, considera innecesario examinar la cuestión de si la medida impugnada estaba justificada en virtud del párrafo e) del artículo 5 § 1. Pero tampoco examina la compatibilidad de la restricción en relación con el artículo 2 del Protocolo nº 4 que garantiza a toda persona el derecho a la libertad de circulación en un territorio determinado, pues no se le había planteado tal cuestión en la demanda –"el demandante no invocó el artículo 2 del Protocolo No. 4 del Convenio ante la Corte y más bien se esforzó por demostrar que la medida de confinamiento general no es simplemente una limitación del derecho a la libertad de circulación, sino una privación del derecho a la libertad"-. De haberlo hecho es presumible que hubiese aplicado su jurisprudencia consolidada de acuerdo con la cual cualquier medida que restrinja el derecho a la libertad de circulación debe ser conforme con la ley, perseguir uno de los objetivos legítimos mencionados en el tercer párrafo del artículo 2 del Protocolo nº 4 y debe guardar un justo equilibrio entre el interés público y los derechos de la persona [por todas *De Tommaso c. Italia* ([GC], no 43395/09, § 104 y ss, 23 de febrero de 2017)].

[17] Tal y como señalan Miguel PRESNO LINERA y Patricia GARCIA MAJADO "Derechos fundamentales, derecho de excepción y derecho administrativo de excepción". *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 61. 2022. p. 18, "en vez de limitarse al test tradicional que permite enjuiciar la licitud de las medidas limitativas de derechos fundamentales —existencia de cobertura jurídica y principio de proporcionalidad— el Tribunal introduce en este caso un tercer elemento —el juicio sobre la ausencia de suspensión— para examinar la constitucionalidad de aquéllas. La introducción de esta tercera variable viene motivada, al menos en parte, por la propia concepción que el propio Tribunal tiene de la suspensión de derechos fundamentales".

La restricción de la libre circulación consignada en el artículo 7 del Real Decreto que declara el estado de alarma es declarada inconstitucional, por entrañar, debido a su intensidad, una cesación de este derecho fundamental que solo podría haberse adoptado mediando tal suspensión de vigencia del mismo a través de la declaración del estado de excepción[18].

La STC 148/2021 no somete, por tanto, al confinamiento domiciliario al parámetro de control propio de las suspensiones de derechos, pues estas únicamente son posibles en los estados de excepción o sitio y, en este caso, no se han declarado, pero en su FJ 11 parece asumir que las medidas adoptadas podrían ser consideradas necesarias para hacer frente a la pandemia cuando señala que "la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales". Es decir, las medidas podrían ser proporcionadas, pero el instrumento jurídico utilizado, la declaración del estado de alarma, determina su inconstitucionalidad sin necesidad de someterlas al parámetro de control material.

Finalmente, en el caso de aquellas restricciones a la libertad de movimientos que por su intensidad no son restricciones, ordinarias o extraordinarias, del derecho a la libre circulación (art. 19 CE), pero que asimismo tampoco son suspensiones de tal derecho, pues su grado de restricción tiene una intensidad mayor y se transforman, según la doctrina recogida en la STC 148/2021, en restricciones de la libertad personal (art. 17 CE) que llegan al punto de su privación (4), el parámetro de control de las mismas sería el propio de las restricciones ordinarias de los derechos fundamentales.

Así, en efecto, las privaciones de la libertad personal que se dispongan habrán de venir establecidas por la ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho que ha quedado reconducido en la jurisprudencia constitucional más reciente al cumplimiento del principio de proporcionalidad cuando se señala que "el art. 17.1 remite a la Ley la determinación de los 'casos' en los que se podrá disponer una privación de libertad, pero ello en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad"[19].

Es esta la línea de resolución de la cuestión de las restricciones de derechos derivadas de la pandemia que se acoge por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA) en su sentencia de 17 de noviembre de 2021, al considerar que los toques de queda y las

[18] Para el Tribunal "una vez apreciada la existencia de tal suspensión y la ausencia de cobertura legal suficiente, la conclusión no puede ser otra que la declaración de inconstitucionalidad señalada en nuestro fundamento jurídico 5 respecto de los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 de la disposición impugnada".

[19] Por todas STC 66/2022, de 2 de junio, FJ 4.

restricciones de contacto impuestos como medidas para combatir la pandemia debían satisfacer las normas constitucionales generales aplicables a las restricciones de los derechos fundamentales. Para el TCFA las restricciones impugnadas eran constitucionales, pues servían de manera proporcionada a una finalidad legítima como era la de proteger a la población de los riesgos sanitarios en relación con el virus.

2.3. Algunos problemas de la construcción acogida en la STC 148/2021

Antes de examinar una teoría general de los derechos fundamentales alternativa a la teoría general desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 conviene señalar algunas cuestiones problemáticas que se derivan de esta última[20].

2.3.1. El criterio de la intensidad de la restricción o la paradoja de sorites

La primera cuestión problemática tiene que ver con el criterio de la intensidad como criterio para determinar ante qué tipo de restricción nos encontramos.

Tal y como se señala en alguno de los votos particulares a la STC 148/2021 el principio de la intensidad como elemento para determinar el tipo de restricción ante el que nos encontramos, y por tanto como criterio para determinar su concreto régimen jurídico, no genera por sí mismo la suficiente certeza, "pues se funda en la paradoja de sorites atribuida a Eubulides de Mileto que demostró la dificultad de determinar cuántos granos de arena hacen un montón".

En el caso de la construcción recogida en la STC 148/2021 cabría decir que reflejaría la dificultad para determinar cuántos granos hacen hasta 4 tipos de montones diferenciados, que se corresponden con los 4 tipos de restricciones a los que se refiere aquella sentencia.

Esta indeterminación se manifiesta internamente en la propia STC 148/2021 cuando se refiere a la concreta medida de *suspensión* (pues tal es el concepto que se utiliza en la propia norma de declaración de la alarma) de determinadas actividades económicas adoptada en el art. 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Así para el Tribunal Constitucional "no hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen *intensísimamente*, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos". Sin embargo, considera que se trata de limitaciones *muy intensas*, pero no de una suspensión del derecho a la libertad de empresa, pues la "suspensión de actividades" no es general, se afirma, sino que está expresamente limitada a ciertos ámbitos de la actividad que constituye su objeto: locales y establecimientos "minoristas", que no se

[20] Crítica con la doctrina que subyace a la STC 148/2021 se muestra igualmente Yolanda LÓPEZ NIETO "El régimen jurídico de la libre circulación: conceptualización del derecho a propósito del confinamiento domiciliario contemplado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo". *Revista general de derecho constitucional,* núm. 40. 2024.

encuentren incluidos entre "las numerosas excepciones previstas". O en relación con las "actividades de hostelería y restauración" no se puede considerar una suspensión, pues se pueden realizar "servicios de entrega a domicilio".

Puesto que era posible abrir algunos establecimientos, como los de alimentación, o se podía hacer entregas a domicilio, en el caso de la hostelería, la prohibición general de abrir los comercios nos dice la STC 148/2021, no era una suspensión del derecho a la libertad de empresa por no ser una restricción de carácter tan general sino una restricción a secas a la que, por cierto, se somete al principio de proporcionalidad para determinar finalmente su constitucionalidad.

Ciertamente, que la restricción de un derecho sea general o no, no debería ser relevante para caracterizar tal restricción como una suspensión, pues los derechos fundamentales son derechos subjetivos individuales.

Nuestra Constitución reconoce la existencia de suspensiones individuales en el art. 55.2 y por tanto que sea general será relevante, en su caso, para caracterizar una suspensión como general o como individual, pero no para caracterizarla como suspensión frente a restricción. Caracterizar una suspensión como individual o general es relevante, pues una y otra tienen contextos distintos y pueden afectar a concretos derechos (apartados 1 y 2 del artículo 55).

Sea como fuere y como señala el voto particular del magistrado Conde Pumpido el criterio de la intensidad aboca a cierta arbitrariedad en su aplicación, pues la STC 148/2021 "realiza afirmaciones apodícticas en relación con cuantas excepciones —numerosas, según la sentencia, en el caso de la libertad de empresa o escasas, parece, en el caso de la libre circulación—, son necesarias para que se transite desde una restricción a una suspensión"[21].

La dificultad para utilizar el criterio de la intensidad ha vuelto a plantearse en la reciente STC 61/2023, de 24 de mayo, en la que el voto particular de los magistrados Enríquez, Arnaldo y Espejel considera que la prohibición de una manifestación fundada en la protección de la salud no sería una limitación o restricción más o menos intensa del derecho de reunión, del que la manifestación es una vertiente, sino, directamente, se trataría de la supresión misma de ese derecho fundamental en el caso concreto. Para los magistrados discrepantes resulta que la administración optó por la medida más restrictiva posible, la prohibición de la manifestación, el sacrificio absoluto del derecho[22]. Tal concepción de los magistrados discrepantes, coherente, sin duda

[21] Para Carlos GARRIDO LÓPEZ "La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos". *Teoría y realidad constitucional*. núm 46. 2020, pese a su intensidad ninguna de las restricciones de derechos implicaron su suspensión que implicaría que la norma que reconoce el derecho ha perdido temporalmente su vigencia por mor de la declaración. Para Garrido la limitación de la libertad de circulación tuvo las suficientes excepciones como para considerarla una medida compatible con el régimen jurídico del estado de alarma, al igual que en otros países europeos que, como Italia, Portugal y Francia, adoptaron idénticas medidas restrictivas con figuras similares.

[22] De ser ello así no se entiende porque los magistrados discrepantes someten la medida restrictiva al principio de proporcionalidad

con la construcción realizada, y apoyada por alguno de ellos, en la STC 148/2021, es sin embargo contradictoria con la jurisprudencia constitucional en relación con las prohibiciones de manifestaciones que han sido consideradas tradicionalmente una restricción del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE y vienen siendo sometidas a control bajo el escrutinio de su proporcionalidad.

Las mismas dificultades para aplicar la teoría de los derechos fundamentales que subyace a la STC 148/2021 se plantearía en otros muchos supuestos.

Así, cabría plantearse la constitucionalidad de la previsión legal del internamiento de extranjeros en los Centros de Internamiento (CIEs) que se prevé en la Ley Orgánica de extranjería "por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días". Se trataría de una restricción temporal del derecho a la libertad personal que no cabe negar que tiene un carácter muy intenso y bajo la concepción de la STC 148/2021 cabría sostener que se trata de una supresión del mismo.

Ciertamente tanto en el caso del internamiento en los CIEs como en el caso del derecho de reunión es la propia Constitución la que habría previsto la posibilidad de que se produzca la privación misma del derecho cuando ha dispuesto en el art. 17 CE que "nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley" o en el art. 21.2 CE que "en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes".

En ambos supuestos hay una previsión de que se produzca la privación/prohibición del derecho fundamental, privación que deberá someterse a los límites generales derivados del art. 53.1 CE: debe estar prevista en la ley y respetar el contenido esencial del derecho fundamental.

Con la construcción de la STC 148/2021 tales restricciones intensísimas, pues suponen nada menos que la privación del derecho mismo, tendrían, por tanto, unos efectos similares a lo que se denomina en la misma resolución "suspensiones", pero se producirían fuera de aquellos supuestos de suspensiones a los que se refiere el art. 55.1 CE.

Así, en efecto, aparentemente cabrían restricciones muy intensas —similares por sus efectos a una suspensión que es definida en función de un criterio de la intensidad—, de los derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE, entre los que se encuentran los derechos recogidos en el art. 17 CE y en el art. 21 CE, fuera de los supuestos a los que se refiere el propio art. 55 (estados de excepción y sitio) por haberlo así previsto los propios preceptos constitucionales que reconocen cada uno de esos derechos fundamentales.

La cuestión sería un poco diferente si se tratase, por ejemplo, de una restricción muy intensa de un derecho fundamental cuya privación no se encontrase, sin embargo, explícitamente prevista en el propio precepto que reconoce el derecho fundamental. En tales casos la supresión/privación del derecho sería conforme a la doctrina que subyace a la STC 148/2021 una suspensión del mismo.

Tal sería el supuesto, por ejemplo, de la afección al derecho a la integridad física que se podría derivar de la imposición de una vacunación obligatoria. Así, el que es vacunado contra su voluntad ve coactivamente restringido su derecho a la integridad física por razones de interés general. Tal y como se ha señalado el poder público le impide ejercer su facultad de autodeterminación individual, no le deja ser dueño de su cuerpo porque hay intereses que trascienden el ámbito protegido por la norma de derecho fundamental[23].

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el derecho fundamental a la integridad personal, en su concreta dimensión de derecho a la integridad física (art. 15 CE), tiene una primera vertiente protectora como derecho de la persona a su "incolumidad corporal". Desde esta dimensión inicial, el art. 15 CE "protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular". Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por "toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular". El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.

El Tribunal ha considerado, atendiendo al grado de sacrificio que impondría una medida sobre el derecho a la integridad física, que las intervenciones corporales podrían ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.).

