

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 12 | 2025

© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
<http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/>
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_11_2025
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

Oriol Mir Puigpelat, <i>Los sesgos en la investigación del Derecho público</i>	7
Juan María Martínez Otero, <i>El sorteo como forma de adopción de decisiones públicas: caracterización general y una discreta apología</i>	43
Jesús A. Tahirí Moreno, <i>La actuación administrativa algorítmica: una propuesta doctrinal desde la dogmática de la acción administrativa y la teoría general de los actos</i>	85
Hermann Pünder, <i>El exclusivo círculo de profesores de Derecho público en Alemania: observaciones sobre la formación de un “gremio” académico</i>	119
Luis Medina Alcoz, <i>Who said, “The King Can Do No Wrong”? El tópico histórico de la irresponsabilidad patrimonial del Estado</i>	167
Alba Nogueira López, <i>Vulnerabilidad. Reducto o frontera del Estado social</i>	215
Tomás Izquierdo Serrano, <i>El concepto de acto administrativo</i>	247
Diego Rodríguez Cembellín, <i>Cambio climático, incertidumbre y derechos de las generaciones futuras: a propósito de la sentencia del BVERFG sobre el cambio climático</i>	279

LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO*

BIASES IN PUBLIC LAW RESEARCH

Oriol Mir Puigpelat
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN: En el presente trabajo se estudia el impacto que los sesgos cognitivos y no cognitivos tienen en la investigación del Derecho público, y se proponen determinadas estrategias individuales, institucionales y comunitarias para tratar de mitigarlos. Antes de abordar esta cuestión metodológica, la primera parte del trabajo se centra en la cuestión teórica previa relativa al concepto de sesgo y a la relación existente entre los sesgos cognitivos y otros sesgos tan o más importantes para el Derecho como los sesgos ideológicos, de género, crematísticos o algorítmicos. Se propone un concepto extenso y normativo de sesgo como error sistemático mitigable que incluya toda esta variedad de sesgos y que incentive la adopción de medidas destinadas a evitarlos. El trabajo concluye reivindicando la gran importancia de una ciencia jurídica lo más objetiva y menos sesgada posible en el peligroso contexto actual de polarización ideológica, exaltación de los impulsos y de la irracionalidad alimentado por las redes sociales.

* Un borrador del presente trabajo fue presentado para su discusión en el Seminario de Teoría y Método del Derecho Público que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2024 en la Universitat de Girona. Agradezco enormemente que sus organizadores me encargaran este tema, así como las agudas observaciones efectuadas (por orden de intervención) en el foro virtual previo por Alba Nogueira, Mariano Bacigalupo, Carlos Amoedo, Mercè Darnaculleta y, ya en el seminario presencial, por Susana de la Sierra (quien ejerció de *discussant* constructiva y perspicaz), Núria Magaldi (con su comunicación sobre los sesgos ideológicos), Jesús A. Tahirí, Jorge Castillo, Juan Carlos Covilla, Dolores Utrilla, Silvia Díez, Martín Burgi, Francisco Velasco, Mercè Darnaculleta, José María Rodríguez de Santiago, Jorge García-Andrade, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, Gabriel Doménech, Agustí Cerrillo, Diana Santiago, María Amparo Salvador, Julia Ortega, César Cierco y Andrés Boix. El apartado 2.2.3 trata de dar respuesta a algunas de dichas observaciones. Agradezco también las sugerencias de los evaluadores anónimos de la revista. La versión definitiva ha sido finalizada el 2 de abril de 2025, fecha en que se han consultado por última vez las páginas web indicadas en el texto.

PALABRAS CLAVE: sesgos; sesgos cognitivos; sesgo ideológico; ciencia jurídica; objetividad; racionalidad; investigación en Derecho público; comunidad académica.

ABSTRACT: This paper studies the impact that cognitive and non-cognitive biases have on public law research, and proposes certain individual, institutional and community strategies to try to mitigate them. Before addressing this methodological issue, the first part of the paper focuses on the previous theoretical question regarding the concept of bias and the relationship between cognitive biases and other biases as or more important for law such as ideological, gender, economic or algorithmic biases. It proposes an extensive and normative concept of bias as a mitigable systematic error that includes all this variety of biases and that encourages the adoption of measures aimed at avoiding them. The paper concludes by vindicating the great importance of a legal science that is as objective and unbiased as possible in the current dangerous context of ideological polarisation, exaltation of impulses and irrationality fuelled by social networks.

KEYWORDS: biases; cognitive biases; ideological bias, legal science; objectivity; rationality; public law research; academic community.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL CONCEPTO DE SESGO COMO ERROR SISTEMÁTICO MITIGABLE: 2.1. Los sesgos cognitivos y su relación con otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica; 2.1.1. Los sesgos cognitivos; 2.1.2. Otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica; 2.2. El concepto de sesgo en las ciencias experimentales y en la ciencia jurídica; 2.2.1. La desviación sistemática del resultado esperado por falta de consideración objetiva de todas las variables relevantes como aspecto común a todos los tipos de sesgos, 2.2.2. El sesgo como error sistemático mitigable en las ciencias experimentales y también en la ciencia jurídica; 2.2.3. Excurso: algunas objeciones al planteamiento expuesto y su posible respuesta.— 3. LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: 3.1. La (limitada) incidencia de los sesgos cognitivos; 3.2. La (notable) incidencia de los sesgos no cognitivos.— 4. ESTRATEGIAS DE MITIGACIÓN DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO: 4.1. Estrategias individuales. 4.2. Estrategias institucionales y comunitarias.— 5. FINAL.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los sesgos lleva ya un tiempo en boga en la ciencia jurídica española, particularmente en la doctrina de Derecho administrativo. Se alude a él con mucha frecuencia en las publicaciones y seminarios especializados, sobre todo en los más interesados en cuestiones teóricas y metodológicas, como el seminario semestral rotatorio de Teoría y Método del Derecho Público (STEM). Se ha llegado incluso a afirmar que “el Derecho administrativo debe ser visto en el siglo XXI como un instrumento de evitación de sesgos”¹.

¹ Juli PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y *nudging* en la gestión pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27 (p. 18).

Este interés por los sesgos es relativamente reciente. Es muy sintomático que, pese a su estrecha relación con el principio de objetividad de la actuación administrativa, el término “sesgo” no se mencione ni una sola vez en ninguno de los trece trabajos que integraron el último gran volumen dedicado por la doctrina administrativista española a dicho principio, en el año 2011, y que incluía también contribuciones de Alemania, Francia e Italia².

El principal desencadenante del interés por los sesgos en la doctrina de Derecho administrativo fue, sin duda, la traducción al español de dos obras que han popularizado enormemente las investigaciones de la psicología cognitiva acerca de los *sesgos cognitivos* observados en el pensamiento rápido o intuitivo de las personas, y las repercusiones que tales investigaciones han tenido para el surgimiento de la economía del comportamiento (*Behavioral Economics*) y el Análisis Conductual del Derecho (*Behavioral Law and Economics*) de origen norteamericano³: el libro de THALER y SUNSTEIN en que abogan por la utilización por parte del sector público de *nudges* o acicates basados en tales sesgos (a fin de aprovecharlos en beneficio de los intereses públicos y de los propios ciudadanos)⁴, y el libro de KAHNEMAN que recoge y difunde para el gran público las influyentes aportaciones sobre psicología cognitiva que efectuó junto a TVERSKY a partir de un trabajo seminal de 1974⁵, y por las que —como ya es de sobras conocido— fue el primer no economista en obtener el Premio Nobel de Economía en 2002⁶.

² Se trata del número monográfico de la revista *Documentación Administrativa* que dirigió Luis MÍGUEZ (núm. 289, enero-abril de 2011, aparecido en 2013). Un buen resumen de sus contenidos puede encontrarse en la presentación del número monográfico efectuada por dicho autor (pp. 11-17).

³ Al respecto, Borja BARRAGUÉ CALVO y Gabriel DOMÉMECH PASCUAL, “El análisis interdisciplinar del Derecho público”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉMECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 495-557 (pp. 519-533).

⁴ Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009 (la edición original en inglés es de 2008).

⁵ Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, núm. 4157, pp. 1124-1131. Incluido y traducido al español como apéndice del libro de Kahneman que se cita a continuación. Tan o más influyente que el anterior fue un trabajo que elaboraron cinco años después: Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263-292.

⁶ Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House, Barcelona, 2012 (la edición original en inglés es de 2011). KAHNEMAN y SUNSTEIN elaboraron después, junto a Olivier SIBONY, el libro *Ruido. Un fallo en el juicio humano*, Penguin Random House, Barcelona, 2021, donde examinan y proponen estrategias para evitar el fenómeno del “ruido”, que definen como la variabilidad no deseada y aleatoria en juicios sobre un mismo problema (p. ej., cuando distintos jueces penales imponen condenas muy distintas por unos mismos hechos). A diferencia del sesgo, el ruido carecería de carácter sistemático, aunque entre los factores que lo producen puedan encontrarse también los sesgos.

Han sido estos sesgos cognitivos los que más ha estudiado la doctrina administrativista española reciente, al hilo sobre todo de los *nudges*⁷, de la comparación entre la toma humana y automatizada de decisiones⁸, y de la influencia que tales sesgos pueden tener en las sentencias judiciales⁹, en la enseñanza del Derecho administrativo¹⁰ y en la propia doctrina¹¹. Los sesgos cognitivos han merecido también la atención, en los últimos años, de otras disciplinas de la ciencia jurídica española¹².

Se echa en falta, sin embargo, un análisis más detallado del *concepto de sesgo*, que permita en su caso elevarlo a categoría jurídica, y de la relación existente entre los apuntados sesgos cognitivos y *otros tipos de sesgos*, acaso más importantes para el Derecho, como p. ej. los sesgos ideológicos, de género o crematísticos, o los sesgos en que incurrían habitualmente los sistemas de inteligencia artificial (IA), cuya intervención en el proceso de aplicación de las normas jurídicas será cada vez más determinante. A ello se dedicará la primera parte del presente trabajo (apartado 2).

⁷ Juli PONCE SOLÉ, “Derecho, acicates (*nudges*) y buena administración”, en ÍD. (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 61-82 (*passim*); Elisa MOREU CARBONELL, “*Nudges* y Derecho público. Oportunidad y regulación”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 83-107 (*passim*); Joan-Pere LÓPEZ PULIDO, *Perspectiva cognitiva y nudge público. La actuación conductual de los poderes públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 155-188.

⁸ Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 171-220 (pp. 176-178, 203-204, 207-208, 211).

⁹ Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La ‘zona de lo interpretable’ y el azar en el Derecho”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-10 (pp. 5-6).

¹⁰ Francisco VELASCO CABALLERO, “Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho administrativo”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-131 (*passim*).

¹¹ Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora”, *InDret*, núm. 2, 2016, pp. 1-37 (pp. 5-7 y 35); ÍD., “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas”, *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 388-440 (pp. 400, 417, 422). Salvo error por mi parte, este autor fue el primer administrativista español que se ocupó de los sesgos cognitivos, antes de la traducción de los libros citados, en “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 389-425 (pp. 415-422).

¹² Cabe citar, entre otros trabajos, los de penalistas como Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, 2016 (pp. 213 y 247-284); procesalistas como Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una Aproximación”, *InDret*, núm. 2, 2011, pp. 1-39 (*passim*); ÍD., “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-54 (*passim*); o civilistas como Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, *Blog Zona Bolognia*, 23 de septiembre de 2016, <https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-y-el-jurista-una-leccion.html>; ÍD., “El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica”, en Cristina GIL MEMBRADO (dir.), *Bioderecho y retos. M-Health, genética, IA, robótica y criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 337-353 (*passim*).

Por otro lado, parece interesante profundizar en el impacto que los sesgos pueden tener en la investigación jurídica, en general, y del Derecho público, en particular. Se trata de una cuestión metodológica relevante de la ciencia jurídica y que ha sido poco explorada¹³. En el apartado 3 trataré de identificar los sesgos más relevantes en que podemos incurrir quienes nos dedicamos a la investigación del Derecho público, y en el apartado 4 enumeraré algunas estrategias para su posible mitigación.

El trabajo concluirá con unas reflexiones finales sobre la importancia de la objetividad y la minimización de sesgos en la actividad investigadora y, en general, de los operadores jurídicos, en el peligroso contexto político y social actual de polarización ideológica, exaltación de los impulsos y de la irracionalidad (apartado 5).

2. EL CONCEPTO DE SESGO COMO ERROR SISTEMÁTICO MITIGABLE

2.1. Los sesgos cognitivos y su relación con otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica

2.1.1. *Los sesgos cognitivos*

Como es sabido y han explicado ampliamente los autores y autora antes citados, los sesgos cognitivos son aquellos errores sistemáticos en el procesamiento de información en que incurrimos los humanos cuando acudimos a *atajos mentales* (heurística¹⁴) al ejecutar procesos mentales del tipo 1, esto es, al pensar de forma rápida, automática o intuitiva, que es lo que hacemos habitualmente a fin de reducir el consumo energético de nuestro cerebro, que es voraz cuando le exigimos que piense de forma lenta, deliberada o esforzada (procesos mentales de tipo 2).

Dichos atajos mentales son el resultado de nuestra evolución como especie a lo largo de miles de años y funcionan extraordinariamente bien en muchas ocasiones¹⁵. A ellos hay que sumar la *intuición experta* que se logra tras tiempo de práctica pro-

¹³ Hace ahora diez años, los días 13 y 14 de noviembre de 2014, el Área de Derecho administrativo de la Universidad de Valencia organizó el “I Congreso internacional sobre los sesgos en la investigación jurídica” (<https://www.uv.es/sesgos/programa.definitivo.congreso.sesgos.pdf>), con ponentes de máximo nivel, aunque lamentablemente no se llegaron a publicar sus actas ni ha tenido continuidad en ediciones sucesivas.

¹⁴ Conviene precisar, porque a menudo se olvida, que el término inglés “*heuristics*” debe traducirse al español por “heurística”, como hace el traductor de KAHNEMAN (2012: 133 y *passim*), y no ya por “heurísticos”, que no es un sustantivo válido según el *Diccionario de la Real Academia Española* (RAE). La cuarta definición de dicho Diccionario de la palabra “heurística”, como “manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos”, coincide en buena medida con el significado que le da este autor en la p. 133 de la obra citada.

¹⁵ Como ha subrayado, con su concepción de las reglas heurísticas rápidas y frugales como una “caja de herramientas adaptativa” (*adaptive toolbox*), Gerd GIGERENZER (p. ej., en ID. y Reinhard SELTEN [eds.], *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox*, The MIT Press, Cambridge, 2001), “nues-

longada en entornos regulares, y que permite a profesionales sanitarios, bomberos, ajedrecistas o deportistas tomar decisiones acertadas de forma automática¹⁶. Pero, con mucha frecuencia, el pensamiento automático nos induce a errores, a errores sistemáticos y, por ello, predecibles, que confirman la tesis de SIMON según la cual la racionalidad humana es limitada (*bounded rationality*)¹⁷, frente a la concepción irreal del *homo oeconomicus* presupuesta por la teoría económica clásica y el enfoque tradicional del Análisis Económico del Derecho.

Así, diversos experimentos han constatado que, al pensar de forma rápida, los humanos tendemos, p. ej., a sobrevalorar los riesgos e información que tenemos más presentes (sesgo cognitivo de disponibilidad), a desechar la información que contradice nuestras creencias y posiciones previas (sesgo de confirmación), a no modificar el estado actual de las cosas (sesgo del *statu quo*), a seguir el comportamiento de la mayoría (sesgo gregario o de rebaño), a ver los eventos pasados como predecibles (sesgo retrospectivo), a estar muy condicionados por la primera información que se nos presenta (sesgo de anclaje), y por la forma con que la información se nos presenta (sesgos de encuadre o enmarcado —*framing*— y de “sobrepersuasión” —*overpersuasion*—), a extrapolar las características positivas o negativas que conocemos de una persona u objeto al resto de características que ignoramos de dicha persona u objeto, aunque no estén relacionadas (sesgo o efecto halo), a sobrevalorar los grupos a los que pertenecemos (sesgo de grupo —*in-group*—), a dar mayor credibilidad a las opiniones y juicios procedentes de figuras de autoridad (sesgo de autoridad), a sobreestimar el grado de consenso que existe sobre nuestras propias opiniones, creencias, hábitos o gustos (sesgo del falso consenso) o a confiar acríticamente en los resultados suministrados por las máquinas (sesgo de automatización)¹⁸.

Estos son algunos de los sesgos cognitivos detectados más destacados, pero el catálogo completo es mucho más extenso, superando el centenar en los múltiples listados que cabe encontrar en Wikipedia¹⁹ y en un sinfín de páginas web creadas al

tro crítico más tenaz”, en palabras del propio KAHNEMAN, quien admite también el buen funcionamiento que tiene normalmente el pensamiento de tipo 1 (2012: 14, 22-24, 541-542, 593 y 605).

¹⁶ KAHNEMAN (2012: 23, 306-320), reconociendo la existencia de este segundo tipo de pensamiento intuitivo, aunque con mayores cautelas que su crítico GARY KLEIN.

¹⁷ Herbert A. SIMON, *Models of Man. Social and Rational*, Wiley, New York, 1957, pp. 196-206 (en la introducción a la parte IV del libro dedicada, precisamente, a “*Rationality and Administrative Decision Making*”).

¹⁸ Sobre unos y otros, SILVA (2016: 252-256, 269-278), CAVANILLAS (2016 y 2022), DOMÉNECH (2024: 417, 422), MOREU (2022: 90-91), MUÑOZ (2011: 3-10), PONCE (2022: 63, 68; 2024: 177, 196, 210-211), VELASCO (2022: 110), LÓPEZ PULIDO (2023: 166-188), así como Cary COGLIANESE, *A Framework for Governmental Use of Machine Learning. Report for the Administrative Conference of the United States*, Administrative Conference of the United States, Washington, 2020 (pp. 15-20). Sobre el sesgo de autoridad y el polémico experimento de MILGRAM de 1961 al que se remonta, SILVA (2016: 271-272); Jonathan HOWARD, *Cognitive Errors and Diagnostic Mistakes*, Springer, Cham, 2019 (pp. 21-41); Itamar SHATZ, “Authority Bias: Lessons from the Milgram Obedience Experiment”, *Effectiviology*, <https://effectiviology.com/authority-bias-the-milgram-obedience-experiment/>.

¹⁹ WIKIPEDIA, *List of cognitive biases*, https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases. Una interesante organización de este listado es la efectuada por Buster BENSON, “Cognitive bias

efecto, tanto de perfil académico²⁰ como orientadas al lucrativo negocio de la consultoría conductual (a fin de asesorar a individuos y organizaciones en la minimización de los sesgos propios y la explotación de los ajenos —al diseñar nuevos productos, servicios y campañas de *marketing*—) y la autoayuda²¹. Conviene tener presente que existen notables divergencias en cuanto a la denominación, descripción y aceptación de algunos sesgos, así como dificultades en la reproducibilidad de ciertos experimentos²², que nos obligan a los juristas a ser cautos en la toma en consideración de los descubrimientos de la psicología cognitiva y a no a incurrir, nosotros mismos, en el apuntado sesgo de autoridad. En los últimos tiempos, p. ej., se ha cuestionado seriamente la existencia del sesgo posiblemente más influyente descrito por KAHNEMAN y TVERSKY, el de la aversión a la pérdida (*loss aversion*)²³, o se ha señalado que el sesgo de la superioridad relativa (la tendencia a considerar que tenemos capacidades superiores a la media) tiene un importante componente cultural y que es más propio de los países occidentales que de Asia oriental²⁴.

Los sesgos cognitivos identificados por la psicología han sido muy estudiados por la economía, pero también por la ciencia y la praxis de la medicina, debido a las graves consecuencias que pueden comportar para los pacientes. Un médico que incurra en un sesgo cognitivo puede cometer errores graves de diagnóstico y de tratamiento que lleguen a ser fatales²⁵.

cheat sheet”, *Better Humans*, 1 de septiembre de 2016, <https://betterhumans.pub/cognitive-bias-cheat-sheet-55a472476b18>, representada gráficamente en una imagen incluida en dicha página y recogida también en PONCE (2018: 12).

²⁰ Como p. ej. el proyecto Shortcuts: <https://en.shortcogs.com/bias>.

²¹ Como p. ej. la consultora The Decision Lab: <https://thedecisionlab.com/biases-index>.

²² La publicación en 2015 de un proyecto de investigación (Reproducibility Project: Psychology —RP:P—) que acreditó una baja tasa de replicabilidad del 36 por ciento en cien experimentos publicados en tres revistas psicológicas de prestigio desencadenó una “crisis de replicación” en dicha disciplina, que se ha extendido luego a otras ciencias de la vida y sociales. Al respecto, Bradford J. WIGGINS y Cody D. CHRISTOPHERSON, “The Replication Crisis in Psychology: An overview for theoretical and philosophical psychology”, *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology*, vol. 39, núm. 4, 2019, pp. 202-217.

²³ David GAL y Derek D. RUCKER, “The Loss of Loss Aversion: Will It Loom Larger Than Its Gain?”, *Journal of Consumer Psychology*, vol. 28, núm. 3, 2018, pp. 497-516; Eldad YECHIAM, “Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion”, *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.

²⁴ Al respecto, Carl F. FALK, Steven J. HEINE, Masaki YUKI y Kosuke TAKEMURA, “Why do Westerners self-enhance more than East Asians?”, *European Journal of Personality*, vol. 23, núm. 3, 2009, pp. 183-203.

²⁵ Al respecto, p. ej., extensamente, HOWARD (2019), o el catálogo de sesgos médicos recogido en la web Catalogue of Bias (<https://catalogofbias.org/biases/>). Hasta quienes ejercen la fisioterapia se preocupan por el impacto de los sesgos cognitivos en su trabajo, como refleja este (excelente) artículo alojado en una web de dicha especialidad: Alejandro BULDÓN OLALLA, “Heurística y sesgos cognitivos en la práctica clínica”, *Lafisioterapia.net*, 11 de noviembre de 2023, <https://lafisioterapia.net/heuristica-y-sesgos-cognitivos-en-la-practica-clinica>.

2.1.2. Otros tipos de sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica

Los sesgos cognitivos son, como se ha dicho al inicio, los que más han llamado la atención de la doctrina jurídica española en los últimos años y los que han motivado la pequeña revolución “sesgual” (si se me permite la broma fácil) que estamos presenciando. Interesa, en particular, cómo dichos sesgos afectan a las personas que participan o participarán en el ciclo diario de creación y aplicación del Derecho: cómo afectan a la toma de decisiones judiciales y administrativas, a la elaboración doctrinal, al cumplimiento de las normas jurídicas por parte de la ciudadanía y al aprendizaje del Derecho por parte de los y —ya mayoritariamente— las futuras juristas²⁶.

Pero los cognitivos no son los únicos sesgos relevantes para el Derecho y la ciencia jurídica. Tan o más importantes resultan otros sesgos de antiguo conocidos, como los sesgos *ideológicos*²⁷, *religiosos*, de *género*²⁸, *raciales*²⁹ o *crematísticos*³⁰, a los que ahora

²⁶ En la redacción inicial, prácticamente automática, de la frase que antecede, he podido incurrir en el sesgo de género a que ahora se hará referencia cuando, al tratar de subrayar el elemento humano, he utilizado solo, por razones de economía lingüística, el plural masculino para aludir a las distintas profesiones jurídicas: “Interesa, en particular, cómo dichos sesgos afectan a la toma de decisiones de jueces y funcionarios, al análisis del Derecho efectuado por los profesores y a su aprendizaje por los futuros juristas, y al cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los ciudadanos”. Por mucho que la RAE insista, con buenos argumentos, en la corrección del masculino genérico o inclusivo, la nueva redacción me parece más justa y precisa. V. al respecto el “Informe sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas” publicado por la RAE el 16 de enero de 2020, y su Nota crítica de 13 de febrero de 2024 sobre las (a mi juicio, bastante atinadas) “Recomendaciones para un uso no sexista del lenguaje en la Administración parlamentaria” acordadas en la Reunión de la Mesa de las Cortes Generales de 5 de diciembre de 2023. Dichos documentos se encuentran disponibles, respectivamente, en https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf; <https://www.rae.es/noticia/nota-de-la-real-academia-espanola-sobre-las-recomendaciones-para-un-uso-no-sexista-del-y> https://www.congreso.es/docu/igualdad/Recomendaciones_uso_no_sexista_lenguajeCC.GG.pdf.

²⁷ Jordi NIEVA FENOLL, “El sesgo ideológico como causa de recusación”, *Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 295-308; Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, “Sesgos ideológicos en debates jurídicos”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 263-284; BARRAGUÉ y DOMÉNECH (2021: 515-516); DOMÉNECH (2024: 412-414); Adam CHILTON y Eric A. POSNER, “An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship”, *Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 2, 2015, pp. 277-314; Adam BONICA, Adam CHILTON, Kyle ROZEMA y Maya SEN, “The Legal Academy’s Ideological Uniformity”, *Journal of Legal Studies*, vol. 47, núm. 1, 2018, pp. 1-43; Tarunabh KHAITAN, “On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, núm. 2, 2022, pp. 547-556.

²⁸ María Jesús IZQUIERDO, Francisco José LEÓN y Enrico MORA, “Sesgo de género y desigualdades en la evaluación de la calidad académica”, *Arxius de Ciències Socials*, núm. 19, 2008, pp. 75-90; María Concepción GIMENO PRESA, “Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del Derecho”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 233-262.

²⁹ COGLIANESE (2020: 20-21).

³⁰ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Sesgos crematísticos en la investigación jurídica”, *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016, <https://almacendederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica>.

resulta imprescindible añadir los sesgos *algorítmicos* —principalmente raciales o de género— en que pueden incurrir e incurrir con frecuencia los sistemas automatizados y, en especial, los sistemas de IA basados en aprendizaje automático que están mal diseñados o que son entrenados con datos sesgados³¹.

Aunque su distinción respecto de los sesgos cognitivos no siempre resulta sencilla, este otro tipo de sesgos no es exclusivo del pensamiento automático, al *permear también el pensamiento lento y reflexivo*. En el caso de los sesgos algorítmicos, ni siquiera se predicen del pensamiento humano, sino del procesamiento de la información efectuado por una máquina, por mucho que en el origen de tales sesgos se encuentren, normalmente, sesgos humanos.

No es este el lugar adecuado para profundizar en el estudio de cada uno de estos sesgos no cognitivos. Sí cabe, sin embargo, efectuar algunas precisiones a fin de dotarlos de un cierto orden sistemático.

La primera es que, a efectos clasificatorios, resulta útil distinguir, en primer lugar, entre sesgos *humanos* y sesgos *algorítmicos*, y, dentro de los primeros, entre sesgos *cognitivos* (entendidos como los sesgos propios del pensamiento automático tipo 1) y *no cognitivos* (los que afectan tanto al pensamiento automático tipo 1, como al pensamiento lento tipo 2). Ambas distinciones son útiles porque estas diferentes clases de sesgos plantean problemas específicos que aconsejan un tratamiento —incluso jurídico— también diferenciado. Es evidente que los sesgos algorítmicos suscitan problemas distintos de los humanos, pero también parece importante distinguir los sesgos cognitivos de los no cognitivos, entre otras cosas porque los primeros desaparecen o se reducen muy significativamente cuando pensamos de forma lenta, mientras que los segundos no (o no tanto).

En segundo lugar, parece posible incluir los sesgos de género y raciales dentro de una misma categoría de sesgos *sociales* que agrupe a estos y otros sesgos motivados por *estereotipos*³² socialmente compartidos sobre la visión positiva o (más frecuentemente) negativa y no igualitaria que en muchas sociedades ha predominado y sigue predominando de numerosos *colectivos*, como las mujeres u otras razas, pero también de las personas homosexuales o no binarias, de otras etnias, regiones, países, religiones o ideologías, discapacitadas, obesas, ancianas o de bajos niveles de renta. Este tipo de sesgo está seguramente relacionado con el sesgo cognitivo de grupo a que antes se ha hecho referencia, pero puede distinguirse del mismo al tener un origen cultural más profundo, ejercer una poderosa influencia también durante el pensa-

³¹ Oriol MIR PUIGPELAT, “Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea», en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 685-725 (pp. 709 y 718). Al respecto, con detalle, considerando también los sesgos cognitivos y centrándose en el ámbito médico, Davide CIRILLO y María José REMENTERÍA, “Bias and fairness in machine learning and artificial intelligence”, en Davide CIRILLO, Silvana CATUARA-SOLARZ y Emre GUNNEY (eds.), *Sex and Gender Bias in Technology and Artificial Intelligence. Biomedicine and Healthcare Applications*, Elsevier, London, San Diego, Cambridge, Oxford, 2022, pp. 57-75.

³² Al respecto, VELASCO (2022: 111, 117 y *passim*), GIMENO (2021: 233).

miento lento y afectar incluso a la propia percepción que se tiene de uno mismo y de las personas con las que se comparten grupos (las propias mujeres, p. ej., tienen a menudo dificultades para evitar los sesgos de género cuando han sido socializadas en un entorno no igualitario). Aunque también tienen un fuerte componente social, los sesgos ideológico y religioso quedarían fuera de esta categoría al caracterizarse predominantemente por su carácter individual y no derivar de estereotipos. Conviene distinguir, en este sentido, el sesgo ideológico y religioso del sesgo *social* ideológico o religioso, que es el que deriva de la visión estereotipada que pueda tenerse de un determinado grupo ideológico o religioso (p. ej., de los votantes y militantes de partidos políticos independentistas, de extrema izquierda, de extrema derecha, socialdemócratas, democristianos o ecologistas, o de los judíos, musulmanes, cristianos o miembros de congregaciones y prelaturas como los jesuitas o el Opus Dei).

En tercer lugar, dentro de la categoría de los sesgos crematísticos no parece que haya solo que incluir a los relacionados con ingresos o decrementos económicos³³, sino también a los procedentes de la obtención o mantenimiento de *cargos y cuotas de poder*, tanto en instituciones públicas como privadas. La perspectiva de alcanzar determinados puestos de nombramiento político —aunque no se traduzca en una retribución superior a la que ya se percibe— puede sesgar tanto como la de obtener ingresos económicos, y por motivos similares. Por ello, quizá sea más adecuado en estos casos emplear una expresión más amplia, como p. ej. la de sesgos *de interés*, debido a su conexión con los conflictos de intereses regulados desde hace ya mucho tiempo tanto por el Derecho público (causas de abstención y recusación y regímenes de incompatibilidad de jueces, empleados públicos y altos cargos), como privado (conflicto de intereses en el seno de las sociedades mercantiles). Con esta concepción más amplia cabe incluir dentro de esta misma categoría de sesgos los que pueda generar la defensa de intereses *gremiales* (como, en lo que aquí concierne y se verá después, la defensa de la propia área de conocimiento).

A esta relación de sesgos no cognitivos (ideológicos, religiosos, sociales y de intereses) ampliamente reconocidos cabe añadir, a mi juicio, dos tipos más: los *emocionales* y los que podemos llamar *metodológicos*.

Es evidente que las emociones juegan un papel muy importante en el pensamiento tipo 1. De hecho, KAHNEMAN afirma también la existencia de una heurística del afecto, que entraría en juego cuando se toman decisiones automáticas basadas fundamentalmente en sentimientos de agrado o desagrado³⁴. Pero las emociones también pueden alterar el pensamiento lento, al menos cuando rebasan un determinado grado de intensidad. Lo sabemos bien los juristas, acostumbrados desde hace siglos³⁵ a que la amistad íntima o la enemistad manifiesta, así como el parentesco

³³ Según el Diccionario de la RAE, la crematística es el “interés pecuniario de un negocio”, y el adjetivo “pecuniario” significa “perteneciente o relativo al dinero efectivo”.

³⁴ KAHNEMAN (2012: 25, 139, 186-187, 224), remitiendo a los trabajos de Paul SLOVIC, y sin llegar a afirmar la existencia de un sesgo cognitivo de afecto.

³⁵ V. p. ej. Ana ALEMÁN MONTERREAL, “La *recusatio iudicis suspecti* en Derecho Romano y sus vaivenes históricos”, *Vergentis*, núm. 1, 2015, pp. 173-200.

cercano, sean causas de abstención y recusación de jueces y funcionarios. Por mucho que quieran, difícilmente serán objetivos en dichas situaciones, viéndose sus decisiones a menudo sesgadas por las emociones intensas asociadas normalmente a ellas³⁶.

Se ha dejado para el final un último tipo de sesgos muy distinto de los que manejamos habitualmente los juristas, pero que es el más importante en las *ciencias experimentales* (mucho más que los cognitivos), y que resulta adecuado traer a colación en un trabajo como el presente, centrado en el impacto que los sesgos pueden tener en la *investigación* jurídica: los sesgos o errores sistemáticos que pueden presentar los resultados de las investigaciones científicas como consecuencia de un *mal diseño o una mala ejecución de los experimentos*, y que se distinguen de los errores producidos por el azar.

Es lo que ocurre, p. ej., cuando en un ensayo clínico se selecciona como participantes a personas que no son suficientemente representativas de la población a la que va destinado o se distribuyen entre el grupo experimental y el de control con arreglo a criterios distintos (*sesgo de selección*); cuando la información que se obtiene de los pacientes durante el ensayo es desigual (*sesgo de información*), porque p. ej. varía cómo se les formulan las preguntas (subtipo de sesgo del entrevistador), o porque se comparan los resultados con los obtenidos en estudios previos en que puede haber factores diferenciales (subtipo de sesgo cronológico), o porque unos participantes recuerdan más un tipo de información que otros (subtipo de sesgo de recuerdo), o porque se utilizan instrumentos distintos de medición (subtipo de sesgo de medición), etc.³⁷ Cuando los resultados de la investigación se presentan mediante estadísticas, los errores apuntados dan lugar a *sesgo estadístico*, que es el único tipo de sesgo de los considerados en este trabajo que recoge expresamente el Diccionario de la RAE al definir dicha palabra. Según su séptima definición del término “sesgo”, propia de la estadística (“Estad.”), se trata de un “error sistemático en el que se puede incurrir cuando al hacer muestreos o ensayos se seleccionan o favorecen unas respuestas frente a otras”.

Aunque no sea en puridad un sesgo propio de las investigaciones, se incluye también en este tipo de sesgos al documentado e importante *sesgo de publicación*, en cuya virtud las revistas científicas tienden a publicar únicamente los trabajos que arrojan resultados positivos, lo que constituye un problema relevante al invisibilizar las muchas investigaciones que obtienen resultados negativos y que permitirían cuestionar el éxito de los primeros³⁸.

³⁶ NIEVA (2012: apartado 5) considera que las “emociones [de] ‘afecto’ y ‘odio’ [...] están detrás de prácticamente todas las causas de recusación” de los jueces contempladas en el artículo 219 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

³⁷ V. p. ej. Gregory T. SICA, “Bias in Research Studies”, *Radiology*, vol. 238, núm. 3, 2006, pp. 780-789; Christopher J. PANNUCCI y Edwin G. WILKINS, “Identifying and Avoiding Bias in Research”, *Plastic and Reconstructive Surgery*, vol. 126, núm. 2, 2010, pp. 619-625, proponiendo también estrategias para su mitigación y subrayando que siempre están presentes, en una medida u otra, en toda investigación experimental.

³⁸ Sobre el acuerdo adoptado al respecto por el Comité Internacional de Editores de Revistas Médicas (ICMJE) y sus limitados efectos, PANNUCCI y WILKINS (2010: apartado IV).

Cabe referirse a todo este conjunto de sesgos como *metodológicos*, en la medida que aluden a errores sistemáticos derivados del método científico en cada caso empleado. Al tratarse de sesgos que no proceden específicamente de la mente humana (esto es, de la *forma de pensar* de los humanos, de cómo procesamos la información y nos influyen nuestra ideología, creencias religiosas, intereses, emociones y estereotipos sociales), pueden ser calificados a efectos clasificatorios como un subtipo de sesgos humanos distinto de los cognitivos y no cognitivos antes examinados.

El cuadro de conjunto resultante puede representarse con el siguiente esquema (Figura 1).

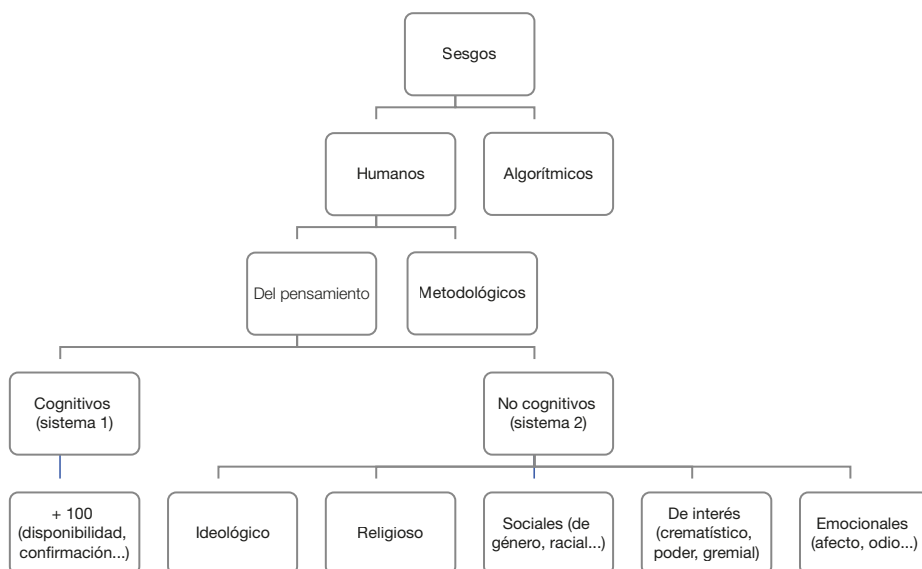


Figura 1: Clasificación de los principales tipos de sesgos según la causa que los provocan

2.2. El concepto de sesgo en las ciencias experimentales y en la ciencia jurídica

2.2.1. *La desviación sistemática del resultado esperado por falta de consideración objetiva de todas las variables relevantes como aspecto común a todos los tipos de sesgos*

Tras el modesto ejercicio taxonómico realizado en el apartado precedente de los sesgos más relevantes que se han identificado hasta la fecha, a continuación tratará de precisarse un poco más qué se entiende habitualmente por sesgo, en general, y el significado que dicha noción debe tener a efectos jurídicos, en particular.

Como se acaba de señalar, el Diccionario de la *RAE* solo contiene una definición de tipo técnico, sobre el sesgo estadístico, próxima al sentido que se da a dicho sustantivo en psicología, economía y las demás disciplinas aquí consideradas. La definición principal, procedente del verbo “sesgar”, es la de “oblicuidad o torcimiento de una cosa hacia un lado, o en el corte, o en la situación, o en el movimiento”.

De especial interés resulta consultar los diccionarios de referencia de la *lengua inglesa*, pues ha sido esta en la que se han publicado los trabajos académicos que han popularizado el uso del término “sesgo” (*bias*). El diccionario de referencia en los Estados Unidos, país de donde procede la mayor parte de dichos trabajos, contiene una definición técnica como “error sistemático” similar a la de la *RAE* (aunque más amplia y no referida solo al campo de la estadística), junto con otras más generales como “una inclinación de temperamento o perspectiva”, “un juicio personal y en ocasiones no motivado” (considerándolo aquí como sinónimo de “prejuicio”), “un caso de tal prejuicio”, y como sinónimo de *bent* (a su vez definido como “una fuerte inclinación o interés”) y de “tendencia”³⁹. Por su parte, el diccionario mundial de referencia en inglés, tras señalar que la palabra proviene del término francés *biais*, contiene distintas definiciones generales que lo equiparan a tendencia, inclinación, factor de influencia, parcialidad y prejuicio, y otras más técnicas como inclinación física, tendencia mecánica y distorsión estadística, sin emplear la expresión de “error sistemático”⁴⁰. En el *common law* se emplea muy frecuentemente el término como sinónimo de parcialidad (falta de imparcialidad) de los jueces, testigos o miembros del jurado⁴¹.

Curiosamente, el diccionario francés Larousse contiene una serie de definiciones principales del término *biais* (procedente del latín *biaxius*, “que tiene dos ejes”) como línea oblicua, como medio indirecto y hábil de resolver una dificultad, y como conceptos de costura y pasamanería, y dos definiciones secundarias, de tipo técnico, sobre distorsión estadística y matemática que considera provenientes del término inglés *bias* (término que a su vez, procede, como se ha señalado, del francés)⁴².

En catalán, la palabra “sesgo” se traduce por *biaix*, que procede claramente del mismo origen latín que los términos inglés y francés. De las distintas definiciones que ofrece el Diccionario del Institut d’Estudis Catalans interesan ahora dos principalmente. Como “predisposición que hace que el resultado de una medida se aparte de la esperada según las leyes de la física o las probabilidades”, y, en la expresión

³⁹ *Merriam-Webster Dictionary*, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/bias>. Las dos definiciones técnicas son: “d(1): *deviation of the expected value of a statistical estimate from the quantity it estimates*”; “d(2): *systematic error introduced into sampling or testing by selecting or encouraging one outcome or answer over others*”.

⁴⁰ *Oxford English Dictionary*, https://www.oed.com/dictionary/bias_n?tab=factsheet#21580744.

⁴¹ V. p. ej. los diccionarios jurídicos del Legal Information Institute de la Cornell Law School (<https://www.law.cornell.edu/wex/bias>), *The Law Dictionary* (<https://thelawdictionary.org/bias/>), o *Law.com* (<https://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=61>), con citas de tribunales superiores de los EE.UU.

⁴² *Dictionnaire de français Larousse*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/biais/9019>.

“*haver-hi molt de biaix*” (“haber mucho sesgo”), como “haber mucha diferencia entre dos cosas”⁴³.

A la vista de todo ello, y del sentido que se da habitualmente a los términos “sesgo” y “*bias*” en las disciplinas apuntadas, cabe concebirlo como una *desviación sistemática respecto del resultado esperado* en el ámbito o campo de conocimiento de que se trate como consecuencia de *tomar en mayor consideración unas variables que otras* en el correspondiente proceso de investigación, decisorio o (en general) de gestión de información⁴⁴. Así, p. ej., en el sesgo cognitivo de disponibilidad se toma en consideración solo la información que se tiene disponible, en el de confirmación se desecha la que es contraria a nuestra posición previa, en el de *statu quo*, gregario y de grupo se da un peso excesivo al estado actual de cosas, al comportamiento de la mayoría y a la valoración del grupo al que se pertenece, etc.; en el sesgo ideológico o religioso se da más importancia a la creencia que a otros factores, en el sesgo de género o racial a un género o raza que a los demás, en el sesgo de interés se prefiere la opción que satisface mejor dicho interés, y en el sesgo emocional la que despierta afecto y se descarta la que suscita rechazo; en el sesgo metodológico se toman más en consideración unos datos que otros de igual importancia; en el sesgo algorítmico la máquina da un peso excesivamente mayor a unas variables que a otras, etc.

Siempre que existe un sesgo *se toma partido*, deliberada o inconscientemente, por alguno o algunos de los factores relevantes a considerar, sin llevar a cabo el análisis equidistante e *imparcial* de todos ellos que exigiría una aproximación *racional y objetiva* al asunto en cada caso considerado.

La desviación del resultado que correspondería de haberse tomado en debida consideración todos los factores relevantes puede calificarse como *sistemática*, porque la causa que motiva el sesgo lleva *regular y previsiblemente* a producir dicha desviación, *siempre en la misma dirección*: los atajos mentales conducen habitualmente a los errores cognitivos apuntados; los defectos de diseño metodológico de las investigaciones comportan normalmente errores en los resultados; ideologías, creencias religiosas, estereotipos sociales, intereses y emociones muy marcados afectan normalmente al resultado de los juicios en que pueden desplegar sus efectos, tomándose siempre partido por el mismo lado (a favor de la propia ideología, creencia religiosa, interés propio o afecto, y en perjuicio del colectivo estereotipado o de la persona por la que se siente animadversión). Esta nota del carácter sistemático entronca, así, con la equiparación, como sinónimos, que los diccionarios de inglés efectúan entre el término “sesgo” y el de “*tendencia*”.

⁴³ *Diccionari de l'Institut d'Estudis Catalans*, <https://dlc.iec.cat>.

⁴⁴ El sesgo tiene siempre lugar en procesos humanos o automatizados de gestión de datos e información, ya estén destinados a la toma de una decisión (judicial, administrativa, de tratamiento médico, de compra, de voto, etc.), la formación de un juicio u opinión (p. ej. un informe jurídico, un diagnóstico médico, una opinión personal), una recomendación, una predicción, la confirmación o refutación de una hipótesis científica, la generación de contenido (como un trabajo académico en el ámbito jurídico o el texto, imágenes y sonido producidos por un sistema de IA generativa) u otro tipo de *output* o resultado.

Como se ha señalado, el sesgo y la desviación que comporta pueden ser *deliberados* o *inconscientes* por parte de quien incurre en él⁴⁵. Un diagnóstico médico precipitado derivado del sesgo de confirmación, un ensayo clínico basado en el estudio de participantes poco representativos, una sentencia que inaplique una norma vigente por ser contraria a las creencias religiosas del juez, o una resolución administrativa que adjudique una plaza de funcionario a un familiar de la presidenta de la comisión evaluadora en lugar de a otro candidato con más méritos, están sesgados con independencia de que la médica, la científica, el juez o los miembros de la comisión evaluadora actúen de forma deliberada o inconsciente. No obstante, como la comisión deliberada de tales desviaciones acostumbra a ser inaceptable y resulta poco frecuente en la práctica, el foco de estudio se suele poner en su producción inconsciente, que reviste mayor interés⁴⁶.

Aunque a veces se emplee el término “sesgo” en sentido positivo, cuando se quiere subrayar la importancia de dar más peso a un factor que a otros, lo más habitual es que tenga una connotación negativa, y que se considere necesario evitar el sesgo en la medida de lo posible⁴⁷.

Ello liga con la cuestión de si el sesgo debe ser calificado como un *error*, como un error sistemático, también en el caso del Derecho, lo que merece un apartado propio.

2.2.2. *El sesgo como error sistemático mitigable en las ciencias experimentales y también en la ciencia jurídica*

Como se ha visto, los psicólogos, economistas, médicos y juristas que se han ocupado de los sesgos cognitivos los definen invariablemente como *errores*, como errores sistemáticos, puesto que los atajos mentales que están en su origen nos llevan a los humanos a omitir información importante y, p. ej., a no darnos cuenta de que la máquina, el grupo o la autoridad en los que confiamos, o nuestra creencia previa, están equivocados. También las ciencias experimentales definen los sesgos metodológicos antes examinados como errores sistemáticos⁴⁸, al traducirse indefectiblemente en resultados de investigación equivocados. Se ha visto asimismo que la principal definición técnica del diccionario de referencia *Merriam-Webster*, recogida en buena medida por la RAE, alude al sesgo como “*error sistemático cometido en el muestreo o los ensayos al seleccionar o favorecer un resultado o una respuesta en detrimento de otros*”.

⁴⁵ CHILTON y POSNER (2015: 300); Martyn HAMMERSLEY y Roger GOMM, “Bias in Social Research”, *Sociological Research Online*, vol. 2, núm. 1, 1997, pp. 7-19 (apartado 4.14). En los sesgos algorítmicos es la máquina, como se ha dicho, la que incurre en ellos, sin intervención (en el actual estadio tecnológico) de conciencia alguna.

⁴⁶ En este sentido, GONZÁLEZ-VARAS (2015: 6).

⁴⁷ Así lo constatan, en el ámbito de las ciencias sociales, HAMMERSLEY y GOMM (1997: apartados 1.2-1.8).

⁴⁸ SICA (2006: 781); PANNUCCI y WILKINS (2010: apartado I).

¿Debe llegarse a la misma conclusión en el caso de los sesgos en que puedan incurrir los juristas, tanto teóricos como prácticos? Sí, a mi juicio. El hecho de que la ciencia jurídica solo pueda ser considerada ciencia en un sentido amplio, al no ser muchas de sus proposiciones controlables ni lógica ni empíricamente, y tener a menudo carácter prescriptivo (la dogmática jurídica no se limita a describir el Derecho positivo, sino que prescribe qué ha de ser considerado como Derecho cuando surgen lagunas o dudas interpretativas), no impide que persiga, como cualquier otra ciencia, la *verdad*, y que sus aseveraciones puedan ser calificadas como correctas o erróneas sobre la base del consenso intersubjetivo —de los demás miembros de la comunidad jurídica— que suscite la argumentación en que se funden, como criterio de racionalidad⁴⁹.

La existencia o no de error, de sesgo, en una determinada proposición jurídica, tanto si se contiene en un trabajo doctrinal, como en una sentencia, en una resolución administrativa o el escrito de un abogado⁵⁰, deberá valorarse con arreglo a la racionalidad de la argumentación que la sustente y al consenso que genere entre los miembros de la comunidad jurídica. En algunos casos el error será evidente e indiscutible (p. ej., cuando un juez con fuertes convicciones religiosas condene penalmente a una mujer por un aborto practicado en España durante las primeras semanas de gestación, o cuando una resolución administrativa deniegue una ayuda social a una persona homosexual por el solo hecho de serlo, o cuando una profesora de Derecho constitucional sostenga en un trabajo equivocadamente que la jurisprudencia de un determinado país prohíbe la discriminación indirecta), pero en muchos otros lo será menos y dependerá de la interpretación que prevalezca, como sucede habitualmente en el mundo del Derecho. Según lo afirmado, solo habrá error y, por tanto, sesgo, en caso de que exista consenso intersubjetivo al respecto⁵¹.

En todo caso, la existencia del error, del sesgo, deberá inferirse de los propios argumentos empleados (o de los huecos o saltos argumentales que a menudo revelan el

⁴⁹ Sigo aquí (pese al riesgo evidente de sesgo) a Santiago MIR PUIG, “Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal”, en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 9-31 (pp. 15-31), a su vez basado en la teoría de la argumentación jurídica y el discurso racional de Robert ALEXI. Para más detalles y la conexión del planteamiento de ALEXI con la teoría consensual de la verdad de Jürgen HABERMAS v. Francesca PUIGPELAT MARTÍ, “Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 229-246 (pp. 232-246).

⁵⁰ Las afirmaciones jurídicas efectuadas por los abogados, como las de los clientes a los que defienden, pueden ser también correctas o erróneas, aunque en su caso se admite que estén sesgadas por el interés al que sirven. No puede decirse lo mismo de las afirmaciones de los tribunales ni de la Administración, que han de ser necesariamente imparciales y objetivas. Como se verá después, pienso que también deben ser imparciales y objetivas las afirmaciones contenidas en los trabajos académicos.

⁵¹ La existencia de una opinión dominante (*herrschende Meinung*) en la doctrina y la jurisprudencia sobre un determinado punto, como opinión prácticamente unánime, supone un indicio importante de dicho consenso, que traslada la carga de la contraargumentación (siempre posible) a quien la discuta. Al respecto, Francesca PUIGPELAT MARTÍ, *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, pp. 15 y ss., 146 y ss.

sesgo⁵²), no de la persona que los formule⁵³. Ello no quita que, debido precisamente a la opinabilidad de muchas proposiciones jurídicas, y a la importancia social de la *apariencia* de imparcialidad⁵⁴ de quienes deben aplicar diariamente el Derecho (jueces y empleados públicos), el legislador impida que participen en dicha aplicación aquellos que se encuentren en situaciones en que la experiencia demuestra que existe un *riesgo elevado de sesgo y parcialidad*. Lo hace, en España y en muchos otros países, mediante el régimen legal de incompatibilidades y causas de abstención y recusación a que antes se ha hecho referencia.

Cuando se produzca, el error, el sesgo, podrá ser doloso, imprudente o no imprudente, en función de si es cometido deliberadamente o con infracción o no de los deberes de diligencia exigibles a los distintos operadores jurídicos⁵⁵.

⁵² Los “entimemas” o “salto semántico injustificado entre las premisas y la conclusión” a que se refiere BONORINO (2021: 265 y ss.), poniendo como ejemplo los sesgos ideológicos que tales saltos argumentales revelan en la discusión pública mantenida en las páginas de un periódico entre Manuel ATIENZA y Octavio SALAZAR acerca de la licitud de la gestación por sustitución en España.

⁵³ Como brillantemente sostienen las citas que encabezan el trabajo de ALFARO (2016). En efecto, no cabe ignorar los argumentos en contra de la pena capital por la sola circunstancia de que procedan de un condenado a muerte. Del mismo modo, no tiene por qué haber sesgo en las proposiciones formuladas por un jurista por el solo hecho de que profese y practique una determinada religión, esté afiliado o efectúe donaciones a un concreto partido político, ejerza de abogado u ocupe un cargo público.

⁵⁴ Subrayada acertadamente por NIEVA (2012: *passim*), para quien la *auctoritas* de un juez o jueza depende en gran medida de su apariencia de imparcialidad (de tercero en el conflicto) y no solo de sus conocimientos jurídicos.

⁵⁵ Resulta de gran interés el trabajo de HAMMERSLEY y GOMM (1997), en el que, tras admitir el reto que supone el abandono del paradigma positivista o fundacionalista (basado en la supuesta existencia de verdades universales derivadas de axiomas últimos o fundacionales) por parte de la filosofía de la ciencia actual, defienden con vigor la calificación como *error* de los sesgos en la investigación de las ciencias sociales, saliendo al paso de los planteamientos epistemológicos postmodernos del relativismo radical constructivista que niegan la existencia de toda *verdad*. Consideran sesgada (y errada), en particular, toda investigación en ciencias sociales que esté guiada por fines distintos (como la persecución de determinados fines políticos o la confirmación de las teorías previamente defendidas) del propio de la investigación científica, que es la búsqueda de la verdad y la producción de conocimiento, criticando por ello algunas iniciativas del Gobierno inglés de la época y el activismo de algunos investigadores. En lo que ahora interesa, sostienen que los conceptos de sesgo y error forman parte de un sistema de *accountability* o rendición de cuentas de la ciencia, y proponen restringir el concepto de sesgo a los errores sistemáticos *culpables*, que serían aquellos que los investigadores deberían haber identificado y minimizado a juicio de ellos mismos (retrospectivamente) o de otros investigadores. Los autores no se refieren a los sesgos de la investigación jurídica, sino de (otras) ciencias sociales. Sobre el concepto de “verdad” actualmente dominante en la filosofía de la ciencia, como mera “verosimilitud”, y su relación con la racionalidad del método científico, el razonamiento humano y los sesgos cognitivos, son también de interés las consideraciones del psiquiatra Antonio DÍEZ PATRICIO, “Más sobre la interpretación (y III). Razonamiento y racionalidad”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 37, núm. 132, 2017, pp. 333-348.

2.2.3. *Excurso: algunas objeciones al planteamiento expuesto y su posible respuesta*

Durante el seminario a que se ha aludido en la primera nota del presente trabajo, y que motivó su elaboración, colegas reputados formularon algunas objeciones relevantes al planteamiento expuesto, y que evidencian que requiere de aclaraciones adicionales.

Nadie cuestionó el ejercicio taxonómico realizado, ni la posibilidad de situar los sesgos cognitivos en el marco propuesto más amplio, junto al resto de sesgos. Sí suscitó reparos el concepto propuesto de sesgo en su aplicación a la ciencia jurídica y al Derecho en general, sobre todo en relación con el sesgo ideológico, que es al que se refirió la mayoría de los intervinientes. Simplificando a efectos expositivos un debate muy rico y lleno de matices, algunos colegas objetaron que los sesgos (en especial el ideológico) son inevitables y no son necesariamente negativos, otros que resulta necesario distinguir los distintos planos (de creación, aplicación y análisis doctrinal del Derecho), y otros que parece preferible poner el énfasis no tanto en el resultado (el error), sino en el *riesgo* de que este se produzca. También se cuestionó que el de sesgo sea un concepto *jurídico* y que las ciencias jurídicas (y las ciencias sociales en general) puedan aspirar al conocimiento de la *verdad*.

Comenzando por esto último, tal como se explica en los trabajos citados en la nota 55, tras la superación del positivismo fundacionalista decimonónico ya nadie considera que la ciencia descubra verdades absolutas e inamovibles (definitivas), y se han llegado a desarrollar, ciertamente, planteamientos relativistas radicales que afirman (con una rotundidad contradictoria con sus propios postulados) que no hay una, sino múltiples realidades que son fruto de la construcción social y del lenguaje. Sin embargo, tales planteamientos son minoritarios, prevaleciendo en la filosofía de la ciencia actual la idea de que la realidad es una y existe con independencia del observador humano, y de que el método científico, aunque imperfecto, es la mejor forma que tenemos de conocerla. La ciencia sigue aspirando hoy en día a descubrir la “verdad”, aunque sea una verdad en minúsculas y entre comillas, entendida como mera verosimilitud, provisional y sujeta a consenso y a falsación permanente⁵⁶. En la práctica, los científicos tienen muy clara la distinción entre la ciencia y la pseudociencia⁵⁷, y que lo que hacen sirve y vale la pena para entender la realidad y poder

⁵⁶ V. al respecto Jesús MOSTERÍN, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Gedisa, Barcelona, 2013, pp. 91-106, para quien la ciencia y la racionalidad científica se caracterizan por la consistencia, la objetividad (y la verdad contrastada empíricamente), la provisionalidad, el progreso y la universalidad. Como señala en las pp. 293-295, el propio Thomas KUHN lamentó amargamente que su célebre *best seller* sobre las revoluciones científicas (*The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1970) diera alas a los constructivistas postmodernos que han negado la objetividad de la ciencia y han hecho apología de la irracionalidad.

⁵⁷ En un plano teórico, la distinción entre la ciencia y la pseudociencia se basa, como señaló POPPER, en el carácter empíricamente *refutable* de los enunciados de la primera (MOSTERÍN [2013: 249]). Las pseudociencias, como la astrología, la frenología, el creacionismo, el terraplanismo, la ufolo-

cambiarla. Ningún científico serio niega, hoy en día, p. ej., que la Tierra es redonda y gira alrededor del Sol, que los humanos provenimos de los simios, que el cambio climático existe o que las vacunas y los medicamentos salvan vidas. El gran desarrollo tecnológico experimentado por la humanidad en los últimos doscientos cincuenta años, bajo el paradigma científico surgido de la Ilustración, es la prueba más palpable de que la ciencia funciona, aunque no sea siempre para bien.

La “ciencia” del Derecho, como otras ciencias sociales, también aspira a alcanzar consensos sobre lo que sea correcto (verdadero) o incorrecto (falso) y se atreve continuamente a calificar como acertadas o erróneas a determinadas proposiciones jurídicas. Ningún jurista español osará afirmar, p. ej., que en España rige la Constitución de otro país, que existe la pena de muerte, que el matrimonio homosexual está prohibido o que los reglamentos que aprueba la Administración prevalecen sobre los que adopta la Unión Europea en los ámbitos de competencia de esta. Lo que no impide, por supuesto, que la textura abierta (vaguedad y ambigüedad) del lenguaje natural en que se formulan las normas jurídicas, que constituyen el objeto de la ciencia jurídica, su imposibilidad de anticipar todos los posibles supuestos de hecho y su carácter a menudo ponderativo-valorativo, lleven a que en muchas ocasiones el juicio sobre la corrección o incorrección de la proposición sea discutible y discutido. El criterio de verdad del que aquí se parte, procedente de la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY y, en último término, de la teoría consensual de la verdad de HABERMAS, sigue siendo, a mi modo de ver, el que mayor consenso suscita y que, a falta de otro mejor, debe seguir siendo mantenido⁵⁸.

En cuanto a la distinción de los distintos planos del Derecho, es sin duda relevante, pero no creo que afecte al concepto de sesgo. Como señalo en la nueva nota 44, los sesgos pueden producirse en todo procesamiento humano o automatizado de datos e información, con independencia del resultado u *output* a que aboquen. Tan sesgada puede estar una decisión de compra, como un diagnóstico médico, un ensayo clínico, una recomendación o predicción algorítmica o, en lo que aquí interesa, una sentencia, una resolución administrativa o un trabajo académico de un investigador del Derecho. Puede incurrir en sesgo incluso el legislador o la Administración cuando elaboran una norma jurídica (p. ej., al ser aprobada de forma precipitada e irreflexiva y ser los autores de la norma víctimas de alguno de los sesgos cognitivos apuntados, o cuando adolece de sesgo de género, racial o de interés —al pretender beneficiar a una determinada empresa o grupo de interés—). Lo que varía evidentemente en función del tipo de plano o discurso jurídico es el margen de que dispone *válidamente* el autor respectivo para optar entre las distintas variables a considerar.

gía o la medicina pseudocientífica (acupuntura, homeopatía, etc.), se basan en afirmaciones que no son susceptibles de refutación empírica mediante la observación o experimentos.

⁵⁸ Hasta un escéptico impenitente como NIETO, pese a subrayar en su lección jubilar las muchas limitaciones de que adolece el conocimiento jurídico, considera posible la existencia de un “moderado intersubjetivismo” basado en “conceptos y aserciones *plausibles*” (Alejandro NIETO, “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, en ÍD. y Agustín GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 12-66 [pp. 41-43]).

Según la noción de sesgo como error sistemático aquí defendida (que es, como se ha dicho, la prevalente en las otras disciplinas —psicología, economía, medicina, sociología, estadística, etc.— que se han ocupado de la misma), este solo existirá cuando la toma de partido sistemática a favor de una de las distintas variables merezca ser calificada de errónea, esto es, cuando no se considere aceptable según el *marco de racionalidad de referencia*⁵⁹. En el caso del Derecho, esto significa que *no habrá sesgo* (ideológico), p. ej., cuando el legislador o la Administración, al aprobar una norma jurídica, ejerzan legítimamente el vasto margen de apreciación ideológica que les reconoce, respectivamente, la Constitución y el propio legislador en un Estado democrático y pluralista. Tampoco lo habrá cuando el juez o la Administración apliquen dichas normas dentro del abanico de posibilidades admitido por el ordenamiento jurídico, y que puede ser muy amplio en los casos (los más frecuentes) en que gozan de arbitrio judicial⁶⁰ y discrecionalidad administrativa. Los juristas académicos disponemos de un margen discursivo especialmente amplio, ya que, como se verá luego, se nos permite, incluso, criticar el Derecho vigente y proponer alternativas *de lege ferenda*. Ello explica las paradojas y controversias que suscita, en especial, el sesgo ideológico, y que muchos colegas lo consideren incluso deseable. A mi modo de ver, en los (muchos) casos en que la apreciación ideológica resulta aceptable en el discurso jurídico no cabría, siquiera, calificarla de sesgo.

Común a todos los planos del Derecho (y al resto de disciplinas científicas y ámbitos en que operan los sesgos) es también la conveniencia de mitigar los sesgos a través de un *adecuado diseño del procesamiento de la información respectiva*, ya sea este, en el caso del Derecho, el procedimiento legislativo y reglamentario, el proceso judicial, el procedimiento administrativo (y los procesos no formalizados de actuación administrativa) o el método de investigación de los académicos. Es cierto, por ello, como señalaron algunos colegas durante el seminario en que se presentó este trabajo, que el debate sobre los sesgos es un debate que se centra sobre todo en el plano metodológico, aunque con el matiz importante de que por metodología no debe entenderse únicamente la que empleamos los académicos o, en general, los científicos, sino el procedimiento o modo de proceder que debe seguirse para procesar adecuadamente la información y los datos disponibles y resolver de la mejor manera posible el problema en cada caso planteado⁶¹.

En cuanto a si debería ponerse el énfasis en el *riesgo* de que se produzca el error y concebir a los sesgos como *factores* de dicho riesgo, se trata sin duda de una opción plausible e incluso habitual en los hablantes y hasta en los diccionarios citados,

⁵⁹ Huelga decir que el error o sesgo *jurídico* se determina con arreglo a las reglas del ordenamiento jurídico en cada momento vigente y de la argumentación jurídica, no según los criterios psicológicos, económicos, médicos, etc. que permiten afirmar la existencia de sesgos en esas otras disciplinas.

⁶⁰ Alejandro NIETO GARCÍA, *El arbitrio judicial*, 3ª ed., Colex, A Coruña, 2021.

⁶¹ Entre nosotros abordan conjuntamente, en la tradición alemana, la metodología académica y la metodología aplicativa del Derecho administrativo, Silvia DÍEZ SASTRE y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Metodología del Derecho administrativo”, en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DOMÉNECH y ARROYO (2021), pp. 443-494.

cuando se equipara el término sesgo al de “tendencia”. No obstante, considero preferible seguir, en el ámbito del Derecho, el mismo criterio que las demás disciplinas examinadas y manejar un concepto más restringido de sesgo, que solo entre en juego cuando dicho riesgo se materialice y dé lugar a un error. Este concepto más restringido tiene una saludable connotación *normativa*, que admite y subraya la *posibilidad de evitar* los efectos perniciosos de las causas o factores que provocan los sesgos (las limitaciones cognitivas de la mente humana, creencias ideológicas o religiosas muy marcadas, estereotipos, intereses y emociones muy fuertes, un diseño o ejecución defectuoso de los experimentos, un mal entrenamiento de los algoritmos) e incentiva la adopción de las medidas de diligencia adecuadas para mitigarlos. Son muchos los jueces, funcionarios y académicos capaces de resistir habitualmente el poderoso influjo de dichos factores y que emiten a diario juicios que nadie calificaría de sesgados⁶². Ello no impide, como se ha señalado en el apartado precedente, que, en algunos casos, la existencia de un riesgo especialmente elevado de sesgo justifique que el propio ordenamiento jurídico obligue a abstenerse de participar en el proceso decisorio, para así garantizar la debida *apariencia* de imparcialidad y objetividad. Sesgo y riesgo de sesgo son, por tanto, dos categorías distintas y útiles a efectos analíticos.

Finalmente, sobre si el de sesgo es o no un concepto *jurídico*, es cierto, por un lado, que no ha sido recogido habitualmente por el Derecho positivo y, por otro, que ya existen categorías jurídicas cercanas y muy estudiadas como los principios de imparcialidad de los jueces y empleados públicos y de objetividad de la Administración (recogidos al mayor rango normativo por el artículo 103 de la Constitución)⁶³. Sin embargo, el término empieza a ser empleado por el legislador en relación, p. ej., con los sesgos algorítmicos y con sesgos cognitivos como el de automatización⁶⁴, y como concepto jurídico puede ser útil para complementar los efectos directivos de

⁶² Incluso en las circunstancias apuntadas en la nueva nota 53.

⁶³ V. al respecto, además de los distintos artículos incluidos en el monográfico de *Documentación Administrativa* indicado en la nota 2, trabajos clásicos como los de Alejandro NIETO, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254; o Luis MORELL OCAÑA, “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 347-372.

⁶⁴ V. sobre unos y otro los artículos 10 (apartados 2 y 5) y 14.4.b) del flamante e importante Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). El artículo 70.1 de dicho Reglamento llega incluso a señalar que las autoridades nacionales que deberán ser designadas por los Estados miembros “ejercerán sus poderes de manera independiente, imparcial y *sin sesgos*, a fin de preservar la objetividad de sus actividades y funciones y de garantizar la aplicación y ejecución del presente Reglamento” (cursiva añadida). Los sesgos algorítmicos están asimismo previstos en el artículo 23.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que obliga a minimizarlos. NIEVA (2012: apartado 5) también ha propuesto añadir al artículo 219 LOPJ una nueva causa de recusación relativa al (riesgo de) sesgo ideológico de los jueces.

dichos principios constitucionales⁶⁵ y garantizar mejor su cumplimiento al permitir hilar más fino e identificar y combatir con mayor precisión las causas que pueden amenazarlos de un modo sistemático. La conveniencia o no de que el legislador y los tribunales manejen y perfilen esta noción como categoría jurídica es, en todo caso, compleja e interesante, y requeriría un análisis que no puede acometerse aquí con un mínimo de profundidad. Ello no obsta a que el concepto de sesgo resulte enriquecedor desde la perspectiva de la investigación en Derecho público que ha motivado este trabajo y a la que se dedicarán las páginas que siguen.

3. LA INCIDENCIA DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Tras la delimitación conceptual y el ejercicio taxonómico efectuados en las páginas precedentes estamos ya en condiciones de examinar cómo esta amplia panoplia de sesgos incide en la investigación del Derecho público, y cómo pueden mitigarse. El análisis se centrará en los que he denominado “sesgos del pensamiento” (tanto cognitivos como no cognitivos), sin abordar los sesgos algorítmicos ni los que he llamado sesgos metodológicos, más propios de las ciencias experimentales. Se pondrá el foco en los trabajos de investigación de los académicos profesionales (monografías, artículos de revista, capítulos de libro, reseñas, comentarios jurisprudenciales) y en la metodología que los sustenta⁶⁶, aunque se hará también referencia a otros aspectos de su actividad relacionados con dicha investigación, como la impartición de clases y conferencias, la participación en seminarios, la intervención en los medios y redes sociales o la elaboración de dictámenes jurídicos para entidades públicas y privadas. Lo que se dirá es también predicable, *mutatis mutandis*, de la investigación en Derecho privado. Se basa en mi experiencia de más de veinticinco años como académico, durante los que he podido constatar con frecuencia el impacto que los sesgos tienen en mi trabajo y en el de mis colegas. El presente estudio me ha ayudado a identificarlos, retrospectivamente, con mucha mayor claridad.

3.1. La (limitada) incidencia de los sesgos cognitivos

Cabe presumir que la incidencia de los sesgos cognitivos en la investigación jurídica es menor que en otros ámbitos, como la toma de decisiones económicas por parte de los consumidores, el diagnóstico y el tratamiento de enfermedades por parte

⁶⁵ Y otros como, en particular, el principio (y derecho fundamental) de igualdad de trato y no discriminación (artículo 14 de la Constitución), que prohíbe que los poderes públicos incurran en muchos de los que aquí se han denominado sesgos sociales, o el principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la Constitución), que puede verse comprometido por los sesgos cognitivos de los empleados públicos.

⁶⁶ VELASCO (2022: 113); DÍEZ SASTRE y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 449-467); BARRAGUÉ y DOMÉNECH (2021: *passim*).

de los médicos, o la toma de decisiones por parte de los jueces, los abogados y los empleados públicos (p. ej., policías que deben aplicar el Derecho de forma casi instantánea). Ello es así porque los académicos disponen (supuestamente) de más tiempo para formular sus juicios y someter sus intuiciones del pensamiento rápido al control que ejerce el pensamiento lento. El tiempo para la reflexión pausada es, sin duda, uno de los factores determinantes de la *auctoritas* de que ha gozado tradicionalmente la doctrina jurídica⁶⁷. El consenso alcanzado de manera sosegada en la discusión doctrinal permite orientar al juez “en el momento urgente de la decisión judicial”⁶⁸.

En todo caso, el pensamiento automático incide y condiciona a menudo el pensamiento lento, así como juicios que los académicos suelen emitir de forma automática, como sus intervenciones espontáneas en seminarios de investigación o las respuestas que ofrecen a las preguntas que les formulan los alumnos, los asistentes a sus conferencias y los periodistas. Especialmente influyente es el pensamiento automático en las opiniones que algunos colegas vierten, a veces de forma compulsiva, en las redes sociales.

Algunos ejemplos concretos podrían ser los siguientes:

— *Sesgo de autoridad*: el maestro que condiciona a sus discípulos mediante sus opiniones escritas o al ser el primero en intervenir en un debate, o la autoridad excesiva que suele concederse a los especialistas en otros campos (el especialista en e-Administración, contratación pública o medio ambiente; o el especialista en Derecho alemán o francés) o áreas de conocimiento (el economista, el politólogo, el psicólogo, el filósofo).

— *Sesgo de confirmación*: cuando alguien opina sobre un tema al que ya ha dedicado muchos trabajos, o se ve influido por la opinión que ha expresado a través de redes sociales, o pretende inconscientemente que la solución que desea *de lege ferenda* sea la que quepa afirmar *de lege lata*.

— *Sesgo de disponibilidad*: cuando se escribe solo sobre la base de la información que se tiene presente y recuerda mejor (p. ej. una sentencia reciente de un juez inferior que ha sido destacada en los medios por apartarse de la jurisprudencia mayoritaria, o una postura doctrinal minoritaria que es la única que la persona conoce o que recuerda mejor porque fue formulada en un seminario memorable).

— *Sesgo de statu quo*: cuando se da prevalencia a las teorías e interpretaciones heredadas, sin cuestionarlas, o se considere que a la ciencia jurídica le está vedado criticar la regulación y la jurisprudencia existente o proponer soluciones *de lege ferenda*.

— *Sesgo de anclaje*: cuando alguien se ve muy condicionado por el primer o primeros trabajos que lee sobre el tema de estudio y no evalúa adecuadamente la información y argumentos proporcionados por los sucesivos (aquí podrá entrar también en juego el sesgo de confirmación de la posición inicialmente fijada).

⁶⁷ V. sobre tales factores, desde el surgimiento de la dogmática jurídica con los glosadores, Francesca PUIGPELAT MARTÍ, “Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989-1990, pp. 843-857.

⁶⁸ MIR PUIG (1982: 27).

— *Sesgo gregario*: cuando se mantiene acrítica e irreflexivamente lo que sostiene la mayoría de los colegas de la especialidad.

— *Sesgo retrospectivo*: cuando se torea como Manolete, a toro pasado, o se ejerce de quarterback el lunes posterior al partido de fútbol americano (*Monday-morning quarterback*, en la famosa y menos castiza expresión norteamericana), y se ven *a posteriori* como evidentes sucesos que eran altamente improbables (p. ej., en asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración, penales o de sanciones administrativas).

— *Efecto halo*: cuando se valoran las opiniones de otros colegas no en función de la calidad de los datos y argumentos en cada caso aportados, sino de la valoración suscitada por sus trabajos previos o por otros atributos de su personalidad, como p. ej. su atractivo físico, simpatía, seguridad, capacidad oratoria, prosa, dominio de idiomas o erudición. Este efecto explica también un fenómeno muy curioso y habitual en la academia: que sus miembros extiendan la buena (o mala) reputación de otros colegas (recomendando p. ej. sus trabajos, su contratación o nombramiento para cargos) sin siquiera haberles leído ni conocido personalmente, por el solo hecho de ser valorados positivamente (o negativamente) por académicos a los que aprecian.

— *Sesgo de grupo*: cuando se valoran mejor, por defecto, las opiniones del propio grupo de investigación, escuela o área de conocimiento que las de otros grupos, escuelas o áreas de conocimiento. Aquí se está haciendo referencia al sesgo cognitivo instintivo, no al sesgo de interés sobre el que se volverá de inmediato.

— *Sesgo de falso consenso*: cuando se piensa que las opiniones propias son mayoritarias, sin pararse a comprobar que ello no es así objetivamente.

— *Sesgo de automatización*: cuando se confía acríticamente, sin revisarlos, en los resultados que ofrecen las máquinas (p. ej. en una traducción automática o en alguna petición de información o resumen que se le haga a ChatGPT).

3.2. La (notable) incidencia de los sesgos no cognitivos

Los que aquí se han denominado sesgos no cognitivos del pensamiento pueden tener un impacto notablemente mayor en la actividad académica, ya que, como se ha dicho, son más difícilmente mitigables mediante el pensamiento lento. Pongamos nuevamente algunos ejemplos.

El *sesgo ideológico*, en los términos estrictos antes precisados⁶⁹, puede estar presente en las investigaciones de aquellas personas que poseen creencias ideológicas muy marcadas⁷⁰ y que consideran que tienen que utilizar su trabajo como académicas para hacer *activismo político* (p. ej. en materia de igualdad, de protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático o la corrupción, o de favorecimiento de

⁶⁹ V. *supra* los apartados 2.1.2 y 2.2.3.

⁷⁰ Convincientemente, sobre las razones por las cuales resulta preferible que los jueces y juezas tengan una ideología “abierta, o incluso pragmática”, no “inflexible” sobre ciertos temas, que les permita aplicar sin “mala conciencia” la legislación en cada caso vigente, NIEVA (2012: apartado 2).

la libre competencia, de la libertad de expresión o de portar armas)⁷¹, aun a costa del rigor de sus planteamientos (p. ej., obviando sentencias contrarias a las posiciones defendidas); o de quienes, no teniendo tales creencias, no se atreven a discrepar del *mainstream* ideológico, en caso de que exista⁷².

El *sesgo religioso* puede afectar a los trabajos de autores que posean profundas creencias religiosas y que versen sobre asuntos jurídicos que puedan entrar en contradicción con tales creencias, como el matrimonio homosexual, el aborto o la eutanasia. Naturalmente, como ocurre con las creencias ideológicas, ello no impide que quienes las profesen puedan formular propuestas *de lege ferenda* alineadas con ellas. El miedo a discrepar de la escuela de firmes convicciones religiosas a la que eventualmente se pertenezca (como, señaladamente, las escuelas vinculadas al Opus Dei, en la comunidad jurídica española) puede también traducirse en afirmaciones religiosamente sesgadas.

El *sesgo de interés* puede producirse cuando alguien se ve condicionado en su labor como académico por su pertenencia o cercanía a un partido político y la perspectiva de obtener algún cargo público (perspectiva muy plausible en el caso de los profesores de Derecho público que se aproximen, en España, a algún partido con representación institucional), por su ejercicio de la abogacía, o por sus labores de asesoramiento a despachos de abogados y entidades públicas y privadas (asesoramiento permitido y fomentado, incluso en régimen de dedicación a tiempo completo a la universidad, por el artículo 60 de la Ley orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del sistema universitario)⁷³. Dicho sesgo también puede asomar en los trabajos de quienes actúan movidos por intereses corporativos de defensa de la propia área de conocimiento frente a áreas limítrofes (p. ej. los enfrentamientos que se han producido de forma recurrente entre administrativistas y constitucionalistas españoles).

Los *sesgos sociales* pueden emerger en los trabajos influidos por estereotipos de género (todavía presentes en la comunidad académica española), raciales (sin ser aún preocupantes, crecerán seguramente a medida que siga aumentando la inmigración

⁷¹ Sobre el “*scholactivism*” en Derecho constitucional, donde es especialmente frecuente, KHAI-TAN (2022).

⁷² En EE.UU. se ha estimado que solo el 15 por ciento de los más de 10.000 profesores universitarios de Derecho son conservadores (simpatizantes del Partido Republicano), frente al 35 por ciento de los abogados y al 45 y 52 por ciento de los jueces federales (de distrito o de apelación, respectivamente), estos últimos nombrados políticamente. Dicho porcentaje sería, en todo caso, muy similar al 16 por ciento de profesores universitarios conservadores que existiría en los ámbitos distintos del Derecho (BONICA, CHILTON, ROZEMA y SEN [2018: 2-4, 25-26, 33], sugiriendo que ello puede indicar la existencia de discriminaciones o autoexclusión por razones ideológicas en el acceso a la academia y considerando que dicha uniformidad ideológica afecta a la credibilidad e influencia de la doctrina jurídica de dicho país).

⁷³ Sobre la influencia que ha tenido en la doctrina administrativista española el hecho de que muchos de sus grandes maestros hayan ejercido intensamente como abogados y consultores es ya clásico el trabajo de Alejandro NIETO, “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, pp. 9-30 (p. 14: el “Derecho administrativo del cliente”). Más recientemente, entre otros, DOMÉNECH (2024: 415-416).

en España), nacionales (cuando se valoran acriticamente las soluciones procedentes de instancias supranacionales como la Unión Europea, el Consejo de Europa o la OCDE, o de determinados países como Alemania, EE.UU. o Francia, se reniega sistemáticamente de la calidad de la doctrina española o se cuestiona la de países latinoamericanos) o regionales (cuando al interpretar las opiniones ajenas se presume que todo autor de apellidos catalanes es independentista, o que los procedentes de la Comunidad de Madrid son conservadores y nacionalistas españoles).

Finalmente, los *sesgos emocionales* pueden surgir en los trabajos académicos influidos por los afectos y animadversiones que sus autores sientan, p. ej., respecto de los políticos, jueces o colegas de cuyas iniciativas legislativas, sentencias y opiniones jurídicas se ocupan. No es lo mismo estudiar átomos o animales que las decisiones adoptadas por seres humanos que despiertan tantas pasiones como, p. ej., Donald Trump, Pedro Sánchez o Isabel Díaz Ayuso. Tampoco es lo mismo opinar sobre el trabajo de un colega desconocido que sobre el de un buen amigo (no digamos ya de un familiar) o de alguien a quien no se soporta.

4. ESTRATEGIAS DE MITIGACIÓN DE LOS SESGOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

De todo lo expuesto se deriva que los distintos tipos de sesgos, tal como han sido definidos y acotados, esto es, como errores sistemáticos según el marco de racionalidad de referencia, deberían tratar de ser evitados en la medida de lo posible por parte de todos los operadores jurídicos y, en lo que aquí interesa, por parte de los investigadores de Derecho público. A continuación, se propondrán algunas estrategias individuales e institucionales que, a mi juicio, pueden contribuir poderosamente a mitigarlos —aunque su completa erradicación resulte imposible y, hasta cierto punto, innecesaria⁷⁴—. Se formularán de forma breve, debido al poco espacio disponible.

4.1. Estrategias individuales

Las estrategias más importantes son, sin duda, individuales, ya que individual es el procesamiento mental de la información que puede verse afectado por las distintas causas que motivan los sesgos y que da lugar a los trabajos académicos de investigación jurídica. Por otro lado, esta responsabilidad individual es la contrapartida de la gran libertad y creatividad del proceso investigador.

⁷⁴ Como subraya ALFARO (2016), la confrontación de enfoques doctrinales antagónicos en el “mercado de las ideas” puede equilibrar los sesgos académicos existentes, aunque para ello es necesario que se produzca un auténtico debate entre ellos (algo que dificultan las redes sociales, como se dirá al final) y que, como señala este autor, exista la voluntad compartida de alcanzar un consenso.

Cabe distinguir dichas estrategias en función del tipo de sesgo que trate de mitigarse. Algunas, sin embargo, son comunes a todos ellos. Este último sería el caso de las siguientes:

— Estudio específico de los sesgos en la investigación científica y toma de conciencia de los *proprios* sesgos reales y potenciales, cognitivos y no cognitivos. Esto es fundamental, como se ha subrayado en la literatura sobre los sesgos cognitivos de los médicos, y más teniendo en cuenta que resulta mucho más fácil advertir los errores ajenos que los propios⁷⁵. Ser conscientes del peso excesivo que, de forma inconsciente, solemos dar p. ej. a nuestras opiniones previas, a las opiniones de nuestros maestros, de los grupos a los que pertenecemos, a la información que recordamos o que leemos primero, a nuestras creencias ideológicas, religiosas, intereses o emociones y a los estereotipos sociales es un requisito imprescindible para que podamos corregirlo.

— Asumir un compromiso ético con la búsqueda de la verdad y la generación y difusión de conocimiento como fines propios de la investigación científica y con los principios de objetividad e imparcialidad que la caracterizan⁷⁶.

— Fomentar la apertura de mente, voluntad de consenso, escepticismo constructivo y predisposición a ser refutado y a reconocer los errores cometidos y a cambiar de opinión, valorándolos como elementos imprescindibles para el avance cooperativo de la ciencia (jurídica), sin que ello afecte a la propia autoestima. Las críticas fundamentadas y respetuosas no deben considerarse ofensivas y la respuesta que se les dé no debería estar presidida por las emociones.

— Rigor metodológico y diligencia en el desarrollo de las investigaciones propias y en la evaluación y supervisión de las ajenas, dedicándoles el tiempo que requieren unas y otras, y comprobando y examinando los hechos, el material normativo y jurisprudencial y las opiniones de los demás colegas directamente y sin apriorismos.

— Crítica motivada (y respetuosa) de los trabajos académicos ajenos de bajo nivel o sesgados, a fin de incentivar la investigación pausada y de calidad⁷⁷.

— Centrarse en investigaciones de valor añadido, priorizando la calidad sobre la cantidad y la calma sobre la inmediatez, y sin preocuparse por los indicadores bibliométricos y muchos de los criterios de las agencias de acreditación. Tomar el sexenio de investigación (que valora solo cinco publicaciones destacadas cada seis años)⁷⁸ como guía de productividad aceptable y la reputación académica como faro de calidad.

⁷⁵ KAHNEMAN (2012: 45, 542-543).

⁷⁶ HAMMERSLEY y GOMM (1997: apartado 4.12); KHAITAN (2022: 548-549); Alan SOKAL, "How ideology threatens to corrupt science", *The Critic*, 22 de mayo de 2024, <https://thecritic.co.uk/how-ideology-threatens-to-corrupt-science/>.

⁷⁷ ALFARO (2016), considerando que la academia debe "abochornar" a los "profesores que dicen tonterías", sobre todo cuando lo hagan en publicaciones derivadas de informes pagados (pone el ejemplo lacerante de los economistas famosos que escribieron trabajos encargados por Fannie Mae y Freddie Mac despreciando los riesgos que condujeron a la Gran Recesión).

⁷⁸ Orden de 2 de diciembre de 1994 por la que se establece el procedimiento para la evaluación de la actividad investigadora en desarrollo del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario.

— Valorar la propia reputación académica como principal activo profesional a lograr y preservar.

En particular, para combatir los sesgos cognitivos, parece además recomendable:

— Evitar la formulación pública de juicios precipitados de tipo automático (p. ej., en tuits, conferencias o intervenciones en los medios) y desarrollar la investigación académica mediante pensamiento lento, esforzado, deliberado. Esto último no impide que los académicos (en especial, los juristas) puedan dejarse llevar por la inspiración y redactar sus trabajos de forma rápida, semiautomática, cuando logren entrar en ese estado de *flow*⁷⁹ que libera la creatividad, proporciona el mayor placer intelectual y explica muchas de las vocaciones universitarias. Pero sí exige que, antes de acometer dicha fase estimulante de redacción, se haya estudiado cada tema con el (duro) rigor necesario, y que al concluirlo se repasen el trabajo y cada una de sus frases minuciosamente.

— No volver una y otra vez sobre los mismos temas de investigación para evitar el sesgo de confirmación.

— Evitar la sobrepersuasión y el *marketing* en las investigaciones propias y tratar de no explotar con ellos los sesgos cognitivos ajenos.

Finalmente, para hacer frente a los sesgos no cognitivos puede también sugerirse:

— Evitar la investigación de temas sobre los que se tengan convicciones ideológicas o religiosas muy rígidas, intereses o emociones muy marcados, ya que unos y otras dificultan especialmente el análisis imparcial y objetivo.

— Distinguir el plano *de lege lata* del plano *de lege ferenda* en los trabajos académicos, esto es, la exposición y análisis del Derecho vigente en cada momento de las propuestas de cambio normativo que puedan formularse.

— Describir de forma objetiva las principales posturas mantenidas en la doctrina (sin desnaturalizarlas) antes de defender la que se sostiene, para que el lector pueda formarse su propia opinión.

— Canalizar el legítimo activismo político por vías distintas de las académicas, sin perjuicio de elegir los temas de investigación con arreglo al criterio que se desee y a difundir como mejor se considere los resultados del trabajo académico que se obtengan. Esto es, separar la fase previa de elección del tema y la posterior de difusión y puesta en práctica de los resultados, de la actividad específica de investigación académica, que debería ser lo más objetiva posible⁸⁰.

⁷⁹ Sobre este estado mental de plena concentración sin esfuerzo o de “experiencia óptima”, según CSZIKSZENTMIHALYI, el psicólogo que más lo ha estudiado, KAHNEMAN (2012: 60).

⁸⁰ Así lo propone KHAITAN (2022: 555), incluyendo en dicha actividad investigadora, en la que “el investigador toma el relevo [al activista]”, el planteamiento de la cuestión, la determinación del método más apropiado, el estudio de la bibliografía, la recopilación de pruebas, la argumentación, la redacción, la presentación del trabajo en seminarios especializados y su posterior revisión antes de la publicación.

— A fin de no sucumbir a estereotipos, rodearse de personas que tengan opiniones y formas de pensar distintas, de diferentes edades, género, procedencia, formación, orientación sexual, creencias, etc., efectuar estancias de investigación en el extranjero, informarse acudiendo a medios de distintas líneas ideológicas y evitar las cámaras de resonancia de las redes sociales.

— Emplear lenguaje inclusivo (de manera proporcionada y sin detrimento de la fluidez expositiva) en los propios trabajos, e indicar los nombres de pila de las académicas (no solo sus iniciales), a fin de conferir visibilidad a las investigadoras y evitar estereotipos de género.

— Llevar a cabo tareas de asesoramiento jurídico a entidades públicas y privadas, como aspecto importante de mejora de la docencia y la capacidad investigadora, pero distinguiendo claramente las opiniones que se vierten como asesor y las que se emiten como académico, e indicando en las publicaciones que puedan resultar el nombre de la entidad que formula el encargo⁸¹. Estas publicaciones, a diferencia de los dictámenes de parte, deberían en todo caso cumplir con los estándares de rigor y objetividad de todo trabajo académico.

— Ser escrupuloso en el cumplimiento de las causas de abstención y prevención de conflictos de intereses en todos los procedimientos de selección de profesorado y de evaluación de trabajos y proyectos en que se participe.

— Evitar a toda costa el sectarismo de escuela, gremial y partidista, e infringir sistemáticamente la “ley del acolitismo” formulada, de manera irónica, por VAQUER⁸².

— Desarrollar las distintas actividades académicas cuidando el trato humano y la empatía, participar con ánimo cooperativo en congresos, seminarios, publicaciones y proyectos de investigación, y tratar con imparcialidad las opiniones de todos los colegas.

4.2. Estrategias institucionales y comunitarias

A las apuntadas estrategias individuales cabe añadir otras de tipo institucional y comunitario. La comunidad académica y el entorno institucional en que se lleva a cabo la investigación jurídica pueden dificultar la aparición de sesgos con medidas como las siguientes, destinadas a promover la calidad de dicha investigación y a asegurar el *tiempo* y la libertad que los académicos necesitan para desarrollarla:

⁸¹ Esto último es lo que recomiendan en su apartado 46 las Directrices de buena práctica científica en Derecho público de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado (VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER, *Leitsätze “Gute wissenschaftliche Praxis im Öffentlichen Recht”*, 3 de octubre de 2012, <https://www.vdstrl.de/gute-wissenschaftliche-praxis/>).

⁸² Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 3005-3023 (p. 3016).

— Garantía adecuada de la libertad de investigación científica (artículo 20.1.b) de la Constitución), sin injerencias políticas en la orientación de la investigación.

— Potenciación de la investigación (artículo 44.2 de la Constitución), especialmente de la efectuada en los centros públicos aconfesionales y no vinculados a sectores económicos.

— Garantía de la libertad de creación de centros universitarios privados (artículo 27.6 de la Constitución), pero con exigencias elevadas de calidad en la docencia y la investigación.

— Limitación del número de Facultades de Derecho, reducción de su número de profesores (a fin de posibilitar el conocimiento y el control recíproco de sus publicaciones, evitar la hiperespecialización, asegurar un mayor nivel y vocación de sus miembros y reforzar su prestigio social) y potenciación de su diversidad sin merma de la calidad.

— Incremento de la retribución de los investigadores, de su soporte administrativo y reducción drástica de las múltiples y crecientes trabas burocráticas a que deben hacer frente en su día a día, y que la digitalización solo está empeorando.

— Replanteamiento de la financiación pública de la —comparativamente muy barata— investigación jurídica, vinculándola principalmente no ya a proyectos futuros de solicitud periódica, sino a la posición académica ocupada y a resultados de calidad previamente obtenidos, y con gastos elegibles equiparables a los de los países de referencia. La actual financiación española basada en proyectos es enormemente perniciosa, por muchas razones que no es posible desarrollar aquí (fomenta la hiperactividad, la hiperespecialización y la reiteración, el turismo académico y la elaboración de publicaciones autofinanciadas y de baja calidad, impide el estudio de temas distintos sobrevenidos y más importantes, consume un tiempo ingente de los investigadores y muchos recursos públicos en burocracia innecesaria que solo beneficia a quienes se dedican profesionalmente a la elaboración, administración, evaluación y auditoría de proyectos, impide organizar o asistir a actos académicos en los términos habituales en la comunidad científica internacional, perjudica —al ser considerado como un mérito absolutamente sobrevalorado— a los equipos brillantes que deciden investigar sin solicitar proyectos —al no poder contar sus miembros más jóvenes con las becas mejor dotadas, y haberse malacostumbrado las universidades a que todo esté “cofinanciado” por alguno, incluso los ordenadores de sobremesa, etc.).

— Reducción del peso de los criterios cuantitativos y los indicadores bibliométricos en la evaluación de la investigación jurídica⁸³.

⁸³ Sobre la “evaluitis”, los distintos tipos de evaluación de la investigación jurídica en el Derecho español (de trabajos y proyectos de investigación, de los investigadores y de las universidades) y las ventajas e inconvenientes de los criterios cuantitativos y cualitativos (*peer review*) de evaluación empleados en unos y otros v. el completo análisis de José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, pp. 151-191, con ulteriores referencias.

— Fomento de la comunidad académica mediante asociaciones serias y plurales⁸⁴, y reducción del peso de las escuelas.

— Elaboración de directrices de buenas prácticas científicas de la comunidad académica de referencia⁸⁵.

— Desvalorización por la comunidad académica de los autores excesivamente prolíficos, impulsivos e hiperactivos, sin que se promocióne a los niveles superiores a los que desarrollen una actividad de investigación de baja calidad, y sancionando con contundencia a los que participan en tramas de multiplicación de trabajos, citas y manipulación de índices de impacto.

— Fomento de seminarios de investigación (cuantitativamente limitados) en que los académicos tengan la oportunidad de discutir seriamente sus borradores de trabajos con pares externos, en que las figuras de autoridad intervengan después de los más jóvenes y en que se lleven a cabo ejercicios creativos de *brainstorming* donde se exploren sin miedo todos los posibles puntos de vista⁸⁶.

— Apertura de los congresos de la especialidad a temas y planteamientos innovadores (poniendo énfasis en cuestiones de metodología jurídica y mitigación de sesgos) y selección de sus ponentes sobre la base del criterio preferente de la calidad científica y no de los intereses de promoción académica de los mismos.

— Reducción del número de revistas de la especialidad y garantía de su imparcialidad, a fin de impedir que cualquier trabajo encuentre una salida editorial y de limitar el número de publicaciones a leer y a elaborar por los investigadores. En particular, debe evitarse que el lucrativo mercado de los números especiales de las ciencias naturales (en cuya virtud se ofrece masivamente a investigadores de todo el mundo que configuren su propio número especial en una revista supuestamente indexada a cambio de un precio) arraigue en el ámbito jurídico.

— Establecimiento de criterios exigentes, meramente científicos⁸⁷ y objetivos de selección de las publicaciones académicas, con sistemas de *peer-review* u órganos colegiados editoriales⁸⁸ integrados por especialistas de prestigio, a poder ser de forma

⁸⁴ Sobre el papel que debería corresponder a tales asociaciones en la fijación de los criterios de evaluación de los investigadores RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2020: 187).

⁸⁵ Como las de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado a que antes se ha hecho referencia, pero profundizando más en el problema específico de los sesgos, que aquellas apenas contemplan.