La instauración de un sistema de vacunación obligatoria sería un supuesto de restricción grave del derecho a la integridad física pues puede producir efectos secundarios adversos (no deseados), aunque sean estadísticamente minoritarios, lo que determina un riesgo potencial para la salud[24].

---

[23] Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ "La delimitación y características de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm 126. CEPC. 2022. pp. 128 y ss.

[24] Como señala Medina "los potenciales daños personales son una consecuencia colateral que, aunque previsible, se revela solo ex post. El profesional sanitario que administra la vacuna no tiene conciencia o conocimiento cierto de que sacrifica los derechos del paciente porque confía en que se verificará la hipótesis estadísticamente habitual, esto es, que no se producirá una reacción adversa. Esta circunstancia, junto a la magnitud del beneficio social resultante explican posiblemente la tendencia general a dar la vacunación forzosa por buena en términos constitucionales, de lo que es reciente expresión

Bajo la concepción de la STC 148/2021, la vacunación obligatoria sería una restricción intensa del derecho fundamental a la integridad física reconocido en el art. 15 CE que aparentemente conllevaría, precisamente por su grado de intensidad, una suspensión de mismo [25].

No es esta sin embargo la perspectiva que ha adoptado el Tribunal Constitucional en la posterior STC 38/2023, de 20 de abril, cuando se ha referido a la cuestión. En efecto, la STC 38/2023 obviando cualquier referencia a la construcción dogmática de la STC 148/2021 ha considerado que "como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad", recordando que este canon de enjuiciamiento constitucional se corresponde, asimismo, con el utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que la conformidad con el convenio de la obligación de vacunarse depende de la existencia de habilitación legal, de la concurrencia de una finalidad legítima y de la necesidad de la injerencia en el concreto contexto que se afronta.

Ni rastro por tanto de un examen de la intensidad de la restricción para determinar si nos encontramos ante una restricción ordinaria, una restricción extraordinaria o una suspensión. En cierta manera la STC 38/2023 supone una abjuración implícita de la doctrina general recogida en la STC 148/2021.

2.3.2. Un presupuesto incorrecto: la supuesta necesidad de reconocer al gobierno una potenciación de la capacidad material de restringir derechos bajo el estado de alarma

La segunda cuestión problemática de la doctrina recogida en la STC 148/2021 tiene que ver con la multiplicación de los tipos de restricciones derivadas de la necesidad de reconocer una potenciación de las potestades publicas restrictivas bajo los distintos estados de crisis constitucionalmente reconocidos.

Según la STC 148/2021 la declaración de cualquiera de estos estados conlleva necesariamente una potenciación de las potestades públicas, con la consiguiente constricción de los derechos de los ciudadanos. Mientras que en el supuesto del estado de alarma solo cabe limitar o restringir derechos; en los estados de excepción y sitio, cabe también suspenderlos. Ahora bien, según la STC 148/2021, la Consti-

---

la STEDH de 8 de abril de 2021, asunto *Vavřička y otros c. República checa*" en Luis MEDINA ALCOZ "Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del Covid-19". *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 6. 2022.

[25] Derecho, el de la integridad física, que no cabría que fuese suspendido ni siquiera en los estados de excepción o sitio pues no se encuentra entre los derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE

tución, habría atribuido al poder público durante este estado de "menor intensidad", el estado de alarma, potestades extraordinarias que pueden deparar la constricción temporal de determinados derechos fundamentales, con modificación, por tanto, de su régimen jurídico ordinario.

¿En qué consisten para el Tribunal Constitucional esas potestades extraordinarias bajo el estado de alarma y que no tendría el legislador ordinario?.

Para la STC 148/2021, el Real Decreto que declare un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o "limitaciones" de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas, pues de lo contrario, según el Tribunal, carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis. Bajo esta concepción si la actuación bajo el estado de alarma hubiera de respetar siempre y en todo caso el contenido esencial de los derechos restringidos carecería de sentido la expresa previsión constitucional de este concreto estado de crisis, pues se podría realizar la restricción del derecho en situación de normalidad y sin declarar tal estado de alarma.

Sin embargo, tal concepción parte de un presupuesto claramente desenfocado. Lo que en realidad añadiría la previsión constitucional del estado de alarma no es una mayor capacidad restrictiva material, sino una mayor capacidad restrictiva formal desde dos perspectivas:

1. se puede realizar bajo el estado de alarma una restricción de los derechos fundamentales que debido a la urgencia de la situación no ha sido prevista por aquel que tiene de ordinario la capacidad de restringir los derechos fundamentales: los representantes de los ciudadanos mediante una norma parlamentaria. La previsión de la posibilidad de restringir los derechos bajo el estado de alarma permite sortear, por explicita previsión constitucional recogida en los arts. 116, la reserva de ley para las normas restrictivas de derechos que se exige en el art. 53.1 CE.
2. se puede realizar bajo el estado de alarma una restricción de los derechos fundamentales que debido a la urgencia de la situación debe poder ser realizada por el Gobierno de la Nación y no por el órgano primariamente competente, el autonómico. Desde esta perspectiva, afirma Bacigalupo, que el valor añadido del estado de alarma no sería una mayor capacidad sustantiva de limitación de los derechos fundamentales respecto de la que puede ofrecer la legislación ordinaria, sino que sería la concentración competencial a favor del Estado y el alcance nacional de las medidas habilitadas por la legislación ordinaria[26] (en el caso de la pandemia la sanitaria que, por ser ordinariamente de competencia autonómica, no podrán tener alcance supraautonómico en ausencia de un estado de alarma) .

No son por tanto el tipo de restricciones de derechos que se pueden adoptar en una situación de crisis lo que singulariza al estado de alarma, sino la alteración del órgano u órganos competentes para adoptarlas[27].

---

[26] https://almacendederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19

[27] Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI "Estado autonómico y lucha contra la pandemia" en *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. 2020.

Alteración de la separación de poderes tanto horizontal, dándole de manera temporal la competencia ordinaria para restringir atribuida a la Cortes Generales, al Gobierno de la Nación, como vertical, dándole igualmente al Gobierno de la Nación la competencia ordinaria para restringir que tendrían los poderes públicos autonómicos.

Allí donde el Gobierno considere que la situación requiere una intervención por completo extraordinaria, con alteración profunda de todo el sistema constitucional de fuentes y de distribución territorial del poder, cabrá la declaración del estado de alarma (art. 116 CE).

Así, ante la pregunta que se hace la STC 148/2021 de para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución el estado de alarma, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo —restringir los derechos fundamentales a través de una medida adoptada por el legislador ordinario—, cabe responder que precisamente para poder atribuir el poder de restringir a aquel que de manera ordinaria no es el competente, el Gobierno de la Nación, y sin tener que esperar a que aquel que sí lo es, las Cortes Generales o los poderes autonómicos, adopten una decisión que no es imperativa ni reglada.

Si el art. 53.1 CE establece como condiciones para la restricción de los derechos fundamentales tanto la reserva de ley, entendida como actuación de los representantes de los ciudadanos, como el respeto del contenido esencial, bajo el estado de alarma se permite excepcionar la primera condición, la reserva de ley, pero no la segunda, el respeto del contenido esencial.

Frente a esta concepción, la STC 148/2021 cree necesario justificar, a mi juicio erróneamente, la previsión del estado de alarma en el otorgamiento de una mayor capacidad de restricción que en una situación ordinaria. Y ello le lleva a considerar que bajo el estado de alarma no rige el contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.3.3. La coincidencia entre las características de una suspensión de derechos y la definición jurisprudencial tradicional del concepto de contenido esencial

La STC 148/2021 declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 7 que recoge el confinamiento domiciliario general por tratarse de una efectiva suspensión del derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE; medida solo prevista en los supuestos de declaración de los estados de excepción o de sitio (art. 55.1 CE).

La consideración de que se ha producido una suspensión la funda el Tribunal Constitucional en que la restricción ha sido, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual excedería lo que nuestro ordenamiento permite para el estado de alarma. Para la STC 148/2021 tal restricción "aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites".

Así, de la fundamentación referida se desprendería que las características de una suspensión coincidirían en buena medida con la definición tradicional de una afección del contenido esencial de un derecho fundamental.

Así, desde la STC 11/1981 se afirmó que "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así". Igualmente destacó que sería "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Precisamente Pomed había abogado por considerar que el confinamiento domiciliario por su intensidad fuese considerado una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental a la libre circulación, pues "[no] se trataba […] de «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados» […], sino de *imponer la permanencia de todas las personas en un lugar determinado y durante todo el tiempo que rigiera el confinamiento domiciliario.* Se negaba con ello la posibilidad de ejercer la libertad de circulación, cuyo contenido esencial no es otro que el de poder desplazarse libremente —esto es, sin necesidad de argüir motivo alguno— por las vías públicas" [28].

Sin embargo, recordemos que la STC 148/2021 reniega de la aplicación del contenido esencial al supuesto previsto en el art. 7 del Real Decreto de declaración del estado de alarma, pues para la STC 148/2021, este precepto se ubica en una norma de emergencia, en concreto de estado de alarma, y por ello su enjuiciamiento constitucional solo se puede abordar a partir de categorías propias del régimen extraordinario de limitación de derechos fundamentales y no bajo la categoría del contenido esencial.

La STC 148/2021 saca por la puerta el contenido esencial como límite al estado de alarma, pero lo vuelve a introducir por la ventana al utilizar, en buena medida las características propias del contenido esencial, para definir el concepto de suspensión, proscrita en tal estado.

---

[28] Luis POMED SÁNCHEZ "Algunas notas sobre los sucesivos estados de alarma declarados en 2020", en *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*, José Tudela Aranda (coord.), Fundación Giménez Abad. 2021, p. 185. Así hubiesen resuelto la cuestión de los confinamientos Lorenzo COTINO HUESO "La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid" en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* / coord. por Carlos Garrido López. Fundación Giménez Abad. 2021. pp. 178-179, para quién el confinamiento hizo irrecognoscible la libertad de circulación haciéndola en buena medida impracticable siguiendo los términos de la clásica STC 11/1981 y Germán TERUEL LOZANO, 2022, que considera que habrían vulnerado el contenido esencial que si se impondría bajo el estado de alarma.

En la construcción del Tribunal Constitucional a una restricción bajo el estado de alarma se le impone como límite el principio de proporcionalidad y no el contenido esencial material tal y como se definió por la jurisprudencia recogida en la STC 11/1981, pero en el caso concreto una eventual aplicación del primer límite no parece que desembocase en la nulidad de la restricción, pues la restricción derivada del confinamiento general parece que se adecuaría al principio de proporcionalidad, pues el Tribunal llega a afirmar que, tras considerar que se trata de una suspensión que caso de haberse realizado mediante el procedimiento previsto constitucionalmente para ellas (el estado de excepción), sería posible una interpretación integradora que permita justificar la adopción de medidas tan intensas como las que amparan los reales decretos impugnados[29]. Pero lo que se "cuestiona no es, ha de reiterarse, las medidas en sí, sino su adecuación al estado de alarma declarado"[30]. ¿Qué hacer? Si no se puede considerar la medida inconstitucional bajo el parámetro del principio de proporcionalidad, el que el Tribunal Constitucional considera aplicable al supuesto de la alarma y al de excepción, y tampoco bajo el parámetro del contenido esencial interpretado como contenido material indisponible, pues no es un límite aplicable al supuesto de la alarma, considera el Tribunal que la medida es inconstitucional por ser una suspensión, que se interpreta con los mismos criterios con los que se venia interpretando el contenido esencial absoluto, no permitida bajo la alarma.

2.3.4. La construcción del Tribunal Constitucional en la STC 148/2021 contrasta con la construcción realizada por el Tribunal Supremo unas semanas antes.

Poco antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma mediante la STC 148/2021, de 14 julio, el Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre algunas medidas adoptadas por los poderes públicos una vez que aquel estado había concluido. Así de la doctrina recogida en las sentencias del Tribunal Supremo nº 719/2021, de 24 de mayo o nº 788/2021, de 1 de junio, se desprende una concepción que contrasta con la concepción realizada por el Tribunal Constitucional apenas un mes después[31].

---

[29] Recordemos que la STC 148/2021 igualmente señala que "la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, *cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado*, sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales"

[30] Para la STC 148/021, parece que la situación que produjo la Covid, hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción atendiendo a las circunstancias existentes, más que a la causa primera de las mismas; legitimando, con ello, incluso la adopción de medidas que impliquen una limitación radical o extrema (suspensión, en los términos razonados en el fundamento jurídico 5) de los derechos fundamentales.

[31] Durante la pandemia, el sistema limitativo de derechos fundamentales se complementó con un específico sistema de intervención judicial previsto en el art. 10.8 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, redactado por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre,

Así, en efecto, y, en primer lugar, para el Tribunal Supremo la restricción de derechos fundamentales en el marco de la lucha contra la pandemia del Covid-19 no exige siempre y necesariamente la cobertura del estado de alarma.

Señala el Tribunal Supremo como la restricción o limitación de derechos fundamentales, por necesidades sanitarias o por cualquier otra causa, está prevista y regulada en la Constitución Española con alcance general en el art 53 CE. Para el Tribunal Supremo "la restricción de derechos fundamentales —y más aún su suspensión— en los estados previstos en los arts. 55 y 116 de la Constitución no deja de ser, afortunadamente, algo excepcional", pues "el medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo (afirma el Tribunal Supremo), superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I".

En la sentencia nº 719/2021 se juzgaba los posibles problemas atinentes a la restricción o limitación de derechos fundamentales derivada de una norma que limitaba los viajes entre islas en la Comunidad Autónoma de Canarias.

En la sentencia nº 788/2021 se juzgaba los posibles problemas atinentes a la restricción o limitación de derechos fundamentales derivada de una norma autonómica que prohibía la circulación por vías públicas («toque de queda») entre las 24 y las 6 horas, con determinadas excepciones (asistencia sanitaria, desplazamientos laborales, cuidado de personas dependientes, etc.) y fijaba en seis el número máximo de personas en reuniones familiares y sociales en espacios interiores, y en ocho en espacios abiertos, de nuevo con ciertas excepciones (actividades laborales, institucionales, docentes, etc.).

En esta última sentencia la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo entiende que medidas sanitarias como las consideradas, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión. Para el Tribunal ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible.

En efecto, señala el Tribunal Supremo que en el caso de los «toque de queda» entre las 24 y las 6 horas para toda la población de la correspondiente Comunidad Autónoma y de un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales, precisamente por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la in-

---

de medidas procesales y organizativas para hacer frente al covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia y mediante el que se requería la ratificación judicial de las medidas adoptadas. No es objeto de estas páginas el examen de dicho sistema de intervención judicial que fue declarado inconstitucional por la STC 70/2022, de 2 de junio.

timidad familiar, así como del derecho de reunión. Ello significa que requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible. Reserva a la Ley orgánica que el Tribunal Supremo considerará cumplida con lo recogido en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de medidas especiales en materia de salud pública.

Frente a la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la STC 148/2021, para el Tribunal Supremo la intensidad/severidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales no determinaría si nos encontramos ante una restricción o una suspensión, como considera el Tribunal Constitucional, sino que únicamente tendría relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, como la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales.

En cuanto a la cobertura normativa requerida, el Tribunal Supremo subraya que la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial, pues según el Tribunal Supremo la regulación mediante ley orgánica sólo es necesaria cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa— implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo.

En cuanto a la justificación sustantiva de las medidas sanitarias restrictivas de derechos fundamentales, la misma debe estar, a la vista de las circunstancias específicas del caso, a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate.

El Tribunal Supremo, contrariamente a lo que sostiene el Ministerio Fiscal y buena parte de la doctrina constitucionalista, no cree que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como los toques de queda o la limitación a un número máximo de personas en las reuniones familiares y sociales, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011.

Por referirnos sólo al «toque de queda», para el Tribunal Supremo sería poco cuestionable que para combatir un pequeño brote infeccioso localizado en un pueblo pueda la Administración sanitaria obligar a los vecinos a confinarse en sus domicilios; y seguramente algo similar cabría decir de la limitación de reuniones. El problema no es, así, la intensidad: el problema es, más bien, la extensión: en la lucha contra la pandemia del Covid-19, se han adoptado medidas sanitarias que restringen severamente derechos fundamentales para el conjunto de la población local, autonómica o nacional. Y es precisamente en este punto donde, según el Tribunal Supremo, el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 suscita dudas como fundamento normativo o norma de cobertura. Esta constatación, sin embargo, no conduce al Tribunal Supremo a concluir que medidas restrictivas tan severas y extensas como el «toque de queda» o el máximo de personas en las reuniones familiares y sociales no pueden adoptarse al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Para el Alto Tribunal éste puede

utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias —a la vista de las circunstancias específicas del caso— esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate. Y ni que decir tiene que, cuando se está en presencia de restricciones tan severas y generalizadas como la prohibición de salir del propio domicilio durante determinadas horas del día o de reunirse con más de seis personas, la justificación pasa por acreditar que tales medidas son indispensables para salvaguardar la salud pública. No bastan meras consideraciones de conveniencia, prudencia o precaución.

En el caso concreto el Tribunal Supremo estimará el recurso planteado acogiendo el motivo relativo a que tales medidas no superan el juicio de proporcionalidad, pues ni el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares ni la Sala de instancia han justificado que las mencionadas medidas sanitarias restrictivas de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar resultasen indispensables a la luz de la situación epidemiológica existente entonces en el territorio autonómico, sino que se apoyan sólo en consideraciones de prudencia.

3. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ALTERNATIVA A LA ESTABLECIDA EN LA STC 148/2021

Supongamos por un momento que el jurista persa al que se refirió en su día Pedro Cruz Villalón[32] hubiese llegado a España el 16 de marzo de 2020 y hubiese podido pasear por una concreta calle de cualquier localidad de nuestro país. Nuestro jurista habría observado que todas las personas residentes en esa calle se encontraban confinadas en sus casas.

El jurista persa, que no era en ese momento conocedor de la existencia de una pandemia mundial, hubiese deseado conocer cuál sería la razón jurídica para tal afección de los derechos fundamentales de esas personas, y para tratar de saciar su curiosidad le habríamos aclarado que no era un confinamiento voluntario sino jurídicamente obligatorio y le habríamos facilitado un ejemplar de nuestra Constitución, y quizás de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, para que se entregase concienzudamente a su lectura.

¿Qué es lo que nuestro investigador farsi habría sacado en limpio una vez hubiese conseguido poner un relativo orden en sus ideas?

Pues, seguramente después de haberse leído la Constitución y la LO 4/1981 habría concluido que necesitaría conocer alguna información adicional para comprender las razones jurídicas de tal confinamiento, y sobre todo y concretamente la siguiente: por un lado, necesitaría conocer la causa por la que esas personas han sido confinadas y, por otro, necesitaría conocer el concreto instrumento jurídico por el que tal confinamiento había sido establecido.

---

[32] Pedro CRUZ VILLALÓN "La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 4. 1981.

Así, nuestro amigo persa nos explicaría que, en principio, una misma medida, el confinamiento de personas, puede traer causa en el ordenamiento jurídico español de hasta de tres supuestos distintos:

1. de una delimitación de sus derechos,
2. de una restricción de sus derechos
3. o de una suspensión de sus derechos.

Para comprender la cuestión jurídica planteada por un confinamiento domiciliario en sus correctos términos sería necesario aclarar la diferencia entre estos tres conceptos.

Y aquí debemos señalar que, en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, el que sea un supuesto u otro, no dependería de la intensidad de la medida, pues la medida es exactamente la misma, el confinamiento domiciliario de unas personas, sino que dependería de las circunstancias y el modo en el que se haya determinado tal confinamiento. Así es la causa[33] y es el modo lo que determinaría el supuesto, de los tres señalados, ante el que nos encontremos.

Como nuestro jurista farsi, nuestro Tribunal Constitucional para comprender la cuestión planteada en sus correctos términos hubiese necesitado diferenciar entre los supuestos de delimitación, restricción y suspensión de derechos, para lo cual es necesario determinar, en primer lugar, el régimen jurídico de los derechos fundamentales.

3.1. El régimen jurídico de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978 tienen como característica esencial la de ser preceptos directamente aplicables por los jueces y tribunales ordinarios. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución, con independencia de su desarrollo por el legislador, tienen una aplicabilidad inmediata o directa de acuerdo con el contenido expresado por su propio enunciado constitucional, vinculando con ello a los poderes públicos. Así los derechos y libertades fundamentales son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos[34].

Sin embargo, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pueden llegar a ser restringidos y limitados cuando el legislador promueve determinados bienes o principios igualmente recogidos en la norma fundamental. Restricción que

---

[33] Sobre la causa Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO "La terrible confusión entre limitar y suspender derechos" en *Agenda Pública* de 5 de julio de 2021. https://agendapublica.elpais.com/noticia/17201/terrible-confusion-entre-limitar-suspender-derechos

[34] En la doctrina española destacan las obras generales de Luis María DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. 2013; e Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, Benito ALÁEZ CORRAL, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, Francisco BASTIDA FREIJEDO y Miguel PRESNO LINERA *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. 2004.

ciertamente no es incondicional, sino que se encuentra sometida, a su vez, a determinados límites y condiciones.

Con carácter previo a examinar como opera el control jurisdiccional del legislador cuando mediante su actuación restringe el contenido de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos con la finalidad de promover determinados principios o bienes, entre los que destacan aquellos que caracterizan al Estado social[35], conviene aclarar algunos conceptos de la teoría general de los derechos fundamentales.

3.1.1. La necesidad de distinguir entre la operación consistente en la delimitación de un derecho fundamental y la operación consistente en su restricción

El análisis de aquellas condiciones bajo las cuales sería posible que mediante la acción del legislador se produjese la restricción de un derecho fundamental reconocido en la Constitución tiene como presupuesto determinar la manera mediante la que se define constitucionalmente ese derecho que posteriormente puede ser objeto de aquella.

Así, nos encontraríamos ante dos operaciones jurídicas distintas: por un lado, aquella que se refiere a la definición misma del derecho constitucionalmente reconocido, y por otro, aquella que se refiere a la posibilidad de restringir o limitar *ex post* ese derecho previamente definido en atención a una decisión legislativa de promover determinados bienes constitucionales.

En este sentido, doctrinalmente se ha señalado la necesidad de distinguir entre, por un lado, los denominados "límites inmanentes" de los derechos fundamentales -también designados como "límites internos"-, y, por otro, los denominados "límites en sentido propio" de los derechos fundamentales -también designados como "límites externos"-. Diferencia que ha quedado igualmente concretada en la distinción entre dos conceptos no siempre correctamente identificados ni en la jurisprudencia ni en la doctrina: el concepto de *delimitación* de un derecho, esto es su definición, y el concepto de *limitación* o *restricción* del mismo, esto es el apoderamiento, normalmente al legislador, para restringir un derecho previamente definido o delimitado.

Así, la *delimitación* de un derecho fundamental sería la actividad hermenéutica que pretende hallar o concretizar el ámbito de aplicación del derecho fundamental que resulta del propio texto constitucional, prescindiendo de toda alteración normativa —la *restricción*—, que haya podido ser introducida *ex post* por una autoridad competente[36].

---

[35] Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social*. Marcial Pons. 2022.

[36] Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Marcial Pons. 2022.

Es en el contexto de la delimitación de los derechos fundamentales en el que se ha hablado de "límites internos o inmanentes", para designar aquellos que resultan de la propia Constitución, sea de la propia disposición que reconoce el derecho fundamental, sea de otra disposición constitucional distinta, pero de la misma naturaleza con la que un concreto derecho fundamental entra en aparente colisión como son el resto de los derechos fundamentales.

Así, por ejemplo, el derecho de reunión reconocido en el art. 22 CE no amparará una reunión *armada*, pues el propio precepto constitucional que reconoce aquel derecho ha excluido tal tipo de reuniones del contenido mismo del derecho fundamental.

Tampoco la información que no sea *veraz* estará incluida dentro del derecho a la libertad de información reconocido en el art. 20.1 d).

Igualmente el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a) no incluirá en su seno el derecho al insulto, pues según ha señalado el Tribunal Constitucional "no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental". Para el Tribunal, "el derecho al honor, no sólo es un límite a las libertades del art. 20.1a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el número 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, lo cual impide que puedan entenderse protegidas por las libertades de expresión e información aquellas expresiones o manifestaciones que carezcan de relación alguna con el pensamiento que se formula o con la información que se comunica o resulten formalmente injuriosas o despectivas, y ello equivale a decir que esos derechos no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la Constitución no reconoce, ni admite el derecho al insulto" [STC 85/1992, FJ 4].

Lo mismo ocurriría cuando es necesario delimitar el derecho fundamental de propiedad de un individuo en relación con ese mismo derecho fundamental de otro, lo que puede ocurrir en las relaciones de vecindad y que puede suponer la existencia de límites internos deducibles por un juez o tribunal independientemente de que exista o no una regulación legal restrictiva, por ejemplo, urbanística, que imponga restricciones o límites, en este caso externos, en atención a la necesidad de promover otros bienes.

En todos los casos referidos nos encontramos ante la operación de *delimitación* de los respectivos derechos y no de *restricción* de los mismos; pues las conductas excluidas del ámbito de protección del respectivo derecho —una reunión armada, una información que no sea veraz, un insulto, o aquellos límites internos al derecho de

propiedad de alguien en atención a la existencia de ese mismo derecho de otro—, nunca formaron parte del contenido constitucionalmente reconocido.

Como en su día señaló De Otto determinadas conductas han de considerarse excluidas de la protección del derecho fundamental no por obra de una limitación de este, sino por no formar parte de su contenido[37].

El contenido constitucional de un concreto derecho fundamental resulta de la interpretación del propio precepto constitucional que lo reconoce, pero también resulta de la articulación de ese precepto con los restantes preceptos constitucionales que tienen su misma naturaleza jurídica; esto es, aquellos otros preceptos constitucionales en los que se recogen el resto de los derechos fundamentales, y que pueden incidir sobre la definición constitucional del contenido del propio derecho concernido.