⁸⁶ En esta misma línea, para evitar los sesgos en las reuniones de los equipos médicos, HOWARD (2019: 41).

⁸⁷ SOKAL (2024) se ha mostrado recientemente muy crítico con los nuevos criterios ideológicos de rechazo de originales de la prestigiosa revista *Nature*. Como se recordará por el notable revuelo que generó, este físico ya denunció en los años noventa la falta de rigor de los procesos de selección de ciertas revistas postmodernas cuando logró que se publicara en una de ellas un artículo absurdo que había elaborado con dicho fin (al respecto MOSTERÍN [2013: 15-16]).

⁸⁸ Las citadas Directrices de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho del Estado consideran válidos ambos procedimientos de selección, siempre y cuando se basen “exclusivamente en criterios adecuados a la ciencia” (apartado 50). Si en la mayoría de las revistas jurídicas norteamericanas más prestigiosas los trabajos son seleccionados por los estudiantes que las editan, sin seguir procedimiento alguno de *peer-review* (como señalan —y critican— CHILTON y POSNER [2015: 303-304]), ello también ha de poder hacerse, con más motivo, en las revistas jurídicas españolas y europeas de primer

ciega (puesto que la omisión de la identidad del autor es un poderoso mecanismo de mitigación de sesgos, que obliga a concentrarse en la evaluación de la calidad del contenido).

— Nombramiento como cargos de gobierno de las universidades y como magistrados de los tribunales superiores a profesores y profesoras de prestigio académico indiscutido e independencia contrastada⁸⁹. Esto último reduciría, de paso, los mucho más peligrosos sesgos judiciales.

5. FINAL

En las páginas precedentes se ha defendido un concepto *extenso* de sesgo que rebasa el radio de los sesgos cognitivos más estudiados en los últimos años y comprenda asimismo otro tipo de sesgos de antaño conocidos, e igualmente nocivos para los operadores jurídicos, como son los ideológicos, religiosos, sociales, de interés y emocionales. El propuesto es a su vez un concepto *normativo*, como error sistemático mitigable, que admite y subraya la *posibilidad de evitar* los efectos perniciosos de las causas o factores que provocan los sesgos e incentiva la adopción de las medidas de diligencia adecuadas para mitigarlos. El concepto así formulado no solo posee utilidad analítica, al permitir explicar tales causas con mayor precisión que acudiendo a la dicotomía tradicional objetividad/subjetividad, sino que también puede llegar a tenerla como concepto jurídico, cuando sea recogido —como lo está empezando a ser— por el Derecho positivo. El estudio de los sesgos enriquece, en todo caso, el enfoque clásico del problema, vinculado a los principios constitucionales de objetividad de la Administración y de imparcialidad de los jueces y empleados públicos.

En la segunda parte del trabajo se ha explorado la incidencia notable que los sesgos del pensamiento (cognitivos y no cognitivos) pueden tener en la investigación jurídica, en general, y del Derecho público, en particular, y se han identificado algunas estrategias individuales, institucionales y comunitarias que pueden contribuir poderosamente a evitarlos. Tales estrategias constituyen *estándares de buena praxis investigadora* que podrían ser promovidos por las distintas asociaciones de profesores y profesoras de Derecho público.

La lucha contra los sesgos y la defensa de la racionalidad, la objetividad y la imparcialidad de la ciencia son hoy en día más importantes que nunca. A su erosión

nivel, editadas invariablemente por académicos de renombre. En los trabajos jurídicos de primer nivel no tiene sentido demorar la publicación y hacer perder el tiempo a otros investigadores muy ocupados.

⁸⁹ Llama la atención el escasísimo número de profesores de Derecho administrativo que han accedido en los últimos años a la Sala 3ª del Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, pese a haberse postulado candidatos excelentes. Esta anomalía es extensiva a otras especialidades jurídicas (Oriol MIR PUIGPELAT, “Santiago Mir Puig: vida de un penalista”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, Mirentxu CORCOY BIDASOLO y M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU [coords.], *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. XXI-XXVIII [p. XXVII]).

han contribuido el relativismo postmoderno y, sobre todo, las redes sociales, cuyo efecto disgregador no se subyugará nunca suficientemente. Si la imprenta multiplicó el conocimiento y trajo la Ilustración, las redes sociales alimentan la ignorancia y propician un regreso al (tecno)feudalismo. Fomentan la existencia de universos mentales paralelos en los que la verdad y la realidad son moldeables, de plastilina, y en los que no cabe el debate ni, menos aún, el consenso. Sorteán el filtrado de las mentiras y conspiranoias que tradicionalmente efectuaban los medios profesionales de comunicación y posibilitan la elección de gobernantes desequilibrados, irracionales y polisegados que las alimentan sin escrúpulos, por crudo interés o megalomanía narcisista, con grave riesgo para la paz, la democracia, el bienestar individual y la vida futura en el planeta.

En este contexto tan preocupante, los investigadores en Derecho público, en especial los más jóvenes, que han crecido en el entorno nocivo, ingenuamente permisivo y desregulado de los primeros años de surgimiento de dichas redes, tienen la responsabilidad y la oportunidad de contribuir a la defensa del Estado de Derecho y la democracia mediante su análisis riguroso y objetivo de las normas que regulan el poder y la vida en sociedad, e identificando y denunciando los sesgos de los gobernantes y los jueces.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Ana ALEMÁN MONTERREAL, “La *recusatio iudicis suspecti* en Derecho Romano y sus vaivenes históricos”, *Vergentis*, núm. 1, 2015, pp. 173-200.
- Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Sesgos crematísticos en la investigación jurídica”, *Almacén de Derecho*, 29 de julio de 2016, <https://almacenederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica>.
- Borja BARRAGUÉ CALVO y Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El análisis interdisciplinar del Derecho público”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 495-557.
- Buster BENSON, “Cognitive bias cheat sheet”, *Better Humans*, 1 de septiembre de 2016, <https://betterhumans.pub/cognitive-bias-cheat-sheet-55a472476b18>.
- Adam BONICA, Adam CHILTON, Kyle ROZEMA y Maya SEN, “The Legal Academy’s Ideological Uniformity”, *Journal of Legal Studies*, vol. 47, núm. 1, 2018, pp. 1-43.
- Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, “Sesgos ideológicos en debates jurídicos”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 263-284.
- Alejandro BULDÓN OLALLA, “Heurística y sesgos cognitivos en la práctica clínica”, *Lafisioterapia*, 11 de noviembre de 2023, <https://lafisioterapia.net/heuristica-y-sesgos-cognitivos-en-la-practica-clinica>.
- Santiago CAVANILLAS MÚGICA, “Los sesgos del jurista”, *Blog Zona Bolonia*, 23 de septiembre de 2016, <https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-y-el-jurista-una-leccion.html>.
- “El sesgo retrospectivo en el enjuiciamiento de la actividad médica”, en Cristina GIL MEMBRADO (dir.), *Bioderecho y retos. M-Health, genética, IA, robótica y criogenización*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 337-353.
- Adam CHILTON y Eric A. POSNER, “An Empirical Study of Political Bias in Legal Scholarship”, *Journal of Legal Studies*, vol. 44, núm. 2, 2015, pp. 277-314.

- Davide CIRILLO y María José REMENTERÍA, “Bias and fairness in machine learning and artificial intelligence”, en Davide CIRILLO, Silvina CATUARA-SOLARZ y Emre GUNEY (eds.), *Sex and Gender Bias in Technology and Artificial Intelligence. Biomedicine and Healthcare Applications*, Elsevier, London, San Diego, Cambridge, Oxford, 2022, pp. 57-75.
- Cary COGLIANESE, *A Framework for Governmental Use of Machine Learning. Report for the Administrative Conference of the United States*, Administrative Conference of the United States, Washington, 2020.
- Antonio DÍEZ PATRICIO, “Más sobre la interpretación (y III). Razonamiento y racionalidad”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 37, núm. 132, 2017, pp. 333-348.
- Silvia DÍEZ SASTRE y José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Metodología del Derecho administrativo”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2021, pp. 443-494.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 389-425.
- “Que innoven ellos. Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora”, *InDret*, núm. 2, 2016, pp. 1-37.
- “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas”, *InDret*, núm. 1, 2024, pp. 388-440.
- Carl F. FALK, Steven J. HEINE, Masaki YUKI y Kosuke TAKEMURA, “Why do Westerners self-enhance more than East Asians?”, *European Journal of Personality*, vol. 23, núm. 3, 2009, pp. 183-203.
- David GAL y Derek D. RUCKER, “The Loss of Loss Aversion: Will It Loom Larger Than Its Gain?”, *Journal of Consumer Psychology*, vol. 28, núm. 3, 2018, pp. 497-516.
- Gerd GIGERENZER y Reinhard SELTEN (eds.), *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbox*, The MIT Press, Cambridge, 2001.
- María Concepción GIMENO PRESA, “Sesgos discriminatorios en la interpretación y aplicación del Derecho”, en Pablo Raúl BONORINO RAMÍREZ, Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Justicia, Administración y derecho. Nuevos retos del derecho en el siglo XXI*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2021, pp. 233-262.
- Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El relativo valor de la justicia (administrativa). Sesgos cognitivos y toma de decisiones judiciales. La ‘zona de lo interpretable’ y el azar en el Derecho”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2015, pp. 1-10.
- Martyn HAMMERSLEY y Roger GOMM, “Bias in Social Research”, *Sociological Research Online*, vol. 2, núm. 1, 1997, pp. 7-19.
- Jonathan HOWARD, *Cognitive Errors and Diagnostic Mistakes*, Springer, Cham, 2019.
- María Jesús IZQUIERDO, Francisco José LEÓN y Enrico MORA, “Sesgo de género y desigualdades en la evaluación de la calidad académica”, *Arxius de Ciències Socials*, núm. 19, 2008, pp. 75-90.
- Daniel KAHNEMAN, *Pensar rápido, pensar despacio*, Penguin Random House, Barcelona, 2012.
- Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, *Econometrica*, vol. 47, núm. 2, 1979, pp. 263-292.
- Daniel KAHNEMAN, Olivier SIBONY y Cass R. SUNSTEIN, *Ruido. Un fallo en el juicio humano*, Penguin Random House, Barcelona, 2021.
- Tarunabh KHAITAN, “On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20, núm. 2, 2022, pp. 547-556.
- Thomas KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2ª ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1970.
- Joaquín LÓPEZ PULIDO, *Perspectiva cognitiva y nudge público. La actuación conductual de los poderes públicos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.
- Luis MÍGUEZ MACHO, “El principio de objetividad de la Administración. Presentación”, *Documentación Administrativa*, núm. 289, 2011, pp. 11-17.

- Santiago MIR PUIG, “Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal”, en Santiago MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pp. 9-31.
- Oriol MIR PUIGPELAT, “Santiago Mir Puig: vida de un penalista”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, Mirrentxu CORCOY BIDASOLO y M^a Teresa CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo; 2017, pp. XXI-XXVIII.
- “Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea”, en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 685-725.
- Luis MORELL OCAÑA, “La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 347-372.
- Elisa MOREU CARBONELL, “Nudges y Derecho público. Oportunidad y regulación”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 83-107.
- Jesús MOSTERÍN, *Ciencia, filosofía y racionalidad*, Gedisa, Barcelona, 2013.
- Arturo MUÑOZ ARANGUREN, “La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una Aproximación”, *InDret*, núm. 2, 2011, pp. 1-39.
- “Retorno al pasado: el sesgo retrospectivo desde la perspectiva jurídica”, *InDret*, núm. 4, 2019, pp. 1-54.
- Alejandro NIETO, “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, pp. 9-30.
- “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2254.
- “Las limitaciones del conocimiento jurídico”, en ÍD. y Agustín GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 12-66.
- *El arbitrio judicial*, 3^a ed., Colex, A Coruña, 2021.
- Jordi NIEVA FENOLL, “El sesgo ideológico como causa de recusación”, *Ius et Praxis*, vol. 18, núm. 2, 2012, pp. 295-308.
- Christopher J. PANNUCCI y Edwin G. WILKINS, “Identifying and Avoiding Bias in Research”, *Plastic and Reconstructive Surgery*, vol. 126, núm. 2, 2010, pp. 619-625.
- Juli PONCE SOLÉ, “Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 15, 2018, pp. 8-27.
- “Derecho, acicates (nudges) y buena administración”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 61-82.
- “Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 171-220.
- Francesca PUIGPELAT MARTÍ, “Sobre la Ciencia del Derecho y el discurso racional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 229-246.
- “Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 75, 1989-1990, pp. 843-857.
- *Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “¿Es Einstein mejor que Kelsen? La evaluación de la investigación jurídica en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2020, pp. 151-191.
- Itamar SHATZ, “Authority Bias: Lessons from the Milgram Obedience Experiment”, *Effectiviology*, <https://effectiviology.com/authority-bias-the-milgram-obedience-experiment/>.
- Gregory T. SICA, “Bias in Research Studies”, *Radiology*, vol. 238, núm. 3, 2006, pp. 780-789.

- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., Edisofer, Madrid, 2016.
- Herbert A. SIMON, *Models of Man. Social and Rational*, Wiley, New York, 1957.
- Richard H. THALER y Cass R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón (nudge). El impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2009.
- Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, núm. 4157, pp. 1124-1131.
- Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 3005-3023.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “Psicología cognitiva, pensamiento automático y enseñanza del Derecho administrativo”, en Juli PONCE SOLÉ (coord.), *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sectores público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 109-131.
- VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER, *Leitsätze “Gute wissenschaftliche Praxis im Öffentlichen Recht”*, 3 de octubre de 2012, <https://www.vdstrl.de/gute-wissenschaftliche-praxis/>.
- Bradford J. WIGGINS y Cody D. CHRISTOPHERSON, “The Replication Crisis in Psychology: An overview for theoretical and philosophical psychology”, *Journal of Theoretical and Philosophical Psychology*, vol. 39, núm. 4, 2019, pp. 202-217.
- WIKIPEDIA, *List of cognitive biases*, https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_cognitive_biases.
- Eldad YECHIAM, “Acceptable losses: the debatable origins of loss aversion”, *Psychological Research*, vol. 83, 2019, pp. 1327-1339.

EL SORTEO COMO FORMA DE ADOPCIÓN DE DECISIONES PÚBLICAS: CARACTERIZACIÓN GENERAL Y UNA DISCRETA APOLOGÍA

LOTTERIES IN PUBLIC DECISION MAKING: GENERAL CHARACTERIZATION AND A MODEST APOLOGY

Juan María Martínez Otero

Profesor titular

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal.

Universidad de Valencia

RESUMEN: El presente trabajo analiza el sorteo como procedimiento de adopción de decisiones públicas, poniendo el acento en las decisiones administrativas. El artículo se abre con un marco descriptivo, que define y clasifica los diferentes tipos de sorteos. A continuación, presenta las finalidades perseguidas por esta técnica de decisión, y analiza sus principales ventajas e inconvenientes. El estudio se cierra con un epígrafe de carácter propositivo, en el que, mediante algunos ejemplos, se reivindica la oportunidad de recurrir más frecuentemente a este procedimiento de adopción de decisiones jurídico-públicas.

PALABRAS CLAVE: sorteo; aleatoriedad; adjudicación de recursos; toma de decisiones; políticas públicas; eficiencia; igualdad.

ABSTRACT: This paper analyses lotteries as a public decision-making procedures, with an emphasis on administrative decisions. The article opens with a descriptive framework, which defines and classifies the different types of lotteries. Next, it presents the purposes pursued by this decision-making technique and analyses its main advantages and disadvantages. The study closes with a propositional section in which, by means of a few examples, the opportunity to resort more frequently to this legal-public decision-making procedure is claimed.

KEYWORDS: lottery; randomness; resource allocation; decision making; public policy; efficiency; equity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS SORTEOS EN EL DERECHO PÚBLICO: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA.— 3. ¿PARA QUÉ SE RECORRE A LOS SORTEOS? 3.1. Asignar recursos escasos o imponer cargas necesarias; 3.2. Decidir quién decide; 3.3. Garantizar la objetividad y la eficacia de ciertas actuaciones de policía, 3.4. Dirimir conflictos; 3.5. Otras finalidades.— 4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LOS SORTEOS: 4.1. El sorteo evita interferencias... pero es irracional, previene la deliberación y deslegitima la decisión; 4.2. El sorteo garantiza la igualdad... pero impide atender a diferencias relevantes; 4.3. El sorteo es eficiente... pero puede dar lugar a ineficiencias, 4.4. El sorteo genera incentivos positivos y previene negativos... pero también previene incentivos positivos y genera negativos; 4.5. El sorteo evita la presunción y el estigma... pero al precio de vaciar la libertad; 4.6. El sorteo excluye responsabilidades... pero elimina la imputación, la motivación y la previsibilidad de las decisiones públicas.— 5. DISCRETA APOLOGÍA DE LOS SORTEOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO: 5.1. El sorteo y la despolitización: el Consejo General del Poder Judicial; 5.2. Sorteos, méritos y métricas: el acceso a los estudios de Medicina; 5.3. El sorteo, la igualdad de trato y la construcción de comunidad: el acceso a beneficios sociales y la elección de docencia; 5.4. El sorteo ponderado como solución de compromiso: la adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública.— 6. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La iconografía clásica representa a las diosas Justicia y Fortuna con una venda en los ojos. Ambas vendas tienen connotaciones bien diversas: mientras Fortuna es ciega por volátil, caprichosa y arbitraria, Justicia debería serlo por imparcial y objetiva, por insobornable.

Estas diferencias aparentemente irreconciliables entre Fortuna y Justicia, suerte y Derecho, explican que el recurso al azar como forma de adopción de decisiones con efectos jurídicos goce de poco prestigio. En efecto, ¿qué puede haber de razonable, de predecible, de ponderado, de justo, en “echar algo a suertes”? ¿No es el sorteo, precisamente, una abdicación de la razón, también de la razón jurídica?¹

Pues bien, contra lo que pudiera parecer, la técnica del sorteo como forma de adopción de decisiones en el ámbito jurídico-público ha sido una constante a lo largo de la historia, y sigue presente en numerosos sectores de los ordenamientos jurídicos contemporáneos². Espigando tan solo algunos ejemplos, cabe referir la elección de miembros para el tribunal del jurado o una mesa electoral; el desempate en procesos electorales; la asignación de plazas en centros escolares sobredemandados; o la determinación de qué personas o locales serán objeto de una inspección.

A pesar de su quizá residual pero constante presencia como forma de adopción de decisiones en el ámbito del Derecho público, la técnica del sorteo ha merecido muy

¹ MONTORO incide en la dificultad de armonizar las categorías de *racionalidad* (que supone conocimiento, cálculo, medida) y *aleatoriedad* (que aquí implica casualidad, incertidumbre, inseguridad) en “La aleatoriedad en el Derecho y el problema de la justicia”, *Revista de estudios políticos*, núm. 128, 2005, p. 53.

² Deborah BENNET, *Randomness*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 17-44. Sobre el recurso a los sorteos en diferentes sistemas políticos y jurídicos del pasado, véase: Jon ELSTER, *Solomonic Judgements*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 79 y ss.

escasa atención por la doctrina iusadministrativa en lengua castellana. En efecto, la mayoría de estudios en la materia proviene del ámbito anglosajón, y de disciplinas como la Filosofía política —que ha estudiado el sorteo como forma de selección de representantes—, la Economía —al ocuparse de la elección racional— y la Bioética —preocupada por la asignación de recursos médicos escasos—.

El presente trabajo pretende colmar esta laguna doctrinal, ofreciendo una aproximación al sorteo como procedimiento de adopción de decisiones en el Derecho público. Aunque muchas de las fuentes a las que se recurre son del ámbito anglosajón, el análisis y las propuestas que ofrecemos aspiran a tener un alcance general, siendo válidas en diferentes contextos y tradiciones jurídicas.

El artículo se abre con un marco descriptivo, que define y clasifica los diferentes tipos de sorteos. A continuación se presentan las finalidades perseguidas por esta técnica de decisión, y se discuten sus principales ventajas e inconvenientes. El artículo se cierra con un epígrafe de carácter propositivo, en el que, mediante algunos ejemplos, se reivindica la oportunidad de recurrir más frecuentemente a este procedimiento de adopción de decisiones jurídico-públicas.

2. LOS SORTEOS EN EL DERECHO PÚBLICO: CONCEPTO Y TIPOLOGÍA

Un sorteo puede definirse como un método de adopción de decisiones fiado total o parcialmente al azar³. En el presente estudio, nos interesan los sorteos realizados por los poderes públicos —muy señaladamente, la Administración— a fin de adoptar decisiones que afectan a terceras personas. En este sentido acotado, ROMÁN CORDERO caracteriza el sorteo como un procedimiento administrativo especial, en el que la búsqueda habitual de una *ratio decidendi* a través de trámites internos y externos (informes, audiencia, consultas, pruebas, alegaciones) es reemplazada por un instrumento ciego, aleatorio⁴.

A fin de caracterizar mejor nuestro objeto de estudio, resulta oportuno presentar una sucinta taxonomía de los sorteos más recurrentes en el ámbito jurídico-público⁵.

³ De forma análoga, MONTORO (2005, 39) define el sorteo como “acción mediante la cual se fía a la suerte (resultado casual) la adopción de una decisión o resolución o la producción de determinados efectos o consecuencias jurídicas”. PAREDES, por su parte, lo define como un “procedimiento mecánico de adopción de decisiones, en el cual se excluye deliberadamente toda forma de control humano, con el propósito de eliminar cualquier posibilidad de captura de la decisión, dejando entregada dicha decisión al azar”. Felipe PAREDES, “Democracia, representación y sorteo: un análisis conceptual”, *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, p. 135.

⁴ Cristián ROMÁN CORDERO, “Los sorteos en el derecho público”, *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 2023, p. 110.

⁵ Otra posible clasificación de los sorteos puede consultarse en: Ronen PERRY y Tal Z. ZARSKY, “*May the odds be ever in your favor: lotteries in Law*”, *Alabama Law Review*, núm. 66-5, 2015, pp. 1038 y ss.

En función de su objeto, los sorteos pueden asignar beneficios, cargas o tareas. Como ejemplos del primer tipo, encontramos los sorteos para conseguir plaza en un centro educativo de la red pública sobredemandado⁶, acceder a una vivienda de protección oficial⁷, u obtener un visado para entrar en un país⁸; como ejemplos del segundo tipo, los sorteos para ser llamado filas en caso de guerra o para formar parte de una mesa electoral⁹; y, como ejemplo del tercer tipo, el sorteo para repartir litigios entre jueces y magistrados.

En función de la libertad de los participantes, los sorteos pueden ser voluntarios u obligatorios. Un sorteo voluntario es el que se celebra para asignar permisos de caza en monterías o batidas, entre aquellas personas que lo solicitan¹⁰; un sorteo obligatorio, el que selecciona a quienes compondrán el tribunal del jurado¹¹.

Atendiendo al número de participantes, los sorteos pueden ser abiertos o restringidos. Un sorteo abierto (casi universal) es el que decide los componentes de las mesas electorales; un sorteo restringido, el que asigna plazas una escuela oficial de idiomas o una vivienda de protección oficial entre los solicitantes, cuando hay más demanda que oferta.

En función del reparto de probabilidades, los sorteos pueden ser o no ser equiprobables. En los primeros todos los participantes tienen idénticas probabilidades de resultar elegidos. En los segundos las probabilidades se distribuyen de forma desigual. Esta desigualdad puede ser accidental o deliberada. En este segundo caso, podemos hablar de sorteos ponderados o asimétricos. Veamos tres ejemplos. Un sorteo equiprobable es el que determina el orden de intervención de los candidatos en una oposición cuando a cada candidato se le ha asignado un número. Un sorteo accidentalmente no equiprobable es el que determina idéntico orden pero en virtud de la primera letra del apellido¹². Finalmente, un sorteo ponderado es el celebrado

⁶ Cfr. art. 13.3 del Decreto 66/2007, de 14 de junio, por el que se regula la admisión del alumnado en centros docentes no universitarios públicos y privados concertados del Principado de Asturias.

⁷ Cfr. art. 40.3 del Decreto 106/2021, de 6 de agosto, del Consell, del Registro de Vivienda de la Comunitat Valenciana y del procedimiento de adjudicación de viviendas.

⁸ La llamada "lotería de visas" se emplea en los Estados Unidos para asignar algunos permisos de entrada al país. Cfr. *Instructions for the 2025 Diversity Immigrant Visa Program (DV-2025)*, U.S. Department of State.

⁹ Cfr. art. 26.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).

¹⁰ En las reservas de caza autonómicas los permisos se asignan a través de sorteos y subastas. A título de ejemplo, puede consultarse el Decreto 3/2011, de 21 de enero, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Reserva Valenciana de Caza de la Muela de Cortes (particularmente, el artículo 13).

¹¹ Cfr. art. 13 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

¹² Y ello porque, como los apellidos no se distribuyen de forma homogénea a lo largo del abecedario, habrá apellidos con más probabilidades que otros. Poniendo un ejemplo sencillo, en un sorteo alfabético entre muchos candidatos, las personas que se apellidan Gil verán sus probabilidades muy reducidas. Si el orden alfabético es descendente, irán detrás de todos los García (y de los Fernández, si sale la F); si el orden es ascendente, detrás de todos los Gutiérrez, González y Gómez (y de los Hernández, si sale la H). Para una explicación más detenida de esta cuestión, véase: Ramiro MARTÍNEZ PINILLA,

durante lustros para acceder a las facultades de Medicina en Países Bajos, en el que se sorteaban las plazas asignando mayores probabilidades a los estudiantes con mejor nota de acceso.

Los sorteos pueden ser simples o complejos, en función de si la resolución se alcanza tras uno o varios sorteos sucesivos¹³.

Los sorteos pueden ser contruidos o naturales. Los primeros son aquellos que recurren a instrumentos o mecanismos artificiales. Tradicionalmente, se han seguido sistemas más o menos rudimentarios, como lanzar una moneda al aire, tirar dados o sacar bolas de un bombo. Actualmente, son frecuentes los sorteos que utilizan programas que producen números de forma aleatoria. Los sorteos o loterías naturales, por su parte, hacen depender su resultado de determinados hechos o sucesos aleatorios, que escapan al control de quien diseña el sorteo y debe adoptar la decisión¹⁴.

Los sorteos, finalmente, pueden ser transparentes u opacos. Los sorteos transparentes permiten al público comprobar su aleatoriedad, lo que constituye una condición de legitimidad muy importante. Y ello porque para resultar legítimos los sorteos no solo tienen que ser justos, sino también parecerlo¹⁵. Esta transparencia a menudo se garantiza con la publicidad del acto de sorteo, abierto a cualquier interesado, o con la presencia de un fedatario público¹⁶. Los sorteos opacos plantean serios problemas de legitimidad, por lo que no tenemos noticia de norma alguna que los establezca. Los sorteos realizados recurriendo a programas de ordenador o algoritmos, cuyo carácter aleatorio no es evidente, presentan problemas de opacidad que es oportuno afrontar, a fin de evitar tanto prácticas fraudulentas como un efecto deslegitimador entre quienes resultan perjudicados por sus resultados¹⁷.

“Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos”, *TEMat*, núm. 2, 2018, pp. 1-13. Un sorteo de estas características es el que anualmente se celebra para determinar el orden de intervención de los aspirantes en los procesos de selección de la Administración española, de acuerdo con el art. 17 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado.

¹³ En el Principado de Asturias, el sorteo para asignar plazas escolares en centros sobredemandados consta de tres sorteos, que determinan sucesivamente las dos primeras letras del apellido y el sentido del turno (ascendente o descendente). Cfr. artículo 14.3 de la Resolución de 22 de marzo de 2021, por la que se aprueba el procedimiento de admisión del alumnado en centros docentes no universitarios públicos y privados concertados del Principado de Asturias.

¹⁴ MONTORO (2005: 34) caracteriza el hecho aleatorio como “un evento o acontecimiento futuro e incierto a cuya realización vincula el Derecho la producción de determinados efectos jurídicos”.

¹⁵ Stephen E. FIENBERG, “Randomization and Social Affairs: The 1970 Draft Lottery”, *Science*, vol. 171, núm. 3968, 1971, pp. 256-257.

¹⁶ ROMÁN CORDERO, 2023: 106.

¹⁷ En relación con la justicia percibida, ELSTER (1998: 41 y ss.) plantea el problema de que a veces los resultados aleatorios no lo parecen, lo que puede ocasionar problemas de legitimidad.

3. ¿PARA QUÉ SE RECURRE A LOS SORTEOS?

Hecha esta primera aproximación a la técnica del sorteo, procede categorizar los supuestos en los que el ordenamiento jurídico deja al azar el sentido de una determinada decisión con efectos jurídicos.

3.1. Asignar recursos escasos o imponer cargas necesarias

La finalidad más común de los sorteos es la de decidir a quién se asigna un determinado recurso de carácter escaso; así como, en menor medida, a quién debe imponerse una determinada carga.

Como han destacado entre nosotros Arroyo Jiménez y Utrilla Fernández-Bermejo, la asignación de recursos escasos es una de las actividades típicas de la Administración pública¹⁸. Para llevarla a cabo, la Administración recurre a diferentes procedimientos de adjudicación —como la subasta, el concurso, la rotación o el régimen de cola—, que toman en consideración determinados criterios, ya sean materiales —necesidad, mérito, capacidad— o formales —cuotas, prorrateo, orden de llegada, etc.—¹⁹

Pues bien, el sorteo es un procedimiento de asignación de recursos o cargas en el que el adjudicador renuncia a emplear criterios tanto materiales como formales de asignación, y se decanta por fiar el sentido de su decisión, total o parcialmente, a la suerte. Así, lo característico de este procedimiento es la ausencia de razones que justifiquen la concreta asignación, más allá de la pura aleatoriedad.

La opción por el sorteo obedece, en la inmensa mayoría de los casos, a lo que ha sido caracterizado como el problema de la indeterminación, que podemos definir como la situación en la que resulta imposible, difícil, excesivamente gravoso o incierto determinar qué candidato debe recibir un bien o asumir una carga.

La indeterminación puede producirse por cuatro motivos: indiferencia, indeterminación propiamente dicha, inconmensurabilidad e incertidumbre²⁰. La indeterminación como indiferencia se produce cuando la fuerza de las pretensiones de todos los candidatos resulta idéntica, de modo que no resulta posible realizar distinciones jurídicamente relevantes entre ellos²¹. Es el caso, verbigracia, del empate en unas

¹⁸ Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número”, *La administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 25-46.

¹⁹ Sobre los diferentes criterios de adjudicación, véase Luis ARROYO JIMÉNEZ, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *Indret*, núm. 1-2015, 2015, pp. 11-13.

²⁰ Para un abordaje detenido de la cuestión de la indeterminación, véase: PERRY y ZARSKY, 2015: 1052 y ss.; ELSTER, 1998: 7-17; o Neil DUXBURY, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 70 y ss.

²¹ Algunos autores consideran que este supuesto es muy poco frecuente. Así, entre otros, Willem K. B. HOFSTEE, “Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis”, *Social Science Information*,

elecciones municipales, cuando los candidatos han obtenido idéntico número de votos²². La indeterminación propiamente dicha, por su parte, aparece cuando las diferencias entre candidatos son tan pequeñas que resultan jurídicamente irrelevantes o excesivamente difíciles de detectar, por lo que no resulta prudente atender a las mismas o dedicar recursos costosos a elucidarlas²³. Así, por ejemplo, es dudosamente razonable priorizar en la asignación de una beca a la familia que ingresa 1.732 euros al mes frente a la que obtiene 1.731,5. En tercer lugar, la indeterminación puede producirse por inconmensurabilidad, es decir, por la dificultad de comparar las características o méritos de los aspirantes al recurso²⁴. ¿Quién debe tener prioridad para acceder a una VPO: una viuda con dos hijos menores o una pareja con un hijo con una discapacidad del 50%? Finalmente, la indeterminación puede ser fruto de la incertidumbre, cuando no está claro en base a qué criterios es preciso seleccionar. Pensemos en la decisión sobre qué profesor debe hacer una sustitución en un colegio: ¿el más veterano?, ¿el más joven?, ¿quien imparte materias más próximas al sustituido?, ¿quien ha hecho menos sustituciones en la última semana? En resumen, la indeterminación surge (1) en casos de empate, (2) cuando los aspirantes son tan parecidos que no cabe distinguirlos, (3) cuando son tan distintos que no cabe compararlos, o (4) cuando no hay un criterio nítido de adjudicación.

Pues bien, es habitual que en estos supuestos de indeterminación el ordenamiento prevea que los recursos —o las cargas— se distribuyan recurriendo a un sorteo. A falta de razones para seleccionar a un determinado candidato, lo más razonable puede ser recurrir a un sistema aleatorio (en cierto sentido, irracional) para resolver la indeterminación. Y ello porque la principal alternativa disponible —afanarse en la búsqueda de datos o razones que justifiquen un trato diferenciado—, puede ser estéril, ineficiente o injusta. Tampoco resulta satisfactorio, por otro lado, resolver la indeterminación escogiendo a un candidato en virtud de una característica irrelevante cualquiera, como puede ser la altura, el peso o el mes de nacimiento. Esta forma de escoger —*picking*, como la denominan Ullmann-Margalit y Morgenbesser— puede dar entrada en la decisión a preferencias caprichosas o sesgos discriminatorios de quien escoge, preferencias y sesgos a los que el sorteo resulta inmune²⁵.

núm. 29-4, 1990, p. 748; y Roberto FUMAGALLI, “We Should Not Use Randomization Procedures to Allocate Scarce Life-Saving Resources”, *Public Health Ethics*, núm. 15-1, 2022, pp. 90-95.

²² Cfr. art. 196 LOREG. Otro ejemplo de sorteo en caso de indeterminación por indiferencia puede consultarse en el artículo 552-11 del Código Civil Catalán (CCCat).

²³ Y ello porque, como a punta ELSTER (1998: 15), a la hora de hacer distinciones y tomar decisiones la información es útil, pero también costosa de conseguir.

²⁴ Expresado en otros términos, podría decirse con Aubert que el sorteo es un instrumento valioso cuando los criterios para priorizar a unos aspirantes sobre otros son altamente dudosos o discutibles. Cfr. Vilhelm AUBERT, “Chance in social affairs”, *Inquiry*, núm. 2:1-4, 1959, p. 22.

²⁵ Los referidos autores hacen distinciones interesantes sobre las diferentes formas de escoger en: “Picking and Choosing”, *Social Research*, núm. 44, 1977, pp. 757-785. Sobre la “contaminación” de esas decisiones caprichosas con los sesgos internos de quien decide alerta Peter STONE, “Non-reasoned decision-making”, *Economics and Philosophy*, núm. 30, 2014, pp. 201 y 208. Por su parte, ARROYO JIMÉNEZ (2015: 19) señala que la asignación de recursos escasos debe tener en cuenta todos los factores relevantes, pero solo ellos; de modo que basar la decisión en otros factores arbitrarios —*pic-*

Junto con los supuestos de indeterminación, el sorteo también ha sido sugerido y empleado para asignar recursos escasos o cargas de gran trascendencia, como un respirador en caso de pandemia o el llamamiento a filas en tiempos de guerra²⁶. Aunque en estos casos a menudo podrían hacerse distinciones relevantes —prefiriendo pacientes más jóvenes o a reclutas más fornidos—, la magnitud de los bienes en juego determina que el responsable de la asignación prefiera no cargar con esa responsabilidad y dejarla en manos del azar.

Por último, el sorteo ha sido propuesto como forma de administrar los castigos —distribuir cargas— con el fin de optimizar recursos o reducir la conflictividad. Veámoslo con un ejemplo histórico y otro hipotético. Históricamente, en ocasiones en que el número de culpables de un determinado delito era elevado —por ejemplo, la desertión de un batallón o un motín en un barco— las autoridades castigaban solo a un porcentaje de los responsables, que era seleccionado por sorteo, y condonaban la sanción al resto, ya fuera por razones de clemencia o de puro cálculo utilitarista²⁷. En cuanto al supuesto hipotético, algunos autores sugieren la posibilidad de castigar tan solo a un porcentaje de los delinquentes o infractores descubiertos, quienes serían elegidos por sorteo. Un sorteo tal permitiría reducir el número de procedimientos sancionadores, con el consiguiente ahorro de recursos públicos asociados a su tramitación, sin que necesariamente se viera mitigado el efecto preventivo del régimen sancionador. Así, por ejemplo, en lugar de imponer diez multas de 100 euros a los conductores que hayan infringido los límites de velocidad, podrían imponerse tan solo dos multas de 500 euros a infractores seleccionados mediante sorteo. Actuando así, el número de procedimientos y de recursos invertidos se dividiría por cinco, la recaudación sería idéntica y posiblemente la eficacia preventiva de la norma no disminuyera de forma sustancial²⁸.

3.2. Decidir quién decide

Una segunda finalidad de los sorteos, también muy extendida, es la de seleccionar a las personas llamadas a tomar ciertas decisiones o a desempeñar funciones sensibles. En estos supuestos el sorteo no determina el sentido de una decisión, como sucedía

king— resulta inaceptable, por contrario al principio de objetividad que debe presidir la actuación administrativa. Henning, por su parte, no ve particulares inconvenientes en estas elecciones basadas en criterios irrelevantes o aleatorios, siempre y cuando no sean abiertamente discriminatorios. Cfr. Tim HENNING, “From Choice to Chance? Saving People, Fairness and Lotteries”, *Philosophical Review*, vol. 124-2, 2015, pp. 181-184.

²⁶ En cuanto al sorteo en contextos de pandemia, véase Lynn A. JANSEN y Steven WALL, “Weighted Lotteries and the Allocation of Scarce Medications for COVID-19”, *The Hastings Center Report*, núm. 51(1), 2021, pp. 39-46.

²⁷ Es el caso de la *decimatio* aplicada a desertores, cobardes o amotinados en las legiones romanas. Cfr. Torstein ECKHOFF, “Lotteries in Allocative Situations”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 207-208.

²⁸ Así lo plantean PERRY y ZARSKY, 2015: 1075-1076; y ELSTER, 1998: 103. Cuestión distinta, claro está, es que esa eficacia se consiguiera al precio de sacrificar la proporcionalidad de las sanciones efectivamente impuestas.

en la distribución de recursos y cargas, sino tan solo las personas que van a adoptarla o supervisarla²⁹. Preciso es notar, no obstante, que la selección de estas personas ya de por sí constituye una decisión.

Los sorteos “selectivos” más extendidos son cuatro: el sorteo de los asuntos entre los titulares de un determinado órgano jurisdiccional³⁰; el sorteo de las personas que compondrán el jurado popular; el sorteo de las personas que conforman las comisiones y tribunales de selección en procesos de acceso al empleo público³¹; y el sorteo de quienes conforman las mesas electorales³².

Al menos dos motivos recomiendan este tipo de sorteos. El primero, y quizá más importante, es el de garantizar la imparcialidad de quien adopta la decisión o está llamado a desempeñar una determinada función³³. Pensemos en la selección de quienes deben conformar una mesa electoral. Si su selección se hiciera de otras maneras —por ejemplo, entre personas voluntarias o propuestas por los partidos— el riesgo de parcialidad o corrupción indudablemente aumentaría. Excluyendo la postulación para llevar a cabo determinadas tareas —conformar una mesa electoral o un tribunal de oposiciones, juzgar determinada causa— se amplían las probabilidades de seleccionar personas sin intereses en el asunto, extremo a todas luces conveniente para reforzar su imparcialidad.

Por otro lado, el sorteo también puede perseguir la representatividad de los órganos llamados a decidir. Así sucede, por ejemplo, en la teoría clásica del tribunal del jurado, institución que pretende encomendar el veredicto en algunos procesos penales a un órgano conformado por “los iguales”, representativo de la sociedad civil³⁴.

Conscientes de las ventajas de los sorteos en términos de imparcialidad y representatividad, algunos sistemas políticos del pasado optaron por dejar en manos del

²⁹ SAMAHA advierte, empero, que la selección de las personas que deben tomar una decisión sí que puede influir decisivamente en el sentido de la misma. Cfr. Adam M. SAMAHA, “Randomization in adjudication”, *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 273*, The Law School – University of Chicago, 2009, pp. 39 y ss.

³⁰ En nuestro país dicha asignación sigue normalmente criterios de especialización o turno. En otras jurisdicciones, como la estadounidense, los asuntos son repartidos mediante sistemas aleatorios. Sobre esta cuestión, en detalle, véase: SAMAHA, 2009: 51 y ss.

³¹ Así se prevé, por ejemplo, en el art. 71.1.b de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario.

³² Como veremos de inmediato, en el ámbito de la policía administrativa también se recurre en ocasiones al sorteo para determinar quién debe realizar determinadas inspecciones.

³³ Se refieren a esta ventaja, entre muchos, Aubert, 1959: 17; ELSTER, 1998: 95-96; MONTO-RO 2005: 56 y ss.; o PERRY y ZARSKY, 2015: 1064-1065.

³⁴ En cualquier caso, como advierte la doctrina, el recurso a sistemas exclusivamente aleatorios puede propiciar una composición homogénea de los jurados, lo que contradice el objetivo de que el jurado sea un reflejo de la heterogeneidad social. Cfr. Francisco GRANADOS CALERO, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 194 y ss. En algunas jurisdicciones como la estadounidense, el sorteo puro es corregido con diferentes mecanismos para garantizar una mayor representatividad. Sobre el particular, Peter STONE, “The logic or Random Selection”, *Political Theory*, núm. 37-3, 2009, p. 390 y ss.

azar la selección de las personas que debían ocupar las más altas magistraturas de la comunidad política. Conocidos son los ejemplos de la Grecia clásica o de la Florencia renacentista, donde los principales cargos públicos eran sorteados entre determinados ciudadanos³⁵. Aunque hoy en día dichos sistemas han sido abandonados, desde la Filosofía política se ha especulado sobre las posibles ventajas de incorporar elementos aleatorios en la selección de representantes y en la provisión de altos cargos³⁶. En una línea similar, algunos países han ensayado recientemente fórmulas de participación ciudadana a través de pequeños consejos conformados aleatoriamente, a los que se atribuyen normalmente funciones consultivas³⁷. Volveremos sobre esta cuestión al final de estas páginas.

3.3. Garantizar la objetividad y la eficacia de ciertas actuaciones de policía

En tercer lugar, la técnica del sorteo se ha empleado con la intención de hacer impredecible, eficaz y justo el ejercicio de ciertas potestades públicas de vigilancia e inspección³⁸. En efecto, no es infrecuente que determinados registros y controles — de locales, alimentos, pasajeros, equipajes, vehículos, antidopaje... — se programen y efectúen de manera aleatoria.

Esta aleatoriedad, en primer lugar, impide que los potenciales infractores y delinquentes detecten los patrones de la vigilancia pública y puedan esquivarla. Haciendo los controles aleatorios, ciegos, se impide su anticipación, de modo que la amenaza de inspección está más presente y refuerza la eficacia preventiva de las normas³⁹. Idéntica lógica subyace en el sorteo de zonas, turnos o compañeros de inspección o de patrulla, como forma de dificultar la captura del regulador. Si el potencial malhechor no puede conocer *a priori* qué agente concreto va a realizar la inspección, le resultará hartó más complejo corromper la integridad policial.

³⁵ Cfr. ELSTER, 1998: 79 y ss.; DUXBURY, 1999: 23 y ss.; y Eckhoff, 2011: 203-204.

³⁶ Cfr., por ejemplo, Dennis C. MUELLER *et al.*, “Representative Democracy via Random Selection”, *Public Choice*, núm. 12, 1972, pp. 57-68. Una extensa discusión sobre esta posibilidad puede consultarse en Barbara GOODWIN, *Justice by Lottery*, Imprint Academic, Exeter, 2005, pos. 3237 y ss. (posición en el libro digital). PAREDES (2021: 133-140) defiende el sorteo como forma de ahondar en la faceta descriptiva de la representatividad, y discute algunos ensayos de incorporación del sorteo en procesos deliberativos en Ontario, Oregón, Australia del Sur e Irlanda.

³⁷ Abunda en estas experiencias César VALLEJO SERNA, “Representación democrática y nuevas formas de participación en Colombia y en el mundo”, *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 176-179.

³⁸ Sobre el recurso a los sorteos en el contexto de la vigilancia pública, véase Bernard E. HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in an actuarial age*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, pp. 237 y ss.

³⁹ Como sugiere ELSTER (1998: 49), los sorteos de esta naturaleza podrían ser ponderados, de forma que los crímenes más graves tuvieran más posibilidades de ser perseguidos, al tiempo que se mantuviera sobre los delinquentes menores una cierta amenaza de castigo. Esta propuesta parte de la teoría de juegos desarrollada por BECKER en su icónico trabajo “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, núm. 76-2, 1968, pp. 169-217.

La aleatoriedad en materia de policía y vigilancia administrativa previene también la discriminación en su ejercicio, evitando que recaiga sistemáticamente sobre personas pertenecientes a determinados grupos sociales estigmatizados⁴⁰; así como el empleo de dichas potestades, que pueden resultar indudablemente gravosas, con el fin de hostigar a enemigos políticos⁴¹.

3.4. Dirimir conflictos

Si bien excede el ámbito de nuestro estudio —por tratarse cuestiones más propias del Derecho privado— no queremos dejar de consignar una cuarta utilidad que se ha sugerido para los sorteos: constituir la *ratio decidendi* para la resolución de disputas privadas en sede judicial⁴².

Aunque a primera vista dicha posibilidad repugna al sentido jurídico más básico —una cosa es hacer justicia y otra echar algo a suertes—, en ciertos supuestos pueden existir razones de peso que inviten, al menos, a considerar el sorteo como una forma justa de resolución de conflictos.

Una primera razón no es otra que la existencia de indeterminaciones, a la que ya nos hemos referido. Si admitimos que en ocasiones las autoridades administrativas —abocadas a decidir en supuestos de indeterminación— pueden recurrir legítimamente a un sorteo, resulta paradójico que rechacemos idéntico sistema cuando quien tiene que adoptar la decisión es un juez⁴³. Aunque volveremos sobre esta cuestión más adelante —al ocuparnos del prejuicio hiperracionalista de los operadores jurídicos—, valga presentar aquí un supuesto en el que acaso el sorteo pueda estar justificado: la decisión acerca del destino de los animales de compañía en procesos por crisis familiares. Es previsible que en algunos de estos litigios los criterios de asignación establecidos en la ley —en España, el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal— no resulten concluyentes, de modo que dilucidar el destino de los animales por sorteo puede resultar la alternativa más razonable⁴⁴.

⁴⁰ HARCOURT (2007: 5 y 38) subraya que esa estigmatización puede provenir tanto de prejuicios personales de los agentes como del perfilado algorítmico basado en cálculos actuariales. Para el citado autor, solo la vigilancia aleatoria garantiza lo que entiende una exigencia básica de justicia: que todas las personas que cometen un crimen tengan idénticas probabilidades de ser descubiertas, independientemente de su raza, origen étnico o clase social. Lo que puede discutirse, no obstante, es que esa exigencia de justicia sea absoluta y no deba equilibrarse con otras consideraciones de interés público, como el descubrimiento del mayor número de delitos.

⁴¹ Cfr. SAMAHA, 2009: 32.

⁴² En la medida en que las resoluciones judiciales no dejan de ser decisiones jurídico-públicas, su tratamiento —siquiera tangencial— en nuestro estudio no está fuera de lugar.

⁴³ En este sentido, SAMAHA, 2009: 27 y ss. En España, un ejemplo de sorteo como forma de resolución de conflictos en el ámbito administrativo es el que determina el primer apellido de los hijos, en caso de desacuerdo entre los progenitores. Conforme al artículo 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en estos casos la decisión será adoptada discrecionalmente por el encargado del Registro Civil, que de forma habitual recurre a criterios estéticos o al sorteo.