Sin embargo, se hace necesario subrayar, frente a lo que se ha sostenido por buena parte de la doctrina y por la propia jurisprudencia constitucional, que no todos los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos actúan por sí mismos como *límites inmanentes* de las normas de derecho fundamental[38]. Mientras que el reconocimiento constitucional de los distintos derechos fundamentales sí exige realizar una articulación entre todos ellos, incidiendo tal articulación sobre la definición constitucional del contenido de cada uno, no ocurre lo mismo en relación con el resto de bienes constitucionales que no son derechos fundamentales que si bien pueden constituirse en la

---

[37] Ignacio DE OTTO Y PARDO *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas. 1988.

[38] Es así común en la doctrina considerar que los límites internos de un derecho derivan de su coexistencia con otros derechos fundamentales, pero también con las restantes normas con rango constitucional.

Y puesto que los límites internos suponen la exclusión de determinadas expectativas de conducta del ámbito de protección constitucional dispensada por el derecho fundamental correspondiente, para esta concepción de no admitirse que el contenido del derecho fundamental también se configura a partir de normas constitucionales distintas al resto de derechos fundamentales, como son otros bienes constitucionales, habría que admitir que el derecho fundamental que contiene esa expectativa de conducta, suspende de vigencia a otra norma, la que reconoce el bien jurídico, igualmente constitucional cuyo objeto entra en contradicción con la *iusfundamental*, o viceversa. Una conclusión que se ha considerado contraria a la igualdad de rango de ambas normas recogidas en la Constitución. Así se recoge en Benito ALAEZ CORRAL "El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales" en *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant Lo Blanch. 2004, p. 107, o en Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA "Los límites de los derechos y el sistema normativo". *Derecho Privado y Constitución.* núm 17. 2003, p. 453, que apela al principio de unidad de la Constitución y al carácter normativo de toda ella, la efectividad de todas sus partes, y no sólo de la de los derechos.

Bajo las teorías llamadas internas todos los bienes jurídicos constitucionales actúan por sí mismos como límites inmanentes de las normas de derecho fundamental.

Sin embargo, no cabe compartir tal construcción, pues no es una cuestión de rango sino de aplicabilidad inmediata de las normas que reconocen derechos constitucionales frente a aquellas otras que reconocen bienes. Creemos que es más correcta aquella concepción que considera que el reconocimiento de los bienes constitucionales supone una habilitación al legislador para restringir los derechos, pero aquellos al carecer del rasgo de ser inmediatamente aplicables no son variables que formen parte de la operación de delimitación de los derechos fundamentales ver Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2022a).

justificación para una restricción externa por parte del legislador de un derecho constitucionalmente reconocido, no delimitan, en principio, el contenido mismo de los derechos, salvo que así se disponga por el propio precepto que lo reconoce al definirlo[39].

En efecto, los bienes jurídicos colectivos carecen de los rasgos de fundamentalidad que caracterizan a los derechos constitucionales y, por tanto, carecen de la capacidad de aplicación inmediata, y es por ello por lo que requieren para su promoción de la mediación legislativa que es la que determina, a su vez, la posibilidad de restringir los derechos fundamentales mediante una operación que es del todo distinta a la de su delimitación. En el caso de los bienes jurídicos constitucionales, estos están aún pendientes de que el legislador democrático le asigne una protección jurídica, quizá en detrimento (mediante su restricción) de los derechos fundamentales[40].

A diferencia de lo que ocurre en relación con los bienes constitucionales[41], el resto de los derechos fundamentales sí se encuentran dotados también de una protección jurídica inmediata (de una *posición originaria*), lo que implica que los preceptos que reconocen derechos fundamentales son directamente aplicables y son fuente directa de obligaciones de conducta, y ello determina que sí tengan que ser tenidos recíprocamente en cuenta para la delimitación de cada derecho.

Por tanto, sólo una vez se ha delimitado un derecho fundamental, una vez se ha definido su contenido constitucional, será posible entrar a examinar la posibilidad de limitarlo o restringirlo externamente.

Frente a los denominados límites inmanentes, toda reducción del ámbito constitucional de aplicación del derecho fundamental impuesta exteriormente por una autoridad competente recibiría el nombre de *restricción* del derecho fundamental. Se trata de la imposición por el legislador de limitaciones/restricciones externas sobre el contenido de un derecho constitucionalmente definido, limitaciones/restricciones que de otro modo no tendría tal derecho.

Así, como señaló De Otto, un límite, en el sentido propio del término, a un derecho fundamental "es una reducción impuesta exteriormente al contenido del derecho o libertad objeto de reconocimiento constitucional mediante la exclusión de

---

[39] Frente a ello Alexy, por ejemplo, admite que no sólo el legislador sino también el aplicador de los derechos fundamentales pueda inferir restricciones externas al ámbito normativo o posición *prima facie* (enunciada como principio) siempre que esas restricciones se deriven claramente de la ponderación del peso de los bienes jurídicos implicados. Robert ALEXY *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC. 2017, p. 284.

[40] Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a:248

[41] Si bien el hecho de que no sean directamente aplicables no significa que la promoción de tales bienes no sea vinculante para los poderes públicos. La negación de aplicabilidad inmediata y directa, por ejemplo, a los principios rectores del capítulo III únicamente significa que estos no son generadores de derechos públicos subjetivos accionables ante los tribunales, pero no significa que los principios queden desposeídos de su carácter vinculante para los poderes públicos. Así, de todo principio rector se derivan determinadas exigencias que son la manifestación de su vinculatoriedad como son la exigencia de interpretar las restantes normas del ordenamiento de conformidad con los principios o la exigencia de revisar la constitucionalidad de las normas tomando como parámetro los principios.

determinados supuestos fuera del ámbito de protección (del derecho fundamental) en virtud de una expresa habilitación constitucional"[42].

Mientras que la operación de restricción sólo se realiza por el habilitado constitucionalmente para ello: normalmente el legislador parlamentario —órgano con legitimidad democrática directa al que se le atribuye así la capacidad de promover otros bienes y fines constitucionales a través de la posibilidad de negar aquellas facultades que el reconocimiento constitucional del derecho supone[43]—; la operación de delimitación, que reiteramos es la consistente en la interpretación de lo ya definido por la Constitución, corresponde realizarla a cualquier poder público que deba interpretar cual es el contenido del derecho constitucionalmente reconocido. Así todo operador jurídico que deba aplicar el derecho fundamental, norma directamente aplicable, está llamado a realizar la pertinente operación delimitadora. La intervención del legislador para delimitar el derecho es posible pero no es necesaria, pues la misma, en realidad, resulta de la propia norma constitucional.

Partiendo de tales premisas, cabe desarrollar una teoría general de las restricciones con la que se pretende conciliar la especial fuerza normativa de los derechos fundamentales, concretada en la vinculación inmediata o eficacia directa de los mismos sin necesidad de *interpositio legislatoris*, con la amplia capacidad reconocida en nuestro ordenamiento al legislador democrático para, en cumplimiento de la caracterización constitucional de nuestro Estado como un Estado social, sacrificar, de resultar preciso, contenidos normativos originariamente protegidos por una norma de derecho fundamental.

Así, la Constitución al caracterizar nuestro Estado como un Estado social, en el art. 1.1, y reconocer, en desarrollo de tal caracterización, toda una serie de bienes constitucionales como son, por ejemplo, aquellos recogidos como principios rectores en el capítulo III del Título I o establecer un mandato de promoción de la igualdad y la libertad para que sean reales y efectivas en el art. 9.2, contiene "el esbozo de un ambicioso programa normativo para la mejora de las condiciones reales de vida de los individuos, lo que lleva irremediablemente aparejada la reconfiguración y actualización de la libertad originaria (configurada por el reconocimiento de los derechos fundamentales), que ha de resultar, inevitablemente, restringida"[44] mediante una decisión del legislador.

---

[42] Ignacio DE OTTO Y PARDO, 1988. En esta línea señala Arroyo Jiménez como "los límites a los derechos suponen la privación de protección a situaciones o modos de ejercicio que en principio se encuentran comprendidos en el supuesto de hecho del derecho". Luis ARROYO JIMÉNEZ *Libre empresa y títulos habilitantes,* CEPC. 2004, p. 117. La restricción frente a la delimitación consiste, en esencia, en la supresión, para un supuesto de hecho determinado, de la protección originariamente prevista por la disposición que reconoce y define un derecho fundamental

[43] Así la STC 76/2019, de 22 de mayo señalaba que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante, pues el legislador puede imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales.

[44] Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a.

Por tanto, nos adscribimos en las presentes páginas a aquella concreta concepción que considera que no todos los bienes jurídicos constitucionales actúan por sí mismos como límites inmanentes de las normas de derecho fundamental, pero, sin embargo, aquellos bienes jurídicos sí se pueden constituir en el presupuesto para que el constitucionalmente habilitado para ello, el legislador, proceda a restringir los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Así, en aquellos supuestos en los que no se trata de límites inmanentes —pues no nos encontramos ante la aparente colisión de dos derechos fundamentales o no se trata de límites explícitamente recogidos en la norma fundamental al definir el propio derecho fundamental—, se hace imprescindible la existencia de una norma legislativa de restricción para hacer efectiva la protección —en detrimento del contenido constitucional de los derechos fundamentales—, de esos otros bienes jurídicos de relevancia constitucional que no están protegidos en preceptos de la norma fundamental con los rasgos propios de los derechos fundamentales.

En estos supuestos, los bienes jurídicos constitucionales se encuentran aún pendientes de que los poderes públicos, y más concretamente el legislador, les asignen una determinada protección normativa en función de su respectiva importancia en un contexto dado[45].

Pero, estos límites en sentido propio, límites externos o restricciones a los derechos existirán sólo y exclusivamente cuando el poder público habilitado por la Constitución, el legislador parlamentario en el art. 53.1 CE, haga uso de ese apoderamiento para crear el referido límite o restricción al derecho fundamental. De este modo, la expectativa de conducta que se deriva del reconocimiento constitucional de un determinado derecho, y que pudiere ser el objeto de ese límite externo, sigue gozando de protección constitucional mientras el poder público competente, el legislador parlamentario, no haga uso de su habilitación para crearlo. Así pues, los límites en sentido propio o límites externos no son, en principio, aplicables directamente por los operadores jurídicos[46] mientras que los límites internos o inmanentes son necesarios.

---

[45] Rodríguez Fernández se muestra crítico con aquellas doctrinas que propugnan "la conversión de los derechos fundamentales en principios y desarrollan su aplicación circunstancial mediante juicios ponderativos lo que sirve, en definitiva, para sacar a los derechos de su particular armazón constitucional y para devolverlos al amplio estanque común en el que están sumergidos todos los bienes jurídicos constitucionales que se encuentran aún pendientes de que los poderes públicos les asignen una determinada protección normativa en función de su respectiva importancia en un contexto dado". Para Rodríguez "una vez en ese estanque, el derecho fundamental se convierte en un bien jurídico más, de gran peso, pero susceptible de ser directamente desplazado por cualquier otro bien —aunque carezca de desarrollo legislativo— en cada concreta circunstancia. Los bienes jurídicos previstos en normas que no gozan de los rasgos de fundamentalidad limitan, de este modo, al derecho fundamental sin necesidad de una *ley de restricción* que exprese una ponderación del legislador democrático". Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a.

[46] Ello en ningún caso quedaría desmentido por el hecho de ser preceptos en los que se impone mandatos de protección al legislador, pues el legislador debe promoverlos, pero mientras no lo haga no cabe deducir límite alguno al alcance del contenido del derecho fundamental constitucionalmente reconocido.

La posibilidad de restringir los derechos constitucionalmente reconocidos en atención a la promoción de otros bienes constitucionales provendría de la previsión recogida en el art. 53.1 CE del que resultaría, como señala De Otto, una habilitación no sólo para regular el ejercicio de los derechos sino también para limitarlos/restringirlos en cuanto lo justifique la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente reconocidos[47].

Así, la restricción de los derechos constitucionales mediante la actuación del legislador parlamentario será posible también, aunque ello no se prevea explícitamente en el concreto precepto constitucional que reconoce el derecho fundamental, con la finalidad de promover otros bienes constitucionales.