⁴⁴ Un análisis detenido de los criterios para determinar el destino de las mascotas en estas situaciones puede consultarse en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, “Animales de compañía y crisis

Más allá de los supuestos de indeterminación, las principales ventajas que se atribuyen al sorteo en sede judicial son dos: reducir la litigiosidad y evitar ciertos costes asociados a los procesos judiciales.

Quienes han sugerido esta forma de resolución de conflictos sostienen que la sombra del sorteo puede llevar a los litigantes a compartir información valiosa y a llegar a acuerdos extrajudiciales⁴⁵. La literatura científica ha demostrado que entre los litigantes existe un sesgo de optimismo que les invita a sobredimensionar sus posibilidades de ganar un juicio, sesgo que potencia la litigiosidad. Pues bien, el hecho de saber que la resolución será dejada al azar termina con dicho sesgo —al menos, en personas mínimamente razonables—, invitando a los contendientes a compartir información, acercar posturas y llegar a acuerdos, ante la amenaza de perder el juicio en un sorteo.

El segundo motivo que invita a considerar el sorteo es el ahorro de ciertos costes procesales que soportan las partes, terceros implicados y las instancias públicas. Esta ventaja se ilustra muy bien en los pleitos por la custodia de los hijos, cuando se baraja una custodia exclusiva. Como es sabido, dichos procesos suelen dilatarse en el tiempo e implicar un elevado coste emocional para los menores y los propios litigantes, al tiempo que consumen abundantes recursos privados y públicos. Además, el progenitor que se ve privado de la custodia puede ver afectada su autoestima o sufrir un cierto estigma, ya que la sentencia puede ser interpretada como la constatación de su fracaso como padre o madre. Pues bien, en el caso de que ninguno de los padres sea claramente inapto para ejercer la custodia, adjudicarla por sorteo previene los problemas previamente apuntados. Es una solución rápida, económica, que no somete a los menores ni a las partes a un proceso dilatado y desagradable, y cuyo resultado no puede ser interpretado por nadie como un juicio de inutilidad para hacerse cargo de los propios hijos⁴⁶. Todavía en el contexto de separaciones y divorcios, y en clave de economía procesal, también se ha barajado resolver mediante sorteos las divergencias sobre cuestiones menores, cuando las pretensiones de ambas partes resultan razonables⁴⁷.

3.5. Otras finalidades

Para finalizar este apartado, presentamos dos ulteriores finalidades de los sorteos, de importancia práctica menor y naturaleza muy dispar.

familiares”, *Indret*, núm. 4-2024, 2024, pp. 1-48. El autor, en cualquier caso, no plantea la posibilidad de que dichos criterios no resulten concluyentes.

⁴⁵ Para un estudio detenido de esta cuestión, véase: James D. MILLER, “Using lotteries to expand the range of litigation settlements”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 26-1, 1997, pp. 69-94.

⁴⁶ Sobre el particular, en mayor detalle: ELSTER, 1998: 123-174; y DUXBURY, 1999: 122-131.

⁴⁷ Así, en el año 2001 una jueza en Michigan recurrió al sorteo para decidir con quién debían pasar la nochebuena los menores. Conviene apuntar, por cierto, que la jueza fue expedientada. Cfr. Decisión del Tribunal Supremo de Michigan, de 19 de junio de 2003: In Re: Honorable Helen E. Brown, Judge, Wayne County Circuit Court, Docket No. 123687.

3.5.1. *Conocer la voluntad divina*

A lo largo de la historia, en sociedades menos secularizadas que la nuestra los sorteos fueron ampliamente utilizados en contextos políticos y jurídicos como cauce para conocer la voluntad divina⁴⁸.

Como ha explicado HUIZINGA, durante siglos las ideas de voluntad divina, justicia y fatalidad de la suerte estuvieron relativamente entrelazadas, lo que propició el recurso a ciertos sistemas aleatorios para adoptar decisiones con efectos jurídicos⁴⁹. Quizá el ejemplo más palmario lo constituyan las ordalías, torturas rituales usadas en el mundo antiguo y medieval en contextos judiciales, cuyo resultado —muerte, supervivencia, sanación— se atribuía a la voluntad divina y decantaba el juicio de inocencia o culpabilidad del procesado⁵⁰.

Todavía en el siglo XIX, en un juicio por arrojar a algunos náufragos por la borda de un bote salvavidas para evitar su hundimiento, el Tribunal Supremo norteamericano manejó el argumento de que el sorteo hubiera sido la solución más justa, ya que, entre otros motivos y “de algún modo, es una apelación a Dios para que seleccione quién debe ser la víctima”⁵¹.

3.5.2. *Adquirir información para diseñar políticas públicas*

Finalmente, los sorteos también pueden emplearse a fin de obtener información fiable y valiosa para el diseño de políticas públicas.

Esta información puede extraerse, en primer lugar, de experimentos jurídicos, cuya realización aspira a asegurar el acierto de una determinada medida o regulación⁵². Por poner dos ejemplos ilustrativos a los efectos que aquí interesan, desde la Administración penitenciaria podría experimentarse si la realización de un determinado programa formativo entre la población reclusa reduce el riesgo de reincidencia; o, desde el Poder Judicial, si la observancia de ciertos trámites procesales incrementa las opciones de transacción⁵³. Pues bien, para que experimentos como los descritos

⁴⁸ AUBERT, 1959: 10. Sobre la aleatoriedad como forma de conocer la voluntad divina y adoptar decisiones justas, puede consultarse: DUXBURY, 1999: 16 y ss.; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1049.

⁴⁹ Johan HUIZINGA, *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 106-107.

⁵⁰ Cfr. ECKHOFF, 2011: 210; y Remedios MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Universitas - UNED, Madrid, 2002, pp. 493-494.

⁵¹ Cfr. *United States v. Holmes*, 26 F. Cas. 360, 367 (C.C.E.D. Pa. 1842) (No. 15.383).

⁵² Doménech Pascual define los experimentos jurídicos o las regulaciones experimentales como “aquellas regulaciones jurídicas —de alcance singular o general— que se establecen para obtener información sobre sus efectos, con la finalidad última de asegurar el acierto de la regulación que, una vez concluido el experimento, se establezca ulteriormente y que podemos llamar *regulación objetivo*”. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Las regulaciones experimentales”, *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 2022-1, 2022, p. 106.

⁵³ Ambos ejemplos de experimentos jurídicos son tomados de DOMÉNECH, 2022: 109.

tengan validez interna, resulta muy oportuno establecer de partida dos grupos de sujetos, uno experimental —sobre el que se aplica la innovación— y otro de control —sobre el que no—, a fin de comparar el impacto real de la medida y extraer conclusiones. Al igual que en los ensayos clínicos, la distribución de los sujetos en ambos grupos debería ser aleatoria, para suprimir el sesgo de selección y garantizar su homogeneidad. De este modo, minimizando las diferencias entre los grupos estudiados, las conclusiones del experimento resultan sólidas y la información obtenida fiable. Sobre esta base experimental pueden diseñarse políticas públicas de forma más inteligente, que no se fundamenten exclusivamente en la intuición del político o regulador de turno⁵⁴.

Más allá de los experimentos jurídicos, la toma de decisiones aleatoria también permite extraer información valiosa acerca del contexto social en el que se produce, o sobre los efectos de una determinada política pública.

En esta línea, HARCOURT sostiene que la única forma de tener una imagen precisa de la población que delinque es la de aleatorizar los controles e inspecciones. Solo de este modo el resultado de la labor inspectora y policial reflejará fielmente la realidad de los delitos e infracciones, sin la contaminación de los sesgos de selección propios de las políticas de inspección y las predicciones policiales, independientemente de que éstas se basen en cálculos actuariales, perfilados algorítmicos o la experiencia e intuición de los agentes individuales⁵⁵.

Asimismo, la asignación de recursos o cargas de forma aleatoria también puede ofrecer información relevante sobre el impacto de dicha asignación en la vida de las personas. Si los recursos se asignan aleatoriamente, los grupos de seleccionados y no seleccionados serán (estadísticamente) homogéneos en el momento de la asignación; de modo que las diferencias que a medio y largo plazo se observen entre ambos grupos podrán obedecer al impacto de la asignación. Por el contrario, si la asignación depende de otro criterio —capacidad, necesidad, mérito, edad— los grupos de sujetos serán ya distintos de entrada, de modo que las diferencias que a medio y largo plazo se perciban entre ellos podrán deberse a factores distintos o exógenos a la adjudicación⁵⁶.

4. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LOS SORTEOS

Caracterizada la técnica del sorteo y analizadas sus principales utilidades, procedemos a continuación a presentar sus ventajas e inconvenientes más destacados⁵⁷.

⁵⁴ Una defensa decidida de los experimentos aleatorios como herramienta al servicio del diseño de políticas públicas y de normativa puede consultarse en: Michael ABRAMOWICZ *et al.*, “Randomizing Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 159-4, 2011, pp. 929-1005.

⁵⁵ HARCOURT, 2007: 238.

⁵⁶ PERRY y ZARSKY, 2015: 1093.

⁵⁷ Otros elencos de ventajas e inconvenientes pueden consultarse en GOODWIN, 2005: 916 y ss.; y STONE, 2009: 378 y ss.

Como la estructura especular de este epígrafe sugiere, casi siempre los pros y contras de los sorteos son correlativos. Estamos ante un procedimiento de toma de decisiones con características acusadamente ambivalentes; de modo que, dependiendo del contexto concreto en el que se pretenda emplear, el sorteo resultará recomendable, discutible o claramente desaconsejable.

4.1. El sorteo evita interferencias espurias...

Posiblemente la nota más característica de los sorteos sea la aleatoriedad de su resultado, que no puede ser previsto, influido ni adulterado. Huelga decir que, como cualquier procedimiento humano, el sorteo también puede ser manipulado o trucidado; lo que sucede es que, entre todos los mecanismos decisorios, posiblemente sea el más difícil de manipular. Esta propiedad ofrece una ventaja indiscutible: bien celebrado, el sorteo garantiza la imparcialidad de la decisión, que resulta impermeable a cualquier razón, influencia o presión por parte de las personas interesadas en el asunto. El sorteo constituye así un poderoso instrumento contra las interferencias espurias y la corrupción, preservando la decisión de contaminaciones indeseadas⁵⁸.

Este “poder higienizante” de los sorteos —en expresión de STONE—, puede desplegar sus efectos tanto antes como después de su celebración⁵⁹. Antes, al dificultar la intromisión en el proceso de decisión, ya que éste —de un modo u otro— se desgaja de la agencia humana, se automatiza y es dejado al azar⁶⁰. Y después, en los casos en que el sorteo determina quién decide, reduciendo el riesgo de clientelismo y captura del regulador. En efecto, quien ha sido escogido para desempeñar una función o adoptar una decisión mediante sorteo —y no gracias al apoyo o a la labor de *lobby* de un tercero—, tiene las manos más libres para actuar conforme a su propio criterio, sin necesidad de devolver favores o satisfacer las expectativas de quienes le apoyaron para acceder a esa posición decisoria⁶¹.

De lo anterior se desprende que la técnica del sorteo resulta adecuada para salvaguardar los principios constitucionales de imparcialidad y objetividad que deben presidir la actuación de los poderes públicos en general, y la adjudicación administrativa de recursos escasos en particular⁶². Junto con ello, y considerando que las interferencias y presiones en los procesos deliberativos normalmente provienen de sujetos con recursos y poder, el sorteo puede ser beneficioso para los aspirantes

⁵⁸ Cfr. SAMAHA, 2009: 15-16; y Hank GREELY, “The Equality of Allocation by Lot”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 57-59.

⁵⁹ STONE, 2009: 392.

⁶⁰ ELSTER, 1998: 95. En cualquier caso, como señalan PERRY y ZARSKY (2015: 1059), el sorteo no previene todas las formas de interferencia *ex ante*, como la utilización de testaferreros para que se presenten al sorteo y multiplicar las propias probabilidades de obtener un determinado recurso. Este inconveniente puede ser atajado restringiendo el mercado secundario.

⁶¹ VALLEJO SERNA, 2021: 176-177. Esta captura puede ser política o corporativa. Cfr. Viktor RUDENKO, “Elecciones por sorteo y democracia”, *Ciencia ergo-sum*, núm. 21-2, 2014, p. 161.

⁶² Cfr. ARROYO JIMÉNEZ, 2015: 16.

desfavorecidos y con menos influencia, constituyendo también una herramienta al servicio de la igualdad.

... pero es irracional, previene la deliberación y deslegitima la decisión

La impermeabilidad de los sorteos a las interferencias no deseadas tiene el inevitable envés de vaciar la decisión de razones, evitar la participación y suprimir deliberación. En efecto, decidir mediante un sorteo implica que la decisión concreta no responde a motivo alguno —más allá del puro azar— ni es fruto de un proceso de deliberación e intercambio de argumentos en el que las partes sostienen la preferencia de su pretensión.

Esto plantea indudables inconvenientes. Entre ellos destacan tres, paralelos a las finalidades de los procesos contradictorios y deliberativos.

Estos procesos, en primer lugar, tienen como finalidad dilucidar cuál es la mejor decisión posible —qué candidato debe ser preferido a los demás—, lo que se hace contrastando las características, méritos o pretensiones de cada uno de ellos. En segundo lugar, los procesos contradictorios y deliberativos permiten la participación de los interesados, que pueden defender su mejor derecho a recibir el bien, esquivar la carga, asumir la tarea o eludir el encargo. Finalmente, los procesos a los que nos venimos refiriendo tienen una finalidad simbólica, ya que constituyen una verdadera escenificación —ritual, podríamos decir— de la justicia, en la que tanto las partes como la propia sociedad asisten a la ponderación de pretensiones y pueden conocer los motivos de la decisión⁶³. Desde esta perspectiva, el proceso deliberativo no se orienta exclusivamente a decidir con acierto o justicia, sino que aspira también a escenificar la justicia de la decisión, lo que contribuye a revestirla de legitimidad.

Pues bien, estas tres ventajas de los procesos contradictorios y deliberativos desaparecen en los procedimientos aleatorios: ni hay búsqueda de *ratio decidendi*; ni las partes pueden ofrecer argumentos que permitan esclarecer la verdad jurídica del caso; ni se produce un *iter* procesal más o menos escenificado que permita presenciar y entender cómo se toman las decisiones; ni quien decide está obligado a motivar la resolución. Este conjunto de factores arroja un resultado abiertamente problemático, que DUXBURY resume así: “si, como regla general, queremos procesos legales que, entre otras cosas, aseguren que sus resultados están basados en razones, tomen en consideración los argumentos presentados por las partes, terminen con resoluciones de las que alguien pueda responder y sobre las que futuros juzgadores puedan construir, y se adopten de tal forma que no se trivialice el objeto del litigio, menester es

⁶³ Sobre el valor simbólico de los procesos deliberativos, particularmente de los contradictorios, puede consultarse DUXBURY, 1999: 120 y ss.; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1062-1064.

concluir que el sorteo como forma de decisión es el paradigma del tipo de proceso que no queremos⁶⁴.

Por todo ello, la adopción de decisiones en el ámbito del Derecho público mediante sorteos es generalmente percibida como lo opuesto a una decisión jurídica racional o justa, casi como una ocurrencia, a la que resulta entre peregrino y siniestro recurrir⁶⁵. Si anteriormente decíamos que los sorteos pueden rodear la decisión resultante de un halo de neutralidad, ello no impide que en el imaginario colectivo dicha forma de adoptar decisiones jurídicas sea considerada como ilegítima por irracional. Todo lo neutral que se quiera, pero irracional. Bajo esta prisma, cabe concluir con Hofstee que el hecho de que los sorteos puedan ser neutrales o justos no los hace necesariamente aceptables⁶⁶.

Frente al argumento de la irracionalidad de los sorteos, empero, se podría contraargumentar en dos direcciones.

En primer lugar, señalando que en la celebración de sorteos la razón desempeña un papel en diferentes momentos: al optar por ese mecanismo de decisión; al seleccionar el tipo de sorteo y su forma de celebración; y, muy especialmente, al establecer las condiciones para tomar parte en el mismo, condiciones cruciales en el proceso de decisión que será preciso motivar⁶⁷.

Y, en segundo lugar, esgrimiendo que los sorteos previenen la híper o pseudorracionalidad, actitud consistente en buscar a toda costa motivos de decisión allí donde no los hay⁶⁸. En efecto, en los casos de indeterminación lo racional —y honesto— no es afanarse en la búsqueda de diferencias minúsculas —y, a menudo, arbitrarias— que justifiquen un trato diferente; ni construir falsas certezas que escondan un prejuicio o sesgo en favor de un candidato; sino reconocer los límites de la razón y dejar que sea el azar el que decida⁶⁹. Y ello porque, como la experiencia demuestra, no siempre hay razones objetivas y sólidas para preferir una determinada opción.

Preciso es constatar, no obstante, la acusada querencia de los seres humanos, y especialmente de los juristas, hacia la pseudorracionalidad, inclinación que determina la obstinada resistencia a adoptar decisiones recurriendo al azar⁷⁰. A este respecto, resulta ilustrativo el expediente sancionador abierto contra una jueza de Míchigan que, en el contexto de un proceso de divorcio, decidió por sorteo con qué ascen-

⁶⁴ DUXBURY, 1999: 135.

⁶⁵ GOODWIN, 2005: 2996. En sentido similar, SAMAHA (2009: 20) sostiene que la oposición a los sorteos como procedimiento decisorio tiene un fuerte componente de relaciones públicas, de imagen.

⁶⁶ HOFSTEE, 1990: 756 y ss.

⁶⁷ Como apunta STONE (2014: 199), al sortear algo sólo se renuncia a la razón en una de las fases del procedimiento decisorio.

⁶⁸ SAMAHA, 2009: 25.

⁶⁹ Así lo defienden, entre otros, ELSTER, 1998: 121; y GREELY, 2011: 88-89.

⁷⁰ Sobre este prejuicio racionalista en el ámbito jurídico, resulta de interés Pierre SCHLAG, *The enchantment of reason*, Duke University Press, Durham, 1998.

dientes debían pasar la nochebuena dos menores⁷¹. La opción de resolver por sorteo, posiblemente la más racional y razonable habida cuenta de los motivos de peso esgrimidos por ambas partes, resultó inaceptable para todo el mundo: para las partes, que denunciaron a la jueza; para la opinión pública, que condenó el sorteo; y para el órgano de gobierno de los jueces michiguenses, que expedientó a la jueza en el entendimiento de que debería haber dedicado más esfuerzo —más audiencias, más preguntas, más distinciones y matices— a fin de encontrar la solución más justa. Todo antes de admitir que, en este caso, no había motivos objetivos para preferir una cena de navidad a otra. ¿Hubiera sido sancionada la jueza de haber resuelto en favor de la parte que le resultase más simpática disfrazando su preferencia subjetiva con cualquier argumentación mínimamente fundada?

4.2. El sorteo garantiza la igualdad...

Un segundo argumento en favor de los sorteos es que estos, cuando son equiprobables, garantizan la igualdad de trato entre los participantes. Efectivamente, el sorteo permite respetar escrupulosamente la igualdad formal de los candidatos, al ignorar sus diferencias de partida y evitar la interferencia de cualquier favoritismo, prejuicio o sesgo discriminatorio, sea consciente o inconsciente, personal o estructural⁷².

En los contextos de decisión en que la igualdad de resultado resulta imposible —ya que el recurso, carga o tarea a repartir es limitada o indivisible—, el sorteo garantiza al menos la igualdad de oportunidades, al otorgar a todos los participantes idénticas probabilidades de resultar seleccionados⁷³. La igualdad formal inherente a los sorteos puede tener un efecto corrector de las desigualdades de partida, desactivando las ventajas y privilegios con que algunos candidatos concurren a la asignación y constituyendo un instrumento al servicio de la redistribución.

Esta igualdad formal y de oportunidades es particularmente deseable en dos circunstancias. De un lado, a la hora de decidir en supuestos de indeterminación. De otro, cuando la decisión a adoptar es muy espinosa, ya que implica realizar juicios de enorme trascendencia o sobre el valor intrínseco de las personas (v.g., la asignación de un tratamiento escaso a un paciente y no a otro, o el llamamiento a filas de un ciudadano en tiempo de guerra)⁷⁴. En estos casos, al prescindir de razonamientos sobre el mérito o la valía de las personas, el sorteo evidencia que, en cierto sentido y en última instancia, todas las vidas tienen idéntico valor y dignidad⁷⁵. Sortear, en estos casos

⁷¹ Cfr. Decisión del Tribunal Supremo de Michigan, de 19 de junio de 2003: In Re: Honorable Helen E. Brown, Judge, Wayne County Circuit Court, Docket No. 123687.

⁷² Como destaca AUBERT (1959: 20), estrictamente hablando “existe un único ámbito de la vida en el que todos los hombres nacen iguales y permanecen iguales durante toda su vida, independientemente de sus capacidades y logros físicos, económicos, intelectuales o morales: el puro juego de azar”.

⁷³ Así lo ponen de relieve ELSTER, 1998: 69-70; SAMAHA, 2009: 11; o GREELY, 2011: 62.

⁷⁴ PERRY y ZARSKY, 2015: 1061-1062.

⁷⁵ Para abundar en este argumento, véase ELSTER, 1998: 172; y también, SAMAHA, 2009: 13.

extremos, supone renunciar al resbaladizo juicio acerca de qué vida tiene más valor, juicio llamado a fundarse en unos criterios que —por cuidadosamente definidos que hayan sido— siempre pueden estar contaminados por sesgos o frisar la arbitrariedad.

Otra situación en que el recurso al sorteo puede resultar útil es aquella en que hay que asignar tareas cotidianas, de menor trascendencia, que muchos o pocos quieren asumir. Pensemos en una tarea imprevista y para la que no suele haber voluntarios: la sustitución de un profesor que atraviesa un proceso gripal. Ante la necesidad de asignar la suplencia, y en función de su carácter, fobias y filias, el director de estudios normalmente termina eligiendo: (1) a un profesor amigo, a quien se lo pide como un favor; (2) a un profesor amable, confiando en su buena disposición; o (3) a un profesor por quien siente animadversión, para fastidiarle; cuando no decide (4) asumir la suplencia él mismo, para dejar tranquilos a los demás y evitarse disgustos. Pues bien, en estos casos, un sencillo sorteo permite resolver la situación de forma rápida y sin fricciones, garantizando la igualdad de trato entre los miembros del claustro, con independencia de su sintonía con el jefe o su afabilidad⁷⁶.

Todavía en relación con la igualdad, también se ha destacado el efecto igualador de los sorteos a medio y largo plazo, siempre y cuando el recurso a estos se hiciera más habitual⁷⁷.

Al garantizar la igualdad formal, los sorteos previenen un problema que podemos enunciar como el de *winner takes all*. Valga explicarlo recurriendo a dos ejemplos: la asignación de recursos escasos y de escaños en un parlamento. Si, como es frecuente en los Estados sociales, los recursos escasos se asignan atendiendo fundamentalmente a la capacidad económica de los solicitantes, las personas de clase media y alta quedarán sistemáticamente excluidas de su disfrute. Por el contrario, si estos recursos se distribuyen mediante sorteos —que bien podrían ser ponderados—, estas personas podrían acceder ocasionalmente a dichos recursos, reforzando su sentido de pertenencia y su compromiso con la comunidad política. En cuanto al reparto de escaños o concejales el sistema actual beneficia de forma desproporcionada a los partidos más votados, al tiempo que deja sin representación a muchas minorías. Un sistema aleatorio de asignación —que repartiese los escaños extrayendo de las urnas votos al azar— presumiblemente redundaría en una composición de las cámaras o las corporaciones municipales más ajustada a la realidad electoral, reforzaría la representatividad y daría opciones reales a las minorías⁷⁸.

Una última ventaja de la igualdad formal ínsita a los sorteos, sobre la que volveremos al final de estas páginas, es su potencial al servicio de la construcción de

⁷⁶ Análoga argumentación puede aplicarse a tareas atractivas que muchos desean asumir, como una guardia hospitalaria navideña muy bien retribuida, en la que no resulta factible rotar.

⁷⁷ GOODWIN, 2005: 444 y 2446.

⁷⁸ Así lo sostienen, entre otros, Akhil R. AMAR, “Choosing Representatives by Lottery Voting”, *The Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1283-1308; y PAREDES, 2021: 133-140.

comunidad o ciudadanía, en unos tiempos marcados por la fragmentación social⁷⁹. Frente a la cacofonía generada por un sinfín de colectivos que reivindican en la arena pública su mayor derecho a ciertos recursos públicos —alegando su contribución, su necesidad, su discriminación histórica, sus capacidades, su nacionalidad...—, la uniformidad de todos ante el sorteo puede coadyuvar a la reconstrucción de un sentido de igualdad y pertenencia que contribuya a cohesionar nuestras sociedades, tan divididas.

... pero impide atender a diferencias relevantes

Si el sorteo puede ser un mecanismo idóneo para adoptar decisiones en casos de indeterminación, particularmente espinosos o de poca monta, utilizarlo otros escenarios puede resultar injusto, ineficiente y contrario al principio de igualdad. Y ello porque, como afirma Leiman, el sorteo hace iguales a los que no lo son⁸⁰. La renuncia a distinguir entre candidatos aboca a la Administración a poner el recurso o la tarea en manos de un candidato cualquiera, que habitualmente y por pura probabilidad no resultará el idóneo.

La justicia y el principio de igualdad exigen otorgar el mismo trato a los iguales, pero no a quienes no lo son, de modo que a la hora de adoptar decisiones los poderes públicos deben atender a las diferencias existentes entre los candidatos. Por consiguiente, adoptar decisiones de forma aleatoria, en lugar de hacer un juicio prudencial y político acerca de cómo conciliar mejor las pretensiones individuales con los intereses generales en el caso concreto, supone una dejación de deberes por parte de la Administración, cuya obligación es servir con objetividad a los intereses generales, no tratar a todo el mundo siempre igual.

En algunos casos, como en la asignación de empleos públicos o en la adjudicación de contratos, lo natural será que los poderes públicos atiendan a la capacidad de los candidatos; en otros, como el otorgamiento de un año sabático a un profesor, a sus méritos de investigación; en otros, como una beca de comedor o una ayuda social, a la necesidad o capacidad económica de cada familia... Como vemos, en función del bien, carga o tarea a repartir será oportuno atender a unos u otros criterios materiales, a efectos de decidir bien⁸¹. La decisión de no atender a criterio material alguno y dejar la decisión al azar debería ser, en consecuencia, extraordinaria, restringiéndose a los supuestos de indeterminación, particularmente espinosos o de ordinaria administración.

Hablando de distinciones relevantes entre candidatos, resulta pertinente hacer aquí un inciso relativo a las distinciones en base a la necesidad.

⁷⁹ GREELY (2011: 51) destaca el significado político de los sorteos y su potencial de integración de la comunidad política.

⁸⁰ Sid Z. LEIMAN, "The Ethics of Lottery", *Kennedy Institute Quarterly Report*, núm 4, 1978, p. 9.

⁸¹ STONE, 2009: 382.

El sorteo, decíamos, garantiza la igualdad entre los participantes, ya que trata a todos en pie de igualdad. Ahora bien, como es sabido, en un Estado social la igualdad no se agota en su dimensión puramente formal, consistente en dispensar a todas las personas idéntico trato, sino que contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones que hagan la igualdad efectiva. En otras palabras, el principio constitucional de igualdad no se configura tan solo como un valladar a la actuación de los poderes públicos, sino que implica una verdadera tarea. Pues bien, la igualdad formal que la celebración de sorteos comporta puede resultar insuficiente para satisfacer esas exigencias constitucionales de igualdad, que a menudo requieren políticas compensatorias y discriminaciones positivas para la consecución de la igualdad material, es decir, real y efectiva⁸². En este sentido, DWORKIN sostiene acertadamente que la aspiración de la justicia —y la obligación de los poderes públicos— es tratar a las personas como iguales, lo que no supone en todo caso darles un tratamiento igual⁸³.

Por tanto, en la medida en que la decisión de sortear un bien escaso implica ignorar las desigualdades de partida y renunciar a acciones afirmativas capaces de mitigarlas, es necesario concluir que el sorteo, por muy igualitario que se presente, en ocasiones puede ser contrario al principio de igualdad⁸⁴.

La objeción que acabamos de presentar admite un matiz. Generalmente los sorteos son restringidos, de modo que en su diseño sí se hacen distinciones entre los potenciales candidatos, excluyéndose *a priori* a quienes no reúnen determinadas condiciones —de renta, capacidad o mérito— para ser elegibles.

4.3. El sorteo es eficiente...

Una tercera ventaja de los sorteos es su carácter altamente eficiente, en términos de reducción de costes de procedimiento y de conflictividad⁸⁵.

⁸² Cfr. artículo 9.2 CE. Como apunta Urteaga, este tipo de acciones pretende “promover una mayor igualdad de hecho o, por lo menos, garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades”. Eguzki URTEAGA, “Las políticas de discriminación positiva”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, p. 183.

⁸³ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 332. Y lo ejemplifica así: “si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas si llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz cuál ha de recibir la última dosis de la medicina”.

⁸⁴ Machado Ruiz sostiene a este respecto que ciertas diferencias de trato “no solo no se oponen al principio de igualdad, sino que parecen exigidas por dicho principio y constituyen un elemento ineludible para su debida efectividad”. Cfr. María Dolores MACHADO RUIZ, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 36.

⁸⁵ Eficacia y eficiencia son dos principios rectores del quehacer de la Administración ampliamente reconocidos. Cfr. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2018 (14ª), p. 132. Como apunta SAMAHA (2009, 12), existen otros mecanismos de decisión altamente eficientes, como el reparto en partes alcuotas o el establecimiento de criterios materiales nítidos, como el orden alfabético o la edad.

El sorteo, en primer lugar, reduce los costes procedimentales para el adjudicador, que puede adoptar la decisión de manera relativamente expeditiva, sin tener que invertir recursos en determinar la fuerza de las pretensiones de cada candidato, sea en términos de capacidad, mérito, necesidad, deseo, etc.⁸⁶ Por otro lado, los sorteos reducen la conflictividad, ya que ante la ausencia de razones sustantivas que fundamentan el resultado del sorteo —y, por ende, la decisión pública— el número de impugnaciones se reduce de forma radical⁸⁷.

En determinados procedimientos de adjudicación el sorteo es eficiente también para los propios aspirantes, que no deben invertir recursos en competir por el bien, ya sea haciendo méritos para un concurso, preparando un examen, guardando cola para una asignación basada en la prioridad temporal o litigando⁸⁸.

Aunque renunciamos a descender a detalles, distintos sorteos previamente discutidos presentan otras ventajas en términos de eficiencia. Así, la vigilancia aleatoria permite el ahorro de recursos públicos sin menoscabar el efecto preventivo del sistema sancionador; como también podría hacerlo el hipotético sorteo de los infractores o delincuentes que deben enfrentarse a procedimientos sancionadores⁸⁹.

... pero puede dar lugar a ineficiencias

A pesar de las ventajas anteriormente expuestas, los sorteos también pueden generar ineficiencias, al menos de tres maneras. Veamos cómo.

En primer lugar, la adjudicación aleatoria de un recurso, carga o tarea es una adjudicación ciega, que no atiende a las diferencias entre los candidatos. De ello se deriva que, salvo excepciones, la decisión no recaerá sobre el mejor candidato, por lo que la adjudicación no será eficiente⁹⁰. En efecto, por muy eficiente que el proceso de adjudicación resulte, su resultado no lo será salvo accidentalmente. La asignación aleatoria de casos entre los jueces, por poner tan solo un ejemplo, impide que cada litigio sea resuelto por el juez que mejor conoce dicha materia, lo que perjudica la eficacia y la calidad de la Administración de justicia⁹¹.

⁸⁶ Esta ventaja podría relativizarse atendiendo a la progresiva incorporación de herramientas tecnológicas automatizadas para la adopción de decisiones públicas, como algoritmos o sistemas de “inteligencia artificial”. Sea de ello lo que fuere, dichos instrumentos han de ser programados y evaluados periódicamente, amén de operar con datos que es preciso recabar, estandarizar y proteger, cargas todas ellas que el sorteo aligera.

⁸⁷ ROMÁN CORDERO, 2023: 103. Huelga decir que siempre cabe recurrir el proceso de celebración del sorteo, cuando se entiende que el mismo ha sido adulterado o no ha resultado equiproble. Así sucedió, por ejemplo, en diversos sorteos celebrados en Estados Unidos para reclutar soldados para la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Cfr. FIENBERG, 1971.

⁸⁸ ELSTER, 1998: 39.

⁸⁹ Una profundización en este argumento puede consultarse en SAMAHA, 2009: 16.

⁹⁰ Así lo destacan, entre otros, DUXBURY, 1999: 58; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1067-1068.

⁹¹ En idéntico sentido, en el supuesto de la vigilancia aleatoria se renuncia a focalizar la atención en las personas más sospechosas, lo que puede prevenir sesgos discriminatorios, pero también reducir

Otras formas de adjudicación que atienden al mérito, la capacidad, la necesidad o el deseo, cuyo *iter* procedimental quizá sea más costoso, arrojan resultados más eficientes, toda vez que permiten seleccionar a las personas idóneas para hacer rendir el recurso o desempeñar la tarea.

Esta ineficiencia podría paliarse permitiendo el mercado secundario del recurso sorteado, de forma que quienes tengan interés en el recurso puedan adquirirlo de aquellos agraciados —o perjudicados— por el sorteo. El mercado secundario ha generado interesantes debates en relación con el sorteo para ser llamado a filas en tiempos de guerra o la adjudicación de viviendas de protección oficial, ámbitos en los que las transacciones posteriores al sorteo han sido generalmente restringidas por el ordenamiento⁹². La principal ventaja de este mercado es que el recurso tiene una mayor probabilidad de llegar a la persona que más lo desea o que lo empleará de forma más eficiente; el principal inconveniente es que puede incentivar la especulación, incrementando artificialmente el interés en el recurso.

La segunda ineficiencia de los sorteos se produce, precisamente, por el posible incremento del interés en el recurso sorteado. Tanto el sorteo como el mercado secundario invitan a considerar la eventual producción de un efecto llamada entre personas poco cualificadas o sin interés real en el recurso, que concurren al sorteo bien “para ver si hay suerte”, aunque carezcan de la cualificación suficiente para hacerlo rendir; bien con la intención de revender el recurso si resultan escogidos. Dicho en otros términos, el sorteo puede “inflar” artificialmente el número de interesados, ya que desactiva los mecanismos de autoexclusión propios de otros sistemas selectivos (la necesidad de estudiar una oposición, pujar en una subasta, guardar cola, etc.)⁹³.

El aumento de solicitantes implica ineficiencias tanto durante el proceso de asignación, al tener que atender a un mayor número de candidatos; como tras su celebración, ya que la probabilidad de que resulte seleccionado un candidato inidóneo se incrementa.

En tercer lugar, la técnica del sorteo puede generar ineficiencias al desincentivar la competencia entre los aspirantes a un determinado recurso o tarea, como analizamos a continuación.

4.4. El sorteo genera incentivos positivos y previene negativos...

Dejar al azar el sentido de una decisión puede influir en el curso de actuación de las personas potencialmente afectadas, incentivando y desincentivando ciertas conductas. Algunos de estos incentivos y desincentivos son indudablemente positivos.

En cuanto a los incentivos positivos, pueden referirse cuatro.

la tasa de inspecciones “exitosas”, entendiéndose por tales aquellas que desvelan infracciones o delitos.

⁹² Sobre el debate acerca de los mercados secundarios, véase DUXBURY, 1999: 154 y ss.

⁹³ PERRY y ZARSKY, 2015: 1087.

En primer lugar, y respecto de los sorteos voluntarios, es plausible que el sorteo incremente el número de interesados, la participación en el procedimiento. Cuando la asignación de un recurso obedece a razones de necesidad, mérito, capacidad o espera, muchas personas desisten de aspirar a este, por carecer de las cualidades que les hacen elegibles o no estar dispuestas al realizar el esfuerzo o sufrir el desgaste que exige el proceso selectivo. Los motivos para la autoexclusión desaparecen cuando la asignación se deja a la suerte, de forma que más interesados se presentarán al proceso de selección⁹⁴. Debidamente diseñados, los sorteos reducen el coste de participación en los procedimientos selectivos o de adjudicación, abriendo la puerta a una mayor participación. Imaginemos que un determinado cargo judicial, en lugar de proveerse por concurso de méritos o un proceso electoral, se sortea entre los candidatos con un mínimo de años de servicio. Es muy probable que algunos jueces que nunca harían campaña a su favor —o que se saben con menos méritos que otros colegas que aspiran al cargo—, decidan concurrir al sorteo. Pues bien, habida cuenta de que la participación política, económica, cultural y social es generalmente considerada como valiosa, el empleo de procedimientos selectivos que la incentiven, como el sorteo, debe ser bienvenido. Cuestión distinta es que dicha multiplicación de aspirantes contribuya a la eficiencia del procedimiento o de su resultado, como tuvimos ocasión de exponer con anterioridad.

Los sorteos también pueden incentivar una mayor sinceridad en la manifestación de las preferencias de los ciudadanos, ofreciendo información valiosa a los poderes públicos. Veámoslo con dos ejemplos. Está demostrado que, a la hora de solicitar plaza en centros escolares de la red pública, muchas familias no eligen su centro preferido, sino aquél en el que piensan que tienen más probabilidades de entrar. Y ello porque el sistema de adjudicación más extendido —conocido como mecanismo Boston— da prioridad a las primeras opciones de cada familia, de modo que, si una familia finalmente no entra en el primer centro solicitado, fácilmente puede ser admitida en aquél que ha situado en último lugar. Por este motivo, son muchas las familias que renuncian a expresar sus preferencias reales y manifiestan otras más “realistas” —y menos sinceras— para conseguir, al menos, su segunda o tercera mejor opción⁹⁵. Si la asignación de plazas incorporara algún elemento aleatorio, dicho comportamiento estratégico dejaría de tener sentido y las familias ordenarían sus opciones de acuerdo con sus preferencias reales, con una mayor sinceridad. En esta misma línea, se ha sugerido que los representantes políticos, en lugar de ser elegidos mediante fórmulas proporcionales en función del número de votos obtenidos, se eligieran mediante un sorteo que ponderase las probabilidades de resultar elegido de acuerdo con el número de votos⁹⁶. Imaginemos que, en un municipio de 120 habitantes donde se eligen cinco concejales, se presentan tres partidos: el primero obtiene 80 votos, el segundo 30 y

⁹⁴ STONE, 2009: 387-388.

⁹⁵ Sobre el particular, véase Álvaro FERRER y Lucas GORTAZAR, “Diversidad y libertad. Reducir la segregación escolar respetando la capacidad de elección de centro”, *Esade EcPol Insight*, núm. 29, 2021, pp. 1-28.

⁹⁶ Para una propuesta detallada en este sentido, véase AMAR, 1984.

el tercero 10. El sistema aleatorio propuesto supondría introducir los 120 votos en una urna y sacar al azar cinco papeletas, que determinarían la composición del Pleno municipal. Este sistema desincentiva el voto útil y fomenta la sinceridad de los electores, de forma que los votos finales —no así necesariamente los concejales— revelarían de forma mucho más exacta las preferencias políticas de los ciudadanos.

En tercer lugar, y en el contexto del ejercicio de potestades de policía, la técnica del sorteo puede incentivar un mayor respeto del ordenamiento jurídico. Y ello porque cuando los destinatarios de las normas —y de la vigilancia— no pueden predecir cuándo serán objeto de escrutinio por parte de los agentes de la autoridad, tienden a conformar su conducta a la norma como si fueran a ser efectivamente inspeccionados⁹⁷. La aleatoriedad dota a la vigilancia pública de una imprevisibilidad que resulta idónea para reforzar la eficacia preventiva general de los regímenes sancionadores.

Los sorteos, finalmente, pueden incentivar el debate público y afinar el ajuste de los recursos o cargas a distribuir entre la ciudadanía. En efecto, la escasez de recursos disponibles —o la necesidad de distribuir ciertas cargas— no suele venir dada o ser ineluctable, sino que habitualmente es consecuencia de una decisión política. Pues bien, cuando las personas poderosas no pueden garantizarse el recurso o escapar de la carga, porque su asignación se efectúa mediante un sorteo en el que participan y que no pueden controlar, puede suceder que influyan activamente para incrementar el recurso disponible o suprimir la carga, modificando así “la cantidad de suerte” a repartir⁹⁸. En este sentido, algún autor ha sostenido que una de las causas que contribuyó a la finalización de la guerra del Vietnam fue una modificación del sorteo de llamamiento a filas, consistente en eliminar la exención para estudiantes universitarios, habitualmente jóvenes de clases medias y altas. Enfrentadas a la posibilidad real de ver partir a sus hijos universitarios al frente, muchas familias influyentes estadounidenses abogaron por la finalización de ese conflicto bélico⁹⁹.

La celebración de sorteos, por otro lado, también desincentiva comportamientos considerados negativos.

Posiblemente, el más palmario es el desincentivo de interferencias externas en el proceso de toma de decisiones. En efecto, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el sorteo “higieniza la decisión”, minimizando los riesgos de presiones, manipulación, corruptelas, tráfico de influencias y captura del regulador¹⁰⁰. Cuando se trata de seleccionar a una persona para una determinada tarea de relevancia, el sorteo

⁹⁷ PERRY y ZARSKY, 2015: 1074.

⁹⁸ ELSTER, 1998: 68; GOODWIN, 2005: 400; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1090.

⁹⁹ DUXBURY, 1999: 57. En esta misma línea argumental, GOODWIN (2005: 1998) sostiene que la manera más rápida de terminar con muchas guerras sería hacer llamamientos a filas mediante un sorteo en el que pudieran ser elegidos los políticos que adoptan la decisión de combatir. En sentido opuesto, PERRY y ZARSKY (2015: 1058) sugieren que el sorteo también puede emplearse para hurtar ciertas cuestiones del debate público, atribuyendo a la mala suerte la privación de un recurso, en lugar de discutir la decisión política que determina su escasez.

¹⁰⁰ Como es lógico, el riesgo de interferencias externas no desaparece totalmente, ya que siempre existirá la posibilidad de manipular la propia celebración del sorteo.

también hace inútil cualquier campaña, ya sea de promoción o desprestigio, lo que puede incentivar la participación¹⁰¹.

El sorteo, por otro lado, desincentiva la realización de esfuerzos para resultar escogido, ahorrando a los candidatos determinadas cargas que pueden resultar costosas y —para algunos de ellos— revelarse inútiles si no resultan finalmente elegidos. Pongamos algunos ejemplos. En Estados Unidos se ha sugerido sortear entre candidatos cualificados las plazas en las universidades más prestigiosas, a fin de evitar el desgaste que para miles de adolescentes y sus familias comporta preparar durante largos años el mejor *currículum vitae* posible para ser seleccionado¹⁰². Ese sorteo —sobre el que volveremos más adelante— desincentivaría la competencia feroz que actualmente se libra sobre esas plazas. En el ámbito judicial, desde algunas tribunas se ha planteado dirimir mediante sorteo los pleitos por la custodia exclusiva de un menor, lo que presumiblemente reduciría la litigación y ahorraría al menor —y, de paso, a sus progenitores— el desgaste ínsito a esos procesos judiciales, particularmente penosos¹⁰³. La opción por el sorteo, por último, también pueden evitar la inversión de tiempo —relativamente inútil— que supone guardar cola para obtener un recurso, como puede ser una plaza en una escuela oficial de idiomas cuando la matrícula se formaliza por orden de llegada.

Finalmente, Hofstee argumenta que adjudicar de forma aleatoria determinados recursos escasos desincentiva la competencia a la baja que puede producirse cuando estos se asignan en clave de necesidad, en el contexto de esquemas de discriminación positiva conforme a los cuales no compensa mejorar la propia situación, a riesgo de perder el bien deseado¹⁰⁴. Ilustrémoslo con un ejemplo de trazo grueso. Si la adjudicación de plazas en guarderías públicas se asigna conforme al criterio de renta, es posible que algunos padres autónomos opten por facturar menos el año en que se dilucida la admisión, o descarten por el momento buscar empleo o aspirar a uno mejor. Adjudicar esas plazas por sorteo, *contrario sensu*, desactivaría ese incentivo pernicioso y podría desbloquear aspiraciones a una situación mejor¹⁰⁵.

¹⁰¹ Como apunta ROMÁN CORDERO (2023: 108) la amenaza de sufrir una campaña de desprestigio, indudablemente, desincentiva la participación.

¹⁰² Cfr. Barry SCHWARTZ, “Top Colleges Should Select Randomly from a Pool of *Good Enough*”, *Chronicle of Higher Education*, febrero de 2005, pp. 20-25.

¹⁰³ Sobre el particular, entre otros, véase: ELSTER, 1998: 123-174.

¹⁰⁴ HOFSTEE, 1990: 755.

¹⁰⁵ Los amantes del baloncesto quizá conozcan la práctica del *tanking* en la NBA, consistente en perder partidos a propósito para caer en la clasificación y, de este modo, tener prioridad a la hora de elegir jugadores en el *draft* de la siguiente temporada. Ello demuestra que, en ciertos contextos, cuando los recursos escasos —nuevos jugadores— se reparten por orden de necesidad —quién ha quedado peor en la liga—, puede producirse una competencia a la baja. Una de las fórmulas orquestadas en la NBA para evitar el *tanking* es, precisamente, la celebración de un sorteo ponderado, que evite que siempre los últimos equipos tengan prioridad en la selección de nuevos jugadores. Sobre el particular y con un tono divulgativo, véase: Alejandro GAITÁN: “Wembanyama y el arte de perder a propósito: ¿qué es el *tanking* y cuáles son sus peligros?”, *Relevo.com*, 11 de octubre de 2022. Disponible en: <https://www.relevo.com/baloncesto/nba/tanking-perder-pensando-futuro-20221009041521-nt.html> (última visita: 25.02.2025).

... pero también previene incentivos positivos y genera negativos

No todo el impacto de los sorteos en términos de incentivos y desincentivos resulta positivo. En efecto, incorporar elementos aleatorios en una decisión pública puede prevenir incentivos positivos y generar incentivos perniciosos entre las personas afectadas.

El sorteo, en primer lugar, es un instrumento desmovilizador, previniendo los efectos positivos de una sana competencia¹⁰⁶. La impermeabilidad de los sorteos a las diferencias entre candidatos evita, sí, tanto las patologías de una competencia desbocada como la injusticia de una competencia en que no todo el mundo parte de idéntica posición. Pero las evita al precio de desincentivar cualquier esfuerzo por mejorar, destacar o diferenciarse de los demás, ya que dicho esfuerzo por sobresalir no tendrá recompensa alguna. Y ello porque, como concluye Duxbury, “a fin de cuentas no tiene sentido trabajar duro para recibir una recompensa que luego será distribuida al azar”¹⁰⁷. Así, por ejemplo, si las plazas para estudiar Medicina en una determinada facultad se adjudican por sorteo y no por nota, muy probablemente los estudiantes de bachillerato perderán un poderoso incentivo para esforzarse y sobresalir en sus estudios, esfuerzo que a la postre les beneficiará independientemente de que sean admitidos o no en la citada facultad¹⁰⁸.

En el hipotético caso de que algunos litigios se resolviesen por sorteo, éste prevendría la creación de jurisprudencia y la consiguiente maduración de la reflexión judicial. Asimismo, puesto que los antecedentes no tendrían influencia alguna en las decisiones judiciales —el sorteo no tiene memoria—, se desincentivaría que los ciudadanos acomodasen sus conductas a las pautas que van fijando los tribunales en su interpretación del Derecho, ya que dichas pautas, lisa y llanamente, no existirían¹⁰⁹. Todavía en el ámbito judicial, las resoluciones aleatorias prevendrían el esfuerzo probatorio de las partes, de modo que los tribunales tendrían menos luz a la hora de juzgar. Esto, a su vez, podría desincentivar la constitución de evidencias registrales o documentales en el tráfico jurídico —ya que a la postre su valor judicial sería nulo—, lo que generaría una indudable inseguridad —cuando no caos— jurídico.

Por lo que se refiere a los incentivos negativos, ya nos hemos referido al incremento del interés en el bien o tarea que se adjudica entre personas que no reúnen las

¹⁰⁶ AUBERT, 1959: 4.

¹⁰⁷ DUXBURY, 1999: 58.

¹⁰⁸ PERRY y ZARSKY (2015: 1072) califican este efecto como *spillover* o derrame: la conducta positiva que la competencia incentiva redundaba en beneficio de todos los candidatos, resulten o no adjudicatarios del recurso escaso. Respecto de la admisión a estudios sobredemandados, HOFSTEE (1990: 749) argumenta exactamente en sentido opuesto, señalando que la selección por nota desmotiva a una amplia mayoría de estudiantes, que no son brillantes y sabrán de entrada que su acceso a esos estudios resulta prácticamente imposible.

¹⁰⁹ Sobre el impacto de los sorteos en la creación de jurisprudencia, véase DUXBURY, 1999: 133 y 170.

condiciones para emplearlo o ejercerla de manera idónea. Mientras que otros procedimientos selectivos desincentivan el interés de estas personas —o las descalifican rápidamente—, el sorteo los equipara al resto de aspirantes, lo que indudablemente fomenta su participación —“por si suena la flauta”, como quien dice—, y reduce las opciones de los candidatos más cualificados. El siguiente ejemplo lo ilustra bien. A principios de los años 80, en Estados Unidos se decidió adjudicar las licencias de radiotelevisión por sorteo, con la intención de hacer la asignación más eficiente e imparcial¹¹⁰. Atraídas por la posibilidad de resultar seleccionadas, muchas empresas sin experiencia en el sector, que con otros sistemas electivos no hubieran tenido opción alguna, concurrieron al sorteo, y algunas de ellas fueron seleccionadas. Pues bien, como era de esperar —pero parece que nadie esperó—, varias de estas empresas fueron incapaces de prestar el servicio en las condiciones de calidad exigidas por la licencia. Y ello porque una cosa es presentarse a un concurso con ciertos sueños de ganancias y la mejor de las intenciones, y otra prestar un servicio de radiodifusión consistente, lo que requiere un *know how* y una estructura empresarial que no se improvisan¹¹¹. No es de extrañar, pues, que las autoridades norteamericanas optaran por renunciar al sorteo y reconducir la adjudicación a otros procedimientos más tradicionales¹¹². Si bien en ciertos contextos el incremento de la participación puede resultar ventajoso, en otros, como el aquí expuesto, resulta problemático.

La movilización indeseada que los sorteos a veces incentivan podría traducirse en un incremento de la litigiosidad, si los pleitos se resolviesen mediante sistemas aleatorios. Aunque algunos autores han sostenido que los sorteos en sede judicial mitigarían la litigiosidad y propiciarían el intercambio de información y las transacciones entre las partes, tampoco hay que excluir que tuvieran el efecto contrario: que personas que no se plantean ir a juicio por saber que la fuerza de sus pretensiones es débil, se animaran a hacerlo al saber que la resolución de los asuntos es aleatoria, lo que incrementaría hasta el 50% sus opciones de resultar vencedoras. Por otro lado, el sorteo desequilibraría las negociaciones extraprocerales en favor de la parte con menos opciones en caso un juicio al uso o con menos aversión al riesgo¹¹³.

Finalmente, la opción de decidir por sorteo abre la puerta a un último incentivo negativo entre quienes están llamados a tomar la decisión: el de recurrir a una salida fácil, a un atajo, para evitar decisiones complejas o difíciles. Bajo esta perspectiva, se ha aventurado que la posibilidad de sortear podría resultar una invitación a la

¹¹⁰ Cfr. Henry M. RIVERA, “Licensing by Lottery: the FCC’s experience”, *Administrative Law Review*, núm. 35-1, 1983, pp. 53-54.

¹¹¹ Tras analizar en detalle el sorteo de las estaciones de radio, PERRY y ZARSKY (2015: 1084) señalan que se podría evitar la concurrencia de candidatos poco cualificados o con un interés remoto en el recurso elevando los costes de participación en el sorteo.

¹¹² Algo similar sucedió en dicho país con las concesiones para extraer petróleo y gas en terrenos públicos, que entre 1960 y 1987 se repartieron por sorteo. Cfr. SAMAHA, 2009: 19.

¹¹³ Así lo explica ELSTER (1998: 172) en el contexto de un hipotético sorteo sobre la custodia exclusiva de los hijos comunes.

molicie¹¹⁴. En efecto, ¿para qué desgastarse intentando adoptar la solución más justa cuando todo puede resolverse lanzando una moneda al aire?

4.5. El sorteo evita la presunción y el estigma...

En la línea de los desincentivos positivos, también se ha enumerado entre las ventajas de los sorteos su capacidad para desactivar ciertas reacciones psicológicas entre los participantes en procedimientos de adjudicación: la presunción de los ganadores y la humillación de los perdedores. Estas reacciones a la adjudicación, hasta cierto punto naturales, conllevan una victoria o victimización secundaria, reforzando los efectos positivos o negativos de obtener o ser privado del recurso escaso¹¹⁵. Quien lo obtiene, junto con el recurso, recibe una suerte de reafirmación sobre su valía, que puede a su vez dar pie a la presunción. Quien no lo obtiene, junto a la privación, debe padecer el juicio negativo que el haber sido preterido trae consigo, lo que puede generar desánimo, una merma en la autoestima o incluso un estigma.

Frente a otros procedimientos de asignación que implican la realización de juicios sobre el mérito, la capacidad o la valía de los aspirantes, el sorteo se caracteriza por resolver de forma “ciega”, lo que supone que ni el ganador debería sentirse orgulloso ni el perdedor humillado por el resultado. Esta característica de los sorteos resulta particularmente ventajosa cuando distinguir entre aspirantes implica realizar un juicio sobre aspectos importantes en la vida de las personas o sobre su valía personal. Pensemos en un juicio sobre quién debe ejercer la custodia exclusiva de un menor, o sobre qué persona debe recibir un determinado tratamiento médico escaso. Si la decisión en estos casos se deja al azar, ninguno de los candidatos podrá extraer consecuencias sobre su valía como padre o como persona, lo que indudablemente mitiga los efectos secundarios e indeseables de la concreta asignación, ya sea en términos psicológicos o reputacionales¹¹⁶.

Frente a la fatuidad y el estigma que la decisión basada en criterios sustantivos es idónea para producir (“bien hecho”, “te lo mereces”, “fracasado”, “ya se ve que no eras el mejor”...), algunos autores expresan su convicción de que los sorteos podrían contribuir a una mayor extensión de la solidaridad y la empatía¹¹⁷. Así lo explica SCHWARTZ, refiriéndose a un hipotético sorteo para acceder a las universidades estadounidenses más codiciadas: “darte cuenta de que has sido afortunado puede hacerte más empático con los contextos vitales de otras personas. Puede incrementar tu inclinación a acercarte y ayudar a otras personas que no han tenido tanta suerte como tú (...). A fin de cuentas, el perdedor en el sorteo podríais haber sido tu hijo o tú”¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. DUXBURY, 1999: 54.

¹¹⁵ Sobre esta adjudicación “secundaria”, cfr. PERRY y ZARSKY, 2015: 1061 y ss.

¹¹⁶ Cfr. ELSTER, 1998: 171 y ss.

¹¹⁷ GOODWIN, 2005: 453.

¹¹⁸ Barry SCHWARTZ, “Why selective colleges should become less selective -and get better students”, *Capitalism and Society*, núm. 11-2, 2016, p. 14.

... pero al precio de vaciar la libertad

El carácter aleatorio del sorteo hace que quienes lo afrontan no puedan hacer nada para determinar su resultado, lo que resta sentido a su actividad. Este potencial “desactivador” de los sorteos ha sido abordado cuando tratamos sus efectos desincentivadores, que pueden ser tanto positivos —v.g., desincentivando los intentos de amaño— como negativos —v.g., desincentivando el esfuerzo personal por cualificarse mejor para una tarea—.

Si entonces presentamos los diversos desincentivos de forma singularizada, la objeción que ahora traemos a colación los presenta conjuntamente, subrayando cómo los sorteos pueden ser considerados contrarios a la dignidad humana, ya que obvian por completo las circunstancias, méritos y capacidades de los candidatos, tratándolos como si fueran números, como si su individualidad y sus opciones personales no contasen¹¹⁹. Desde esta perspectiva, y por utilizar un término muy en boga, los sorteos pueden ser acusados de desempoderar a los ciudadanos, dejándolos al albur de una aleatoriedad caprichosa.

Los sorteos, es verdad, pueden ser idóneos para prevenir los sentimientos de preunción y fracaso, el honor y el oprobio. Ahora bien, estas consecuencias de los propios actos no resultan siempre injustas e indeseables. Frecuentemente actúan como una recompensa o castigo interno o social, y tienen una importancia nada desdeñable como motor y guía de la conducta. Desactivar esos premios y castigos mediante sorteos supone renunciar a un poderoso instrumento de conformación social y de la personalidad¹²⁰. Suprimir las consecuencias de las opciones personales equivale, frecuentemente, a vaciar de sentido el ejercicio responsable de la propia libertad.

4.6. El sorteo excluye responsabilidades...

Un último argumento en favor de los sorteos es que permiten adoptar decisiones sin que nadie tenga que asumir la responsabilidad, carga o estrés que trae consigo la decisión. Este atributo del sorteo —que permite «decidir sin decidir»— es interesante en situaciones particularmente graves, en las que se dilucidan cuestiones de vida y muerte, y en las que nadie se siente inclinado o legitimado a adoptar la decisión y arrostrar sus consecuencias. Pues bien, en estas situaciones el sorteo permite superar la encrucijada sin tener que cargar a nadie con las consecuencias de la decisión¹²¹.

¹¹⁹ Esta objeción a los sorteos es presentada por Dael WOLFLE, “Chance, or Human Judgement?”, *Science*, vol. 167, núm. 3922, 1970, p. 1201; y por STONE, 2009: 380.

¹²⁰ PERRY y ZARSKY (2015: 1070) destacan cómo la autoestima y el honor resultante de ser preferido por determinados méritos resulta un poderoso acicate para que el individuo actúe de forma socialmente deseable.

¹²¹ HOFSTEE, 1990: 760; y también, DUXBURY, 1999: 48.

Esta ventaja de los sorteos se ha planteado y discutido en supuestos límite, como la elección de qué naufrago debe ser arrojado por la borda para prevenir que el bote salvavidas se hunda, o servir de alimento al resto de supervivientes¹²². Quizá con menor dramatismo, pueden plantearse situaciones similares en el ámbito de la distribución de recursos médicos o de bienes muy valiosos en contextos de indeterminación, como los que estudiamos más arriba. Piénsese en la asignación de un respirador en un contexto de pandemia, en una máquina de diálisis en un país poco desarrollado o una vivienda de protección oficial para una familia en situación de vulnerabilidad. En este orden de cosas, se ha sostenido que los sorteos resultan especialmente pertinentes en la asignación de cargas, como el llamamiento a filas en una situación de conflicto armado¹²³.

Posiblemente, la opción de “decidir sin decidir” también puede resultar conveniente en la asignación de beneficios o cargas de menor trascendencia, como el orden de elección de las vacaciones, unas guardias hospitalarias o la sustitución de un profesor que atraviesa un proceso gripal.

GREELY conjetura que las decisiones aleatorias, sin un responsable a quien culpar, son más fáciles de aceptar que otras basadas en principios, criterios o razones decididas por terceros —normalmente, un poder público—, con quien se puede abiertamente discrepar¹²⁴.

... pero elimina la imputación, la motivación y la previsibilidad de las decisiones públicas

Como es sabido, tres claves de actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho son la imputación, la motivación y una cierta previsibilidad, de modo que sus decisiones no deberían ser anónimas, arbitrarias ni impredecibles.

Pues bien, decidir mediante sorteo —de algún modo— erosiona cada una de estas tres claves, ya que la decisión aleatoria no resulta imputable a nadie, se presenta ayuna de razones sustantivas y resulta hasta cierto punto imprevisible.

Aunque la opción por el sorteo pueda ser racional y justa —*de facto*, sí es imputable a un órgano y se asienta sobre razones, precisamente aquellas que recomiendan su celebración—, en muchos casos no será socialmente admisible. Y ello porque, como apunta DUXBURY, a menudo las personas no queremos decisiones justas, sino decisiones imputables, motivadas y previsibles: provenientes de personas a quienes podamos responsabilizar; basadas en razones que podamos conocer; y con resultados

¹²² Un supuesto parecido fue resuelto por el Tribunal Supremo norteamericano en su Sentencia *United States v. Holmes*, 26 F. Cas. 360, 367 (C.C.E.D. Pa. 1842) (No. 15.383). Sobre el particular, véase LEIMAN, 1978.

¹²³ Así lo señalan ELSTER, 1998: 105; STONE, 2009: 379; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1061.

¹²⁴ GREELY, 2011: 123-124. En idéntico sentido, GOODWIN, 2005: 3100.

que podamos anticipar, que no impongan en los destinatarios —mayoritariamente alérgicos al riesgo— dosis innecesarias de incertidumbre¹²⁵.

La ventaja de la exclusión de responsabilidades tiene, por tanto, el envés de dejar la decisión pública en una suerte de “tierra de nadie”, lo que puede generar en sus destinatarios una punzante sensación de indefensión, frustración y zozobra, así como una desafección hacia lo público¹²⁶. En esta línea, se ha advertido que decidir mediante sorteo puede ser interpretado como una forma de arrogancia, holgazanería, frivolidad o incompetencia de quien debe adoptar la decisión; o como una trivialización de su tarea decisora¹²⁷.

5. DISCRETA APOLOGÍA DE LOS SORTEOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO

En el epígrafe precedente hemos analizado las principales ventajas e inconvenientes de los sorteos como instrumento para la toma de decisiones públicas. A pesar de sus numerosas ventajas, sin embargo, esta técnica de decisión tiene una presencia residual en el ámbito del Derecho público, muy refractario hasta la fecha a introducir elementos de azar en los procesos decisorios. A día de hoy, preciso es señalarlo, los sorteos generalmente se emplean como última alternativa, cuando se han agotado o resultan inviables el resto de formas o criterios de decisión¹²⁸.

En el presente epígrafe, y a modo de conclusión, pretendemos reivindicar esta forma de adopción de decisiones, destacando cómo en determinadas circunstancias el sorteo puede constituir un elemento sofisticado de justicia e innovación, contribuyendo a superar problemas que generan o no resuelven otros mecanismos decisorios.

Por motivos de espacio, nos contentaremos con esbozar a grandes rasgos un elenco de propuestas de índole heterogénea, pensando específicamente en el contexto español. El propósito descriptivo y sintético de nuestro estudio impide detenernos en cada una de ellas, que podrán dar lugar a futuras investigaciones. Más que una batería de propuestas nítidamente delineadas, por lo tanto, lo que se pretende es realizar una discreta apología de los sorteos, invitando al lector a reflexionar sobre todo el potencial que este procedimiento decisorio —considerado todavía por muchos como algo excéntrico— puede tener en el ámbito jurídico-público.

¹²⁵ DUXBURY, 1999: 14.

¹²⁶ GREELY, 2011: 123.

¹²⁷ En este sentido, DUXBURY, 1999: 93; SAMAHA, 2009: 50; y PERRY y ZARSKY, 2015: 1063-1064.

¹²⁸ Así se deduce, por ejemplo, del artículo 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, sobre autorizaciones demaniales; el ya citado artículo 552-11 del Código Civil Catalán (CCCat), sobre la adjudicación de la vivienda familiar cuando se disuelve la comunidad de bienes; o la abundante normativa sobre asignación de plazas escasas en centros educativos, en la que el sorteo se establece como último recurso.

5.1. El sorteo y la despolitización: el Consejo General del Poder Judicial

Como es sabido, la elección de miembros del Consejo General del Poder Judicial se ha convertido en los últimos años en un *casus belli* que enfrenta a los principales partidos políticos y asociaciones de jueces y magistrados¹²⁹. Frente al sistema de elección actual, muy determinado por las mayorías parlamentarias y que conlleva una acusada captura partidista, son recurrentes las propuestas tendentes a despolitizarlo mediante un sistema de elección que dé mayor protagonismo a los miembros de la carrera judicial¹³⁰. Estas propuestas, sin embargo, suelen toparse con la resistencia de los partidos políticos, que denuncian el peligro de corporativismo latente ese sistema alternativo de selección.

Pues bien, una posible forma de despolitizar el órgano de gobierno del Poder Judicial sería la selección mediante sorteo de sus doce miembros provenientes de la carrera judicial, entre aquellos magistrados que cumplieran determinados requisitos de antigüedad, mérito y capacidad, y que se postularan como candidatos¹³¹.

Un sorteo así contribuiría a despolitizar el órgano, aislándolo frente a injerencias tanto políticas como corporativistas; garantizaría una cierta representatividad de los miembros de la carrera judicial; y daría entrada a personas con perfiles más plurales y menos politizados. Todo ello podría robustecer la legitimidad del Consejo, que atraviesa horas muy bajas por las banderías políticas que vienen rodeando la selección de sus miembros en los últimos lustros¹³².

5.2. Sorteos, méritos y métricas: el acceso a los estudios de Medicina

La asignación de ciertos recursos escasos en función del mérito está muy extendida y resulta frecuentemente razonable. En cualquier caso, en determinados contextos de competencia muy estrecha la aplicación de este criterio puede resultar complicada o producir efectos indeseados.

En el caso del acceso a estudios superiores muy demandados —v.g., la carrera de Medicina— la competencia es feroz, condiciona sustancialmente tanto el sistema

¹²⁹ La composición del Consejo viene regulada por los 122 CE y 567 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹³⁰ Así, por ejemplo, Rosario SERRA CRISTÓBAL, “La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 299-321; y David ORTEGA GUTIÉRREZ, “La elección del Consejo General del Poder Judicial a debate: el contraste con Europa”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 30, 2021, pp. 1-20.

¹³¹ Desde tribunas doctrinales se ha propuesto esta selección aleatoria, por ejemplo, en: Francisco SOSA WAGNER, *La independencia del juez, ¿una fábula?*, La esfera de los libros, Madrid, 2016, pp. 259-260; y Rafael BUSTOS GISBERT, *Calidad democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 128-129.

¹³² No se nos esconde, empero, que la alternativa del sorteo también plantea problemas. Entre ellos, destaca un debilitamiento de su legitimidad democrática, al desvincular su nombramiento de instancias representativas.

educativo como la vida de los candidatos durante meses —cuando no años—, y se dirime por unas pocas centésimas. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, como acredita el sostenido debate en torno a la admisión de estudiantes en las universidades norteamericanas más prestigiosas¹³³.

Pues bien, frente a la lógica de la selección de los mejores aspirantes, que en España se articula en torno a la nota de acceso a la universidad, podría considerarse un sistema de admisión previa seguida de un sorteo¹³⁴. Mientras que el sistema actual pretende seleccionar a los mejores candidatos, comparándolos entre ellos en función de su nota de acceso, la admisión seguida de sorteo aspira a elegir a candidatos suficientemente buenos, cualidad que se constata comparando a cada aspirante con unos criterios previamente definidos que permitan predecir su éxito en los estudios que pretende acometer¹³⁵.

Este sistema presenta al menos cuatro ventajas.

En primer lugar, relativiza el valor de la nota de acceso a la universidad, índice cuantitativo que refleja correcta pero no precisa ni perfectamente la capacidad o mérito de cada candidato. Esta relativización resulta oportuna, ya que implica asumir dos cosas. De un lado, que pequeñas diferencias de décimas o centésimas no resultan significativas, toda vez que pueden obedecer a las diferentes varas de medir de los centros educativos de proveniencia o de quienes corrigieron las pruebas de acceso a la universidad, así como a la diferente dificultad de dichas pruebas en cada Comunidad autónoma¹³⁶. De otro lado, que la capacidad de un estudiante no es una realidad unifactorial que puede reducirse a un guarismo¹³⁷.

En segundo lugar, restar algo de trascendencia a la nota media puede mitigar la obsesión de estudiantes y centros educativos por los resultados —la famosa “nota de corte”—, obsesión que incentiva a los centros a enfocar su docencia exclusivamente al examen, y a los estudiantes que aspiran a estudios sobredemandados a focalizar toda su atención en el examen y la nota durante largos meses o años. Los criterios de admisión actuarían como una suerte de “cláusula de saciedad” a partir de la cual no tendría sentido realizar más esfuerzos, permitiendo a centros educativos y estudiantes emplear sus energías en otras direcciones menos “utilitaristas” y liberándoles de la agobiante carrera por diferenciarse en los méritos¹³⁸.

¹³³ Sobre el particular, y entre muchos, Schwartz, 2005.

¹³⁴ En el ámbito irlandés, HYLAND propone este sistema en: *Entry to Higher Education in Ireland in the 21st Century*, Higher Education Authority, Dublín, 2011.

¹³⁵ Abunda en esta distinción entre seleccionar y admitir HOFSTEE, 1990: 750-751.

¹³⁶ Como apunta SCHWARTZ (2016: 7), las diferencias entre los candidatos cualificados frecuentemente son menores que el margen de error de las herramientas que se utilizan para evaluarles. En idéntico sentido, Peter STONE, “Access to Higher Education by the Luck of the Draw”, *Comparative Education Review*, núm. 57-3, 2013, pp. 590-591.

¹³⁷ Para una crítica a la excesiva confianza otorgada a las métricas, también en el ámbito educativo, véase: Jerry Z. MULLER, *The Tyranny of Metrics*, Princeton University Press, Princeton, 2018.

¹³⁸ Sobre este aspecto es particularmente elocuente SCHWARTZ, 2016: 10 y ss.

En tercer lugar, la admisión seguida de sorteo sitúa el acceso a la universidad en la lógica de los derechos y la saca de las lógicas de la competencia y la eficiencia. Mientras que esta lógica lleva a elegir a los mejores, atendiendo a criterios de capacidad y buscando maximizar el retorno de los recursos públicos educativos; aquella hace elegible a todo aquél que reúna los requisitos mínimos, satisfaciendo así su derecho a realizar los estudios de su elección¹³⁹.

Finalmente, el sorteo contribuiría a erosionar lo que Michael Sandel ha denominado como “la tiranía” del mérito, mérito que muy frecuentemente tiene más que ver con cuestiones de cuna, habilidades innatas, oportunidades o pura suerte que con el esfuerzo y la capacidad real de cada persona¹⁴⁰.

Este conjunto de ventajas ha llevado a algunos países e instituciones educativas a utilizar el sorteo en la admisión de estudiantes en ciertos estudios universitarios con más demanda que oferta. La experiencia más conocida es la de Países Bajos, que durante más de dos décadas permitió a las facultades de Medicina seleccionar a sus estudiantes mediante un sorteo ponderado, y que, tras un hiato entre los años 1996 y 2023, recientemente ha vuelto a admitir dicho sistema¹⁴¹. Se trata de una fórmula inteligente y articulada, que bien podría ser ensayada en nuestro país.

5.3. El sorteo, la igualdad de trato y la construcción de comunidad: el acceso a los beneficios sociales y la elección de docencia

Si, como acabamos de exponer, la técnica del sorteo puede poner coto a la competencia por arriba y mitigar la meritocracia, también puede corregir la competencia por abajo, modulando los efectos de la discriminación positiva. Asimismo, puede contribuir a dinamizar la asignación de ciertos recursos, arrancándolos de las manos

¹³⁹ Cfr. HOFSTEE, 1990: 751. La disyuntiva entre la maximización y la satisfacción es presentada por GREELY, 2011: 121-122.

¹⁴⁰ Michael SANDEL, *La tiranía del mérito*, Debate, Madrid, 2020, pp. 59 y ss. Por varios de los motivos que hemos expuesto, el prestigioso profesor de Harvard se inclina también por el sorteo como forma de asignación de plazas en las universidades sobredemandadas, entre aquellos aspirantes que reúnan un buen nivel académico (SANDEL, 2020: 238). En esta misma línea, GOODWIN (2005: 425 y 3046) subraya que las propias capacidades o talentos frecuentemente son innatos, inmerecidos y aleatorios, lo que le lleva a defender un mayor recurso a los sorteos, que considera naturalmente antimeritocráticos.

¹⁴¹ El progresivo abandono y final prohibición del sistema en 2017 vino ocasionado por el polémico rechazo de una muy buena estudiante en tres sorteos celebrados en años consecutivos. La experiencia holandesa es discutida en detalle en Conan BOYLE, *Lotteries for education*, Imprint Academic, Exeter, 2010, pp. 141-162; y, más recientemente, en: Olle TEN CATE, “Rationales for a Lottery Among the Qualified to Select Medical Trainees: Decades of Dutch Experience”, *Journal of Graduate Medical Education*, núm. 13(5), 2021, pp. 612-615. WOLFLE (1970: 1201) trae también a colación el sistema seguido durante algunos años por la Escuela de Artes de Illinois, que elegía a sus estudiantes por sorteo entre los candidatos cualificados.

de unas élites y permitiendo una mayor rotación en su disfrute¹⁴². Se trata, en ambos casos, de prevenir el efecto *winner takes all* que pueden producir otras formas de asignación, y que tiene como consecuencia el desapego hacia lo público y una cierta fragmentación social¹⁴³. Veámoslo.

Nada de injusto tiene, por supuesto, que la distribución de los beneficios del Estado social incorpore mecanismos de discriminación positiva, atendiendo a las necesidades de algunos individuos o colectividades. Conviene que dicha opción, empero, se lleve a cabo de forma razonable y ponderada, para evitar tres consecuencias negativas: que los recursos terminen siempre en las mismas manos; que se penalice la iniciativa para salir de situaciones de desventaja; y que se excluya sistemáticamente a amplias clases sociales del acceso a esos beneficios. Llevada al extremo, la lógica de la discriminación positiva y la redistribución (en este caso, *loser takes all*) incentiva una competencia a la baja, donde cada persona y grupo se afana en buscar agravios o vulnerabilidades a los que poder acogerse para acceder a los recursos públicos. Y donde quienes no los encuentran se quedan con la extraña sensación de que el Estado social —al que contribuyen con sus impuestos— les ignora injustamente.

Dos ejemplos permiten ilustrar nuestra argumentación.

Imaginemos un matrimonio joven con dos hijos que lleva años viviendo en España y en el que ambos cónyuges trabajan por el salario mínimo interprofesional; y una familia monoparental migrante que lleva tres meses viviendo en nuestro país. Aplicando criterios de necesidad, probablemente la madre soltera tendrá prioridad a la hora de acceder a muchos recursos públicos: llevar a su hijo a una guardería pública, escolarizarle en el centro de su preferencia, conseguir una beca de comedor y acceder a una vivienda de protección oficial. El matrimonio, por su parte, a pesar de llevar años contribuyendo y de tener serias dificultades para acceder a la vivienda, criar a los hijos y conciliar, no tendrá opciones reales de acceder a esos beneficios sociales —que contribuye a generar y que tan bien le vendrían para llevar adelante su proyecto familiar—, ya que todos terminan en la persona que atraviesa una situación objetiva de mayor dificultad.

El segundo ejemplo, que podemos situar en el contexto estadounidense, es el de una estudiante blanca que se queda fuera de la universidad de su preferencia por una cuota racial que prioriza la admisión de personas de raza negra¹⁴⁴.

¹⁴² Sobre el potencial de los sorteos para evitar la creación de privilegios elitistas, GOODWIN, 2005: 151.

¹⁴³ GREELY, 2011: 115.

¹⁴⁴ Muy simplificada, este fue el caso de Barbara Grutter, cuya solicitud de acceso a la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan fue rechazada, en parte debido a la existencia de cuotas reservadas para personas de minorías raciales. Tras un largo itinerario procesal, en el que se planteó la posibilidad de sortear las plazas, el Tribunal Supremo dio la razón a la Universidad y a su política de admisión. Cfr. *Grutter v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2325 (2003). KIM analiza este y otros dos supuestos similares en: “The colorblind lottery”, *Fordham Law Review*, núm. 9, 2003, pp. 12-17, defendiendo el mantenimiento de las cuotas y descartando el sorteo.

En ambos casos, la aplicación de criterios de necesidad o discriminaciones positivas tiene efectos perniciosos en la esfera de terceros, que quedan excluidos del acceso a ciertos recursos escasos a los que —en principio— tendrían —un cierto— derecho.

Cuando los criterios de necesidad se aplican en la asignación de unos pocos recursos que quizá no todos necesitan —como puede ser una beca de comedor—, el descontento que esta discriminación positiva genera entre los excluidos será, probablemente, pequeño, y debe ser ignorado. Ahora bien, cuando dichos criterios se aplican en la asignación de un creciente número de recursos que, además, amplias capas de la población entienden como necesarios —plaza en una guardería pública cuando ambos padres trabajan, admisión en el colegio o universidad de su preferencia, vivienda de protección oficial—, y pequeñas diferencias de renta determinan que los recursos vayan habitualmente a las mismas manos, el descontento es más comprensible y acaso deba ser atendido. Y ello porque si, como dice el manido lema de la Agencia Tributaria española, “Hacienda somos todos”, lo razonable es que todos podamos beneficiarnos de los recursos públicos. Una cosa es, como recomienda KIM defendiendo la llamada acción afirmativa, alterar las probabilidades (*altering the odds*) para que los más desfavorecidos puedan alcanzar un buen resultado y disfrutar de los beneficios del Estado social¹⁴⁵; y otra bien distinta es hacerlo hasta el punto de que quienes estaban *a priori* en una situación ventajosa —por su renta, mérito, capacidad o contribución— pierdan la mayoría de sus posibilidades de beneficiarse de lo común, con el desapego hacia lo político y lo público que de ello indudablemente se deriva.

En nuestra opinión, introducir sistemas aleatorios en la asignación de algunos de estos recursos puede ser una buena fórmula para reconstruir el concepto de ciudadanía y el sentido de pertenencia a la comunidad. Frente a una apuesta incondicional por la igualdad material, que divide a la población en grupos y colectivos conforme a sus necesidades y a las discriminaciones históricas que han padecido —sean estas acreditadas o presuntas— y los pone en competencia por los recursos públicos, quizá sea conveniente un cauteloso retorno a la igualdad formal, que sostiene que todas las personas son iguales y merecen idéntico trato, si no en todos, al menos en muchos ámbitos de la vida¹⁴⁶.

Esta capacidad integradora de los sorteos, idónea para evitar que los recursos positivos caigan siempre en las mismas manos, puede desplegar sus efectos en contextos en que las diferencias de trato no se deben a discriminaciones positivas, sino a otros criterios distributivos, como el mérito o la antigüedad. Pensemos, por ejemplo, en la elección de grupos de docencia en las universidades públicas, que suele hacerse entre los profesores por orden categoría y antigüedad. De acuerdo con este sistema (aquí, *winner takes all*) siempre tendrán preferencia los mismos, lo que implica una

¹⁴⁵ KIM, 2003: 27-28.

¹⁴⁶ Los sorteos, es cierto, excluyen el recurso a discriminaciones positivas; pero también ignoran las desigualdades de partida, lo que indudablemente contribuye —quizá en menor medida, quizá más lentamente— a conseguir la igualdad material.

desigualdad que no siempre resulta justa (una persona que entró dos semanas antes que otra y que promociona a su mismo ritmo, durante toda su carrera académica elegirá docencia antes que la otra). Sortear el turno de elección —al menos cada equis años—, contribuiría a mitigar esa desigualdad y, en la línea que apuntamos, a generar un mayor sentido de cohesión en el cuerpo de docentes —particularmente, entre los que siempre eligen más tarde—, ya que todos se verán expuestos cada cierto tiempo a impartir clase tanto en los grupos *a priori* más cualificados como en los más difíciles.

En conclusión, en los ejemplos que hemos presentado el sorteo se muestra como un instrumento útil para alcanzar dos fines. De un lado, para evitar que pequeñas diferencias entre los candidatos se magnifiquen, resultando siempre preferidos los mismos por mínima que su ventaja o desventaja de inicio pudiera ser. Y, de otro lado, para visibilizar que a la postre todos formamos parte de una comunidad —todos somos contribuyentes, aspirantes a una plaza de la universidad o profesores de un departamento—, y que más allá de nuestras diferencias, es justo que en ocasiones seamos tratados como iguales. No siempre, claro está; pero tampoco nunca.

5.4. El sorteo ponderado como solución de compromiso: la adjudicación de plazas en centros educativos de la red pública

La última propuesta que nos gustaría presentar consiste en una utilización más frecuente del sorteo ponderado en contextos de adjudicación de recursos escasos.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, en los sorteos ponderados no todos los participantes tienen las mismas probabilidades de ser elegidos, sino que las probabilidades se amplían o reducen en función de diferentes razones, a fin de adaptarlas a la fuerza de las pretensiones de cada candidato. Este tipo de sorteos ha sido empleado en algunos contextos educativos en Países Bajos y Estados Unidos, y ha sido propuesto para asignar tratamientos médicos en situaciones de pandemia¹⁴⁷. En nuestro país, recientemente ha sido propuesto como mecanismo idóneo para adjudicar las plazas en centros educativos de la red pública cuando su número no alcanza a cubrir la demanda¹⁴⁸. Explicamos algunas ventajas de los sorteos ponderados al hilo de este supuesto de adjudicación.

¹⁴⁷ En Países Bajos, el acceso a estudios universitarios de la rama sanitaria se ha determinado durante décadas a través de un sorteo ponderado, que otorga diferentes probabilidades de acceso en función de la nota de cada candidato. Sobre el particular, véase BOYLE (2010:141-162). Actualmente, el sorteo ponderado se aplica en algunos estados norteamericanos para asignar plazas en las *public charter schools*, centros que guardan cierta semejanza con nuestros colegios concertados. Cfr. Lauren E. BAUM, *State Laws on Weighted Lotteries and Enrollment Practices*, National Alliance for Public Charter Schools, Washington, 2015. En cuanto al sorteo ponderado en contextos de pandemia, véase JANSEN y WALL (2021).

¹⁴⁸ Cfr. Juan María MARTÍNEZ OTERO, “Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública”, *REALA*, núm. 22, 2024, pp. 46-48.

En primer lugar, el sorteo ponderado permite diferenciar a los candidatos en función de criterios sustantivos, lo que abre la puerta a realizar distinciones que se consideran justas, sea en base a la necesidad, el mérito o la capacidad de cada aspirante. Lo que sucede es que las distinciones se limitan a condicionar el resultado, no a determinarlo ineluctablemente. De acuerdo con la ley de los grandes números, la selección beneficiará mayoritariamente a quienes reúnan las condiciones previamente establecidas por los poderes públicos, lo que contribuirá a satisfacer los intereses generales en términos de redistribución o eficiencia. Así, en el caso de los centros escolares sobredemandados, las familias numerosas, monoparentales, de escasos recursos económicos o que residan cerca del colegio obtendrán la mayoría de plazas disponibles.

Ahora bien, y esta es la segunda ventaja de los sorteos ponderados, esa prioridad de determinadas familias no se consigue al precio de ignorar totalmente las preferencias del resto de familias y excluirlas de plano de la adjudicación¹⁴⁹. En este sentido, podría decirse que el sorteo ponderado es un mecanismo inclusivo, ya que permite tomar en consideración —siquiera mínimamente— las preferencias de todos los aspirantes. En nuestro caso, cualquier familia tendrá opciones reales de entrar en su centro escolar preferido, aunque no puntúe en ninguno de los criterios recogidos en los baremos de admisión¹⁵⁰. Las opciones de cada familia, empero, se verán adecuadas proporcionalmente al peso de su pretensión, que se modulará en función del número de puntos que obtengan por cumplir los criterios preferentes de admisión.

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, el sorteo permite dotar al sistema de asignación de una mayor legitimidad. Y ello porque todos los aspirantes a una plaza cuentan con opciones reales de obtenerla, y si no la consiguen no es debido exclusivamente a una decisión política discrecional —como el diseño de las zonas escolares o la determinación de los umbrales de renta— ni a una circunstancia relativamente inmodificable —como el lugar de residencia—, sino también debido a la mala suerte, al azar. Es presumible que esta relativa igualdad de partida, el hecho de tener opciones reales de entrar en el colegio deseado, mitigue la sensación de injusticia —y de desafección hacia lo público— de las familias que finalmente no resulten admitidas¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sobre el argumento de que las preferencias otorgadas por la acción afirmativa no deben resultar excesivas ni excluyentes, véase URTEAGA, 2009: 198-199.

¹⁵⁰ Compartimos la opinión de Broome cuando sostiene que las pretensiones deben ser satisfechas en función de su peso o su fuerza. Ello implica que las pretensiones fuertes merecen una mayor satisfacción que las débiles; pero también que las débiles merecen una cierta satisfacción, resultando injusto que sean anuladas siempre y en todo caso por las más fuertes. Cfr. John BROOME, "Fairness", *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 91(1), 1991, p. 95. El sorteo ponderado permite incorporar estos matices al sistema de asignación.

¹⁵¹ Como apunta GREELY (2011: 123-124), las personas aceptan mejor ciertas decisiones cuando son dejadas al azar que cuando son consecuencia de decisiones políticas o de la aplicación de principios que no comparten.

El sorteo ponderado nos parece, pues, una forma inteligente de toma de decisiones públicas. Implica una suerte de vía intermedia o solución de compromiso que permite hacer distinciones razonables sin absolutizarlas; y que impide que tener menos derecho que alguien a un determinado recurso público equivalga, en la práctica, a no tener derecho alguno¹⁵².

Esta forma de sorteo permite aprovechar muchas de las ventajas de los sorteos que hemos analizado en el epígrafe anterior, al tiempo que mitiga la mayoría de los inconvenientes allí consignados.

6. CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas precedentes hemos ofrecido una caracterización de los sorteos como mecanismo de adopción de decisiones en el Derecho público.

Tras analizar sus principales utilidades, y ofrecer una visión panorámica de sus ventajas e inconvenientes, hemos presentado algunos ámbitos en que los sorteos podrían contribuir a diseñar políticas y adoptar decisiones públicas más justas¹⁵³.

Esperamos que nuestro estudio suscite un mayor interés en esta forma de adopción de decisiones públicas. Como hemos procurado demostrar, y contra lo que pudiera parecer, los sorteos constituyen una alternativa sofisticada, inteligente y, en muchas situaciones, enormemente racional.

BIBLIOGRAFÍA

- Michael ABRAMOWICZ *et al.*, “Randomizing Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 159-4, 2011, pp. 929-1005.
- Akhil R. AMAR, “Choosing Representatives by Lottery Voting”, *The Yale Law Journal*, núm. 93, 1984, pp. 1283-1308.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “La adjudicación administrativa de recursos escasos”, *Indret*, núm. 1-2015, 2015, pp. 1-42.

¹⁵² Se refieren al sorteo ponderado como solución de compromiso HOFSTEE, 1990: 752; y GOODWIN, 2005: 3231; y SAMAHA, 2009: 7. Como resume Duxbury (1999: 69-70), “el sorteo ponderado muestra consideración y respeto a los candidatos con pretensiones más débiles, dándoles alguna posibilidad de obtener el bien. No son tratados en pie de igualdad, es verdad, pero tampoco son ignorados”. Va de suyo, sin embargo, que tras el sorteo puede suceder que quien *a priori* tenía pretensiones más fuertes sobre un bien o derecho se vea privado del mismo, lo que también resulta problemático.

¹⁵³ Por inevitables razones de espacio, hemos renunciado a explorar algunas aristas interesantes. Entre ellas, nos resulta particularmente atractiva la que estudia la conexión entre posiciones ideológicas y la justificación de determinados sorteos, que no nos resistimos a enunciar. Así, la intuición apunta a que desde posiciones más liberales se preferirán sorteos a ciertas adjudicaciones por necesidad (v.g., en relación con las plazas en centros escolares sobredemandados); mientras que desde postulados más socialdemócratas se preferirá el sorteo a ciertas adjudicaciones basadas en el mérito o la capacidad (así, al repartir las plazas en Facultades de Medicina o el orden de elección de grupos de docencia entre profesores).

- Luis ARROYO JIMÉNEZ y Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número”, *La administración de la escasez*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 25-46.
- Vilhelm AUBERT, “Chance in social affairs”, *Inquiry*, núm. 2:1-4, 1959, pp. 1-24.
- Lauren E. BAUM, *State Laws on Weighted Lotteries and Enrollment Practices*, National Alliance for Public Charter Schools, Washington, 2015.
- Gary S. BECKER, “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, núm. 76-2, 1968, pp. 169-217.
- Deborah BENNET, *Randomness*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- Conan BOYLE, *Lotteries for education*, Imprint Academic, Exeter, 2010.
- John BROOME, “Fairness”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 91(1), 1991, pp. 87-101.
- Rafael BUSTOS GISBERT, *Calidad democrática*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Las regulaciones experimentales”, *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, núm. 2022-1, 2022, pp. 103-146.
- Neil DUXBURY, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.
- Torstein ECKHOFF, “Lotteries in Allocative Situations”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 193-213 (reproducción del artículo original, publicado en 1989).
- Jon ELSTER, *Solomonic Judgements*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- Álvaro FERRER y Lucas GORTAZAR, “Diversidad y libertad. Reducir la segregación escolar respetando la capacidad de elección de centro”, *Esade EcPol Insight*, núm. 29, 2021, pp. 1-28.
- Stephen E. FIENBERG, “Randomization and Social Affairs: The 1970 Draft Lottery”, *Science*, vol. 171, núm. 3968, 1971, pp. 255-261.
- Roberto FUMAGALLI, “We Should Not Use Randomization Procedures to Allocate Scarce Life-Saving Resources”, *Public Health Ethics*, núm. 15-1, 2022, pp. 87-103.
- Barbara GOODWIN, *Justice by Lottery*, Imprint Academic, Exeter, 2005. (Libro digital. Las referencias se hacen a la posición en el texto, no a la página).
- Francisco GRANADOS CALERO, *El jurado en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Hank GREELY, “The Equality of Allocation by Lot”, *Lotteries in Public Life: A Reader* (ed. P. Stone), Andrews UK Limited, Luton, 2011, pp. 113-141 (reproducción del artículo original, publicado en 1977).
- Bernard E. HARCOURT, *Against prediction. Profiling, policing and punishing in an actuarial age*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Tim HENNING, “From Choice to Chance? Saving People, Fairness and Lotteries”, *Philosophical Review*, vol. 124-2, 2015, pp. 169-206.
- Willem K. B. HOFSTEE, “Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis”, *Social Science Information*, núm. 29-4, 1990, pp. 745-763.
- Johan HUIZINGA, *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 2005.
- Áine, HYLAND, *Entry to Higher Education in Ireland in the 21st Century*, Higher Education Authority, Dublín, 2011.
- Lynn A. JANSEN y Steven WALL, “Weighted Lotteries and the Allocation of Scarce Medications for COVID-19”, *The Hastings Center Report*, núm. 51(1), 2021, pp. 39-46.
- Pauline T. KIM, “The colorblind lottery”, *Fordham Law Review*, núm. 9, 2003, pp. 9-39.
- Sid Z. LEIMAN, “The Ethics of Lottery”, *Kennedy Institute Quarterly Report*, núm. 4, 1978, pp. 8-11.
- María Dolores MACHADO RUIZ, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Juan María MARTÍNEZ OTERO, “Criterios de adjudicación de plazas en centros escolares de la red pública”, *REALA*, núm. 22, 2024, pp. 28-52.
- Ramiro MARTÍNEZ PINILLA, “Los sorteos que utilizan las primeras letras de los apellidos como criterio de selección son injustos”, *TEMat*, núm. 2, 2018, pp. 1-13.

- James D. MILLER, "Using lotteries to expand the range of litigation settlements", *The Journal of Legal Studies*, núm. 26-1, 1997, pp. 69-94.
- Alberto MONTORO BALLESTEROS, "La aleatoriedad en el Derecho y el problema de la justicia", *Revista de estudios políticos*, núm. 128, 2005, pp. 29-58.
- Remedios MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Universitas - UNED, Madrid, 2002.
- Dennis C. MUELLER *et al.*, "Representative Democracy via Random Selection", *Public Choice*, núm. 12, 1972, pp. 57-68.
- Jerry Z. MULLER, *The Tyranny of Metrics*, Princeton University Press, Princeton, 2018.
- David ORTEGA GUTIÉRREZ, "La elección del Consejo General del Poder Judicial a debate: el contraste con Europa", *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 30, 2021, pp. 1-20.
- Felipe PAREDES, "Democracia, representación y sorteo: un análisis conceptual", *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 113-146.
- Ronen PERRY y Tal Z. ZARSKY, "May the odds be ever in your favor: lotteries in Law", *Alabama Law Review*, núm. 66-5, 2015, pp. 1035-1068.
- Henry M. RIVERA, "Licensing by Lottery: the FCC's experience", *Administrative Law Review*, núm. 35-1, 1983, pp. 53-60.
- Cristián ROMÁN CORDERO, "Los sorteos en el derecho público", *Revista de Derecho Público*, núm. 98, 2023, pp. 95-112.
- Viktor RUDENKO, "Elecciones por sorteo y democracia", *Ciencia ergo-sum*, núm. 21-2, 2014, pp. 155-162.
- Adam M. SAMAHA, "Randomization in adjudication", *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 273*, The Law School – University of Chicago, 2009, pp. 1-64.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2018 (14ª).
- Michael SANDEL, *La tiranía del mérito*, Debate, Madrid, 2020.
- Pierre SCHLAG, *The enchantment of reason*, Duke University Press, Durham, 1998.
- Rosario SERRA CRISTÓBAL, "La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 299-321.
- Francisco SOSA WAGNER, *La independencia del juez, ¿una fábula?*, La esfera de los libros, Madrid, 2016.
- Peter STONE, "The logic of Random Selection", *Political Theory*, núm. 37-3, 2009, pp. 375-397.
- Peter STONE, "Access to Higher Education by the Luck of the Draw", *Comparative Education Review*, núm. 57-3, 2013, pp. 577-599.
- Peter STONE, "Non-reasoned decision-making", *Economics and Philosophy*, núm. 30, 2014, pp. 195-214.
- Barry SCHWARTZ, "Top Colleges Should Select Randomly from a Pool of Good Enough", *Chronicle of Higher Education*, febrero de 2005, pp. 20-25.
- Barry SCHWARTZ, "Why selective colleges should become less selective -and get better students", *Capitalism and Society*, núm. 11-2, 2016, pp. 1-17.
- Olle TEN CATE, "Rationales for a Lottery Among the Qualified to Select Medical Trainees: Decades of Dutch Experience", *Journal of Graduate Medical Education*, núm. 13(5), 2021, pp. 612-615.
- Edna ULLMANN-MARGALIT y Sidney MORGENBESSER, "Picking and Choosing", *Social Research*, núm. 44, 1977, pp. 757-785.
- Eguzki URTEAGA, "Las políticas de discriminación positiva", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 2009, pp. 181-213.
- César VALLEJO SERNA, "Representación democrática y nuevas formas de participación en Colombia y en el mundo", *Democracia, representación y nuevas formas de participación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 147-181.
- José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, "Animales de compañía y crisis familiares", *Indret*, núm. 4-2024, 2024, pp. 1-48.
- Dael WOLFLE, "Chance, or Human Judgement?", *Science*, vol. 167, núm. 3922, 1970, p. 1201.

LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA: UNA PROPUESTA DOCTRINAL DESDE LA DOGMÁTICA DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA TEORÍA GENERAL DE LOS ACTOS*

ALGORITHMIC ADMINISTRATIVE ACTION: A DOCTRINAL PROPOSAL BASED ON THE DOGMATICS OF ADMINISTRATIVE ACTION AND THE GENERAL THEORY OF ACTS

Jesús A. Tahirí Moreno

Contratado predoctoral de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: el presente trabajo tiene por objeto el análisis de la naturaleza jurídica de la actuación administrativa algorítmica desde la óptica de la dogmática de la acción administrativa y la teoría general de los actos. Partiendo de un enfoque metodológico analítico apoyado en razonamientos lógico-inductivos y lógico-deductivos, se aborda en primer lugar la relevancia jurídica y el impacto de las decisiones algorítmicas en la actividad formal e informal de la Administración, proponiéndose su calificación como actos administrativos que deben formar parte del expediente a los efectos de su fiscalización. En segundo lugar, se examina el nuevo derecho a una explicación del artículo 86 RIA y su conexión con el artículo 22 RGPD, así como la incidencia de ambos preceptos en la

* La versión inicial de este estudio recibió el XX Premio de Derecho Público “Gascón y Marín”, otorgado por la Real Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. El trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco de los Proyectos de Generación de Conocimiento «Innovación para una salud de vanguardia: compra pública, tecnología, sostenibilidad ambiental y factores socioeconómicos (IN-SALVAN)» (PID2021-127828NB-I00); «Hacia la buena administración desde la contratación pública en el contexto de la Unión Europea de la salud» (PID2023-150327NB-I00) y «Los retos de la inteligencia artificial para el Estado social y democrático de Derecho» (PID2022-136548NB-I00), financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. De otra parte, aprovecho esta nota al pie para agradecer encarecidamente a los evaluadores sus observaciones y sugerencias, ya que me han permitido mejorar sustancialmente el manuscrito inicial.

actuación administrativa algorítmica. El estudio evidencia la necesidad de reformular y actualizar el concepto vigente de actuación administrativa automatizada, a fin de adecuarlo a una realidad tecnológica que ha dejado obsoleta la noción de Administración electrónica. Asimismo, se pone de manifiesto la necesidad de superar en algunos aspectos la dogmática jurídico-administrativa tradicional para dar cabida a las nuevas formas de relación entre la Administración y los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: decisiones automatizadas, actuación administrativa automatizada, actos administrativos, actuación administrativa algorítmica.

ABSTRACT: the purpose of this paper is to analyse the legal nature of algorithmic administrative action from the perspective of administrative action dogma and general theory of acts. Using an analytical methodological approach based on logical-inductive and logical-deductive reasoning, it first addresses the legal relevance and impact of algorithmic decisions on the formal and informal activities of the Administration, proposing that they be classified as administrative acts that must form part of the file for the purposes of their control. Secondly, it examines the new right to an explanation in Article 86 RIA and its connection with Article 22 GDPR, as well as the effect of both provisions on algorithmic administrative action. The study highlights the need to reformulate and update the current concept of automated administrative action in order to adapt it to a technological reality that has rendered the notion of electronic administration obsolete. It also highlights the need to overcome certain aspects of traditional legal and administrative dogma in order to accommodate new forms of relationship between the administration and citizens.

KEYWORDS: automated decision-making, automated administrative action, administrative acts, algorithmic administrative action.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. 1.1. Metodología, estructura y objetivos de la investigación. 1.2. Precisiones conceptuales y terminológicas.— 2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA: 2.1. La acción administrativa en el marco del procedimiento: la calificación jurídica de las actuaciones algorítmicas como actos de trámite o definitivos en función de su finalidad y contenido; 2.2. La actuación administrativa algorítmica informal: la problemática derivada del déficit de controles a las actuaciones ejecutadas en la fase previa a la iniciación del procedimiento; 2.3. Vías de control de las decisiones algorítmicas. 2.3.1. El control de las actuaciones algorítmicas informales que puedan afectar desfavorablemente al interesado o vulnerar derechos fundamentales; 2.3.2. El control de las actuaciones algorítmicas que constituyan actos de trámite: su necesaria incorporación a la resolución que finaliza el procedimiento; 2.3.3. El control de las decisiones algorítmicas que constituyen actos definitivos o resolutorios.— 3. LOS PRINCIPALES VICIOS QUE PUEDEN AFECTAR A LA VALIDEZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA: 3.1. Ausencia o insuficiencia de motivación; 3.2. La omisión del trámite de audiencia y su impacto en el derecho a una buena administración; 3.3. La vulneración del principio de juridicidad: una crítica a la sustitución del imperio de la ley por la dictadura del algoritmo.— 4. UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL NUEVO DERECHO A UNA EXPLICACIÓN DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU IMPACTO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA: 4.1. El problema de la falta de efectividad del derecho a una explicación en la Administración Pública, 4.2. El derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del artículo 22 RGPD y su distinción respecto del derecho a una explicación del RIA, 4.3. Conclusión: la necesaria regulación de un derecho específico a la explicación de las decisiones algorítmicas en la ley

de procedimiento administrativo común.— 5. REFLEXIONES FINALES: UNA LLAMADA A LA NECESARIA ADECUACIÓN Y REEQUILIBRIO DE LOS PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN.— 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.

1.1. Metodología, estructura y objetivos de la investigación.

Es un hecho notorio que la Administración se enfrenta a cambios significativos cuyas consecuencias afectan a varios de sus elementos estructurales. Para suerte de algunos y desdicha de otros, nos han tocado vivir tiempos de cambio y transición. Catárticos diría yo. Algunos los afrontan con miedo, alarmismo y un exceso de conservadurismo tendente a mantener la anquilosada arquitectura de nuestra Administración tal y como está. Otros, imbuidos de un espíritu progresista, reciben los cambios que nos han sumergido en la Cuarta Revolución Industrial (aunque ya se empieza a comentar en algunos foros que nos encontramos en los albores de la quinta) con ilusión, confianza, y plenamente convencidos de las ventajas que las ya no tan nuevas tecnologías reportan a la ciudadanía.

Personalmente, apuesto por una tercera vía que denominaré reformista, en cuya virtud defiendo la transformación de la Administración como un paso necesario e inevitable. Ahora bien, conservando todo aquello que sea digno de conservar. En este sentido, las garantías del ciudadano frente a la Administración son un pilar fundamental del Estado de Derecho en toda sociedad que se precie democrática. Constituyen, en mi opinión, una victoria de la ciudadanía frente al poder que no debemos descuidar. Debemos, pues, preservarlas, y, en la medida en que sea necesario, actualizarlas y perfeccionarlas.

Es en este contexto de transición hacia una Administración 4.0 en el que se inserta el artículo científico. El objetivo del estudio es aportar algunos elementos que contribuyan a la necesaria construcción de una teoría de las decisiones administrativas algorítmicas, partiendo de una perspectiva dogmática que ponga el foco en la acción administrativa. Para cumplir el cometido, en el apartado II se analizará la naturaleza de la actuación administrativa algorítmica, diferenciando entre los actos dictados en el marco del procedimiento de las actuaciones *ad extra* que carecen de moldes procedimentales a los que ajustarse. Asimismo, también se expondrán los mecanismos de control de esta especial categoría de decisiones, cuestión esta última que dista de estar clara y en la que existen lagunas normativas que considero sustanciales.

Una vez delimitada su naturaleza jurídica, en el apartado III se abordará un asunto de capital relevancia en términos dogmáticos: los vicios de invalidez que pueden afectar a las actuaciones algorítmicas. El análisis se centra, pues, en los presupuestos de validez de los resultados arrojados por dichos sistemas, dejando a un lado el examen de los requisitos de los programas informáticos. Son las decisiones algorítmicas, y no la herramienta aisladamente considerada (simple instrumento), las que en últi-

ma instancia pueden producir efectos (directos o indirectos) en la situación jurídica de los interesados.

Finalmente, se examinará el nuevo *derecho a una explicación* reconocido por el Reglamento europeo de Inteligencia Artificial¹ en su art. 86 (en adelante, RIA)². Este derecho (que en su vertiente jurídico-pública constituye una manifestación del deber de motivación) será de plena aplicación a las Administraciones Públicas que adopten decisiones basándose en los resultados de salida de un sistema de IA, siempre que se den una serie de requisitos. No obstante, debo adelantar que su impacto en la actuación administrativa, al menos de momento, será mínimo. Más atención merece a mi juicio el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)³, por lo que se llevará a cabo un análisis conjunto de ambos preceptos, habida cuenta de su complementariedad. Todo ello con la finalidad de identificar lagunas y proponer reformas que se adecúen a las especificidades de la Administración Pública.

Respecto de la metodología utilizada, la investigación adopta un enfoque analítico, apoyado en razonamientos lógico-deductivos y lógico-inductivos. En particular, en el trabajo se lleva a cabo un análisis de la actuación administrativa algorítmica a la luz de la teoría general de los actos y de la acción administrativa. Con el objetivo de justificar la necesidad del concepto propuesto y replantear algunas de las categorías dogmáticas existentes, se toman como referencia dos casos concretos en los que la Administración utiliza herramientas algorítmicas y para los que ni el ordenamiento jurídico actual ni la dogmática jurídico-administrativa tradicional ofrecen una respuesta adecuada a los problemas planteados. Por lo que se refiere al material de trabajo, los recursos utilizados han sido principalmente la doctrina académica general y especializada. Las referencias al marco normativo vigente son escasas y se limitan únicamente a poner de relieve los defectos derivados de las lagunas teóricas existentes.

¹ Para un análisis pormenorizado del articulado del Reglamento de Inteligencia Artificial, véase Moisés BARRIO ANDRÉS (dir.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, La Ley Aranzadi, 2024; Lorenzo COTINO HUESO y Pere SIMÓN CASTELLANO (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Aranzadi, 2024; Alejandro HUERGO Lora (ed.) y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ (coord.), *The EU regulation on Artificial Intelligence: A commentary*, Wolters Kluwer/CEDAM, 2025. No obstante, debe tenerse en cuenta que el RIA adopta un enfoque privatista cuyo fin principal es garantizar el buen funcionamiento del mercado único europeo, sin tener prácticamente en cuenta las particularidades que presenta el uso de la inteligencia artificial en la Administración. Para profundizar en la cuestión desde la perspectiva de la normalización europea, se recomienda la lectura de Álvarez GARCÍA y Tahiri MORENO, “La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023.

² Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

1.2. Precisiones conceptuales y terminológicas.

Expuesta la metodología, la estructura y los objetivos del estudio, conviene clarificar el marco conceptual y terminológico relativo a la actuación administrativa algorítmica. En primer término, debe quedar claro que en este concepto se incluyen tanto las actuaciones realizadas con la asistencia de inteligencia artificial en sentido estricto, como aquellas otras actuaciones que, si bien no emplean técnicas de inteligencia artificial, sí operan de forma automatizada o semiautomatizada y pueden servir de soporte o fundamento para la toma de decisiones.

Se parte, pues, de una concepción amplia y renovada del concepto *actuación administrativa automatizada*, donde esta constituye el género y el uso de sistemas de IA representa la especie (TAHIRÍ MORENO, 2024: 145). Partir de un concepto amplio permite superar los debates (interesantes a fin de determinar la norma aplicable, pero realmente fútiles en el plano dogmático) en torno a si nos encontramos ante un sistema de IA o no, evitándose de este modo el desarrollo de un marco normativo disperso y diferenciado en función del tipo de tecnología que emplee la Administración⁴.

Lo sustancial, a mi juicio, es la capacidad de la herramienta algorítmica para orientar la actuación administrativa y producir efectos jurídicos (ya sea directa o indirectamente) en la esfera personal o patrimonial del interesado, no la técnica utilizada (v.g., inteligencia artificial, tratamiento y análisis masivo de datos, análisis de redes o grafos, etcétera)⁵. El concepto de actuación administrativa algorítmica que se propone trasciende, pues, el concepto de actuación administrativa automatizada⁶, tratando

⁴ Una muestra de la dispersión y el tratamiento diferenciado la encontramos en la Ley 2/2025, de 2 de abril, para el desarrollo e impulso de la inteligencia artificial en Galicia. Si bien la norma refuerza las garantías del administrado frente al uso de sistemas de inteligencia artificial por el sector público autonómico, lo cierto es que deja fuera de su ámbito de aplicación todo supuesto de uso de sistemas algorítmicos que no sean sistemas de inteligencia artificial. Algo similar ocurre en la Ley 7/2024, de 11 de diciembre, de medidas urgentes de simplificación y racionalización administrativas de las administraciones públicas de las Illes Balears. En este supuesto, el Legislador balear amplía las garantías previstas en el artículo 41 de la Ley 40/2015, sí, pero únicamente para los casos de uso de sistemas de inteligencia artificial (art. 67.2, párrafo segundo).

⁵ Algunos autores, como el profesor VIDA FERNÁNDEZ, esperan que la paulatina implementación de sistemas de inteligencia artificial en la Administración de lugar a una mayor regulación de las actuaciones administrativas automatizadas (2025: 706). En mi opinión, la fuerza de la inercia no constituye en modo alguno una solución al déficit de garantías existente. En primer lugar, no todos los sistemas de inteligencia artificial quedarán sujetos a las disposiciones del RIA; y, en segundo lugar, son muchos los sistemas algorítmicos utilizados por la Administración que no operan con inteligencia artificial, por lo que el ámbito de aplicación de esta norma es, a todas luces, insuficiente.

⁶ Y lo trasciende no solo en cuanto a su contenido, sino también respecto de sus fines. Las actuaciones administrativas automatizadas responden a un modelo de Administración electrónica de otro tiempo, mientras que el concepto de actuación administrativa algorítmica que aquí se propone trata de ofrecer respuestas a las necesidades y problemas de una Administración Pública tecnológicamente avanzada e inmersa en una revolución industrial.

con ello de dar una respuesta global y actualizada a las problemáticas derivadas del uso de sistemas algorítmicos.

En segundo término, conviene tener presente que, a nivel europeo, el concepto de sistema de IA ha quedado restringido a los sistemas autónomos que puedan presentar capacidad de adaptación tras el despliegue [art. 3, cardinal 1) y considerando 12 RIA]⁷.

Corolario de lo anterior es que un gran número de sistemas de IA en sentido técnico podrían permanecer extramuros del ámbito de aplicación del RIA. Esta interpretación restrictiva, unida a las escasas garantías que ofrece el concepto normativo de actuación administrativa automatizada, es otro de los argumentos que, en mi opinión, justifican la necesidad de reformular doctrinalmente esta categoría.

Finalmente, es necesario advertir que en este estudio se utilizará el término “decisión” para hacer referencia a cualquier tipo de resultado generado por un sistema algorítmico que influya, oriente o fundamente tanto la actuación administrativa informal como el contenido de un acto administrativo. Opere o no con inteligencia artificial y constituya o no un acto decisorio desde la perspectiva procedimental. En este sentido, se parte de un concepto amplio de decisión que abarca también las decisiones individuales automatizadas que, pese a no producir efectos jurídicos directos, sí pueden influir de manera determinante en la situación jurídica del interesado. Se acoge, por consiguiente, la interpretación que del art. 22 del RGPD ha realizado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 7 de diciembre de 2023, asunto C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957)⁸.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA.

Uno de los principales problemas que plantea a nivel dogmático el uso de sistemas algorítmicos en la Administración gira en torno a la determinación de la natu-

⁷ Respecto del requisito de la adaptabilidad, debe tenerse en cuenta que la Comisión Europea ha matizado su contenido, en la medida en que lo interpreta como una condición meramente facultativa del sistema informático que no determina *per se* su calificación como sistema de inteligencia artificial [apartado (23) del anexo de la Comunicación por la que se aprueba el proyecto de Directrices de la Comisión sobre el concepto de sistema de inteligencia artificial establecido por el Reglamento (UE) 2024/1689]. Sin embargo, y como el propio documento reconoce en su apartado 7, a quien corresponde en última instancia interpretar el Derecho de la Unión es al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que es perfectamente posible una interpretación diversa del contenido de los requisitos. Puede accederse al texto completo en el siguiente enlace <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-publishes-guidelines-ai-system-definition-facilitate-first-ai-acts-rules-application>.

⁸ Un comentario a la sentencia puede encontrarse en Lorenzo Cotino Hueso, “La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial”, *Diario LA LEY*, N° 80, 2024. No obstante, en este trabajo se realizará un análisis de los efectos de la resolución en el ámbito específico de la Administración Pública.

raleza jurídica de la información que proporcionan y de las actuaciones posteriores que se acometen con fundamento o por influjo de esta. A fin de arrojar algo de luz sobre este asunto, resulta de enorme interés analizar: (i) en el ámbito formal, si nos encontramos ante actos administrativos y, en caso afirmativo, ante qué categoría de actos; (ii) si en el ámbito de la actuación administrativa informal o en la fase previa a la iniciación del procedimiento las decisiones algorítmicas que influyan en actos posteriores pueden ser objeto de control; y (iii) ante posibles vulneraciones, qué tipos de controles existen frente a esta especial categoría de decisiones⁹.

2.1. La acción administrativa en el marco del procedimiento: la calificación jurídica de las actuaciones algorítmicas como actos de trámite o definitivos en función de su finalidad y contenido.

Cuando la acción administrativa tiene lugar una vez iniciado el procedimiento administrativo, para calificar correctamente la decisión algorítmica en cuestión debemos tener en cuenta tanto su contenido como los efectos que produce sobre la situación jurídica del destinatario de dicha actuación. En este sentido, resulta de interés traer a colación el procedimiento para la concesión del bono social regulado en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica y en la Orden ETU/943/2017, de 6 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

La razón de utilizar este procedimiento y no otro viene determinada por el interés que suscita el hecho de que la Sentencia nº 143/2021 del Juzgado Central de lo Contencioso nº 8¹⁰ reconoce en su Fundamento Jurídico Tercero la naturaleza de

⁹ Un análisis específico sobre el control judicial de las decisiones administrativas discrecionales adoptadas con IA puede encontrarse en Juli Ponce Solé, “Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 9, 2024, pp. 171-220.

¹⁰ Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo 143/2021, de 30 de diciembre de 2021 (Roj: SAN 5863/2021 — ECLI:ES:AN:2021:5863). Dicha resolución judicial ha sido confirmada en apelación por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 7ª) de 30 de abril de 2024 (rec. nº 0000051/2022). En torno a esta última sentencia se generó un debate sobre el derecho de acceso al código fuente del programa BOSCO entre los profesores Huergo Lora y Ponce Solé cuya lectura recomendamos. Las aportaciones de ambos pueden leerse en Alejandro Huergo Lora, “Por qué aciertan las sentencias sobre el ‘algoritmo’ del bono social eléctrico. Almacén de Derecho, 2024, <https://almacendederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>; Alejandro Huergo Lora, “Distopía y algoritmos”, Almacén de Derecho, 2024, <https://almacendederecho.org/distopia-y-algoritmos>; Juli Ponce Solé, “Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico”, Almacén de Derecho, 2024, <https://almacendederecho.org/por-que-se-equivocan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>; y Juli Ponce Solé, “Utopía y algoritmos”, Almacén de Derecho, 2024, <https://almacendederecho.org/>

acto administrativo dictado por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) al resultado arrojado por la aplicación informática BOSCO. Además, la sentencia atribuye, como no puede ser de otro modo, la responsabilidad de la decisión al órgano administrativo (MITECO), no a la comercializadora de referencia, pudiendo impugnar el interesado el acto tanto en vía administrativa como judicial. Ergo, de lo expuesto se infiere sin dificultades que las actuaciones algorítmicas que pongan fin al procedimiento constituyen formal y materialmente resoluciones administrativas. Siendo este un razonamiento de Perogrullo, lo cierto es que la normativa que regula el procedimiento administrativo para la concesión del bono social no parece llegar a la misma conclusión.

En primer lugar, son las comercializadoras de referencia (empresas privadas que operan en el mercado regulado de luz y gas) quienes gestionan la aplicación que emite lo que material y formalmente son actos administrativos resolutorios, en la medida en que deciden si un ciudadano puede ser beneficiario o no de una ayuda pública y ponen fin al procedimiento. Esta delegación de potestades públicas en favor de sujetos privados tiene un difícil encaje legal (*ex art. 9.2 EBEP*)¹¹ y solo se justifica por el hecho de que el Poder Ejecutivo no considera el resultado dado por el programa informático BOSCO una auténtica resolución dictada en el ejercicio de una potestad pública.

En segundo lugar, conviene resaltar que la normativa que regula el procedimiento tampoco prevé un trámite de audiencia en el supuesto de que la decisión automatizada sea desfavorable. No se permite, pues, al interesado, alegar los motivos que a su derecho convengan para acreditar que cumple con los requisitos para obtener la ayuda. Esto es especialmente grave, máxime teniendo en cuenta que los potenciales beneficiarios pertenecen a colectivos vulnerables y en riesgo de exclusión social¹².

Finalmente, tampoco se prevé un recurso contra el acto administrativo que deniega el derecho al bono social. Así, tanto el Real Decreto como la Orden Ministerial se limitan a remitir a la normativa de consumidores en caso de discrepancias. En otras palabras, en lugar de un recurso administrativo ante el órgano que dictó el acto que se impugna o, si el acto no pone fin a la vía administrativa, ante su superior jerárquico, lo que se dispone es una reclamación ante los servicios de consumo. Esto es algo que choca frontalmente contra principios básicos de la dogmática jurídico-administrativa y con lo previsto en las leyes de procedimiento administrativo.

utopia-y-algoritmos. En esta ocasión me posiciono a favor del profesor Huergo Lora, pues no considero necesario el acceso al código fuente en este supuesto concreto. Al tratarse de decisiones regladas cuya conformidad a Derecho es fácilmente verificable, el acceso al código fuente supone una medida excesiva e innecesaria.

¹¹ Dispone el precepto de forma taxativa que “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

¹² Sobre los vicios de invalidez que pueden afectar a la actuación algorítmica me remito al apartado III de este estudio.

¿Cómo es posible que una decisión que formal y materialmente constituye un acto resolutorio no pueda ser impugnada ante el órgano administrativo competente? Es al MITECO, y no a los servicios de consumo, a quien corresponde resolver la conformidad a Derecho del acto resolutorio impugnado. Al tratarse de un acto que pone fin al procedimiento, lo procedente es que el interesado pueda formular un recurso administrativo contra la decisión desfavorable (la denegación de la ayuda estatal), o, en su caso, un recurso contencioso-administrativo ante el órgano judicial competente.

Este proceder por parte del Poder Ejecutivo evidencia con nitidez la necesidad de clarificar la naturaleza jurídico-administrativa de las decisiones algorítmicas. Toda actuación de la Administración llevada a cabo en el marco de un procedimiento es un acto administrativo. Y ello con independencia de los medios que se utilicen para dictar el acto. Ahora bien, no todas las actuaciones algorítmicas pueden ser calificadas de la misma forma. Así, en algunas ocasiones constituirán simples actos de trámite (solo impugnables en el supuesto de que sean actos de trámite cualificados¹³) mientras que en otras gozarán de la naturaleza de resoluciones administrativas.

En conclusión, considero esencial adquirir conciencia sobre la relevancia jurídica de los resultados que arrojan los programas informáticos utilizados por la Administración y sus efectos sobre el ciudadano. Más importante que los sistemas algorítmicos aisladamente considerados son los actos derivados de su uso los que deberían ocupar nuestra atención. La teoría general de los actos administrativos nos permite dar respuestas a las nuevas formas de actuación de la Administración. No está de más recordar que toda actuación algorítmica es un acto administrativo, en la medida en que contenga una declaración de juicio, de voluntad, de conocimiento o de deseo dictada por la Administración en el ejercicio de una potestad administrativa (con excepción de la reglamentaria), siguiendo la clásica definición de ZANOBINI¹⁴ conocida por todos y ampliamente seguida entre nosotros¹⁵.

Esta interpretación tiene consecuencias importantes, pues comporta que todo acto algorítmico (ya sean decisiones, recomendaciones, o cualquier tipo de información que contribuya a la decisión final) debería, en mi opinión, formar parte del expediente administrativo.

¹³ Un análisis sobre esta categoría de actos puede encontrarse en César CIERCO SEIRA, "Reflexiones sobre los actos de trámite cualificados", *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 10, 2024, pp. 189-233.

¹⁴ ZANOBINI (1954: 312).

¹⁵ Por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: 591 y ss.); COSCULLUELA MONTANER (2022: 383 y ss.); BERMEJO VERA (2016: 286 y ss.) o ÁLVAREZ GARCÍA y ARIAS APARICIO, (2022: 37 y ss.), entre muchos otros.

2.2. La actuación administrativa algorítmica informal: la problemática derivada del déficit de controles a las actuaciones ejecutadas en la fase previa a la iniciación del procedimiento.

Otra de las cuestiones a las que la dogmática administrativa debe dar respuesta es a los riesgos que plantea el uso de sistemas algorítmicos en el ámbito de la actuación informal de la Administración¹⁶. Huelga decir que la acción administrativa no se agota con la producción de actos administrativos. Existen, pues, múltiples dimensiones en las que la actividad administrativa se ejerce sin necesidad de acudir a esta institución (v.g., la actividad de inspección o de control).

Pese a que dichas actuaciones no están sujetas a un procedimiento formalizado ni pueden ser aprehendidas desde la teoría clásica de los actos administrativos, ello no significa en modo alguno que dicha actividad sea indiferente para el Derecho. En el caso que nos ocupa, podemos definir la actuación administrativa algorítmica informal como *las actuaciones realizadas al margen de un procedimiento administrativo mediante la utilización o con el apoyo de sistemas algorítmicos que influyan o puedan influir directa o indirectamente en el ejercicio de potestades públicas*.

El máximo exponente de este tipo de actuaciones lo encontramos en la Administración tributaria, donde la inspección cuenta con herramientas algorítmicas muy potentes para planificar y ejercer sus funciones de control. Así, un caso paradigmático de actuación algorítmica automatizada en el ejercicio de actividades inspectoras es el uso del programa HERMES, un sistema que emplea la minería de datos para elaborar perfiles y categorizar a los contribuyentes en función del riesgo defraudatorio. Gracias a esta herramienta, la Administración selecciona de forma rápida y eficaz a los contribuyentes que serán objeto de un procedimiento de inspección o de comprobación.

Aunque desde la perspectiva dogmática acciones como esta encajan a la perfección dentro del concepto de actividad informal de la Administración, lo cierto es que desde el punto de vista legal esta clase de actuaciones no se consideran actividad

¹⁶ A pesar de la relevancia de la actividad informal de la Administración, lo cierto es que se trata de un ámbito que ha sido poco trabajado por la doctrina española. Para introducirse en este campo recomiendo la lectura de Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2003; José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y Marcos ALMEIDA CERREDA, “Sobre la llamada actividad informal de la administración pública”, en *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* / coord. por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Eloísa CARBONELL PORRAS; Luis COSCULLUELA MONTANER (hom.), Madrid, Iustel, 2015, pp. 393-412; Clara Isabel 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*, 5, 2022, pp. 37-71; y Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “Lección 20. Actuaciones sin procedimiento”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Mercé DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Marcial Pons, 2024, pp. 507-523.

administrativa automatizada. Así, dispone el art. 41.1. de la LRJSP que “Se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público”¹⁷.

El concepto establecido por el poder legislativo excluye de plano todo acto o actuación que no se realice en el marco de un procedimiento, lo que implica dejar fuera buena parte de las actuaciones algorítmicas automatizadas. Asimismo, de la definición se infiere que, en la medida en que intervenga de forma directa un empleado público, tampoco estaremos ante una actuación administrativa automatizada¹⁸. Se parte, pues, de un concepto sumamente restrictivo cuya consecuencia directa se traduce en un déficit de garantías y controles a la utilización de un amplio número de sistemas algorítmicos, dado que, al no subsumirse en el concepto legal de *actuación administrativa automatizada*, no están obligados a cumplir los requisitos del art. 41.2 LRJSP.

A tenor de lo expuesto, una de las soluciones que podrían llevarse a cabo con el objetivo de dotar de mayores garantías a la ciudadanía frente al uso de sistemas algorítmicos por la Administración pasa por ampliar el concepto de *actuación administrativa automatizada*. Solo a través de la extensión de los contornos de este concepto puede asegurarse que las actuaciones algorítmicas llevadas a cabo al margen del procedimiento se realizan con pleno respeto a los derechos fundamentales. No es necesario recordar que el respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (ex art. 9.1 CE) opera también en la fase previa a la iniciación de un procedimiento y con independencia del grado de formalidad de la actuación. Tampoco que los principios generales del derecho constituyen un límite y una garantía que modula y orienta, no solo la actividad formal de la Administración, sino también la informal o material¹⁹.

¹⁷ En el ámbito tributario, es el art. 96 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria el que regula la utilización de tecnologías informáticas y telemáticas. No obstante, la interpretación que la Administración Tributaria (AEAT) hace del apartado 4 del precepto ha supuesto que los sistemas algorítmicos más potentes no cuenten con la previa aprobación, ya que, según este organismo, «el art. 96.4 de la Ley General Tributaria no se refiere a cualquier aplicación informática sino sólo a aquellas utilizadas directamente “para el ejercicio de sus potestades” por la Administración, que son las que suponen una actuación automatizada (pues son las únicas aplicaciones que directamente se utilizan para el ejercicio de potestades de la Agencia Tributaria, en cuanto que como tal potestad tiene que producir efectos jurídicos actuales o potenciales frente a los ciudadanos, según la definición tradicional de potestades administrativas). Es decir, la utilización de aplicaciones informáticas de mero soporte en la actuación administrativa, como son aquellas sobre las que se ha planteado la solicitud, no están comprendidas en dicho precepto, sino únicamente las que directamente suponen el ejercicio de una potestad administrativa» (alegaciones de la AEAT contenidas en la Resolución 825/2019, de 13 de febrero de 2020, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: p. 3).

¹⁸ A juicio de GAMERO CASADO, también se incluirían en el concepto de «actuación administrativa automatizada» las actuaciones dictadas en el marco de un procedimiento en el que intervenga un empleado público de forma indirecta (2023: p. 5).

¹⁹ En relación con la actividad material o técnica de la Administración, se ha sostenido con acierto la inexistencia de actos indiferentes para el Derecho (GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: p. 872).

Así, ¿puede considerarse conforme a Derecho la decisión de incoar un procedimiento de inspección o sancionador como consecuencia de los resultados generados por un sistema algorítmico opaco que opera con técnicas discriminatorias?²⁰ Quizás en otros tiempos el motivo que impulsaba al funcionario a tomar la decisión era inexpugnable, cuando no imposible de fiscalizar. Constituía una decisión meramente subjetiva que obedecía a criterios de oportunidad²¹. Empero, ahora sí podemos conocer la lógica que subyace a un sistema algorítmico en el proceso de toma de decisiones y los datos que emplea el programa informático para, por ejemplo, seleccionar a un contribuyente y no a otro. En otras palabras, cuando la Administración utiliza un sistema algorítmico, podemos objetivar y fiscalizar las razones que han llevado al sistema a arrojar un resultado concreto²².

Por consiguiente, cuando la decisión del funcionario se fundamenta o tiene su origen en los resultados dados por una herramienta cuya finalidad es valorar o constatar las circunstancias fácticas que lleven aparejada una consecuencia jurídica, esa información tiene que formar parte del futuro expediente administrativo. La utilización de estos programas no puede ser concebida, a mi parecer, como un simple elemento auxiliar o instrumental. Antes bien, resulta imprescindible que los interesados conozcan cómo y por qué se ha tomado la decisión de, por ejemplo, iniciar un expediente sancionador contra ellos.

Contra este razonamiento se puede alegar que los motivos que impulsan a tomar la decisión de incoar un procedimiento sancionador o inspector no determinan *per se* la comisión de una infracción administrativa. Que lo realmente importante es que se respeten las garantías desde la iniciación a la finalización del procedimiento que trae su causa de esa decisión. O, como arguye el profesor HUERGO LORA, “inspeccionar no es sancionar”, por lo que lo peor que le puede ocurrir al ciudadano es que se le inspeccione sin haber cometido una infracción (2023: 8)²³.

No comparto los razonamientos de esta índole, ya que tan importante es asegurar el respeto a las garantías en la fase del procedimiento *sensu stricto* como en su fase previa. ¿O acaso la vigencia de los derechos fundamentales se suspende durante las

²⁰ Un excelente trabajo sobre el funcionamiento de los sistemas algorítmicos y su potencial discriminatorio puede encontrarse en la tesis doctoral de Alba SORIANO ARNANZ, “Posibilidades actuales y futuras para la regulación de la discriminación producida por algoritmos”, 2020. Disponible en <https://hdl.handle.net/10550/77050>.

²¹ Algunos autores, entre los que destaca el profesor HUERGO LORA, consideran que no deberían exigirse garantías adicionales por el solo hecho de que la actuación sea digital, cuando las mismas actuaciones no tengan consecuencias si las realiza un ser humano (2025: 43-44).

²² En este sentido, apunta en buena dirección CIERCO SEIRA al destacar, entre otros instrumentos, la importancia del uso de herramientas algorítmicas como mecanismo para controlar la arbitrariedad inspectora y reducir el margen de apreciación en la selección de potenciales infractores (2024: 39-40).

²³ En mi opinión, lo peor que le puede ocurrir al ciudadano no es que la Administración se equivoque, sino que acierte y sea objeto de una sanción. Sanción esta que tiene su raíz en el uso de un potente sistema algorítmico que probablemente emplee técnicas discriminatorias y cuyo funcionamiento desconocemos.

actuaciones inspectoras previas?²⁴ ¿Es jurídicamente admisible inspeccionar o sancionar a un ciudadano cuando ha sido previamente seleccionado con base en criterios probabilísticos potencialmente discriminatorios?²⁵ No podemos ventilar el asunto razonando que, en última instancia, es el juicio humano el que prevalece y que la máquina solo aporta elementos auxiliares o instrumentales. O afirmando como un dogma insoslayable que las actuaciones previas no se dirigen contra una persona concreta y que carecen de efectos jurídicos.

Tampoco, por supuesto, prohibiendo el uso de estas herramientas o imponiendo un principio de transparencia absoluta que impida a la Administración ejercer sus potestades de forma eficaz, colocando así al administrado en una mejor posición para eludir el cumplimiento de las normas, en lo que se ha denominado el juego del algoritmo (BAMBAUER y ZARSKY, 2018). Lo que sí sería adecuado y respetuoso con los derechos fundamentales y las garantías del administrado es dotar a las decisiones algorítmicas que formen parte de la actividad informal de la Administración de valor jurídico. En la medida en que pueden influir en la toma de decisiones posteriores, las actuaciones algorítmicas previas al procedimiento deben obrar, en su caso, en el futuro expediente. Solo de este modo estaremos en disposición de verificar que la actuación administrativa se halla sometida a la ley y al Derecho. No podemos obviar que se trata de información que afecta al interesado, y ello con independencia de que finalmente sea objeto o no de una decisión desfavorable²⁶.

²⁴ A este respecto, señalaba con buen criterio el profesor BERMEJO VERA hace ya más de dos décadas que "... las funciones inspectoras ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto, ni son practicables en todo el ámbito o materia o sector en que son factibles jurídicamente, ni son exigibles por terceros *ad libitum*. Por supuesto, tampoco pueden vulnerar las propias normas de procedimiento administrativo específico o general, ni las de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos" (1998: 54).

²⁵ En este sentido, se ha razonado que "Muchas de estas decisiones aproximativas están sometidas a un marco jurídico poco estricto, en el que no se exige apenas motivación. Son actos administrativos de trámite, no recurribles autónomamente, y, si se constata que la resolución del procedimiento es materialmente correcta (porque concurre su presupuesto de hecho), es difícil que un problema en el acto de iniciación dé lugar a la anulación de la resolución" (HUERGO LORA, 2023: 127). No puedo estar de acuerdo con este razonamiento. Si el interesado acredita que en las actuaciones previas que dieron lugar a la iniciación del procedimiento se vulneraron derechos fundamentales la consecuencia no puede ser otra que la nulidad radical de la resolución sancionadora. Lo contrario sería legitimar y reconocer una especie de "tierra sin ley" en la que la Administración puede campar a sus anchas sin atender a las exigencias que el Derecho le impone.

²⁶ Sobre el particular, resulta sumamente ilustrativa la doctrina establecida por la STS 1181/2023, de 25 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3748. La sentencia, que sienta jurisprudencia sobre los arts. 53 y 55 de la LPAC, reconoce en su FJ Séptimo, en primer lugar, la naturaleza de "procedimiento administrativo" de la información previa o reservada. Así, sostiene la Sala Tercera que "Asimismo, al tiempo de los hechos enjuiciados estaba vigente el artículo 53.1 de la Ley 39/2015 que regula los derechos de los interesados en un procedimiento administrativo, naturaleza que no puede negarse a la información previa o reservada, según el caso, sin que exista excepción expresa en la norma para su acceso". En segundo lugar, y consecuencia lógica de lo anteriormente dispuesto, concluye la Sala a continuación que "De lo anteriormente argumentado ninguna duda ofrece que en la información reservada o información previa abierta respecto a un funcionario para determinar si posteriormente se incoa o no un procedimiento disciplinario tiene la condición de interesado en un procedimiento, conforme al artículo

La transformación de los métodos y las formas en que la Administración Pública actúa y se relaciona con el ciudadano requiere de respuestas dirigidas a reequilibrar sus poderes exorbitantes. El incremento de la eficacia y la eficiencia en la satisfacción de los intereses generales gracias al uso de herramientas algorítmicas es indudable. Ahora bien, el fin (la prosecución del interés general) no habilita a la Administración a utilizar cualquier medio. Existen determinados ámbitos de actuación en los que si se quieren emplear sistemas algorítmicos, debe hacerse reforzando la transparencia y las garantías de los interesados que puedan verse significativamente afectados como consecuencia de su uso. Respetando el principio de proporcionalidad y eliminando todo atisbo de arbitrariedad en la acción administrativa. Antes no podíamos escrutar el fuero interno del funcionario para saber por qué optaba por una opción y no por otra. Quizás si hubiéramos gozado de esa capacidad, muchos procedimientos habrían sido anulados por incurrir en vicios de nulidad radical.

En definitiva, las actuaciones algorítmicas extra procedimentales no pueden permanecer al margen del Derecho administrativo. Su relevancia jurídica es incuestionable, dados los efectos que pueden producir en la esfera del interesado y su potencial discriminatorio. Para paliar el déficit de garantías existentes, sería adecuada una ampliación de las lindes del concepto *actuación administrativa automatizada* del art. 41 LRJSP. En primer lugar, incluyendo a las actuaciones que se lleven a cabo fuera del marco de un procedimiento²⁷. En segundo lugar, interpretando la expresión “en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público” (art. 41.1. *in fine*) en el sentido de que el empleado público no haya influido en modo alguno en el funcionamiento del sistema algorítmico. La simple validación del resultado con la firma del empleado público no puede ser entendida como una forma de intervención humana.

La actualización y adaptación del art. 41 LRJSP a la realidad de la Administración constituye una necesidad imperiosa, pues muchas de las herramientas en poder de la Administración han dejado desfasado el concepto “Administración electrónica”. Aquí no nos referimos a las decisiones automatizadas que se limitan a dar fe de una situación concreta, como pudiera ser un informe de situación actual del trabajador en la Seguridad Social²⁸. Tampoco a los supuestos en que la sustitución del ser humano por la máquina se reduce a tareas meramente auxiliares. De lo que se trata es de

4 de la Ley 39/2015”. Ergo, de la jurisprudencia expuesta (que a mi juicio tiene una proyección general) podemos afirmar tanto la naturaleza de procedimiento administrativo de las actuaciones previas del art. 55 LPAC como la condición de interesado en dicho procedimiento, lo que genera el derecho de acceso a todas las diligencias que consten en el expediente, *ex art.* 53.1. a) LPAC.

²⁷ A tal efecto, FORTES MARTÍN propone con buen tino una interpretación amplia del artículo 41 LRJSP que integre “toda actuación administrativa con relevancia o consecuencias jurídicas” (2025: 403). No obstante, teniendo en cuenta la literalidad del precepto y a fin de facilitar la aplicación de la norma a los operadores jurídicos, lo adecuado sería ampliar el concepto a través de una reforma legislativa.

²⁸ Noción que sigue muy presente en el legislador autonómico. Así, para el legislador valenciano la actuación administrativa automatizada tiene como fin principal “habilitar servicios que permitan la descarga telemática de acreditaciones de actos o actuaciones contemplados en su norma de creación, en los que no hay intervención directa del personal empleado público, y que estarán sujetos a los siste-

dar una adecuada cobertura normativa al uso de herramientas analíticas e inteligentes que sirven para impulsar y orientar actuaciones que despliegan efectos jurídicos de indudable relevancia sobre el ciudadano. Y ello con independencia de su capacidad de aprendizaje, de su grado de autonomía o, en definitiva, de que el programa informático utilice o no IA en sentido estricto²⁹.

2.3. Vías de control de las decisiones algorítmicas.

2.3.1. *El control de las actuaciones algorítmicas informales que puedan afectar desfavorablemente al interesado o vulnerar derechos fundamentales.*

Por lo que se refiere a los mecanismos de control, en el ámbito de la actividad administrativa algorítmica debemos diferenciar de nuevo entre la actuación extra procedimental o informal y la intra procedimental o formal. En el primer caso, la posición que aquí se sostiene exige que todo resultado emitido por un sistema algorítmico que dé lugar a la iniciación de un procedimiento que pueda producir efectos desfavorables en la esfera del interesado forme parte del futuro expediente administrativo. En virtud de esta tesis, lo impugnado seguiría siendo el acto resolutorio que pusiera fin al procedimiento. Ahora bien, la incorporación al expediente de los antecedentes que dieron lugar a la incoación permitirá controlar la adecuación a Derecho de toda la actuación en vía administrativa y jurisdiccional.

De este modo, se pone coto a la imposibilidad de fiscalizar una actuación informal que, pese a no producir efectos jurídicos directos ni ser vinculante, puede influir de forma determinante en la conducta y el juicio del empleado público. Aquí conviene insistir en que el empleado público que desempeña una actividad informal no goza de una patente de corso en cuya virtud pueda vulnerar principios generales del derecho o derechos fundamentales so pretexto de la eficacia y la eficiencia en el ejercicio de sus funciones.

La tesis propuesta nos permite realizar un control que va más allá del procedimiento o de los elementos objetivos y subjetivos de la resolución objeto de impugnación. Es decir, trasciende el puro control formal de la actuación administrativa para situarse en una posición en la que se analiza todo el *iter* procedimental, entendido este en sentido lato. A saber, no constreñido a la pura y simple concatenación de actos administrativos que finaliza con una resolución. Así pues, el interesado que consi-

mas establecidos en la normativa reguladora de la administración electrónica” (art. 41.2 de la Ley Ley 6/2024, de 5 de diciembre, de simplificación administrativa).

²⁹ Mucho me temo que si no se propone una ampliación del concepto de “actuación administrativa automatizada” a nivel normativo no serán pocas las situaciones en las que se empleen sistemas algorítmicos muy potentes en la Administración sin unas garantías adecuadas. Y ello con el argumento de que no nos encontramos ante un “sistema de inteligencia artificial” a la luz del RIA; de que las actuaciones no se han dictado en el marco de un procedimiento o, en última instancia, porque ha existido una “intervención humana” que impide subsumir la actuación en el concepto de “actuación administrativa automatiza”.

dere que el acto desfavorable impugnado tuvo su origen en una actuación algorítmica que pudiera considerarse contraria a Derecho, podrá atacar dicho acto impugnando los posibles vicios que pudieran haber surgido en la fase previa a la iniciación del procedimiento.

Esta propuesta cobra especial relevancia y adquiere sentido en la medida en que, como apuntaba anteriormente, es posible objetivar los resultados del sistema algorítmico empleado en la actuación administrativa informal. Me parece importante insistir en que no nos encontramos ante herramientas de carácter puramente instrumental o auxiliar, sino ante máquinas que valoran presupuestos fácticos y orientan e influyen, en mayor o menor grado, en la toma de decisiones administrativas.

Siguiendo con el ejemplo de la actividad inspectora a la que hacía referencia *supra*, el contribuyente que ha sido seleccionado por mor de la utilización de una herramienta algorítmica tendría derecho a conocer: i) cuáles han sido los datos empleados para llegar a la conclusión de que debe ser investigado³⁰; ii) cuál ha sido el proceso lógico realizado por la máquina para la toma de la decisión algorítmica y, si esto no es técnicamente posible, las especificaciones técnicas del algoritmo empleado por el sistema; y iii) en qué medida ha influido el resultado de la máquina en la iniciación de las actuaciones inspectoras.

Con este proceder se asegura la fiscalización de la actuación administrativa de principio a fin. Hace cuarenta años era técnicamente imposible controlar el proceso de toma de decisiones en las actuaciones previas a un procedimiento. Pero eso ha cambiado, por cuanto el uso de tecnologías como la inteligencia artificial o la minería de datos para la toma de decisiones hacen posible el escrutinio de la actividad informal o material de la Administración.

Desgraciadamente, la realidad es muy distinta en el ámbito de las actuaciones inspectoras. Ámbito este en el que impera la opacidad y donde la eficacia en la persecución de potenciales defraudadores o infractores prevalece sobre el respeto a los derechos fundamentales³¹. Tan es así que el propio Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio³², introduce en el apartado 7 de su art. 170 un principio de opacidad ab-

³⁰ Por supuesto, con pleno respeto a los límites establecidos por la legislación sectorial.

³¹ Una muestra clara de la preponderancia de la eficacia de las actuaciones inspectoras frente a los derechos del ciudadano queda reflejada en el contenido de la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 825/2019, de 13 de febrero de 2020. En síntesis, en la mencionada resolución se aplica el límite al derecho de acceso a determinada información de los programas de la Agencia Tributaria con base en la existencia de un supuesto perjuicio a las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control [art. 14.1, letra g) de la Ley 19/2013]. Ahora bien, una cosa es el derecho de acceso a la información pública y otra muy distinta el derecho del interesado a obtener una copia de los documentos contenidos en el procedimiento. Procedimiento en el que, como ha establecido la precitada STS 1181/2023, de 25 de septiembre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3748, FJ Séptimo, se entienden comprendidas las actuaciones previas.

³² Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

soluta al disponer que “...los medios informáticos de tratamiento de información y los demás sistemas de selección de los obligados tributarios que vayan a ser objeto de actuaciones inspectoras tendrán carácter reservado, no serán objeto de publicidad o de comunicación ni se pondrán de manifiesto a los obligados tributarios ni a órganos ajenos a la aplicación de los tributos”³³.

2.3.2. *El control de las actuaciones algorítmicas que constituyan actos de trámite: su necesaria incorporación a la resolución que finaliza el procedimiento.*

En términos dogmáticos, en este supuesto la solución es más sencilla. Así, ya vimos en el apartado II que las decisiones algorítmicas pueden ser actos resolutorios que ponen fin al procedimiento o simples actos de trámite. También se ha comprobado cómo, conforme a la teoría general de los actos administrativos, la naturaleza de las decisiones algorítmicas puede diferir en función de su finalidad. En la mayoría de los supuestos de uso de sistemas algorítmicos utilizados en el marco de un procedimiento, las decisiones algorítmicas arrojadas por estos constituirán declaraciones de juicio o de conocimiento. Por consiguiente, en la medida en que dichos actos de trámite contribuyen a reforzar la fundamentación e influyen en el sentido de la resolución, su inclusión en la misma deviene imperativo.