Únicamente cuando el propio precepto constitucional que reconoce un derecho fundamental lo haya excluido expresamente no será posible establecer una restricción por causas distintas a las explícitamente previstas en el mismo. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el art. 18.1 CE en el que tras disponer que el domicilio es inviolable, el precepto constitucional dispone que "*ninguna* entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito", lo que supone que no quepa establecer más excepciones a la inviolabilidad del domicilio sin consentimiento o autorización judicial que la explícitamente recogida en el propio precepto en relación con el flagrante delito. No cabe en estos supuestos que el legislador, con la finalidad de promover otros bienes constitucionales, establezca otros supuestos de entrada en el domicilio sin consentimiento o autorización judicial. Así ocurre, igualmente, en el supuesto del art. 15 CE que tras establecer que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, dispone que ello se reconoce "*sin que, en ningún caso*, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". Tal como señala la STC 34/2008, FJ

En este sentido para García de Enterría, E., "delimitar es configurar los límites dentro de los cuales se produce el contenido normal de los derechos; limitar (hay un cierto equívoco verbal en castellano entre los términos delimitación y limitación, pero los conceptos no parecen dudosos) es restringir, producir una restricción o ablación de las facultades que entran en el ámbito delimitado o definido previamente como propio de ese contenido normal. Delimitar un derecho es inexcusable; limitarlo es una eventualidad que, además de producirse o no, afecta solo a algunos supuestos y no a todos dentro de la generalidad de las aplicaciones del tipo de derecho de que se trate". Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA "Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, abril-junio. 1974, p. 81. Para Ignacio DE OTTO Y PARDO, 1988: 152, "lo que se quiere expresar al calificar la limitación como operación llevada a cabo desde el exterior del derecho es el carácter *constitutivo* del límite, y no meramente *declarativo* de un límite preexistente".

[47] Ignacio DE OTTO Y PARDO, 1988: 109. Como señala el propio De Otto, ello contrasta con el supuesto de la Constitución alemana donde el precepto que establece el límite del contenido esencial no atribuye por sí mismo ningún poder de restricción al legislador y no hace otra cosa que limitar el poder que eventualmente tenga de limitar en virtud de reservas específicas.

Precisamente el hecho de que en el ordenamiento alemán no exista un poder de restricción general es lo que ha generado allí la necesidad de desarrollar la doctrina de los límites inmanentes mediante la cual se pretenden conciliar los derechos fundamentales con otros bienes constitucionales, pues dado que no siempre cabe contar con una habilitación constitucional expresa para limitar/restringir los derechos, la limitación/restricción no podría fundamentarse más que en la tesis de que los límites son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho.

5), la prohibición de la tortura «se configura en la Constitución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales».

En todos estos supuestos es el propio precepto constitucional que define el contenido del derecho el que ha excluido la posibilidad de su restricción externa en atención a la promoción de otros bienes constitucionales[48], pero de no existir una explícita exclusión, la restricción de los derechos constitucionales mediante la actuación del legislador parlamentario será posible con la finalidad de promover otros bienes constitucionales.

3.1.2. Las condiciones constitucionales a las restricciones de derechos fundamentales

Ciertamente, la capacidad legislativa de restringir los derechos fundamentales, cuando tal posibilidad de restricción no está explícitamente proscrita en la propia Constitución, no es, en todo caso, incondicionada.

---

[48] No obstante lo anterior encontramos en la propia jurisprudencia alguna aparente excepción a tal construcción cuando el Tribunal tras recordar que el art. 21.2 CE establece que la autoridad "*solo* podrá [prohibir las reuniones en lugares de tránsito público] cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes", considera que además de los límites explícitos establecidos en la norma constituyente, el ejercicio de los derechos fundamentales "no solo puede ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, sino también ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos *o bienes constitucionales*". La cuestión es que el art. 21.2 CE no se refiere al orden público como un límite más posible al derecho de reunión, sino que se refiere a aquel como el único límite posible. Para tratar de superar tal obstáculo, la jurisprudencia constitucional vincula la interpretación de nuestro precepto constitucional con el art. 10.2 CE y con la literalidad del art. 11.2 CEDH en tanto que admite la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que "sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos". En interpretación y aplicación de esta norma del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el estado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes (STEDH asunto *Cisse c. Francia*, de 9 de abril de 2002, § 51).

Así, para la STC 61/2023, de 24 de mayo los bienes jurídicos implicados en una crisis sanitaria, como es el caso de la protección de la salud pública y del derecho a la vida, constituyen bienes de relevancia constitucional que pueden, llegado el caso, justificar que la autoridad gubernativa disponga la limitación del ejercicio del derecho de reunión en un determinado supuesto.

Bajo la concepción sostenida en estas páginas si con la prohibición se preservase el derecho a la vida nos encontraríamos ante un supuesto de delimitación de derechos, perfectamente posible, y no de restricción en atención a la promoción de un bien o valor constitucional sin el rango de fundamentalidad como sería la protección de la salud pública, muy discutible que pudiese aplicarse por la propia dicción del art. 21.1 CE.

Como se ha señalado ya, un límite externo a un derecho fundamental, una restricción al mismo, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar, de no existir aquel límite externo, en el objeto o contenido del derecho fundamental, en la posición originaria constitucionalmente reconocida.

Pero para que sea constitucionalmente viable modificar puntualmente la referida posición originaria de libertad que se reconoce en la norma fundamental como contenido de un derecho fundamental, la propia Constitución impone el cumplimiento de ciertas condiciones formales y materiales[49].

En concreto, de acuerdo con el art. 53.1 CE las restricciones a los derechos fundamentales que se dispongan habrán de venir establecidas por la ley, la cual deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho[50].

3.1.2.1. La reserva de ley

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional a través de la reserva de ley se asegura que la restricción de los ámbitos de libertad que la Constitución ha reconocido a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo[51] y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.

En este punto se suscita como una primera cuestión relevante la existencia de la doble reserva de ley recogida en los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución.

Para el Tribunal Constitucional la reserva a la Ley Orgánica del art. 81.1 CE "tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o las desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites"[52]. Para el Tribunal la imposición de límites a un derecho fundamental[53] es una actividad normativa reservada a la ley orgánica (art. 81.1 CE), mientras que la regulación del ejercicio del derecho es una tarea que compete al legislador ordinario en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1

---

[49] Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2022a: 23.

[50] En este sentido la reciente STC 38/2023 ha recordado que "como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad".

[51] Por todas las SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4 o 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 6 a).

[52] SSTC 101/1991 FJ 2, 135/2006, FJ 2

[53] En este punto conviene recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la reserva de Ley Orgánica se refiere sólo a los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo II del Título I de la Constitución [por todas STC 116/1999, FJ 4], por lo que los derechos fundamentales de la sección segunda podrán ser restringidos por Ley ordinaria.

CE[54]. Ciertamente, la diferencia entre lo que sea desarrollo de un derecho y lo que sea regulación de su ejercicio no parece sencilla, pero la doctrina constitucional parece incluir las restricciones bajo el concepto de desarrollo del derecho.

Sin embargo, interpretando la jurisprudencia constitucional, para el Tribunal Supremo la restricción o limitación de derechos fundamentales de la Sección 1ª no requiere ineluctablemente de cobertura mediante ley orgánica. Según el Tribunal Supremo ello sólo es necesario cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa— implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la Constitución es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo. Por tanto, para el Tribunal Supremo, la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1ª sólo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial. Así, para el Tribunal Supremo, como se ha examinado anteriormente, la intensidad y la extensión de las restricciones tiene relevancia a la hora de determinar tanto la cobertura normativa requerida, ley orgánica o ley ordinaria, como la justificación sustantiva de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Sea como fuere, el principio de reserva de ley, ya sea orgánica u ordinaria, no excluye la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador.

Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que circunscriban efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley. Este criterio aparecería contradicho con evidencia cuando en las cláusulas legales de remisión se produjese una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir[55]. Así la reciente STC 38/2023 se ha referido a la necesidad de "la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias"[56].

---

[54] STC 135/2006, FJ 2

[55] Por todas STC 83/1984, FJ 4.

[56] En relación con la posibilidad de decretar durante la pandemia de Covid-19 pero ya fuera del estado de alarma toques de queda o confinamientos perimetrales por las autoridades autonómicas el Tribunal Supremo. como ya se ha visto infra, en su sentencia de 3 de junio de 2021 consideró que no creía "que su carácter escueto y genérico prive al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 de idoneidad para dar

Por tanto, según reiterada jurisprudencia constitucional, la reserva de ley no se limita a exigir que una ley habilite la medida restrictiva de derechos fundamentales, sino que también es preciso, conforme tanto a exigencias denominadas —unas veces— de predeterminación normativa y —otras— de calidad de la ley, que en esa regulación el legislador parlamentario, que viene obligado de forma primaria a ponderar los derechos o intereses en pugna, predetermine los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales [por todas STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 8].

Establecidos los límites al reglamento cabe subrayar que no es sólo el rango de una norma lo que determina su capacidad de restringir los derechos, pues lo que la Constitución ha querido con las reservas de los arts. 53.1 y 81.1 es que sea la voluntad de los representantes de los ciudadanos la que determine la restricción de los derechos. Así se confirma cuando el art. 86.1 CE prohíbe al Real Decreto Ley, norma dictada por el Gobierno con rango de ley, la afección de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

Sin embargo, la propia Constitución ha establecido una sola excepción a la exigencia de que las restricciones de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes sentados en el legislativo. En efecto, cabe una restricción temporal de los derechos fundamentales por una norma que no sea del Parlamento[57] en el supuesto dispuesto en el art. 116 CE en relación con el estado de alarma que debe ser declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días. En este supuesto, cabe que la restricción de derechos fundamentales que eventualmente se pueda producir con la declaración del estado de alarma sea establecida en una norma gubernamental a la que ciertamente la jurisprudencia constitucional, de manera discutible, ha otorgado rango de ley[58], pero que en todo caso no es una

---

cobertura a medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como las aquí consideradas, especialmente si se interpreta en conexión con las Leyes 14/2006 y 33/2011"

[57] El estado de alarma es el único estado de los tres previstos en el art. 116 CE cuya adopción descansa unilateralmente en el Gobierno, sin intervención previa del Congreso de los Diputados. Intervención que sí se requiere para la declaración del resto de estados, pues la Constitución exige la autorización parlamentaria para la declaración del estado de excepción y exige que la propia declaración del estado de sitio la realice el Congreso.

[58] ATC 7/2012, FFJJ 3 y 4 y STC 83/2016, FJ 10. Frente a tal doctrina consideramos que, en el caso de la declaración inicial del estado de alarma, es la propia Constitución la que ha afirmado, por un lado, su naturaleza estrictamente gubernativa, y, por otro, la que ha eludido atribuirle expresamente a la actuación gubernamental rango o valor de ley al prever que sea adoptada "mediante decreto acordado en Consejo de Ministros". Cuando la Constitución ha querido otorgar a un acto del Gobierno el rango o valor de la Ley, lo ha hecho explícitamente como cuando establece en el artículo 82 CE que "las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley" que recibirán el título de Decretos Legislativos o cuando permite en el artículo 86 CE que "en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes". En ambos supuestos se trata de disposiciones del Gobierno a las que la propia Constitución les dota expresamente del rango o valor de la ley. Esa posibilidad debería, sin embargo, ser interpretada restrictivamente, pues se configura constitucionalmente como una excepción al procedi-

norma, al menos en los primeros quince días, adoptada por los representantes de los ciudadanos.

3.1.2.2. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental.

En lo que se refiere al respeto del contenido esencial, éste se configura como un límite a los límites/restricciones. Es lo que los alemanes denominan «Schranken-Schranke», un límite a la capacidad legislativa de restringir el contenido constitucional de los derechos en atención a la promoción de otros bienes constitucionales[59]. El destinatario de la obligación de respetar el contenido esencial es, por tanto, el legislador, quien encuentra un límite infranqueable a su acción restrictiva del contenido constitucional de un derecho fundamental en un "contenido esencial" de aquel derecho que la Constitución no precisa en mayor medida, pues es una tarea, la de precisión, que corresponde realizar al Tribunal Constitucional[60].

En relación con cómo se determina el alcance del referido límite a las restricciones, con cómo se determina el alcance del contenido esencial de un derecho fundamental, es posible encontrar en la doctrina diversas teorías que pueden ser agrupadas en dos grandes familias.

---

miento ordinario de elaboración de las leyes; pues no conviene olvidar que la Constitución reconoce a las Cortes Generales como "las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario", ya que son ellas las que representan al pueblo español (art. 66.1 CE). Ello se encuentra desarrollado en Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI. "Sobre el rango de los reales decretos de declaración y prorroga del estado de alarma" en el libro colectivo *Las fuentes del derecho treinta años después. Estudios con motivo de la nueva edición de Fuentes del Derecho de Francisco Balaguer Callejón* (CEPC 2022). Fundación Manuel Giménez Abad. 2024

Ciertamente, la naturaleza infralegal que aquí se propugna del Real Decreto de declaración del estado de alarma, no sería óbice para que la declaración de aquel estado, y las disposiciones subsiguientes que el Gobierno pueda dictar, puedan afectar temporalmente a normas de rango legal. El poder constituyente ha habilitado al poder ejecutivo para que adopte, cuando concurre el supuesto de hecho previsto en la LO, disposiciones que sin dejar de ser infralegales pueden afectar temporalmente a normas de rango legal, pues la capacidad de aquellas de afectar, siquiera sea temporalmente, a las normas legales no se la da su rango, que permanece inalterado, sino la propia Constitución.