A los administrativistas no nos es ajena la técnica de la motivación *in aliunde* o por referencia a informes y dictámenes, desarrollada jurisprudencialmente y reconocida en el art. 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Considero que esta figura podría dar respuestas a alguna de las problemáticas que plantea el uso de sistemas algorítmicos en la Administración. Así, el hecho de incorporar a la resolución un informe completo del análisis funcional de la máquina, junto a los datos empleados y el proceso de toma de decisión permitirían: i) cumplir con el requisito de motivación cuando así lo exija la ley; y ii) garantizar que el ciudadano pueda conocer todas las razones que fundamentan la decisión a efectos de su posible impugnación.

De ahí la importancia que entraña la inclusión en el expediente administrativo de las actuaciones algorítmicas que, en su caso, se acometan en el marco del procedimiento. En mi opinión, sería una solución que permitiría superar uno de los principales vicios que puede hacer inviable el uso de determinados sistemas algorítmicos en la Administración: la ausencia o insuficiencia de motivación. Claro está, siempre que ello sea técnicamente posible. En caso de no serlo, la única solución es no usar este tipo de sistemas cuando ello pueda afectar desfavorablemente a los interesados.

³³ De nuevo, aquí conviene distinguir la opacidad de los medios informáticos de la opacidad de los resultados arrojados por dichos medios. No niego que mantener el carácter reservado de algunas funciones o características del programa pueda estar justificado y sea lo deseable. Ahora bien, en modo alguno se puede defender el uso indiscriminado o arbitrario de este tipo de sistemas algorítmicos y la opacidad de sus resultados.

En definitiva, la Administración tiene que avanzar hacia un modelo basado en la adquisición y el uso obligatorio de sistemas algorítmicos transparentes o de “caja blanca” que faciliten la fiscalización de los resultados que arrojan³⁴. Estos sistemas operan con técnicas de aprendizaje automático y, a diferencia de los modelos de “caja negra”, nos permiten conocer el proceso de decisión seguido para llegar al resultado arrojado³⁵.

2.3.3. El control de las decisiones algorítmicas que constituyen actos definitivos o resolutorios

En este punto la solución es clara y no requiere de mayores explicaciones: contra las decisiones algorítmicas que pongan fin al procedimiento podrán interponerse los recursos administrativos y contenciosos que legalmente procedan. Volviendo al caso BOSCO, la reclamación ante los servicios de consumo, prevista en las disposiciones reglamentarias que regulan el procedimiento, vulnera manifiestamente la LPAC.

En este supuesto, en función de si el acto agota o no la vía administrativa, lo que procederá es el recurso de reposición o alzada frente al órgano administrativo que corresponda o, en su caso, recurso contencioso-administrativo. Como ya afirmó la sentencia de instancia y la de apelación, el resultado dado por la aplicación informática BOSCO es formal y materialmente un acto administrativo dictado por el MITECO que puede ser impugnado en vía administrativa y judicial. La aplicación informática tiene una mera función instrumental que no corta el vínculo existente entre el órgano administrativo competente y el acto administrativo que pone fin al procedimiento (la decisión algorítmica).

En síntesis, las problemáticas asociadas al uso del programa informático BOSCO representan un caso paradigmático que puede servirnos para tomar nota de cara a la articulación de futuros procedimientos en los que la resolución es dictada mediante un sistema algorítmico. A mi parecer, es perfectamente posible (y recomendable) el uso de esta clase de sistemas, especialmente cuando el contenido de la resolución sea consecuencia del ejercicio de potestades regladas. Sin embargo, ello debe hacerse con pleno respeto a los derechos del interesado en el procedimiento.

³⁴ Aunque el término más adecuado sería el de “caja transparente” (pues el color blanco también es opaco), lo cierto es que en el campo de la programación se utiliza de forma generalizada el de “caja blanca” o *white box*, en contraposición a los sistemas opacos o de “caja negra”.

³⁵ Puede accederse a un resumen sobre las funciones de esta categoría de sistemas en el siguiente enlace <https://seon.io/es/recursos/glosario/caja-blanca-machine-learning/>.

3. LOS PRINCIPALES VICIOS QUE PUEDEN AFECTAR A LA VALIDEZ DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA

3.1. Ausencia o insuficiencia de motivación

La motivación, tradicionalmente definida por la doctrina como uno de los elementos formales que deben cumplir determinados actos administrativos (aunque, en puridad, afecta principalmente al fondo o contenido material del acto³⁶), exige plasmar las razones fácticas y jurídicas que justifican el sentido de la decisión. Supone, por tanto, un requisito de forma, pero también de fondo.

En el ordenamiento jurídico-administrativo español el requisito de la motivación es obligatorio para los actos enumerados en el art. 35 LPAC. No obstante, conviene tener en cuenta la paulatina proyección general del Derecho de la Unión Europea más allá de sus propias lindes³⁷. Así, el grado de permeabilidad del derecho interno gracias a la labor jurisprudencial ha facilitado la recepción de valores y principios que, como el derecho a una buena administración, solo eran de aplicación a las instituciones comunitarias. Reflejo de la importancia de la motivación para el derecho europeo es que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea impone este deber a todos los actos jurídicos dictados por sus instituciones (art. 296 TFUE).

Una de las razones que alega la doctrina para rechazar el uso de sistemas algorítmicos en determinados ámbitos de actuación es la imposibilidad o dificultad de cumplir con el deber de motivación (GAMERO CASADO, 2023: 17). Ciertamente, puede resultar complejo ejercer una potestad discrecional de forma automatizada sin justificar, en lógica jurídica y lenguaje natural, las razones de optar por un camino y no por otro a la hora de adoptar una decisión. No obstante, conviene advertir que esta desventaja no será un obstáculo insalvable por mucho tiempo, pues a medida que avance la tecnología y se facilite la explicabilidad de las decisiones será posible utilizar sistemas algorítmicos en el ejercicio de potestades discrecionales³⁸.

³⁶ En la misma dirección se han pronunciado, con referencia a una extensa jurisprudencia nacional y europea sobre la materia, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2022: 614) y MUÑOZ MACHADO (2015c: 67).

³⁷ Para SÁNCHEZ MORÓN, la motivación supone una “manifestación y una exigencia del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos a la buena administración (art. 41.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE)” (2023: 546).

³⁸ En el ámbito de los sistemas de inteligencia artificial que operan con técnicas basadas en aprendizaje automático no supervisado ya se habla de “codificadores automáticos dispersos”. Dichos codificadores permitirán conocer variables que hasta ahora permanecían ocultas, por lo que algunos desarrolladores están utilizándolos para entrenar sus modelos con la finalidad de dotarlos de una mayor transparencia y hacer explicables sus resultados. Una de las empresas que ya lo está haciendo es OpenAI. Pueden leer la noticia en <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/openai-acaba-emprender-camino-ambicioso-como-desafiante-entender-como-funciona-caja-negra-ia>.

Al menos como elemento de apoyo para la valoración de la concurrencia de presupuestos fácticos³⁹.

Ahora bien, con independencia de que la resolución haya sido dictada por un ser humano o una máquina, para el ciudadano de a pie lo esencial es que pueda conocer, en lenguaje natural, las razones fácticas y jurídicas que motivan la resolución. Mientras este requisito no se cumpla, la Administración deberá abstenerse de utilizar este tipo de tecnologías, pues todo acto carente de motivación dictado en el ejercicio de potestades discrecionales es un acto arbitrario.

Sensu contrario, si la tecnología empleada permite dar buena cuenta de los fundamentos de hecho y de Derecho que motivan la decisión, no existen razones, más allá de las filosóficas, éticas o morales⁴⁰, para no poner a disposición de la Administración estas herramientas. Bajo mi punto de vista, lo esencial es que se respete el deber de motivación, que exista un órgano administrativo responsable de la decisión y que el acto pueda ser, en su caso, impugnado. Qué herramienta se utilice para motivar el acto es secundario.

Por otra parte, no resulta descabellado afirmar que las resoluciones administrativas basadas en la técnica del “copia y pega” que utilizan fórmulas estandarizadas para ventilar los procedimientos son un mal endémico muy común en la Administración que bien valdría sustituir por un sistema automatizado. En mi humilde opinión, el ideal de resolución inmaculada dictada por un funcionario que tiene en cuenta, gracias a su virtuosa empatía, todas y cada una de las circunstancias referentes al expediente, no deja de ser eso, un noble ideal ajeno a la realidad de las cosas.

Mención aparte merece el uso de herramientas algorítmicas para el ejercicio de potestades regladas. Aquí, al no existir conceptos jurídicos indeterminados o discrecionalidad, el uso de los sistemas se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma jurídica. La explicabilidad, pues, es más sencilla, pero no por ello menos importante a los efectos de entender cumplido el deber de motivación.

³⁹ Un interesante estudio en defensa de la implementación de sistemas de inteligencia artificial para la toma de decisiones discrecionales puede encontrarse en Juan Carlos COVILLA, “Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Exploring Adaptations and Boundaries”, *European Journal of Risk Regulation*, 16(1), 2025, pp. 36–50, doi:10.1017/err.2024.76.

⁴⁰ Es en la esfera de la ética y la moral donde cobran sentido tesis como la propuesta por el profesor PONCE SOLÉ. El autor defiende la aplicación de un principio de “reserva de humanidad” (término propuesto por vez primera por la profesora Silvia DÍEZ SASTRE) para prohibir el uso de la IA en determinados ámbitos de la actuación administrativa con el argumento de que las máquinas carecen de empatía o de la capacidad de realizar inferencias abductivas (PONCE SOLÉ, 2024). A mi juicio, la apelación a la falta de empatía supone un claro ejemplo de limitación del uso de la IA por razones éticas, no jurídicas (aunque el autor ha tratado de integrar, forzosamente a mi parecer, la empatía en el derecho a una buena administración). Para profundizar en la cuestión, véase Juli PONCE SOLÉ, “Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, 2022, pp. 58-67.

3.2. La omisión del trámite de audiencia y su impacto en el derecho a una buena administración.

El trámite de audiencia constituye en España un derecho de naturaleza constitucional en virtud del mandato al legislador contenido en el art. 105. c) de la Constitución Española⁴¹. En desarrollo de este precepto, el art. 82 LPAC regula las condiciones de este derecho de carácter procedimental que comporta la puesta en conocimiento del expediente y la apertura de un plazo de alegaciones para que los interesados aduzcan lo que a su derecho consideren.

En el ámbito que nos ocupa, la automatización total o parcial del procedimiento administrativo no puede implicar, a mi juicio, la supresión del trámite de audiencia cuando el acto sea desfavorable. En la actualidad existen procedimientos automatizados total o parcialmente que no contemplan dicho trámite esencial. De nuevo, me parece interesante traer a colación la aplicación BOSCO como arquetipo de los posibles vicios en que puede incurrir una decisión algorítmica que ponga fin al procedimiento.

Así, en aquellos supuestos en que el MITECO, a través del programa BOSCO, deniega la concesión de la ayuda social, lo hace prescindiendo del trámite de audiencia. Al tratarse de un acto desfavorable que afecta a derechos subjetivos del interesado, lo conveniente sería calificar la decisión algorítmica como un acto de trámite, dando audiencia al interesado para que realice las alegaciones que estime oportunas a la propuesta de resolución. La situación actual, en la que el resultado del programa BOSCO constituye una resolución desfavorable contra la que solo puede formularse una “reclamación” ante los servicios de consumo, vulnera los derechos de participación del interesado en el procedimiento.

Por añadidura, no puede obviarse una cuestión fundamental desde la perspectiva de la dogmática de la acción administrativa: la omisión del trámite de audiencia ante una medida que limite o afecte negativamente a los derechos subjetivos del interesado supone un acto de mala administración inadmisibles en un Estado de Derecho, aun cuando conforme a parámetros de legalidad la Administración pueda prescindir del mismo⁴². La importancia de la buena administración en el Derecho de la Unión Europea se pone de manifiesto mediante su elevación a la categoría de derecho fundamental en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁴³.

⁴¹ Para profundizar en la naturaleza constitucional del trámite de audiencia, recomiendo la lectura del comentario realizado por el profesor MESTRE DELGADO en Juan Francisco MESTRE DELGADO, “Artículo 105”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE-Wolters-Kluwer, 2018, pp. 489-494.

⁴² Sobre la naturaleza del derecho a una buena administración, véase el estudio monográfico realizado por el profesor PONCE SOLÉ, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Editorial Universidad de Alcalá, 2019.

⁴³ En otro trabajo ya tuve la ocasión de pronunciarme sobre la necesidad de reconocer un principio de “presunción de falibilidad” de los sistemas algorítmicos como una nueva garantía procedimental que

Como acertadamente sostiene el profesor MIR PUIGPELAT, en el supuesto de toma de decisiones automatizadas en ejecución del Derecho de la Unión, las garantías procedimentales derivadas de este principio se erigen como un deber a tener en cuenta tanto por la Unión como por los Estados miembros (2023: 689). Pero este deber no surge únicamente cuando se ejecute el Derecho de la Unión, pues tanto el poder legislativo como el ejecutivo estatal y autonómico deben tener en consideración que la operatividad de este derecho-deber ha permeado en todo el ordenamiento jurídico-administrativo español. En otras palabras, el derecho a una buena administración cuenta con una proyección general.

Así, en el plano del derecho interno la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo aplica el derecho a una buena administración como parámetro de control de la actividad administrativa⁴⁴. Este principio jurídico emana, a tenor de dicha jurisprudencia, de los arts. 9.3 y 103.1 CE, y tiene su reflejo en la legislación positiva en los principios del art. 3.1., e) de la LRJSP (STS 196/2019, de 19 de febrero, FJ 6, ECLI:ES:TS:2019:579, entre muchas otras). Aplicado al ámbito de las actuaciones algorítmicas, el hecho de prescindir del trámite de audiencia en procedimientos total o parcialmente automatizados constituye un caso de vulneración del derecho a una buena administración que podría provocar la invalidez del acto. Ello siempre y cuando se trate de medidas desfavorables para el interesado. Si la decisión algorítmica es favorable, lo recomendable en términos de eficiencia y eficacia sería calificarla como un acto resolutorio a todos los efectos.

Por otro lado, no debemos olvidar que la racionalización y la simplificación administrativas nunca pueden constituir por sí mismas excusa o fundamento para mermar las garantías del procedimiento. La Administración tiene el deber de actuar de forma adecuada, necesaria y proporcional a los fines que persigue. Respetando los derechos fundamentales y conforme a unos principios de actuación orientados a la satisfacción de los intereses generales de una forma racional y razonable (SCHMIDT-ASSMAN,

garantice el trámite de audiencia y la supervisión humana en procedimientos automatizados. Sobre la necesidad y los fundamentos de dicho principio, véase Jesús A. TAHIRÍ MORENO, “El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables: Una nueva garantía jurídica frente a las decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración Pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 60, 2023, pp. 188-214.

Con la finalidad de positivizar este principio, el profesor BERMEJO LATRE ha propuesto la posibilidad de reformar el art. 39.1 de la LPAC para exceptuar la presunción de validez de los actos administrativos automatizados que hayan sido dictados mediante sistemas de IA que carezcan de las notas de transparencia e interpretabilidad (BERMEJO LATRE, 2025: 238). Junto a esta reforma, propone también la articulación de una especie de “derecho de oposición a la tramitación del procedimiento de forma automatizada o semiautomatizada”, en términos similares a la oposición del interesado a la tramitación simplificada del procedimiento, ex art. 96.2 LPAC.

⁴⁴ Un análisis actualizado de la configuración del principio de buena administración como derecho subjetivo en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo pueden encontrarlo en Jesús A. TAHIRÍ MORENO y Lucía COFRADES AQUILUÉ, “Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña”, *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, 22, 2024, pp. 92-117. <https://doi.org/10.24965/real.11350>.

2003: 347). Ergo, la forma en que se persigan dichos intereses generales deberá cohererse siempre con el respeto a los derechos individuales del ciudadano.

3.3. La vulneración del principio de juridicidad: una crítica a la sustitución del imperio de la ley por la dictadura del algoritmo.

Para analizar la validez de la actuación administrativa de forma rigurosa en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro, resulta imprescindible partir del principio de juridicidad. Según el Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ), dicho principio se define como una “Concepción de las relaciones de la Administración con la ley que implica que aquella no solo está sometida a la ley, sino al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades”. Este comporta la superación del principio de legalidad fruto del Estado liberal⁴⁵ y el sometimiento de la Administración, no solo a la ley entendida como la expresión de la voluntad general, sino también a principios y valores que, positivizados o no, forman parte de nuestro acervo jurídico⁴⁶.

La necesidad de traer al texto el principio de juridicidad se justifica porque el uso de sistemas algorítmicos en la actuación administrativa puede abocarnos a un escenario en el que la lógica jurídica puede verse desplazada por la lógica matemática. Huelga decir que la ciencia jurídica no es una ciencia exacta. Por el contrario, es bien sabido que son frecuentes las situaciones que exigen una interpretación que excede de la mera aplicación automática del Derecho a un supuesto de hecho concreto. Supuestos estos en los que es necesario acudir a reglas jurídicas, algunas escritas y otras no, que se deducen del propio sistema normativo y actúan como criterios moduladores de la actuación administrativa. Por este motivo, en los supuestos que exigen la realización de un juicio ponderativo o la aplicación de criterios hermenéuticos no positivizados, el uso de criterios probabilísticos para la resolución del caso concreto deviene, a mi juicio, imposible.

Salvo error mío, los sistemas algorítmicos actuales carecen de la capacidad de interpretar conceptos jurídicos indeterminados, de aplicar principios generales del Derecho o de razonar como lo haría un ser humano. Para operar utilizan complejas funciones matemáticas basadas en la probabilidad y en la correlación de datos para resolver problemas. Desde este punto de vista, y habida cuenta de que la Administración está sometida, no solo a la Ley, sino también al Derecho, debemos plantearnos

⁴⁵ En palabras del profesor MUÑOZ MACHADO, la adopción de la Constitución Española del 78 supuso el “derrumbamiento del sentido legicentrista de la legalidad” (2015b: 56).

⁴⁶ Sobre el principio de juridicidad, véase Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*, 4ª ed. Boletín Oficial del Estado, 2015a, pp. 101-103.

la siguiente cuestión, ¿Sería jurídicamente posible sustituir al empleado público en todos los ámbitos de actuación de la Administración?

La respuesta a esta pregunta solo puede ser negativa. El principio de juridicidad impide a la Administración actuar al margen del Derecho, entendido este como conjunto de principios, valores y reglas jurídicas escritas y no escritas. Luego, si otorgáramos validez jurídica a una actuación administrativa cuyo único fundamento radica en la función matemática de un programa informático, estaríamos legitimando un modelo de Administración tecnocrática que atentaría contra los principios más elementales de un Estado constitucional de Derecho. Y ello por cuanto dicha actuación no podría explicarse conforme a criterios lógico-jurídicos expresados en un lenguaje que el ciudadano pueda entender. En definitiva, tal proceder supondría renunciar al Derecho como sistema de ordenación social.

Los algoritmos no pueden sustituir al Derecho en su función ordenadora, como tampoco pueden ni deben ser considerados una fuente de reglas jurídicas⁴⁷. Ni aun cuando una ley aprobada por las Cortes Generales atribuyera tal efecto ello sería posible, pues, a mi modo de ver, tal ley incurriría en un vicio de inconstitucionalidad por contravenir los arts. 9.1; 9.3 y 103.1 CE. Corolario de lo anterior es que el principio de juridicidad impide al legislador adoptar una ley que habilite a la Administración a adecuar su actuación con base en criterios que no puedan ser fiscalizados mediante la lógica jurídica.

Lo contrario supondría permitir, no ya la clásica huida del Derecho Administrativo hacia el derecho privado, sino la rendición del imperio de la ley a través de la ley en pos de una especie de dictadura del algoritmo. Dictadura esta en la que las decisiones encuentran su fundamento en cálculos probabilísticos o estadísticos y donde la causalidad se sustituye por la correlación. En fin, de la clásica concepción del acto administrativo como acto ordenado que aplica el Derecho al caso concreto pasaríamos al acto administrativo como producto de una operación matemática.

⁴⁷ Una tesis favorable a la atribución de naturaleza reglamentaria a los sistemas algorítmicos empleados por la Administración fue propuesta por el profesor BOIX PALOP en su artículo “Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 1, 2020, pp. 223-270. El autor pretende con su teoría que los programas informáticos de la Administración sean sometidos a los mismos requisitos de transparencia que las disposiciones reglamentarias. No obstante, considero que, pese a lo loable de sus intenciones, los efectos perniciosos que supondría atribuir valor normativo a estos sistemas superarían con creces los efectos positivos. Una opción alternativa es que el legislador básico estatal obligue a la Administración a utilizar únicamente sistemas de “caja blanca” cuyos resultados sean fácilmente fiscalizables. Otro trabajo muy interesante a nivel dogmático puede encontrarse en Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, “La naturaleza jurídica de los algoritmos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 114, 2024, pp. 42-47. En este estudio el autor sostiene que los algoritmos poseen la misma naturaleza que las normas técnicas. En contra de la naturaleza normativa de los algoritmos se han pronunciado, entre otros autores, HUERGO LORA (2020: 64-67); GAMERO CASADO (2023: 6) y ARROYO JIMÉNEZ (2020).

4. UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL NUEVO DERECHO A UNA EXPLICACIÓN DEL REGLAMENTO EUROPEO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU IMPACTO EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA ALGORÍTMICA

4.1. El problema de la falta de efectividad del derecho a una explicación en la Administración Pública.

En el ámbito de la Administración, el *derecho a una explicación* regulado en el art. 86⁴⁸ del RIA se configura como una nueva garantía para los interesados que sean objeto de decisiones que hayan sido adoptadas con base en los resultados de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo de los enumerados en el Anexo III⁴⁹. El precepto reconoce el derecho a obtener del responsable del despliegue (en nuestro caso, la Administración) “explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada” (art. 86, apdo. 1 RIA).

Siguiendo al profesor MIR PUIGPELAT, es importante tener en cuenta que la referencia expresa a un “derecho a obtener” impone a la Administración un deber específico de motivación de las decisiones que debe cumplirse de oficio. Es decir, independientemente de si el interesado lo solicita o no (2025: 74). En sentido contrario se ha pronunciado PALMA ORTIGOSA, tesis que también parece respaldar JIMÉNEZ LÓPEZ⁵⁰. A juicio de PALMA ORTIGOSA, de la redacción del artículo

⁴⁸ Dispone el artículo que “1. Toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, con excepción de los sistemas enumerados en su punto 2, y que produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada.

2. No se aplicará el apartado 1 a la utilización de sistemas de IA para los que existan excepciones o restricciones a la obligación prevista en dicho apartado derivadas del Derecho de la Unión o nacional de conformidad con el Derecho de la Unión.

3. El presente artículo se aplicará únicamente en la medida en que el derecho a que se refiere el apartado 1 no esté previsto de otro modo en el Derecho de la Unión”.

⁴⁹ Entre los sistemas de IA vinculados al ejercicio de potestades administrativas, destacan los “Sistemas de IA destinados a ser utilizados por las autoridades públicas o en su nombre para evaluar la admisibilidad de las personas físicas para beneficiarse de servicios y prestaciones esenciales de asistencia pública, incluidos los servicios de asistencia sanitaria, así como para conceder, reducir o retirar dichos servicios y prestaciones o reclamar su devolución” (punto 5, letra a) del Anexo III RIA). También afectan a la actuación administrativa los sistemas destinados a la garantía del cumplimiento del Derecho (punto 6 del Anexo III RIA) y los relativos a la migración, el asilo y el control fronterizo (punto 7 del Anexo III RIA).

⁵⁰ En relación con el alcance del derecho a una explicación, sostiene JIMÉNEZ LÓPEZ que el artículo 86 “se refiere a solicitar al implementador «explicaciones claras y significativas sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada» de modo que proporciona una base para que «ejercen sus derechos» (Considerando 171)” (2024: 175).

86, apartado 1 y del considerando 93 RIA se desprende que corresponde a las personas afectadas solicitar el derecho a una explicación (2025: 514).

En mi opinión, esta última no sería la interpretación más adecuada, ya que no tiene en cuenta: i) que el considerando 93 solo hace referencia al contenido de la obligación de informar de los responsables del despliegue del artículo 26 del RIA, no al derecho a una explicación, al que se refiere el considerando 171; y ii) que en la redacción definitiva del RIA el legislador europeo optó por configurar el derecho a una explicación como un “derecho a obtener”, no como un “derecho a solicitar” (que era lo que se preveía inicialmente en las enmiendas del Parlamento Europeo⁵¹).

A pesar de que a primera vista podamos considerar plausible la decisión del legislador europeo de introducir una garantía tan necesaria como esta, lo cierto es que la efectividad del derecho a una explicación es más que cuestionable. Al menos por lo que se refiere al uso de sistemas algorítmicos en las Administraciones Públicas. En primer término, la operatividad de este derecho requiere que se dé alguna de las siguientes condiciones: i) que la decisión adoptada tenga efectos jurídicos; o ii) que afecte considerablemente de la misma manera (que si tuviera efectos jurídicos), de forma tal que pueda considerarse que la decisión tiene un efecto perjudicial para la salud, la seguridad o los derechos fundamentales del interesado. Salvo la referencia a la afectación sobre los derechos fundamentales, lo cierto es que la Administración tiene fácil eludir la aplicación de este precepto alegando el carácter meramente instrumental y no vinculante de la información de salida del sistema de inteligencia artificial empleado.

En segundo término, ya se apuntó *supra* que el concepto de sistema de inteligencia artificial ha quedado finalmente restringido a los programas informáticos que operen con cierto grado de autonomía. En otras palabras: no podrá exigirse el derecho a una explicación cuando se empleen sistemas que, pese a operar técnicamente con inteligencia artificial, no sean autónomos. Por ejemplo, el sistema RISCANVI utilizado por la Administración penitenciaria catalana podría quedar fuera del ámbito de aplicación del RIA si, pese a operar con técnicas de inteligencia artificial, se considera que no es un sistema autónomo⁵².

Por su parte, el apartado 2 del art. 86 RIA permite a los Estados miembros imponer restricciones o excepciones al cumplimiento de dicha obligación, lo que supone dejar el derecho a una explicación en manos de lo que se decida a nivel nacional. No

⁵¹ Enmienda 630 del texto Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).

⁵² Siguiendo la interpretación de la Comisión, entre los sistemas que operan con inteligencia artificial que quedan fuera del concepto jurídico de “sistema de IA” se encuentran, entre otros, los sistemas que operen con técnicas de IA basadas en la heurística clásica (v.g., el famoso programa de ajedrez Deep Blue) y los sistemas de predicción simples (v.g., los sistemas de predicción de los precios futuros de las acciones), aun cuando estos utilicen técnicas de aprendizaje automático (punto 5.2. del proyecto de Directrices de la Comisión sobre la definición de sistema de inteligencia artificial).

obstante, conviene tener presente el apartado 3, que condiciona la aplicabilidad de este derecho a que no esté previsto de otra forma en el Derecho de la Unión. Ello nos lleva al siguiente epígrafe, en el que se expondrá la conexión del derecho a una explicación del RIA con el derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del art. 22 RGPD.

4.2. El derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del artículo 22 RGPD y su distinción respecto del derecho a una explicación del RIA.

El art. 22 RGPD prohíbe el tratamiento automatizado de decisiones que produzcan efectos jurídicos en los interesados (personas físicas) o les afecten significativamente de modo similar. Este precepto, que ha sido recientemente objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tiene un alcance mucho más amplio que el art. 86 del RIA. Al respecto, el derecho a no ser objeto de una decisión automatizada se aplica a todos los sistemas algorítmicos, con independencia de si estos constituyen sistemas de inteligencia artificial a efectos del RIA.

Pero, más allá del ámbito de aplicación⁵³, lo realmente interesante es que en aquellos supuestos en que el tratamiento automatizado sí está permitido por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, surge la obligación de que el responsable del tratamiento (en nuestro caso, la Administración) establezca medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades, así como los intereses legítimos del interesado [art. 22.2, b) RGPD]. La determinación de las medidas concretas no es objeto de estudio en este trabajo, pero del considerando 71 del RGPD se deduce claramente que entre dichas garantías debería incluirse “la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión”. Así lo ha entendido también el TJUE en su reciente sentencia de 7 de diciembre de 2023 (parágrafos 65 y 66).

Asimismo, reiterando lo que ya indiqué *supra*, debe tenerse en cuenta que el TJUE ha interpretado el concepto “decisión” del art. 22 de forma amplia, de modo que no se entienden como tales únicamente las decisiones totalmente automatizadas que produzcan efectos jurídicos directos en el interesado, sino también las decisiones previas que, pudiendo ser definidas formalmente como actos preparatorios, materialmente sirven de fundamento o influyen de forma determinante en la decisión final. El TJUE justifica esta interpretación con el argumento de evitar la elusión del art. 22 RGPD, lo que daría lugar a una laguna en la protección jurídica no buscada por el legislador europeo (parágrafos 60 a 62 de la STJUE de 7 de diciembre, asunto C-634/21).

⁵³ Cuestión no menor, habida cuenta del estrecho objeto del RGPD, cuyas normas de protección se aplican en exclusiva a las personas físicas, *ex* art. 1 RGPD.

Como ya comenté en el epígrafe relativo a las precisiones terminológicas, la tesis aquí defendida parte de un concepto de actuación administrativa automatizada amplio, en línea con el asumido por el TJUE al abordar el concepto de “decisión”. Desde esta óptica, el derecho a una explicación del art. 86 del RIA supone, a mi modo de ver, una concreción de las garantías previstas por el art. 22.2. b) RGPD aplicable a determinadas decisiones que se fundamenten en la información de salida de un sistema de inteligencia de artificial de alto riesgo de los enumerados en el Anexo III del RIA.

4.3. Conclusión: la necesaria regulación de un derecho específico a la explicación de las decisiones algorítmicas en la ley de procedimiento administrativo común.

Del análisis conjunto del derecho a una explicación del RIA y de la interpretación que el TJUE ha hecho del derecho a no ser objeto de decisiones automatizadas del art. 22 RGPD⁵⁴, se concluye la necesidad de reformar la LPAC y la LRJSP, a fin de garantizar un derecho específico a la explicación de las decisiones algorítmicas.

A tal efecto, el legislador estatal debe garantizar que todas las actuaciones administrativas algorítmicas cuenten con una mínima motivación cuando influyan, determinen u orienten la decisión final. Y ello con independencia de que la herramienta algorítmica emplee inteligencia artificial, de que las decisiones produzcan efectos jurídicos directos o indirectos o, en definitiva, de que el interesado sea una persona física o jurídica. Los programas que utilizan técnicas de análisis masivo de datos y minería de datos, aun cuando no operen con IA, pueden afectar igual o incluso en mayor medida a los derechos de los administrados que los sistemas de inteligencia artificial calificados como de alto riesgo a la luz del RIA.

Como se ha expuesto en páginas anteriores, la Administración ya utiliza potentes herramientas para planificar y orientar la actividad administrativa. El argumento de que la decisión en última instancia la toma un ser humano no puede servir de excusa para eludir las obligaciones que la normativa europea impone. Ello supondría un vaciamiento del contenido del art. 22 RGPD y una interpretación contraria al espíritu de la norma. En consecuencia, por decisión debe entenderse no solo el acto administrativo dictado por el órgano competente, sino también todas las actuaciones que sirvan significativamente para orientar la acción de la Administración.

A mi juicio, el reconocimiento de un derecho específico a la explicación de las decisiones administrativas algorítmicas facilitaría la aplicación e integración plena de

⁵⁴ Interpretación que probablemente se replique en el supuesto de que al TJUE le toque examinar el artículo 86 del RIA, en la medida en que la redacción de ambos preceptos, en lo que respecta a los efectos jurídicos de las decisiones, es muy similar, por no decir idéntica. Así, el art. 22 RGPD que ha sido objeto de interpretación, hace referencia a decisiones que produzcan efectos jurídicos en el interesado o le afecten de forma similar, mientras que el art. 86.1 RIA alude a una decisión que “produzca efectos jurídicos o le afecte considerablemente del mismo modo”.

la reciente jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento jurídico estatal. Pero, yendo más allá, la introducción de este derecho supondría un refuerzo de las garantías de los interesados que contribuiría a la implementación generalizada de los sistemas algorítmicos en la Administración. La interpretación conjunta de ambos preceptos (art. 86 RIA y 22 RGPD) exige el desarrollo de un derecho a nivel estatal que permita a los interesados fiscalizar las actuaciones administrativas algorítmicas que influyan directa o indirectamente en su esfera jurídica.

5. REFLEXIONES FINALES: UNA LLAMADA A LA NECESARIA ADECUACIÓN Y REEQUILIBRIO DE LOS PODERES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN

El uso de sistemas algorítmicos por la Administración es una realidad que, como juristas, tenemos el deber de afrontar. Empero, no de forma superficial y cortoplacista (algo propio de los temas que constituyen una moda o tendencia pasajera), sino de manera profunda y con la mente abierta, pues su uso ya está transformando las relaciones entre la Administración y el ciudadano, así como el modo en que esta ejerce sus potestades. En este trabajo, sin duda modesto en cuanto a su contenido, he tratado de contribuir a la cimentación de un edificio que aún está por construir.

En primer lugar, el estudio pone negro sobre blanco la importancia de las actuaciones administrativas informales que se apoyan en potentes sistemas algorítmicos. En la medida en que estas actuaciones pueden orientar e influir de forma determinante en la esfera del interesado, se hace necesaria una interpretación que otorgue relevancia jurídica a las mismas. Y ello con la finalidad de que puedan ser objeto de control, en su caso, en vía judicial o administrativa. La paulatina sustitución del criterio subjetivo del funcionario por los criterios objetivos que emanan de las decisiones algorítmicas comporta un cambio de paradigma en la actuación de la Administración que no podemos obviar. Es imprescindible, a mi juicio, incorporar al expediente las actuaciones algorítmicas informales que se acometan en el ejercicio de la actividad administrativa.

En consecuencia con lo expuesto, se recomienda ampliar los contornos del concepto “actuación administrativa automatizada” del art. 41.1 LRJSP, incluyendo también en este los resultados arrojados por los sistemas algorítmicos que se utilicen fuera del marco de un procedimiento. Con la misma finalidad, y en aras de evitar subterfugios o interpretaciones torticeras que vacíen de contenido el citado precepto, conviene realizar una interpretación amplia, en cuya virtud también se consideren actuaciones administrativas automatizadas aquellas en las que el empleado público se limita a seguir la recomendación dada o a reproducir íntegramente el contenido de la decisión algorítmica. Con esto ponemos coto y controlamos el famoso sesgo de automatización en la toma de decisiones semiautomatizadas.

En segundo lugar, por lo que respecta a las actuaciones algorítmicas que se acometan dentro del marco de un procedimiento administrativo, debemos diferenciar

entre dos tipos en función de su finalidad y contenido: las decisiones algorítmicas que constituyan actos de trámite y aquellas otras que representen actos resolutorios. En cuanto a las primeras, en la medida en que su finalidad sea la de valorar la concurrencia de presupuestos fácticos o servir de fundamento a la resolución final, deben formar parte del contenido del acto que pone fin al procedimiento. Nada nuevo bajo el sol, pues la motivación *in aliunde* es una figura de sobra conocida.

Por lo que atañe a las segundas, en el supuesto de que estas contengan medidas desfavorables para el interesado, el trámite de audiencia deviene imperativo. Y ello en aras de cumplir con el derecho a una buena administración, previsto a nivel europeo en el art. 41 CDFUE y que encuentra su fundamento jurídico-constitucional en el plano del derecho interno en los arts. 9.3 y 103.1 CE⁵⁵. Por otra parte, se concluye que la impugnabilidad de este tipo de actuaciones ante el órgano competente está fuera de toda duda. Como hemos tenido la ocasión de comprobar, el caso BOSCO supone un caso paradigmático de cómo no se debe regular un procedimiento administrativo automatizado total o parcialmente.

En relación con los argumentos que niegan la necesidad de garantías adicionales por el hecho de que dichas garantías no se prevén si la actuación la realiza un ser humano, no pueden ser compartidos por quien suscribe este trabajo. Si queremos implementar de forma generalizada el uso de sistemas algorítmicos en la Administración debemos hacerlo mediante un reequilibrio de sus poderes exorbitantes. Es cierto que hasta ahora muchas de las actuaciones informales o previas al procedimiento no eran objeto de fiscalización porque venían justificadas por criterios subjetivos imposibles o sumamente difíciles de escrutar. Sin embargo, la información arrojada por los sistemas algorítmicos que orientan e influyen en la subjetividad del empleado público sí pueden, en mayor o menor grado, objetivarse. Ergo, no podemos dar el mismo tratamiento a situaciones que son radicalmente distintas. Por consiguiente, y a fin de facilitar la explicabilidad de dichas actuaciones, sería conveniente una reforma de la normativa básica estatal que impusiera a la Administración la obligación de emplear únicamente sistemas algorítmicos de “caja blanca”.

Finalmente, quiero hacer una reivindicación del principio de juridicidad y su importancia en un Estado constitucional de Derecho como el nuestro. El sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho exige a esta el respeto a valores y principios jurídicos, entre los que se encuentran el principio de proporcionalidad, de seguridad jurídica o de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Huelga decirlo, pero también exige el respeto a los derechos fundamentales en todas y cada una de sus actuaciones. Sea esta formal o informal. Tenga o no moldes jurídicos o un régimen al que ajustarse.

Dichos principios y valores, que operan como soporte y fundamento de todo el sistema normativo, modulan y restringen la actuación administrativa. Con esta

⁵⁵ Una muestra de la proyección general y las posibilidades de este principio podemos encontrarla en José María GIMENO FELIU, *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, 2024.

simple disertación quiero llamar la atención e invitar a la reflexión sobre una cuestión que quizás, precisamente por su simpleza, podemos pasar de largo: una cosa es atribuir valor jurídico a las decisiones algorítmicas o regular el uso de sistemas informáticos para garantizar un uso racional y razonable, y otra muy distinta es promover el sometimiento o la vinculación de la Administración a criterios matemáticos.

Que para la correcta aplicación del Derecho sea necesario en ocasiones acudir a otras ciencias es algo inevitable. Ahora bien, cuando alegremente se habla de atribuir valor normativo a los sistemas algorítmicos o a sus productos (las decisiones automatizadas), en realidad no hablamos de la utilización de criterios técnicos para valorar supuestos de hecho, sino de sustituir al propio Derecho en su función ordenadora por criterios matemáticos. Esto, en mi opinión, no es viable desde el punto de vista jurídico-constitucional ni democrático.

A menos, claro está, que como sociedad queramos renunciar a un modelo de Administración propio de un Estado democrático de Derecho por otro basado en una dictadura del algoritmo. Dictadura en la que el ciudadano pasaría a ser tratado como una mera variable en una ecuación cuyas incógnitas nos son imposibles de despejar.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- Vicente ÁLVAREZ GARCÍA y Flor ARIAS APARICIO, *Lecciones elementales sobre el acto, el procedimiento y el control judicial de la actividad de la Administración*, Iustel, 2022.
- Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, “La naturaleza jurídica de los algoritmos”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 114, 2024, pp. 42-47.
- Vicente ÁLVAREZ GARCÍA y Jesús TAHIRI MORENO, “La regulación de la inteligencia artificial en Europa a través de la técnica armonizadora del nuevo enfoque”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ, “Algoritmos y reglamentos”, *Almacén de Derecho*, 2024, <https://almacende-derecho.org/algoritmos-y-reglamentos>.
- Jane BAMBAUER & Tal ZARSKY, “The Algorithm Game”, *Notre Dame Law Review*, 94 (1), 2018, pp. 1-47, <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol94/iss1/1>.
- Moisés BARRIO ANDRÉS (dir.), *Comentarios al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, 1ª ed. La Ley Aranzadi, 2024.
- José Luis BERMEJO LATRE, “La aplicación de la inteligencia artificial en la actividad formal e informal de la Administración”, en Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *El derecho administrativo en la era de la inteligencia artificial*, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2025, pp. 223-250.
- José BERMEJO VERA, “La Administración inspectora”, *Revista de Administración Pública*, 147, 1998, pp. 39-58.
- José BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo Básico. Parte General*, 12ª ed., Civitas, 2016.
- José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y Marcos ALMEIDA CERREDA, “Sobre la llamada actividad informal de la administración pública”, en Manuel Rebollo Puig, Mariano López Benítez y Eloísa Carbonell Porras (coords.), *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela*. Iustel, 2015, pp. 393-412.
- Agustí CERRILLO MARTÍNEZ, “Lección 21. Actuación automatizada, robotizada e inteligente”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Mercé DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed. Marcial Pons, 2024, pp. 531-547.

- César CIERCO SEIRA, “Reflexiones sobre los actos de trámite cualificados”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 10, 2024, pp. 189-233.
- César CIERCO SEIRA, “Reflexiones sobre el principio de oportunidad en el derecho administrativo sancionador”, en Antonio EZQUERRA HUERVA (coord.), *Estudios de Derecho administrativo sancionador, en reconocimiento a Juan M.^a Pemán Gavín*, Colex, 2024, pp. 23-76.
- Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Parte General.*, 33^a ed., Civitas, 2022.
- Lorenzo COTINO HUESO, “La primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos y el Reglamento de inteligencia artificial”, *Diario LA LEY*, 2024, núm. 80.
- Juan Carlos COVILLA, “Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Exploring Adaptations and Boundaries”, *European Journal of Risk Regulation*, 16(1), 2025, pp. 36–50, doi:10.1017/err.2024.76.
- Antonio FORTES MARTÍN, “La distribución de competencias e imputación de responsabilidades en la actuación administrativa automatizada”, en Marcos VAQUER CABALLERÍA (dir.) y Juanita PEDRAZA CÓRDOBA (coord.), *La actuación administrativa automatizada: sus claves jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 395-467.
- Eduardo GAMERO CASADO, “Sistemas automatizados de toma de decisiones en el derecho administrativo español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, “Lección 20. Actuaciones sin procedimiento”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Mercé DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, 2^a ed. Marcial Pons, 2024, pp. 507-523.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 20^a ed., Civitas, Navarra, 2022.
- José María GIMENO FELIU, *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, 2024.
- Alejandro HUERGO LORA, “De la digitalización a la inteligencia artificial: ¿evolución o revolución?”, en Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y Francisco L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *El derecho administrativo en la era de la inteligencia artificial*, Instituto Nacional de la Administración Pública, 2025, pp. 31-72.
- Alejandro HUERGO LORA, “Inteligencia artificial: una aproximación jurídica no catastrofista”, *Revista Española de Control Externo*, 74-75, 2023, pp. 110-129.
- Alejandro HUERGO LORA, “Por qué aciertan las sentencias sobre el ‘algoritmo’ del bono social eléctrico”, *Almacén de Derecho*, 2024, <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>.
- Alejandro HUERGO LORA, “Distopía y algoritmos”, *Almacén de Derecho*, 2024, <https://almacenederecho.org/distopia-y-algoritmos>.
- Alejandro HUERGO LORA, “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, en Alejandro HUERGO LORA (dir.) y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ (coord.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, 2020, pp. 23-87.
- Jesús JIMÉNEZ LÓPEZ, “El Reglamento de inteligencia artificial y el Reglamento general de protección de datos”, en Lorenzo COTINO HUESO y Pere SIMÓN CASTELLANO (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial*, Aranzadi, 2024, pp. 149-180, <https://hdl.handle.net/10550/109638>.
- Juan Francisco MESTRE DELGADO, “Artículo 105”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, BOE-Wolters-Kluwer, 2018, pp. 487-501.
- Oriol MIR PUIGPELAT, “La automatización y el uso de algoritmos e inteligencia artificial en derecho administrativo comparado”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023.
- Oriol MIR PUIGPELAT, “Algoritmos, inteligencia artificial y procedimiento administrativo: principios comunes en el Derecho de la Unión Europea”, en Eduardo GAMERO CASADO (dir.) y Francisco Luis PÉREZ GUERRERO (coord.), *Inteligencia artificial y sector público: retos, límites y medios*, 1^a ed. Tirant lo Blanch, 2023, pp. 685-725.

- Oriol MIR, “The AI Act from the Perspective of Administrative Law: Much Ado About Nothing?”, *European Journal of Risk Regulation*, 16(1), 2025, pp. 63–75, doi:10.1017/err.2024.54
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4ª ed. Boletín Oficial del Estado, 2015a.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo IV. El ordenamiento jurídico*, 4ª ed., Boletín Oficial del Estado, 4ª Edición, 2015b.
- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII. Actos administrativos y sanciones administrativas*. 4ª ed. Boletín Oficial del Estado, 2015c.
- Adrián PALMA ORTIGOSA, “Chapter 23: Remedies (Chapter IX, Section 4)”, en Alejandro HUERGO LORA (ed.) y Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ (coord.), *The EU regulation on Artificial Intelligence: A commentary*, Wolters Kluwer/CEDAM, 2025, pp. 503-519.
- Juli PONCE SOLÉ, “Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia artificial”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, 2022, pp. 58-67.
- Juli PONCE SOLÉ, “Por qué se equivocan las sentencias sobre el algoritmo del bono social eléctrico”, *Almacén de Derecho*, 2024, <https://almacenederecho.org/por-que-se-equivocan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>.
- Juli PONCE SOLÉ, “Utopía y algoritmos”, *Almacén de Derecho*, 2024, <https://almacenederecho.org/utopia-y-algoritmos>.
- Juli PONCE SOLÉ, “Inteligencia Artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia?”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, 9, 2024, pp. 171-220.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo, Parte General*, 19ª ed. Tecnos, 2023.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmática del derecho administrativo*. 1ª ed., Global Law Press, Sevilla, 2021.
- Alba SORIANO ARNANZ, “Posibilidades actuales y futuras para la regulación de la discriminación producida por algoritmos”, 2020. Disponible en <https://hdl.handle.net/10550/77050>.
- Jesús A. TAHIRÍ MORENO, “El principio de presunción de falibilidad de las decisiones algorítmicas desfavorables: Una nueva garantía jurídica frente a las decisiones automatizadas y el uso de sistemas de inteligencia artificial en la Administración Pública”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 60, 2023, pp. 188-214.
- Jesús A. TAHIRÍ MORENO, “Una panorámica de los sistemas de inteligencia artificial desde la perspectiva del derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 61, 2024, pp. 137-168.
- Jesús A. TAHIRÍ MORENO y Lucía COFRADES AQUILUÉ, “Déficits y excesos normativos en materia de transparencia, buena administración y buen gobierno: un análisis de la cuestión a partir de la legislación estatal y extremeña”, *Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica*, 22, 2024, pp. 92-117 <https://doi.org/10.24965/reala.11350>.
- Clara Isabel 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*, 5, 2022, pp. 37-71.
- José VIDA FERNÁNDEZ, “La automatización de la actuación material, gestora o prestadora de servicios públicos”, en Marcos VAQUER CABALLERÍA (dir.) y Juanita PEDRAZA CÓRDOBA (coord.), *La actuación administrativa automatizada: sus claves jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 647-710.
- Guido ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo, Parte General*, Vol. I, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954.

EL EXCLUSIVO CÍRCULO DE PROFESORES DE DERECHO PÚBLICO EN ALEMANIA: OBSERVACIONES SOBRE LA FORMACIÓN DE UN “GREMIO” ACADÉMICO

THE EXCLUSIVE CIRCLE OF PUBLIC LAW PROFESSORS IN GERMANY: OBSERVATIONS ON THE EMERGENCE OF AN ACADEMIC “GUILD”

Hermann Pünder

Catedrático de Derecho público, administrativo y comparado
Bucerius Law School, Hamburgo

*Yo habito en mi propia casa,
Nunca he imitado a nadie
Y siempre me he reído de todo maestro
Que no se haya reído de sí mismo.
Sobre la puerta de mi casa.
Friedrich Nietzsche
La gaya ciencia, 1887**

RESUMEN: Este artículo aborda las similitudes existentes entre la prestigiosa comunidad de profesores de Derecho público en Alemania y las corporaciones gremiales de la Edad Media. Para realizar este análisis el autor emplea herramientas conceptuales de la sociología de Pierre Bourdieu.