Así, en el estado de alarma la distribución de competencias y funciones entre los poderes del Estado, legislativo y ejecutivo, se ve transitoriamente afectada, "pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados [de excepción] es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante "los poderes ordinarios" la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias" (ATC 7/2012, FJ 4); sin que ello implique, sin embargo, la alteración del sistema jurisdiccional de garantías y controles de los actos y disposiciones adoptados. Una alteración de tal sistema, en nada favorecería el objetivo querido por el constituyente de dar rápida respuesta a la situación excepcional ocasionada en el supuesto de la alarma, pues el control judicial *ex post* en nada limita la capacidad de acción del ejecutivo para adoptar tempestivamente aquellas decisiones que dentro del marco jurídico existente permitan hacer frente a la excepcional situación.

[59] Juan Carlos GAVARA DE CARA *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, CEPC. 1994.

[60] Pedro CRUZ VILLALÓN y Javier PARDO FALCÓN "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978". *Boletín mexicano de derecho comparado* n º 97. 2000.

Aquellas que interpretan que el contenido esencial es un contenido material "absoluto" e indisponible[61], y aquellas que interpretan que el contenido esencial es un concepto "relativo" que se vincula con que las restricciones no sean desproporcionadas[62].

Para las primeras, las denominadas teorías absolutas, el contenido esencial puede identificarse como una parte determinada y determinable del contenido total de un derecho reconocido por la Constitución. Se trata, por tanto, de un contenido material indisponible para el legislador y que supone por tanto el reconocimiento de una barrera material infranqueable a su capacidad de restricción[63].

La concepción absoluta fue tempranamente asumida por la jurisprudencia constitucional que ya en la STC 11/1981 trató de establecer criterios para poder definir ese contenido material indisponible de cada derecho.

Así, desde la STC 11/1981 se afirmó que "para tratar de aproximarse a la idea de «contenido esencial» cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesa-

---

[61] Partidarios de la teoría absoluta, entre otros, son Luciano PAREJO ALFONSO "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3. 1981; Manuel MEDINA GUERRERO *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill. 1996; Javier JIMÉNEZ CAMPO *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta. 1999; Luis ARROYO JIMÉNEZ, 2004; Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ "La libertad de empresa", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108. 2014; o Francisco Javier DÍAZ REVORIO "Desactivando conceptos constitucionales: la supresión de derechos y los estados excepcionales", en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* / coord. por Carlos Garrido López, Fundación Giménez Abad. 2021.

[62] Partidarios de la teoría relativa, entre otros, son Jesús ALFARO ÁGUILA REAL y Cándido PAZ ARES "Ensayo sobre la libertad de empresa", *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Civitas. 2002; Ignacio RODRIGUEZ FERNANDEZ, 2022ª; Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2022. En este sentido parece que podría ir el Magistrado Xiol cuando en su voto particular a la STC 148/2021 afirma que "el contenido esencial de los derechos fundamentales no es inmutable, pues pueden existir circunstancias que justifiquen que el legislador, con el fin de proteger otros valores o bienes constitucionales y respetando las exigencias del principio de proporcionalidad, establezca restricciones a ese contenido".

[63] No es infrecuente, sin embargo, tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia la confusión entre la identificación del contenido constitucional de un derecho y su contenido esencial.

rias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales".

La apelación a la recognoscibilidad que se realiza en la referida resolución no es sino una suerte de evocación a la escena de la novela de Lewis Carroll *Alicia a través del espejo* en la que Humpty Dumpty discute con Alicia acerca del significado de las palabras, pues la definición del contenido esencial a través de la recognoscibilidad y de la respuesta que a ello den los especialistas en Derecho, supondría que el referido contenido esencial sería lo que los juristas, y en último extremo el propio Tribunal Constitucional, dicen que es[64]. Así lo señala el voto particular de Ollero a la STC 148/2021 cuando se refiere a un peculiar "derecho de profesores" [65].

De acuerdo con la STC 11/1981 "el segundo. posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

No obstante lo anterior, frente al riesgo de que se reduzca la garantía constitucional a sólo el núcleo del derecho, a sólo esa parte del contenido constitucional total de un derecho que se identifica como el contenido esencial en sentido material, se ha concebido, doctrinal y jurisprudencialmente, el referido contenido esencial como un límite que se yuxtapone con aquel otro límite que exige, además, que toda restricción del contenido de un derecho constitucionalmente reconocido esté justificada[66]. Así,

---

[64] "Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso— quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos.

— La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

— La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién es el que manda..., eso es todo".

En el libro *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí* de Lewis Carroll *(1871)*

[65] Crítico con la concepción absoluta se muestra igualmente el voto particular de Xiol a la STC 148/2021 cuando critica "la concepción esencialista del Derecho, mediante la cual trata de buscarse un contenido inamovible delimitado a priori de los derechos fundamentales y se rechazan las posiciones constructivistas que predominan en el mundo jurídico contemporáneo".

[66] Así se ha acogido en la jurisprudencia constitucional, por ejemplo, recientemente en relación con el derecho de propiedad, la STC 112/2021 afirmaba que "el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.1 CE de 'los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título', no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el 'equilibrio justo' o 'relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida'".

si lo protegido fuese sólo el núcleo duro —el referido contenido esencial—, el resto del contenido del derecho tal y como es reconocido por la Constitución sería penetrable por el legislador sin limitación alguna.

Es por ello por lo que algunos de aquellos que sostienen la concepción absoluta de la garantía del contenido esencial recogida en el art. 53.1 CE han considerado, asumiendo así lo que se ha dado en llamar una teoría mixta, que tal garantía sería distinta de la garantía que se deriva del principio de proporcionalidad, pues la primera sería una técnica dirigida a excluir a aquellas restricciones que ya han sido consideradas proporcionadas[67].

En esta línea, señala Rubio Llorente que el contenido esencial es un límite absoluto, pero no es el único límite que protege los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, pues cada derecho está igualmente garantizado por la exigencia de que cada restricción del mismo, y de lo que se podría considerar contenido no esencial del derecho fundamental, se adecue al principio de proporcionalidad[68].

Por lo tanto, para buena parte de las teorías absolutas, una restricción del derecho fundamental solo sería constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada por no vulnerar el referido principio de proporcionalidad y, además, y en segunda instancia, no afecta al contenido esencial del derecho[69].

Bajo esta perspectiva, asumida en buena medida por nuestra jurisprudencia constitucional, el contenido esencial como límite de los límites cuenta con entidad propia frente al principio de proporcionalidad, pues aquel supone la existencia de un conte-

---

[67] Pues "una vez respetado el contenido esencial, el legislador no es libre para establecer límites a los derechos fundamentales, sino que sólo puede hacerlo para preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos y aplicando el principio de proporcionalidad" en Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, 2014: 23. En esta línea Luis PRIETO SANCHÍS *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate. 1990, y Manuel MEDINA GUERRERO, 1996. En esta concepción absoluta, el contenido esencial actúa como un límite propio y distinto del principio de proporcionalidad.

Frente a ello para Jiménez Campo si se ha respetado el contenido esencial, «la Constitución no tolera constricciones añadidas sobre el legislador» Javier JIMENEZ CAMPO, 1999: 78.

[68] Francisco RUBIO LLORENTE "La libertad de empresa en la Constitución", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez,* Civitas. 1996, p. 442. En este sentido Ignacio DE OTTO, 1988: 132, señala como de acuerdo con la teoría absoluta "el contenido esencial se concibe no como el único límite de los límites, sino como un límite que opera en yuxtaposición con el que consiste en la exigencia de que la limitación del derecho este justificada: una limitación del derecho fundamental sólo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y *además* no afecta al contenido esencial del derecho".

De asumirse la construcción que estamos examinando, de la misma se derivaría que mientras que el contenido esencial ha recibido sanción constitucional, el otro límite, el principio de proporcionalidad, solo implícitamente puede entenderse consagrado en la Constitución. Considera Medina que en nuestro país siguiendo la estela alemana, el Tribunal Constitucional lo habría considerado un principio inherente del Estado de derecho en STC 85/1992, FJ 4. Manuel MEDINA GUERRERO, 1996.

[69] Subraya Cidoncha como el contenido constitucional del derecho fundamental se dividiría en dos partes "como si de un melocotón se tratara: una parte dura —el hueso—, y una parte blanda —la carne—, esta última es restringible por el legislador [respetando el principio de proporcionalidad], no así la primera, la que constituye en puridad el contenido esencial, la parte infranqueable, su núcleo indisponible o irreductible". Antonio CIDONCHA MARTÍN *La libertad de empresa*, Civitas. 2006, p. 281.

nido material que implica la exclusión de cualquier restricción del derecho, aunque la misma persiga un fin legítimo y sea proporcionada.

Por el contrario, para las teorías relativas el juicio acerca de los límites al legislador cuando establece una restricción a un derecho se vincula con la prohibición de las restricciones injustificadas. El contenido esencial se identifica con la necesidad misma de justificación de la restricción. Y la falta de justificación de la restricción se determinaría precisamente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Por tanto, el contenido esencial no es concebido como un predeterminado contenido material indisponible para el legislador, como en la teoría absoluta, sino que tal contenido esencial tiene carácter relativo. Sólo se vulnerará el contenido esencial de un derecho fundamental si la restricción del contenido constitucional del mismo, del contenido previo a la actuación restrictiva del legislador, no se ajusta al principio de proporcionalidad[70]. El contenido esencial como límite de límites sería una garantía procedimental y no material, pues sólo se quebranta el contenido esencial cuando el contenido constitucional de un derecho experimenta una restricción superior a la necesaria para lograr el legítimo fin que la motiva. La garantía del contenido esencial queda así subsumida en el principio de proporcionalidad.

Bajo la concepción relativa, que ciertamente es la que consideramos más correcta y la que responde a lo que en realidad aplica normalmente el Tribunal Constitucional, cabe entender que no existiría un contenido material mínimo predeterminable e indisponible del derecho. El contenido esencial sería un límite al legislador, pero no se trataría de la imposición a su capacidad de restricción de ninguna barrera material sino de una barrera procedimental: el principio de proporcionalidad. Cuando el constituyente ha querido explicitar un contenido material indisponible para el legislador que promueve la restricción del derecho en atención a la promoción de bienes constitucionales lo ha hecho explícitamente como en el caso de la proscripción de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes o la proscripción de las entradas en domicilios salvo autorización judicial o flagrante delito.

La mayor crítica que se ha tratado de hacer a las teorías relativas es que, cumplido el principio de proporcionalidad, se podría producir el entero sacrificio del derecho[71].

Sin embargo, buena parte de la doctrina que se adscribe a las teorías absolutas ha reconocido cómo la dificultad para definir materialmente cual sea la parte esencial de

---

[70] Así se sostendría en algunos de los votos particulares a la STC 148/2021 entre los que destacan el de Ollero cuando señala que "el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial", o el de Xiol cuando señala los parámetros que han de tomarse en consideración para analizar las limitaciones que conforman el contenido esencial de los derechos fundamentales: previsión legal, fin constitucionalmente legítimo y respeto del principio de proporcionalidad.

[71] Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, 2014: 22.

Arroyo considera que la concepción relativa conduce a dos alternativas inaceptables: la inutilidad —por redundante— de la exigencia constitucional de protección del contenido esencial, o la inaplicación del principio de proporcionalidad a las restricciones sobre el contenido constitucionalmente protegido, pero no esencial, en Luis ARROYO JIMÉNEZ, 2004: 119.

un derecho fundamental habría desembocado en la escasa relevancia que ha tenido en la práctica la garantía del contenido esencial —entendido como garantía material— en cuanto verdadero instrumento de control de las restricciones de los derechos fundamentales. Así Medina subraya como el Tribunal Constitucional recuerda con insistencia la exigencia de respetar el contenido esencial, pero como instrumento puramente discursivo cuya influencia real como *ratio decidendi* de sus decisiones es prácticamente inexistente[72].

En la práctica el Tribunal Constitucional procede a realizar un juicio de proporcionalidad sin entrar a analizar a continuación una eventual vulneración del contenido esencial entendido como garantía material. Por tanto, a pesar de afirmar seguir una concepción absoluta del contenido esencial, el Tribunal Constitucional acaba aplicando en la práctica una concepción relativa, pues únicamente controla el cumplimiento del principio de proporcionalidad como límite a las restricciones establecidas por el legislador[73].

Sea como fuere, la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito del control jurisdiccional de los poderes públicos, bien como un límite diferenciado y yuxtapuesto al del contenido esencial bien como un límite coincidente en sí mismo con ese contenido esencial, se realiza para juzgar si una regulación cuyo propósito es promover un interés público restringe de tal forma un derecho fundamental que la regulación deviene contraria al texto fundamental.

Una vez se han examinado los rasgos fundamentales de una teoría general de las restricciones de los derechos fundamentales, y antes de tratar de aplicar tal teoría a los confinamientos domiciliarios decretados por el Real Decreto de declaración del estado de alarma, se hace necesario examinar un último concepto, el concepto de suspensión de los derechos fundamentales.

Sin embargo, ninguna de las dos alternativas parece fundada, pues para la concepción relativa una y la misma cosa son el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, por lo que no hay redundancia ni inutilidad.

[72] Manuel MEDINA GUERRERO, 1996: 160 y ss.. En la misma línea Paz Ares y Alfaro señalan como "resulta muy significativo que, aunque los Tribunales Constitucionales se aferran formalmente a la doctrina absoluta y afirman la existencia de un contenido esencial de los derechos, en su argumentación actúan como si fueran partidarios de la doctrina relativa" Cándido PAZ ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA REAL, 2002.

[73] Tal y como se ha subrayado la garantía del contenido esencial de un derecho recogida en el art. 19(2) de la Constitución alemana nunca ha desempeñado un papel importante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. El mundo académico apenas ha prestado atención a esta disposición. Nils SCHAKS "Democracy and (the essential content of) fundamental rights: marching in line or precarious balancing act?" *Law, Democracy and Development* vol. 23 Cape Town, 2019. p. 318. En estas páginas se sostiene, sin embargo, que el contenido esencial es reconducible al principio de proporcionalidad.

3.2. La suspensión de los derechos fundamentales

Frente a lo afirmado en la STC 148/2021, la suspensión de derechos fundamentales consistiría en la cesación temporal de la eficacia de la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental y este efecto se produce como consecuencia de una expresa declaración que así lo establezca, y no por la intensidad de la restricción que puedan imponerse al ejercicio del derecho que la norma constitucional consagra[74].

Esta pérdida de eficacia de la norma iusfundamental conlleva que el precepto constitucional que consagra el derecho fundamental durante el tiempo en que está suspendido no produzca efectos en el territorio en el que está declarado el estado de sitio o el estado de excepción (art. 55.1 CE).

Como señala Requejo Rodríguez la suspensión es una supresión temporal de la vigencia de la norma constitucional que acoge esos derechos, de tal modo que los poderes públicos podrían afectar a esos ámbitos de libertad sin respetar su contenido esencial, regulándolos como consideren, e incluso eliminándolos por completo, como si no contaran con el respaldo de una norma iusfundamental porque ha perdido transitoriamente su operatividad[75].

De este modo, como se ha señalado cuando el derecho fundamental se encuentra suspendido el derecho se desconstitucionaliza, por lo que el régimen jurídico de ese derecho y su propio contenido no será el constitucionalmente establecido —la norma iusfundamental está temporalmente privada de eficacia—, sino el previsto en la disposición que declara la suspensión.

El art. 116 interpretado a la luz del art. 55 supone la remisión a la norma que declara la suspensión, —en el caso del estado de excepción el Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados y en el caso del estado de sitio el acto del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno— de la determinación del régimen jurídico de los derechos fundamentales suspendidos por ella misma. La esencia de los estados de excepción es el establecimiento de un procedimiento perentorio para adoptar medidas temporales para hacer frente a situaciones que ponen en riesgo el estado constitucional. El art. 116 CE habilitaría así al poder de excepción para que dote a determinados derechos constitucionales de un régimen jurídico extraordinario, donde su contenido o sus garantías constitucionales se pueden ver alteradas respecto del régimen ordinario,

---

[74] Benito ALAEZ CORRAL, 2004.

[75] Paloma REQUEJO RODRIGUEZ "Teoría vs. Práctica del estado de alarma en España" en *Constitución y democracia: ayer y hoy Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Vol. 2. 2012 y Benito ALAEZ CORRAL, 2004. En esta línea para Velasco la suspensión es la "derogación provisional o no-vigencia temporal de ciertos derechos fundamentales" para responder a quiebras del orden público-político. Francisco VELASCO CABALLERO "Libertades públicas durante el estado de alarma por la covid-19", en Blanquer, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá),* Tirant lo Blanch, Valencia. 2020, p. 89.

sin tener que respetar los límites que la Constitución dispone a las restricciones de derechos en situación de normalidad.

La remisión constitucional, frente a lo que se haya podido doctrinalmente señalar, no es siquiera al régimen jurídico que se establece en la Ley orgánica que regula el estado de excepción o el de sitio. En efecto, al contrario de lo que ocurre en los supuestos de suspensión individual en los que el art. 55.2 sí ha remitido en cuanto a la regulación de las medidas a adoptar a "una ley orgánica" —que "podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas"—, en el supuesto de las suspensiones generales de aquellos derechos a los que se refiere el art. 55.1 CE, las medidas de suspensión de los derechos se producirán cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución.

La concreta determinación del régimen jurídico de los derechos suspendidos de forma general (art. 55.1 CE) corresponde, directa e inmediatamente, al acto normativo que declare tal suspensión al declarar el estado de excepción o el estado de sitio[76]. En consecuencia, cuando está suspendido el derecho fundamental, este derecho no existe como tal y solo tendrá el alcance que le otorgue la propia disposición que declare la suspensión[77].

---

[76] Ciertamente, para la STC 148/2021 y una buena parte de la doctrina académica es la normativa de excepción —la LOAES, que reemplaza a las disposiciones constitucionales relativas a aquellos derechos fundamentales que de acuerdo con el art. 55.1 CE pueden ser suspendidos—, la que, en su caso, puede someter la suspensión de un determinado derecho al cumplimiento de concretos requisitos y condiciones que pasan así a constituirse en las garantías temporales de tal derecho mientras rija el correspondiente periodo de excepción que permite la suspensión. La decisión relativa a cuáles son las garantías de los derechos una vez suspendidos queda así, bajo esta concepción, en manos del legislador orgánico al que se remite el art. 116 CE, que es el que tiene la capacidad de sustituir de manera temporal el régimen de los derechos en situación de normalidad por el régimen de los derechos en situación de excepción. Así, ese legislador orgánico de excepción puede decidir que el régimen jurídico de los derechos en tales situaciones se someta al cumplimiento de determinadas condiciones como puede ser la de que las medidas a adoptar sean las estrictamente indispensable para asegurar el restablecimiento de la normalidad (art. 1.2 LOAES). Se trata, en este caso, del establecimiento por el legislador de excepción al que se remite el art. 116 CE de una condición legal, que no constitucional. Condición contingente, que no constitucionalmente necesaria, se ha señalado por la doctrina, pues no se deriva de la propia Constitución que precisamente habilita a aquel legislador para determinar, de manera temporal, el concreto régimen jurídico de determinados derechos en aquellas situaciones de excepción en las que se permite por previsión constitucional, ex art. 55.1 CE, su suspensión.

[77] Paloma REQUEJO RODRIGUEZ, 2012, señala que, a pesar de que constitucionalmente la suspensión permitiría optar por eliminar transitoriamente los derechos suspendidos, la LOAES ha establecido el régimen jurídico de los derechos suspendidos obligando a un juicio de proporcionalidad de las medidas suspensivas. Cabe plantearse la constitucionalidad en este punto de la LOAES, si se considerase que la Constitución remite el régimen jurídico de los derechos suspendidos a la propia disposición que declare la suspensión.

Resulta, por tanto, que cuando el derecho fundamental está suspendido su régimen jurídico no es el "regular y ordinario", esto es, no es el precepto constitucional que lo garantiza porque la norma iusfundamental se encuentra temporalmente privada de eficacia , sino "uno distinto", el previsto en el acto normativo de declaración[78] o bien el previsto en la ley orgánica a la que se refiere el art. 116.1 CE en relación con el art. 55.2 CE para las suspensiones individuales, pues el régimen jurídico del derecho suspendido se establecerá en una u otras normas dependiendo de que nos encontremos en el supuesto previsto en el art. 55.1 CE (suspensión general) o el 55.2 CE (suspensión individual).

La suspensión es un acto formal, por lo que exige una decisión expresa por la que se prive de eficacia a la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental. No caben suspensiones de hecho o implícitas.

La garantía de un derecho suspendido ya no es su contenido esencial[79] y quedaría sustituida por el cualificado control parlamentario que la Constitución y la LOAES han dispuesto sobre la declaración y gestión gubernamental, de tales estados excepcionales.

Por ello, no puede considerase que existe una suspensión del derecho fundamental porque, en ausencia de declaración de unos de los estados excepcionales que permiten la suspensión, se haya restringido el derecho fundamental, incluso aunque la restricción impuesta sea de tal entidad que impida su ejercicio. En este caso, no nos dejamos de encontrar ante una restricción de derechos fundamentales cuyo régimen jurídico es, como se ha señalado, distinto del de la suspensión.

4. LA APLICACIÓN POR NUESTRO JURISTA PERSA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES REFERIDA AL SUPUESTO DE LOS CONFINAMIENTOS DOMICILIARIOS.

Una vez expuesta aquella teoría general de los derechos fundamentales que se considera más adecuada a lo dispuesto en nuestro texto constitucional, cabe tratar de

---

[78] Para Francisco BASTIDA FREIJEDO "La cuarentena de los derechos", *La Nueva España*, 9 de abril de 2020, suspender un derecho «es excluirlo temporalmente del catálogo de derechos de la Constitución y desde ese momento sólo existirá en los términos y garantías que señale el decreto que lo suspende. Dicho en otras palabras, con la suspensión el derecho fundamental desaparece y, si vuelve a nacer, es como un derecho no fundamental, delimitado en los términos y con el alcance dispuestos en el decreto declarativo del estado de excepción (o de sitio)»

[79] De acuerdo con Benito ALÁEZ CORRAL, 2004:244, si el derecho fundamental suspendido está desconstitucionalizado —se ha suprimido temporalmente la vigencia de la norma iusfundamental— parece que solo sería posible aplicar un mero juicio de razonabilidad, orientado a comprobar si las medidas acordadas guardan un mínimo de coherencia con el fin de superar la situación de crisis de que se trate. Para Miguel PRESNO LINERA y Patricia GARCÍA MAJADO, 2022:20, se trataría, únicamente, de verificar la ausencia de arbitrariedad por parte del poder público y no, por el contrario, la proporcionalidad de las medidas suspensivas adoptadas, pues la aplicación del principio de proporcionalidad habría decaído con la desconstitucionalización del derecho fundamental.

aplicarla al supuesto planteado por el confinamiento general decretado en el art. 7 del Real Decreto 463/2020.

Como ya ha subrayado nuestro jurista persa una misma medida, el confinamiento de una persona, puede traer causa en el ordenamiento jurídico español hasta de tres supuestos distintos:

1. de una delimitación de sus derechos,
2. de una restricción de sus derechos
3. o de una suspensión de sus derechos.

Nuestro jurista farsi, señalaría, en primer lugar, que, en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, el que sea un supuesto u otro, no dependería de la intensidad de la restricción que supone la medida adoptada, pues la medida es exactamente la misma, el confinamiento domiciliario de unas personas, sino que dependerá de las circunstancias y el modo en el que se haya determinado tal confinamiento. Así es la causa y es el modo los que determinarían el supuesto de los tres señalados ante el que nos encontremos.

Nuestro jurista persa señalaría, en segundo lugar, que, en el caso concreto de lo ocurrido en marzo de 2020, y en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, no estaríamos ante un supuesto de suspensión del derecho a la libre circulación, pues tal suspensión exige una expresa declaración que así lo establezca, y tal expresa declaración, que sólo se puede producir en el marco de una declaración de estado de excepción o de una declaración de estado de sitio, no se habría producido [80].

Es en este punto en el que cabría plantearse, en primer término, si en el supuesto de la afección de la movilidad de una persona por el hecho de que sea portador de una enfermedad infectocontagiosa mediante su confinamiento, se está delimitando su derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) o a la libre circulación (art. 19 CE) o, por el contrario, se le están restringiendo tales derechos.

Bajo la primera perspectiva no formaría parte del contenido constitucional mismo de los derechos a la libertad personal o a la libertad de circular el deambular por la calle cuando se tiene tal enfermedad, pues uno no tiene derecho a dañar el derecho a la vida o a la integridad física de los demás.

Es por ello por lo que el confinamiento de un infecto contagioso podría ser un supuesto de delimitación de su derecho fundamental a la libre circulación o a la libertad personal en relación con los derechos a la vida y a la integridad física de los demás y no un supuesto de restricción de aquellos derechos. Es por ello por lo que la decisión de confinar a una persona, caso de aceptarse que no se trata de restringir un derecho sino de delimitarlo en relación con los derechos de los demás se podría

[80] Y cabría sostener, igualmente en contra de lo afirmado por la STC 148/2021, que tampoco podría haberse producido tal declaración, pues el art. 116 CE ha remitido a una Ley Orgánica la regulación de los estados de alarma, de excepción y de sitio y esta ley orgánica, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, habría establecido que para el supuesto de una pandemia el estado al que se debe recurrir es al de alarma. Sobre ello Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO (2021).

adoptar por el juez incluso en ausencia de previsión legislativa. La aplicabilidad directa de los derechos fundamentales permitiría a los operadores jurídicos realizar tal delimitación.

Por el contrario, si considerásemos que lo promovido con el confinamiento es un bien jurídico, y no tanto un derecho fundamental, como es el correcto funcionamiento del sistema nacional de salud o si considerásemos que no hay certeza alguna en relación con quién se encuentra infectado se trataría, más bien, de una restricción al derecho fundamental en atención a la promoción de otros bienes o valores. En este caso tanto si lo realiza el legislador ordinario (orgánico) como si se realiza bajo el estado de alarma por el Gobierno se trataría de una restricción sometida al límite del contenido esencial establecido en el art. 53 CE, aunque no a la reserva de ley en el caso de que la restricción se produzca mediante la declaración del estado de alarma[81].

En marzo de 2020 y ante la concurrencia de dos circunstancias: la primera: el desconocimiento de quién era portador de la enfermedad ,y la segunda: la ausencia en la normativa orgánica de una previsión referida a los confinamientos generales que se considerase con una suficiente calidad[82], se decidió por el Gobierno proceder a restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante la declaración del estado de alarma.

De acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales desarrollada en las presentes páginas, para determinar la constitucionalidad de la restricción realizada por

---

[81] Consideramos que no existe en nuestro ordenamiento constitucional una reserva al procedimiento del estado de alarma para poder realizar determinadas restricciones de derechos Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2020. En esta línea, para Velasco, el estado de alarma no sería la única respuesta que da nuestro ordenamiento ante una transmisión "no individualizable" de la COVID-19 que exija el confinamiento general de la población. El estado de alarma sería una respuesta alternativa a las medidas individuales o generales que se pueden adoptar con las normas sanitarias ordinarias. Francisco VELASCO CABALLERO "Medidas "individualizables" frente a medidas "generales" en la lucha contra la COVID-19: una respuesta a Javier Barnes" en https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/ 2020. No son el tipo de restricciones de derechos que se pueden adoptar en una situación de crisis sanitaria lo que singulariza al estado de alarma, sino la alteración del órgano competente para adoptarlas. Esta sería la respuesta que cabe dar a la pregunta ¿Para qué se ha previsto entonces en la propia Constitución el estado de alarma, si se puede prescindir de él para hacer lo mismo? Precisamente para atribuir el poder de hacerlo a aquel que de manera ordinaria no es el competente y sin tener que esperar a que el que lo es, adopte una decisión que no es imperativa.

En esta línea señala Boix que "la gran diferencia entre una gestión de la situación por medio del estado de alarma y la que utiliza los instrumentos ordinarios del Derecho sanitario tiene que ver en última instancia, sobre todo, con quién es el responsable último de la adopción de medidas —en un caso, el gobierno del Reino de España; en el otro, los de las Comunidades Autónomas—". Andrés BOIX PALOP "COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma 'territorializados'" en http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722 ,2020.

[82] En mayo de 2020 la vicepresidenta del Gobierno Carmen Calvo anunció que el Gobierno estaba pensando en modificar la ley de salud pública para permitir al Gobierno tomar decisiones sobre confinamientos, lo que implica limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin necesidad de decretar la alarma. https://elpais.com/espana/2020-05-13/calvo-confirma-una-reforma-legal-para-no-tener-que-recurrir-a-la-alarma-si-hay-rebrotes.html

el art. 7 del Real Decreto 463/2020 cuando establece el confinamiento general, el Tribunal Constitucional habría tenido que determinar si dicho confinamiento general respetaba el contenido esencial del derecho fundamental a la libre circulación reconocido en el art. 19 CE, pues frente a los sostenido en la STC 148/2021, las condiciones del art. 53.1 CE también se deben exigir a las restricciones establecidas bajo el estado de alarma.

Es posible que bajo una concepción absoluta del concepto de contenido esencial el Tribunal Constitucional hubiese considerado que el confinamiento domiciliario vulneraba el contenido esencial de aquel derecho fundamental. Así se desprendería de lo argumentado por el propio Tribunal en la STC 148/2021, cuando señala que el artículo 7, no se queda en la acotación del ámbito de la libertad de circulación, como ocurre con otras reglas previstas para situaciones de normalidad; sino que la limita o restringe de modo drástico, "hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore* su contenido esencial. Por ello, una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE)" [83]. Tal concepción supondría la inconstitucionalidad del confinamiento general por vulneración del contenido esencial del derecho a la libre circulación [84].

Sin embargo, bajo una concepción relativa del concepto de contenido esencial, que es la que consideramos constitucionalmente más adecuada, sólo se vulneraría el mismo si la restricción del contenido constitucional del derecho fundamental —del contenido previo a la actuación restrictiva del legislador—, no se ajustase al principio de proporcionalidad. En este caso hubiese sido más complicado que el Tribunal Constitucional hubiese declarado la inconstitucionalidad del art. 7 del Real Decreto 463/2020.

Así parece desprenderse nuevamente de lo afirmado en la propia STC 148/2021, en su FJ 11, cuando señala que "la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no deriva del contenido material de las medidas adoptadas, *cuya necesidad, idoneidad y proporcionalidad hemos aceptado,* sino del instrumento jurídico a través del cual se llevó a cabo la suspensión de ciertos derechos fundamentales" (FJ 11) [85].

---

[83] Como señala Germán TERUEL LOZANO, 2022, los argumentos para justificar la inconstitucionalidad del confinamiento son válidos tanto si se recurre a la idea de contenido esencial como a la de suspensión material.

[84] En contra de la concepción absoluta del contenido esencial se muestran los votos particulares del Magistrado Ollero Tassara y del Magistrado Xiol Ríos.

[85] Para la STC 148/2021 "las constricciones extraordinarias de la libertad de circulación por el territorio nacional que impuso el artículo 7 (apartados 1, 3 y 5) del Real Decreto 463/2020, por más que se orienten a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes, y se ajusten a las medidas recomendadas por la Organización Mundial de la Salud en su documento «Actualización de la estrategia frente a la COVID-19» (14 de abril de 2020), exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES)". Es decir, las medidas promoverían un objetivo legítimo y serían adecuadas y necesarias, otra cosa es que el ins-

Precisamente, la utilización del principio de proporcionalidad como parámetro de control de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales bajo la situación de pandemia habría sido la técnica aplicada por el Tribunal Constitucional Federal alemán que tras considerar que los toques de queda o las restricciones de contacto interferirían por su grado de intensidad con el derecho fundamental a la libertad física (el equivalente al derecho recogido en nuestro art. 17 CE), razonó en su sentencia de 17 de noviembre de 2021, que eran constitucionales, pues servían de manera proporcionada a una finalidad legítima como era la de proteger a la población de los riesgos sanitarios en relación con el virus.

Esta última es la perspectiva que sostendría nuestro jurista farsi como una teoría general de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada y es la perspectiva acogida por nuestro propio Tribunal Constitucional en alguna de las sentencias posteriores a 2021 cuando se ha tenido que enfrentar a cuestiones como, por ejemplo, la vacunación, pues siendo una injerencia muy intensa en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna quedaría supeditada, según la STC 38/2023, al cumplimiento de los diversos requisitos que rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, "en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad". Esta parece que sería, asimismo, la perspectiva desarrollada por el Tribunal Constitucional en la sentencia anunciada en la nota informativa nº 108/2024, de fecha 5 de noviembre, y en el momento de publicación de estas páginas todavía no publicada, en la que se señala que el Tribunal rectifica "su doctrina anterior, establecida en la STC 148/2021, de 14 de julio, en el sentido siguiente: "[l]a intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental no es un criterio determinante de la diferenciación constitucional entre la suspensión y la restricción de derechos fundamentales, por lo que una ley de restricción, incluido (cuando así sea procedente) el propio decreto de estado de alarma, puede establecer limitaciones de alta intensidad en los derechos fundamentales siempre y cuando se ajuste a los requisitos constitucionales necesarios y, en particular, siempre que respete el principio de proporcionalidad".

5. BIBLIOGRAFIA CITADA.

Benito ALAEZ CORRAL "El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales" en *La defensa del Estado. Actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España.* Tirant Lo Blanch. 2004.

Robert ALEXY *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC. 2017.

Jesús ALFARO ÁGUILA REAL y Cándido PAZ ARES "Ensayo sobre la libertad de empresa", *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Civitas. 2002.

---

trumento jurídico no haya sido el apropiado por considerar la STC 148/2021 que la intensidad de la restricción ha supuesto una suspensión.

Manuel ARAGÓN REYES y Herminio LOSADA GONZÁLEZ "La libertad de empresa", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108. 2014.

Manuel ARAGÓN REYES "El Tribunal Constitucional cumplió con la sentencia sobre el estado de alarma" en *El País*, 4 de agosto 2021. https://elpais.com/opinion/2021-08-04/el-tribunal-constitucional-cumplio-con-la-sentencia-sobre-el-estado-de-alarma.html

Luis ARROYO JIMÉNEZ *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC. 2004.

Francisco BASTIDA FREIJEDO "La cuarentena de los derechos", *La Nueva España*, 9 de abril de 2020.

Andrés BOIX PALOP "COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma 'territorializados'" 2020. http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722

Antonio CIDONCHA MARTÍN *La libertad de empresa*, Civitas. 2006.

Lorenzo COTINO HUESO "La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid" en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* / coord. por Carlos Garrido López. Fundación Giménez Abad. 2021.

Pedro CRUZ VILLALÓN "La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 4. 1981.

Pedro CRUZ VILLALÓN y Javier PARDO FALCÓN "Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978". *Boletín mexicano de derecho comparado*. n º 97. 2000.

Ignacio DE OTTO Y PARDO *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas. 1988.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO "Desactivando conceptos constitucionales: la supresión de derechos y los estados excepcionales", en en *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España* / coord. por Carlos Garrido López, Fundación Manuel Giménez Abad. 2021.

Luis DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas. 2013.

Juan Fernando DURÁN ALBA "Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma" en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad. 2020.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA "Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 1, abril-junio. 1974.

Carlos GARRIDO LÓPEZ "La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos". *Teoría y realidad constitucional*, núm 46. 2020.

Juan Carlos GAVARA DE CARA, J.C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn,* CEPC. 1994.

Javier JIMÉNEZ CAMPO *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta. 1999.

Yolanda LÓPEZ NIETO "El régimen jurídico de la libre circulación: conceptualización del derecho a propósito del confinamiento domiciliario contemplado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo". *Revista general de derecho constitucional*, núm. 40. 2024.

Luis MEDINA ALCOZ "Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del Covid-19", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método.* Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Vol. 6. 2024.

Manuel MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill. 1996

Luciano PAREJO ALFONSO "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3. 1981.

Luis POMED SÁNCHEZ "Algunas notas sobre los sucesivos estados de alarma declarados en 2020", en *Estado autonómico y Covid-19: un ensayo de valoración general*, José Tudela Aranda (coord.), Fundación Manuel Giménez Abad. 2021.

Miguel PRESNO LINERA y Patricia GARCÍA MAJADO "Derechos fundamentales, derecho de excepción y derecho administrativo de excepción". *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 61. 2022.

Luis PRIETO SANCHÍS *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate. 1990.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO (2021) "La terrible confusión entre limitar y suspender derechos" en Agenda Pública de 5 de julio de 2021. https://agendapublica.elpais.com/noticia/17201/terrible-confusion-entre-limitar-suspender-derechos

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNANDEZ DEL CASTILLO "Estado de alarma y libertades: restricción, limitación, privación o suspensión de derechos" en *Estado de alarma y Constitución*. CEPC. 2022.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI "Estado autonómico y lucha contra la pandemia" en Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*. Fundación Manuel Giménez Abad. 2021.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI *Los derechos fundamentales económicos en el Estado social.* Marcial Pons. 2022.

Tomás DE LA QUADRA SALCEDO JANINI. "Sobre el rango de los reales decretos de declaración y prorroga del estado de alarma" en *Las fuentes del derecho treinta años después. Estudios con motivo de la nueva edición de Fuentes del Derecho de Francisco Balaguer Callejón* (CEPC 2022). Fundación Manuel Giménez Abad. 2024.

Paloma REQUEJO RODRIGUEZ "Teoría vs. Práctica del estado de alarma" en *España en Constitución y democracia: ayer y hoy Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Vol. 2. 2012.

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*. Marcial Pons. 2022.

Ignacio RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ "La delimitación y características de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 126. CEPC. 2022.

Francisco RUBIO LLORENTE "La libertad de empresa en la Constitución", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas. 1996.

Nils SCHAKS "Democracy and (the essential content of) fundamental rights: marching in line or precarious balancing act?", *Law, Democracy and Development* vol. 23 Cape Town. 2019.

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA "Los límites de los derechos y el sistema normativo". *Derecho Privado y Constitución* núm 17. 2003.

Germán TERUEL LOZANO "Estado de alarma y derechos fundamentales ante la pandemia de la COVID-19 presupuestos teóricos para el enjuiciamiento constitucional" en *Constitución y pandemia: el Estado ante la crisis sanitaria*. Tirant Lo Blanch. 2022.

Francisco VELASCO CABALLERO "Libertades públicas durante el estado de alarma por la covid-19", en Blanquer, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2020 a.

Francisco VELASCO CABALLERO "Medidas "individualizables" frente a medidas "generales" en la lucha contra la COVID-19: una respuesta a Javier Barnes". 2020 b en https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/

Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, Benito ALÁEZ CORRAL, Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, Francisco BASTIDA FREIJEDO y Miguel PRESNO LINERA *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos. 2004.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Marcial Pons