PALABRAS CLAVE: asociación alemana de profesores de Derecho público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*); dogmática jurídica alemana; comunidad académica; profesores; gremio; *habitus*; capital social; capital cultural.

* Friedrich NIETZSCHE, *La gaya ciencia* (edición, traducción y notas de Juan Luis Vernal, Tecnos, 2016).

ABSTRACT: This paper studies the similarities between the prestigious community of public law professors in Germany and the guilds of the Middle Ages. In order to conduct this analysis, the author employs conceptual tools from the sociology of Pierre Bourdieu.

KEYWORDS: Association of German public law professors (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*); German legal theory; academic community; professors; guild; *habitus*; social capital; cultural capital.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL OBJETIVO: “MAESTRO” ENTRE “MAESTROS”: 2.1. El hábito de los “maestros”; 2.2. “Reuniones gremiales” anuales; 2.3. “El canto de los maestros” en las reuniones de la Asociación.— 3. EDUCACIÓN “GREMIAL”: 3.1. La “habilitation” como requisito para convertirse en “maestro”; 3.2. Primeros pasos como estudiante de Derecho; 3.3. Estudiantes de doctorado como “aprendices”; 3.4. Los estudiantes posdoctorales como “oficiales” en el camino hacia la “habilitation”; 3.5. “Maestros libres” como profesores ayudantes; 3.6. “Vagabundeo” (especialmente en el mundo anglosajón).— 4. REUNIONES DE “APRENDICES” Y “OFICIALES”: 4.1. “Jornadas de trabajo” anuales; 4.2. “Hermandades de oficiales”; 4.3. “Sociabilidad gremial”.— 5. PERSPECTIVA PARA EL FUTURO: ¿AFERRARSE A LA TRADICIÓN?— 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los jóvenes académicos que aspiran a ser profesores de derecho público en Alemania saben desde muy temprano qué deben hacer y qué deben evitar. El objetivo es claro: convertirse en miembros de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*¹, la Asociación alemana de profesores de derecho público (“profesores de derecho estatal”, según la traducción literal)². La Asociación reúne a quienes se encargarán de realizar la ansiada “llamada” (*Ruf*) para invitar a un candidato a convertirse en profesor en una facultad de derecho. Los jóvenes investigadores sienten una mezcla de admiración y terror reverencial por la Asociación, fundada en 1922³, que constituye uno de los “círculos más conservadores y elitistas de Alemania”⁴. A medida que uno descubre más cosas, más claro resulta todo: entrar en la Asociación es como ser admitido en un gremio medieval (*Zunft*). La analogía sirve para ilustrar que el derecho público ocupa un lugar peculiar en el contexto de la academia alemana; distinto a cualquier otra disciplina, incluido dentro del ámbito jurídico.

¹ Este artículo se basa en mi contribución al libro homenaje (*Festschrift*) por el centenario de la Asociación. Hermann PÜNDER, “Auf dem Weg in die Zunft der Staatsrechtslehrer”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat – die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922 – 2022*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 995 y ss.

² La expresión literal en alemán resulta algo anticuada. A este respecto, *vid.* apartado 5.

³ *Vid.*, en general, Christoph SCHÖNBERGER, “Ein sonderbares Kind der Revolution”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat – die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922 – 2022*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 3 y ss.

⁴ *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, German Wikipedia con referencia a Heribert PRANTL, *Verfassungsänderung*, *Süddeutsche Zeitung*, 9/10 de abril de 2011 (https://de.wikipedia.org/wiki/Vereinigung_der_Deutschen_Staatsrechtslehrer) (última visita: 18 de diciembre de 2023).

Los gremios medievales eran cooperativas exclusivas⁵. Solo los “maestros” (*Meister*) podían aspirar a ser admitidos. La Asociación alemana de profesores de derecho público funciona de manera similar. Como requisito para ser miembro se exige haber obtenido una “habilitación” posdoctoral (*Habilitation*) para acceder a un puesto de profesor universitario. En los congresos o reuniones anuales de la Asociación, uno es “maestro” entre “maestros” (apartado 2). Para alcanzar ese estatus, hay que ir superando una serie de hitos que recuerdan a las antiguas prácticas gremiales (apartado 3). Se empieza como “aprendiz” académico (*Lehrling*) en una cátedra mientras se prepara el doctorado. Después se asciende a la categoría de “oficial” académico (*Geselle*), como ayudante de un profesor mientras se trabaja en una segunda tesis, en este caso posdoctoral. Todo ello, salvo que nuestro joven académico pretenda avanzar en su camino como “profesor junior” (una especie de profesor asociado) sin vinculación con un catedrático, al modo de un “maestro libre” (*Freimeister*) de la época gremial. A menudo, los jóvenes investigadores viajan al extranjero para estudiar un máster en derecho. Esto es comparable a los “viajes de los oficiales” (*Gesellenwanderung*) de antaño. El carácter gremial del derecho público en el ámbito académico alemán se refleja incluso en los congresos anuales de asistentes académicos (apartado 4).

Este trabajo se basa en mi propia experiencia personal⁶. Pierre Bourdieu ya describió en su estudio sociológico *Homo Academicus* las dificultades de analizar un entorno social en el que uno mismo participa. Al referirse a su obra como “un libro para quemar”, Bourdieu dejaba claro que los “informadores” que desvelan “secretos de la tribu” no pueden pretender ser “queridos”⁷. En este contexto, he optado por una “objetivación de participante”⁸ con la idea de también plantear un símil amable. El objetivo es desvelar las reglas tácitas que definen el estatus de los profesores de derecho público y rigen el proceso de selección en la academia⁹.

Este estudio está dirigido a todos aquellos interesados en el derecho comparado. En Alemania, más que en muchos otros países, el derecho no solo lo configuran los

⁵ Cuando me refiero al sistema de gremios medievales, mi conocimiento se basa en el estudio fundamental de Arnd KLUGE, *Die Zünfte*, Franz Steiner, 2009.

⁶ Reflexiono sobre mis experiencias como estudiante de Derecho en las Universidades de Friburgo (Alemania), Ginebra (Suiza) y Münster (Alemania), como estudiante de master (LL.M.) en la Universidad de Iowa (Iowa City), como estudiante de doctorado en la Universidad de Münster, como director del Freiherr-vom-Stein-Institut en Münster (trabajando en mi habilitación), como organizador del congreso de 1998 de asistentes académicos de derecho público, como titular de la cátedra de Derecho Público, Ciencias Administrativas y Derecho Comparado en la Bucerius Law School, como miembro de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Asociación alemana de profesores de derecho público), como ponente en la asamblea de 2011 de la Asociación (72 VVDStRL 190 ss. [2012]), como jefe del grupo de debate sobre derecho administrativo dentro de la Asociación (2014-2017), como miembro de muchos comités de nombramiento, como profesor visitante en varias universidades extranjeras y como director de tesis de estudiantes de doctorado y jóvenes académicos que se preparan para su habilitación.

⁷ Pierre BOURDIEU, *Homo academicus*, Siglo XXI, 2008, p. 5.

⁸ Pierre BOURDIEU, “Participant Objectivation”, *The Journal of The Royal Anthropological Institute*, 9, 2003, pp. 281 y ss.

⁹ Tomas GERHOLM, “On Tacit Knowledge in Academia”, *European Journal of Education*, 25, 1990, p. 263.

legisladores y los jueces, sino también los profesores¹⁰. En ese sentido, puede ser útil saber más sobre esos “legisladores” en el ámbito del derecho público y conocer el camino que han recorrido hasta llegar a su posición actual. Aunque me centraré en el ecosistema de los académicos alemanes, también me referiré de pasada a las experiencias de otros países para subrayar las particularidades del contexto alemán.

2. EL OBJETIVO: “MAESTRO ENTRE MAESTROS”

2.1. El hábito de los “maestros”

En las sociedades urbanas medievales, los maestros ocupaban una posición especial. Lo mismo puede decirse en la actualidad de los profesores universitarios en Alemania, que se definen por el “capital cultural” del que habla Pierre Bourdieu¹¹. A este profesorado (todavía bien remunerado)¹² puede aplicarse lo que escribió Thorstein Veblen en 1899 sobre la “clase ociosa” estadounidense:

Desde los días de los filósofos griegos hasta los nuestros, los hombres reflexivos han considerado siempre como un requisito necesario para poder llevar una vida humana digna, bella o incluso irreprochable, un cierto grado de ociosidad y de exención de todo contacto con los procesos industriales que sirven a las finalidades cotidianas inmediatas de la vida humana. A los ojos de todos los hombres civilizados, la vida de ociosidad es bella y ennoblecedora en sí misma y en sus consecuencias¹³.

Fritz K. Ringer¹⁴ se refirió en su momento a los profesores del *Kaiserreich* como los “mandarines alemanes”, que gozaban de un estatus elitista que todavía hoy resulta influyente¹⁵. Los profesores de derecho, en concreto, portan un *habitus* propio; quizá para ocultar la antigua pregunta de Rudolf Ihering: “¿Es el derecho una ciencia?” (1868)¹⁶, y para eludir cualquier debate sobre el rasgo distintivo de la investigación jurídica en relación con otras disciplinas académicas¹⁷. El famoso discurso de Julius

¹⁰ Cf. Raoul VAN CAENEGEM, *Judges, legislators and professors: chapters in european legal history*, Cambridge University Press, 1987; Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, judges, and professors*, Mohr Siebeck, 2016.

¹¹ Bourdieu (nota 7) pp. 36 y ss.

¹² Sobre los requisitos constitucionales relativos a la remuneración de los profesores véase *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 130, 2012, pp. 263 y ss.

¹³ Thorstein VEBLEN, *Teoría de la clase ociosa*, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 19.

¹⁴ Fritz K. RINGER, *The decline of the German Mandarins: the German academic culture 1890-1933*, Harvard University Press, 1969, pp. 25 y ss. Existe una edición en español: *El ocaso de los mandarines alemanes: la comunidad académica alemana de 1890-1933*, Pomares-Corredor, 1995.

¹⁵ SCHÖNBERGER (nota 3), p. 14 y ss.

¹⁶ Rudolf JHERING, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?* (conferencia inaugural de 1828). Nótese que, en alemán, la noción de “ciencia” (*Wissenschaft*) como disciplina académica no se limita a las ciencias naturales, sino que puede referirse a cualquier disciplina (incluido el derecho). Sobre la discusión en Estados Unidos en relación con el derecho como “ciencia”, *vid.*, entre otros, Thomas C. GREY, “Langdell’s Orthodoxy”, *University of Pittsburgh Law Review*, 45, 1983.

¹⁷ *Vid.*, entre otros, Christoph ENGEL & Wolfgang SCHÖN, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2007; Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der*

von Kirchmann sobre la “falta de valor de la jurisprudencia como ciencia” (1847) sigue resonando para muchos profesores alemanes: “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado”¹⁸. “El conflicto de las facultades”, tal y como lo describió Immanuel Kant (1798)¹⁹, sigue vivo²⁰.

Las formas típicas de pensar y comportarse marcan una sutil “distinción” en el sentido de Pierre Bourdieu²¹. Esto es especialmente cierto en el caso de los profesores de derecho público. La tradición se construye sobre la presunción de que el Estado depende de su apoyo. Así lo refleja el hecho de que la página web de la Asociación reprodujera durante algún tiempo el frontispicio de *El Leviatán* de Thomas Hobbes²². Los profesores de derecho público alemanes se tienen en muy alta estima. Algunos incluso están convencidos de que su “gremio” constituye la “conciencia de nuestra comunidad democrática”²³, como un “cuarto poder” del Estado²⁴.

No es de extrañar que esta actitud se refleje en los “hábitos gremiales” como parte del “gusto de clase” distintivo de los académicos (Pierre Bourdieu)²⁵. Se considera que un profesor alemán de derecho público va vestido adecuadamente con traje y corbata²⁶ (las colegas mujeres tienen algo más de margen)²⁷. Es más fácil encontrarse al yeti que a un profesor de derecho público con una sudadera²⁸. No hay estudios empíricos que hayan analizado si los profesores de derecho público son más propen-

Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, 2015; Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007.

¹⁸ Julius von KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Springer, 1848. Existe una edición en español: *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, Dykinson, 2021.

¹⁹ Immanuel KANT, “Der Streit der Facultäten”, en Karl VORLÄNDER & Oswald KÜLPE, *7 Kant's Werke*, Akademieverlag, 1907. Existe una edición en español: *El conflicto de las facultades*, traducción de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, 2020.

²⁰ *Vid.*, entre otros, Marian FÜSSEL, *Gelehrtenkultur als symbolische Praxis*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006, pp. 191 y ss. (sobre el tradicional concepto de *bellum academicum*).

²¹ Pierre BOURDIEU, *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*, traducción de M^a del Carmen Ruiz de Elvira, Taurus, 2012.

²² En 2007 se eliminó esta iconografía tras un controvertido debate en la asamblea general de la Asociación en Friburgo.

²³ Horst EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, *VVDStRL*, 20, 1963, pp. 130 -133.

²⁴ Thomas GUTMANN, “Intra- und Interdisziplinarität”, en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, pp. 223 - 225.

²⁵ BOURDIEU (nota 21), pp. 260 y ss.

²⁶ Helmut SCHULZE-FIELITZ, “Elemente einer Kulturgeschichte der Staatsrechtslehrervereinigung” en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 215, 235. *Cf.* Richard A. POSNER, “Legal scholarship today”, *Harvard Law Review*, 115, 2002, pp. 1314, 1315. En Estados Unidos, los profesores de derecho tampoco se visten como otros profesores, sino como abogados en ejercicio.

²⁷ Sobre la vestimenta “apropiada” de las profesoras de derecho, *vid.* Pascale CANCIK, “Die verspätete Zunft? Frauen in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 795, 817 y ss.

²⁸ Pueden albergar alguna esperanza quienes busquen al profesor Franz Mayer en la Universidad de Bielefeld o al profesor Felix Hanschmann en la Bucerus Law School. También podría tener éxito una expedición al *Kleinwalsertal* en Austria para asistir a un seminario conjunto de los profesores Wolfram Cremer (Universidad de Bochum), Thorsten Kingreen (Regensburg) y Bernhard Wegener (Erlangen).

sos que otros a prescindir en los actos formales de la tradicional toga académica o *Talar*, que fue abolida en Alemania tras el movimiento de 1968²⁹. Algunos reivindicarán con melancolía que la antigua vestimenta académica no desprendía un “olor rancio”³⁰ y que la *Ordinarienuniversität*, la tradicional universidad alemana dominada por los profesores titulares, no estaba tan mal.

2.2. “Reuniones gremiales” anuales

En los congresos anuales de la Asociación (*Staatsrechtslehrertagungen*), todos son “maestros”. Para asistir, es obligatorio haber obtenido previamente la habilitación posdoctoral (*Habilitation*)³¹. Los asistentes académicos que no dispongan de esa calificación académica ni siquiera pueden asistir como oyentes³². La mera sugerencia de permitir la entrada de un profesor ayudante parecía una “ingenuidad, casi una ocurrencia”³³. Los periodistas también están excluidos. A diferencia de otras asociaciones académicas, a la Asociación le parece bien que los medios de comunicación no informen sobre sus “reuniones gremiales”. Los profesores de derecho público se reúnen a puerta cerrada (lo que en 1968 incluso provocó una sentada estudiantil)³⁴. Así funcionaban también los gremios medievales³⁵. No en vano, se dice que la Asociación teme el “viejo impulso, también motivado políticamente, de exponerse al público”³⁶. Sin embargo, no existe un “secreto gremial” (*Zunftgeheimnis*). Al contrario, todo se difunde ampliamente en el “gremio”. También hay chismes³⁷. Es lógico,

²⁹ Sobre la desaparición de la toga a finales de la década de 1960 y su recuperación en algunas universidades desde la década de 1990, *vid.* Juliane HOHEISEL, “Zwischen Muff und Würde”, *Die Hochschule*, 2, 2017, pp. 142 y ss. (2/2017). La introducción de la toga académica también se debatió en la Bucerius Law School tras su fundación en el año 2000. La idea fue abandonada porque una muestra resultó demasiado ridícula en opinión del profesorado. Cabe señalar que la vestimenta académica ya había sido abolida temporalmente a finales del siglo XVIII porque no encajaba con las tendencias racionalizadoras de finales de la Ilustración. *Vid.*, en general, FÜSSEL (nota 20) pp. 406 y ss.

³⁰ *Unter den Talaren Muff von 1000 Jahren* [Bajo las togas, un moho de mil años] fue un famoso eslogan del movimiento estudiantil alemán a finales de la década de 1960. *Vid.*, en general, Rainer NICOLAYSEN, “Stichtag 9. November 1967”, en *19 Tage Hamburg*, Forschungsstelle für Zeitgeschichte, 2012, pp. 110 y ss.

³¹ Para más detalles sobre los requisitos de afiliación, *vid.* punto 1 del apartado 3, y apartado 5.

³² Los asistentes académicos sí pueden asistir a las reuniones de la asociación de profesores de derecho penal. *Cf.* Klaus Ferdinand GÄRDITZ, “Das andere Öffentliche Recht: Die Staatsrechtslehrervereinigung im Vergleich mit der Strafrechtslehrervereinigung”, en Pascale CANCEK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 951, 960 y ss.

³³ Gert NICOLAYSEN, “Erste Schritte”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, pp. 45, 47.

³⁴ Florian MEINEL, “Die Staatsrechtslehrervereinigung und die Studentenbewegung”, en Pascale CANCEK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 733 y ss.

³⁵ Kluge (nota 5), p. 343.

³⁶ Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Mohr Siebeck, 2013, p. 40.

³⁷ En general, sobre los cotilleos académicos y otras formas de comunicación informal, Tony BECHER & Paul TROWLER, *Academic Tribes and Territories*, Open University Press, 2ª ed., 2001, pp. 108 y ss.

ya que muchos asistentes se conocen personalmente desde hace mucho tiempo, de su época como jóvenes investigadores³⁸.

“Maestro” entre “maestros”: el hecho de que alguien omita su estatus especial en los congresos anuales puede resultar confuso. En ocasiones, esto se traduce en una modestia inusual. Sin embargo, la mayoría de las veces se intenta enfatizar la propia importancia entre los notables. Los asistentes se esfuerzan por ofrecer su versión más brillante. Como ocurría en los gremios medievales³⁹, los miembros de la Asociación compiten entre sí en las reuniones⁴⁰. No solo los *Privatdozenten*, aquellos que han obtenido la habilitación pero que aún no han recibido la “llamada” para ocupar un puesto como profesores permanentes. Los colegas ya consolidados también están nerviosos. Al fin y al cabo, está en juego la reputación académica. Las personas se mueven motivadas por la búsqueda de ese “capital social” al que se refería Pierre Bourdieu⁴¹. En palabras de Robert K. Merton⁴² y Niklas Luhmann⁴³, todos ellos aspiran a labrarse un “nombre”. Aunque no es oficial, existe una jerarquía importante entre los “maestros” del derecho público. Algunos la han comparado con una “cuasi-iglesia” con su propio cuerpo de cardenales, obispos y sacerdotes⁴⁴.

Los asistentes cortejan a aquellos miembros que consideran influyentes: por haber publicado manuales, comentarios o artículos en revistas de referencia; por las invitaciones a congresos y su participación en comités importantes; por la emisión de dictámenes en parlamentos y su intervención en casos relevantes ante los tribunales; por haber obtenido doctorados honorarios, ocupar cátedras invitadas, recibir financiación externa, etc.; y por haber desempeñado cargos importantes en la administración pública⁴⁵. La búsqueda del reconocimiento tiene muchas facetas⁴⁶. Es lo que se conoce como “efecto Mateo”⁴⁷, explicado por Robert K. Merton: ⁴⁸ “Porque al que

³⁸ Sobre experiencias comunes durante la etapa de profesor ayudante, cf. *infra* apartado 4.

³⁹ Cf. KLUGE (nota 5) p. 364.

⁴⁰ En general, sobre la competencia académica, BECHER & TROWLER (nota 37), pp. 118 y ss.

⁴¹ Pierre BOURDIEU, “The Forms of Capital”, en J. G. RICHARDSON, *Handbook of Theory and Research for the Sociological Education*, Greenwood Press, 1986, pp. 241, 248.

⁴² Robert K. MERTON, “The Matthew Effect in Science”, *Science*, 159, 1968, pp. 56, 57.

⁴³ Niklas LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1992, pp. 247, 354.

⁴⁴ Daniel THÜRER, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 58, 1999. Para más detalles sobre las metáforas clericales en el mundo académico jurídico, vid. Benjamin SCHINDLER, “Die Vereinigung und die Schweiz”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 273, 275, 296.

⁴⁵ En general, sobre “académicos de referencia, guardianes y el ejercicio de poder”, BECHER & TROWLER (nota 37), p. 84.

⁴⁶ BECHER & TROWLER (nota 37), p. 75 y ss. Con respecto a los profesores de derecho público alemanes, Peter HÄBERLE, “Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlergemeinschaften”, en Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007, p. 159; SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 191 y ss.

⁴⁷ Helmut GOERLICH, “Die Rolle der Reputation in der Rechtswissenschaft”, en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, pp. 191 y ss; Peter WEINGART, “Reputation in der Wissenschaft”, en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, pp. 154 y ss.

⁴⁸ MERTON (nota 42), pp. 56 y ss.

tiene se le dará y le sobrará” (Mateo 25, 29). Según Niklas Luhmann, la reputación se “retroalimenta”⁴⁹. La gente lee, sobre todo, las publicaciones de los colegas que conoce.

Bastantes profesores son jueces a tiempo parcial⁵⁰. Muchos sueñan con llegar a ser magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*)⁵¹. Al tratarse de un puesto que requiere dedicación completa, eso exige sacrificar la libertad académica y personal; en palabras de Henry James⁵², la “dulzura del trabajo” y la “dignidad del ocio” tan típica de la vida universitaria. Max Weber ya subrayó la importancia de la libertad para la inspiración académica (*Einfall*) en su estudio “La ciencia como vocación” (*Wissenschaft als Beruf*).

Las mejores cosas se le ocurren a uno mientras fuma un cigarro en el sofá, como le sucedía a Ihering, o quizás, como de sí mismo dice Helmholtz con precisión de físico, mientras pasea por caminos en leve cuesta, o en cualquier otro momento. En todo caso surge cuando menos se la espera y mientras uno pena y se afana en la mesa de trabajo. Claro es que jamás surgiría si uno no tuviera tras sí esas horas de penar en la mesa de trabajo y esa preocupación constante por las cuestiones abiertas. [...] La inspiración puede venir o no venir. Se puede ser un destacado trabajador y no haber tenido jamás una ocurrencia valiosa. [...] No es, en modo alguno, cierto que la inspiración juegue mayor papel en la ciencia que [...] en el arte. [...] El que alguien tenga inspiraciones científicas es cosa que depende de un destino que se nos esconde y, además, de ciertos “dones”⁵³.

No obstante, los profesores de derecho público que ejercen como jueces no aceptan esa pérdida de libertad por razones superficiales. No se trata solo de la “prominencia pública”, sino también de la “reputación académica”⁵⁴. Llegar al Tribunal Constitucional Federal se considera “la cima de la carrera académica”⁵⁵ porque la Constitución alemana (*Grundgesetz*) “se aplica en la práctica tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional Federal”, como subrayó el profesor Rudolf Smend ya en 1962⁵⁶. Según el profesor Bernhard Schlink, la investigación en el ámbito del

⁴⁹ LUHMANN (nota 43), pp. 249, 353. Sobre la práctica general en materia de citas, BECHER & TROWLER (nota 37), pp. 114 y ss.

⁵⁰ El artículo 7 de la Ley alemana del Poder Judicial (*Deutsches Richtergesetz*) establece expresamente que: “Cualquier catedrático de derecho [...] está cualificado para ejercer la judicatura”.

⁵¹ Actualmente, ocho de los dieciséis jueces del Tribunal son catedráticos de derecho público: En el Primer Senado, Martin Eifert (Universidad Humboldt de Berlín), Ines Härtel (Universidad Europea Viadrina de Fráncfort del Óder) y Heinrich Amadeus Wolff (Universidad de Bayreuth); en el Segundo Senado, Doris König (Bucerius Law School, también vicepresidenta del Tribunal), Christine Langenfeld (Universidad de Gotinga) y Astrid Wallrabenstein (Universidad Goethe de Fráncfort del Meno).

⁵² Se le atribuye al escritor angloamericano Henry James (1843–1916) la cita, tan oportuna de que “Oxford da dulzura al trabajo y dignidad al ocio”.

⁵³ Max WEBER, “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, 1919, pp. 194-195 (traducción de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1997).

⁵⁴ Sobre la diferencia, Peter WEINGART & Petra PANSEGAU, “Reputation in science and prominence in the media”, *Public Understanding of Science*, 8, 1999, pp. 3 y ss.

⁵⁵ Armin VON BOGDANDY, “Wissenschaft vom Verfassungsrecht”, en Armin VON BOGDANDY, Pedro CRUZ VILLALÓN & Peter M. HUBER, *Handbuch Jus Publicum Europaeum*, 2, C.F. Müller, 2008, § 39 p. 70.

⁵⁶ Rudolf SMEND, “Das Bundesverfassungsgericht”, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3ª ed., Duncker & Humblot, 1994, pp. 581, 582.

derecho público se ha visto “destronada” por la autoridad del Tribunal Constitucional⁵⁷ (asumiendo que en algún momento ocupó ese “trono”)⁵⁸. Existe el riesgo de que la investigación del derecho constitucional se vaya diluyendo hasta convertirse en un mero análisis de la jurisprudencia del Tribunal (*Bundesverfassungsgericht wissenschaft*)⁵⁹. En Alemania, hasta el derecho administrativo tiende a considerarse en gran medida como una “concreción del derecho constitucional” (*konkretisiertes Verfassungsrecht*)⁶⁰. Otros países no van tan lejos⁶¹.

El derecho público es derecho político⁶². Por tanto, no es sorprendente que algunos profesores participen en política⁶³. Esta conexión entre derecho y política evoca un objetivo fundamental de los gremios medievales, obsesionados con lograr influencia en ese plano. En el ámbito de los académicos de derecho público, cabe señalar que dos catedráticos (Karl Carstens y Roman Herzog) llegaron a la Presidencia de la República Federal de Alemania⁶⁴. Muchos colegas se sorprendieron de que el profesor Andreas Voßkuhle, entonces presidente del Tribunal Constitucional, rechazara en dos ocasiones la petición de la canciller Angela Merkel de presentarse a las elecciones para el más alto cargo del Estado.

En cualquier caso, es poco probable que asistamos a una “revolución gremial”⁶⁵. El hecho de que la Asociación no haga declaraciones políticas se considera una “buena costumbre”⁶⁶. Conviene recordar, aunque resulte vergonzoso, que este círculo apenas ofreció resistencia en los inicios del “Tercer Reich”⁶⁷. Más bien al contrario:

⁵⁷ Bernhard SCHLINK, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat*, 28, 1989, pp. 161 y ss.

⁵⁸ Christoph SCHÖNBERGER, *Der German Approach*, Mohr Siebeck, 2015, p. 31. El uso de la terminología aristocrática sigue siendo frecuente. Cf. VON BOGDANDY (nota 55) § 39, p. 38 y ss. (los académicos de derecho público “se aferran a la corona”, pretendiendo su propia “entronización como la disciplina reina del ámbito jurídico”. Desde una perspectiva británica, Alan RODGER, “Judges and Academics in the United Kingdom”, *University of Queensland Law Review*, 29, 2010, [en Alemania, “los académicos son los reyes”]).

⁵⁹ Franz REIMER, “Fragmentierungen im Öffentlichen Recht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 77, 2018, párr. 413, 427 y ss.

⁶⁰ Así, la cita tantas veces repetida del entonces presidente del Tribunal Administrativo Federal de Alemania Fritz WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl, 1959, pp. 527 y ss.

⁶¹ Para una perspectiva comparativa, Hermann PÜNDER, “Verwaltungsverfahren in rechtsvergleichender Perspektive”, en Wolfgang KAHL & Markus LUDWIGS, *Handbuch des Verwaltungsrechts*, 4, C.F. Müller, 2021, § 116, párr. 14.

⁶² Cf., e.g., Josef ISENSEE, “Verfassungsrecht als politisches Recht”, en Josef ISENSEE & Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, 12, 3ª ed., C.F. Müller, 2014, § 268.

⁶³ Jens KERSTEN, “Mitglieder der Vereinigung in der politischen und gerichtlichen Praxis”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, párr. 829 y ss.

⁶⁴ El profesor Karl Carstens fue presidente de la República Federal de Alemania de 1979 a 1984, y el profesor Roman Herzog, de 1994 a 1999.

⁶⁵ KLUGE (nota 5), párr. 88.

⁶⁶ Ulrich SCHEUNER, “Ansprache zur 50jährigen Wiederkehr der Gründung der Vereinigung”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 31, 1973, párr. 7-8.

⁶⁷ Andreas KLEY, “Die Vereinigung in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Auflösung”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, 39, Mohr Siebeck, 2022, pp. 54 y ss. Cf. también KERSTEN (nota 63), párr. 837 y ss. (incluidos Austria y Suiza) .

muchos profesores de derecho público estaban deseosos de mostrar su apoyo al nuevo régimen⁶⁸. La Asociación mantuvo un “silencio elocuente” (Michael Stolleis)⁶⁹ hasta su autodisolución en 1938⁷⁰. Llama la atención que la Asociación no abordara la implicación de los profesores de derecho público en la administración hitleriana hasta el congreso de 2001, una vez muertos los protagonistas y cuando sus estudiantes ya no tenían tanta influencia⁷¹. Durante demasiado tiempo, la academia alemana ha hecho gala de su “incapacidad para el duelo”⁷², en el sentido de Alexander y Margarete Mitscherlich⁷³. En este sentido, la superioridad moral de los profesores de derecho público después de la guerra resulta lamentable⁷⁴.

2.3. *El “canto de los maestros” en las reuniones de la Asociación*

Las conferencias que se imparten en los congresos anuales de la Asociación son la prueba más clara de que no basta con ser “maestro entre maestros”. La tradición tardomedieval se hace patente en este “canto de los maestros” (*Meistergesang*)⁷⁵, así como en el uso del término “audición” (*Vorsingen*) para designar la ponencia de los candidatos que se postulan para acceder a una cátedra.

Recibir una invitación de la Junta de la Asociación (un organismo designado por “aclamación aristocrática”⁷⁶ sin competencia⁷⁷) para impartir una conferencia en un congreso anual se considera un verdadero honor. Cuando esto ocurre, el invitado recibe felicitaciones y consejos⁷⁸, y se convierte en objeto de

⁶⁸ *Vid.*, por ejemplo, con respecto a la Ley de policía, Hermann PÜNDER, “Pervertierung des Polizeirechts im Nationalsozialismus”, *Juristische Ausbildung* JURA, 2023, pp. 10-18, 136-146.

⁶⁹ Michael STOLLEIS, *Recht im Unrecht*, Suhrkamp, 1994, p. 143.

⁷⁰ Sobre la refundación de la Asociación en 1949, Anna-Bettina KAISER, “Arbeits-oder Bekenntnisgemeinschaft?”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, p. 75.

⁷¹ Horst DREIER & Walter PAULY, “Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 60, 2001, p. 9 y ss., 73 y ss.

⁷² Bernhard SCHLINK, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Suhrkamp, 2002, pp. 124 y ss.

⁷³ Alexander MITSCHERLICH & Margarete MITSCHERLICH, *The Inability to Mourn – Principles of Collective Behavior* (traducción de Beverly Placzek), Grove Press, 1975.

⁷⁴ Jan THIESEN, “Selbstgerechtigkeit ist gräßlich – Der Umgang der Staatsrechtslehrervereinigung mit der NS-Vergangenheit”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 697 y ss.

⁷⁵ Reinhard HAHN, *Meistergesang*, Bibliographisches Institut Leipzig, 1985; KLUGE (nota 5), pp. 386 y ss.

⁷⁶ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 156 y ss.

⁷⁷ Formalmente, ha habido votaciones secretas desde 1967 (y ocasionalmente algunos votos discrepantes). Sin embargo, esto no ha conllevado la democratización de la Asociación con oportunidades de elección. *Vid.*, por ejemplo, Michael STOLLEIS, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 80, 1997, p. 355, 357. Sobre la autoadministración de los gremios, KLUGE (nota 5), pp. 353, 355 y ss.

⁷⁸ Para mí fue emocionante (y confuso) que Peter Häberle, un importante colega de más edad a quien no conocía personalmente, me escribiera cuando me nombraron ponente para la *Staatsrechtslehrertagung* en 2011, ofreciendo aconsejarme para mi *Staatsrechtslehrervortrag*. Sin embargo, el profesor

envidia⁷⁹. No a todos los miembros se les concede esa oportunidad. En otros congresos académicos, los investigadores pueden enviar sus propuestas en respuesta a un “*call for papers*”. Eso no ocurre en los congresos anuales de la Asociación (*Staatsrechtslehrertagung*). Tienen que invitarte. Y cuando esto ocurre, se trata de una “oferta que no se puede rechazar”, parafraseando la jerga mafiosa de *El Padrino*⁸⁰. Los planes para el año siguiente se abandonan; el foco se pone en la preparación de la conferencia. Al fin y al cabo, una conferencia en un congreso de la Asociación se considera “el gran desafío” para un profesor de derecho público. No habrá otra oportunidad mejor para presentarse ante un cuerpo tan amplio de profesores, “para bien o para mal”⁸¹. Algunos hablan de una “segunda habilitación”; que te inviten a dar una conferencia en la Asociación se considera “el último gran honor del gremio”⁸². En ocasiones, se habla de un “último examen” o incluso de la “distinción como caballero” (*Ritterschlag*)⁸³. Siempre nos acompaña la búsqueda de fama y el miedo a caer en desgracia. Se habla con tintes dramáticos de que los jóvenes colegas se adentran en “la boca del lobo”, expuestos a una “cacería”⁸⁴. La Asociación es “escenario, vara de medir y cadalso, todo al mismo tiempo”⁸⁵.

Las conferencias constituyen una actividad central para cualquier comunidad académica. Sin embargo, existe otra peculiaridad en los congresos de la Asociación. Normalmente, dos miembros imparten conferencias sobre un mismo tema. Esto permite una cierta diversidad de enfoques, pero también introduce un elemento competitivo⁸⁶. Como en los concursos de “maestros cantores” de la Edad Media, las reglas son muy estrictas. El reto para los maestros medievales era inventar una nueva melodía (un nuevo “tono”) e interpretarla a la perfección. El gremio de profesores de derecho público se rige por el mismo principio: pese a la tradicional referencia a meros “informes” (*Berichte*), se exige un cierto grado de innovación (aunque sea

Roman Schnur tuvo una experiencia similar. En 1963, recibió consejos de al menos siete colegas para su conferencia sobre la libertad de prensa. Cf. Frieder GÜNTHER, *Denken vom Staat her*, 23, Oldenbourg, 2004.

⁷⁹ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 146.

⁸⁰ Hermann PÜNDER, *final remarks*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 72, 2013, párr. 353.

⁸¹ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 146.

⁸² Peter HÄBERLE, *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*, Mohr Siebeck, 2010, p.102.

⁸³ Klaus RENNERT, *Review of VVDStRL 70*, 2011, DÖV 933, 935.

⁸⁴ Martin HECKEL, *Interview with Helmuth Schulze-Fielitz*, 8 de enero de 2019, VDSrL's Archive, nº 128, registro nº 6.

⁸⁵ Ewald WIEDERIN, “Die Vereinigung und Österreich”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 245, 265 y ss.

⁸⁶ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), párr. 162. Es habitual celebrar una reunión conjunta organizada por la junta directiva de la Asociación para preparar los documentos. No pude asistir porque en ese momento estaba como catedrático invitado en Stanford. Para ser sincero, no me supuso ningún inconveniente. Quería tratar mi tema (condiciones para el éxito de la democracia representativa, VVDStRL, 72, 2012, p. 190 y ss.) con una mente abierta.

limitada)⁸⁷. El turno de intervención entre estos dos ponentes vendrá determinado por su “rango jerárquico”, y en caso de un estatus similar, por la antigüedad (en función de la fecha de acceso a la cátedra, de su admisión a la Asociación o por edad). La intervención de ambos ponentes tendrá un límite máximo de 45 minutos, ni un segundo más. Las conferencias son sucesivas, lo que exige que la audiencia mantenga su concentración durante una hora y media. No es fácil⁸⁸.

A continuación, se hace un descanso de media hora durante el cual los asistentes conversan animadamente sobre lo que acaban de escuchar. ¿Quién ha sido mejor?, ¿alguno se ha equivocado o ha desafinado? Casi siempre hay división de opiniones. Los ponentes más afortunados son aquellos que tienen amigos capaces de orientar la opinión de los miembros de la Asociación⁸⁹. Por último, se abre un debate plenario durante una hora y media. Anteriormente, hablaban primero los colegas “más importantes”; a los más jóvenes se les desaconsejaba intervenir⁹⁰. El funcionamiento actual es más laxo; además, ahora las intervenciones en los debates están estrictamente limitadas a cuatro minutos (lo que a su vez pone coto al “autobombo”)⁹¹. La serie de publicaciones de la Asociación⁹² no solo recoge de forma literal las conferencias (razón por la que son tan poco habituales las intervenciones espontáneas)⁹³, sino también las intervenciones en los debates (a menudo, preparadas con antelación)⁹⁴. Los elogios y las críticas quedan registrados para siempre.

Obviamente, este procedimiento no fomenta que las conferencias tengan un contenido controvertido. Se aconseja no atizar la polarización⁹⁵. Algunos ponentes temen que aparezca un Sixtus Beckmesser, aquel personaje que supervisaba con aire pedante el cumplimiento de las reglas tradicionales en *Los maestros cantores de Núremberg* de Wagner⁹⁶. La valentía de Walther von Stolzing es muy

⁸⁷ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 168. Los participantes del congreso “no están ansiosos por alcanzar las cotas más altas en materia de innovación”. Tesis completamente nuevas o simplemente una nueva forma de hablar podrían provocar una “reacción defensiva suspicaz”.

⁸⁸ El hecho de que las conferencias no sean fáciles de seguir se debe en parte a la norma de la Asociación de que los textos de las ponencias deben ser idénticos a la versión impresa. Esto no solo impide un estilo más relajado, sino que también implica la condensación de la presentación oral.

⁸⁹ Sobre la importancia de las redes y los círculos sociales en el mundo académico en general, BECHER & TROWLER (nota 37), pp. 90 y ss.

⁹⁰ HÄBERLE (nota 82), pp. 101 y 107.

⁹¹ El límite de cuatro minutos se introdujo en la reunión de 2002 en St. Gallen.

⁹² *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL). *De Gruyter* publica las actas de la conferencia. Los volúmenes 1–81 están disponibles en acceso abierto.

⁹³ Las excepciones fueron Gunnar Folke Schuppert (1983) and Gertrude Lübke-Wolff (2000).

⁹⁴ Además, las presentaciones grabadas se envían a los ponentes para su corrección antes de imprimirse. Cf. GÜNTHER (nota 78), p. 23.

⁹⁵ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 171.

⁹⁶ Richard Wagner (1813–1883), *Los maestros cantores de Núremberg* (*Die Meistersinger von Nürnberg*), representada por primera vez el 21 de junio de 1868 en Múnich. La figura de Beckmesser suele verse como una parodia de Eduard Hanslick (1825–1904), que criticó duramente a Wagner. Reinhard Mußgnug se defendió de la acusación de actuar como ese personaje (Beckmesser) (VVDStRL, 48, 1990, p. 160).

infrecuente⁹⁷. Incluso en los gremios medievales se criticaba la hostilidad hacia la innovación⁹⁸, quejas que también se escuchan en el ámbito del derecho público⁹⁹. En los últimos años ha habido muy pocas controversias sobre cuestiones fundamentales en la Asociación, como la famosa “disputa del método” (*Methodenstreit*) en la República de Weimar¹⁰⁰. Al contrario de lo que ocurrió en la comunidad de politólogos alemanes, nada hace temer una división en la Asociación¹⁰¹. El hombre equidistante (*Mann der Mitte*) encarna el ideal¹⁰².

3. EDUCACIÓN “GREMIAL”

Los gremios medievales eran exclusivos. La admisión estaba reservada a los maestros. El enfoque de la Asociación es similar. No cualquier investigador o docente en el ámbito del derecho público puede convertirse en miembro¹⁰³. Se exige una educación “gremial” (*zünfliche*).

3.1. La “habilitation” como requisito para convertirse en “maestro”

Con carácter general, esto se refiere a la obtención de una habilitación en derecho público, que es la cualificación tradicional que se exige en Alemania para acceder a una cátedra (y que no debe confundirse con los procedimientos centralizados como la *habilitation á diriger des recherches* en Francia¹⁰⁴ o la *Abilitazione Scientifica Nazio-*

⁹⁷ Hans Sachs advierte a los críticos de la canción de Walther von Stolzing en la ópera: “¡Un momento Maestros! ¡No tan rápido! / No todo el mundo comparte vuestra opinión. / Yo he encontrado la melodía y la canción / del caballero nuevas, pero no confusas: / Si se salió del camino, después / volvió a tomarlo con paso firme y calmado. / Si queréis juzgar según las reglas / algo que no concuerde con las vuestras, / tendréis que olvidaros / de vuestra manera de hacer las cosas, / y primero de todo ¡buscad nuevas reglas!” (fin del acto primero, versión en español disponible en: <http://www.wagnermania.com/dramas/meistersinger/espanol.asp>).

⁹⁸ KLUGE (nota 5), p. 269.

⁹⁹ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 40 y ss.

¹⁰⁰ Cf. KLEY (nota 67), p. 43; SCHÖNBERGER (nota 3), pp. 33 y ss.

¹⁰¹ La ciencia política se ha escindido entre dos asociaciones: la *Deutsche Vereinigung für Politikwissenschaft* y la *Deutsche Gesellschaft für Politikwissenschaft*. Cf. Tobias BARTELS, “Eine Disziplin – zwei Fachgesellschaften!”, en Wilhelm KNELANGEN & Tine STEIN, *Die Geschichte der Politikwissenschaft*, Klartext, 2013, pp. 481 y ss.

¹⁰² Hubert TREIBER, “Juristische Lebensläufe”, *Kritische Justiz*, 12, 1979, pp. 22, 34 y ss.

¹⁰³ En un sentido crítico, por ejemplo, STOLLEIS (nota 77), p. 358. En 1962 se acordó no admitir a “meros” politólogos en la Asociación. Sobre la relación de los profesores de derecho público con la ciencia política en general, GÜNTHER (nota 78), pp. 232 y 234.

¹⁰⁴ La *habilitation* francesa no es un requisito obligatorio para acceder a un puesto como catedrático o profesor titular (*maître de conférences*). Cf. Silvia PERNICE-WARNKE, “Perspektiven des wissenschaftlichen Nachwuchses im deutsch-französischen Vergleich”, *Rechtswissenschaft*, 4, 2013, p. 479, 492. Vid., en general, sobre el camino francés para convertirse en profesor, Dorothee PERROUIN-VERBE & Samuel FULLI-LEMAIRE, “Career Paths into Legal Academia in France”, *Rabels Zeitschrift*, 84,

nale en Italia¹⁰⁵). Quien no obtiene la habilitación queda excluido. Esto se aplica no solo a los profesores honorarios (*Honorarprofessoren*)¹⁰⁶, sino también a los profesores en escuelas superiores de ciencias aplicadas (*Fachhochschulen*)¹⁰⁷, así como, en principio, a los profesores universitarios (*Universitätsprofessur*)¹⁰⁸ que, excepcionalmente, no cuentan con habilitación. En los gremios medievales, se hablaba de “chapuceros” (*Pfuscher* o *Stümper*) y “perturbadores” (*Störern* o “*Bönhasen*”)¹⁰⁹. El hecho de que la habilitación haya perdido su significado en muchas otras disciplinas académicas como requisito para acceder a la cátedra resulta irrelevante para la Asociación. Volveré sobre ello más adelante¹¹⁰. Sin embargo, no se excluye el acceso a la Asociación para aquellos que sí han obtenido la habilitación pero trabajan en una facultad que no sea de derecho, en una universidad no germanoparlante en el extranjero, en una escuela superior de ciencias aplicadas, o directamente fuera de la academia (por ejemplo, en un tribunal, un bufete de abogados, la administración pública o el sector privado).

3.2. Primeros pasos como estudiante de derecho

El aura única de los profesores de derecho público a menudo inspira el deseo de seguir sus pasos mientras se estudia la licenciatura¹¹¹. Es una suerte encontrar personas con ideas afines, lo que permite formar equipos de cuerda (*Seilschaften*) estimulantes desde una fase temprana¹¹². Tal y como ha reconocido Heinrich von Kleist, el discurso permite refinar las ideas¹¹³. Sin embargo, los estudiantes más am-

2020, p. 299, 305 y ss.; Stefan VOGENAUER, “Paths to the Chair – The French Experience”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 12, 2004, pp. 218 y ss.

¹⁰⁵ En Italia, después de haber obtenido la habilitación para ejercer a nivel central, es posible presentarse a un concurso de acceso a una cátedra. *Vid.*, en general, Francesco Paolo PATTI, “Career Paths into Legal Academia in Italy”, *Rebels Zeitschrift*, 84, 2020, pp. 324, 327 y ss.

¹⁰⁶ Los profesores de derecho penal son más generosos en sus reuniones. *Cf.* GÄRDITZ (nota 32), p. 958.

¹⁰⁷ Christian WALDHOFF, “Die Staatsrechtslehrervereinigung im Wandel von Selbstverständnis und Außenwahrnehmung”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, p. 151 y 180.

¹⁰⁸ El término se utiliza en contraste con las cátedras de las universidades de ciencias aplicadas. *Vid.* Jürgen KOHLER, “Selecting Minds: The Recruitment of Law Professors in Germany”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, p. 413.

¹⁰⁹ KLUGE (nota 5), p. 249. El término *Bönhase* procede de la palabra *Böne*, utilizada en bajo alemán para referirse al ático. Al igual que los gatos (*Dachhase*, literalmente: conejo de tejado) atrapan ratones en el ático, los *Bönhasen* trabajan en secreto en los áticos para sus “ratones” (un término coloquial para referirse al dinero).

¹¹⁰ *Vid.* epígrafe 5 en apartado 3.

¹¹¹ Esto rara vez ocurre durante los años de instituto. Sin embargo, se dice que Christoph Möllers (que ahora es catedrático en la Universidad Humboldt de Berlín) decidió dedicarse a esta profesión a una edad tan temprana.

¹¹² Un ejemplo es el círculo de amigos de Oliver Lepsius (actualmente, catedrático en la Universidad de Münster), Christian Waldhoff y Christoph Möllers (ambos, catedráticos en la Universidad Humboldt de Berlín) durante sus estudios en Múnich.

¹¹³ Heinrich VON KLEIST, “On the Gradual Construction of Thoughts During Speech”, *German Life and Letters*, 5, 1951, pp. 42 y ss.

biciosos que quieren emprender una carrera académica no solo buscan la compañía de compañeros de clase brillantes, sino que se fijan directamente en un *Ordinarius* o una *Ordinaria* (el término con el que tradicionalmente se designa a los profesores titulares con un puesto permanente en una cátedra)¹¹⁴. A menudo, los estudiantes adoptan la jerga profesoral en esta primera etapa¹¹⁵ como parte de las “formas” que integran el “capital social” según Pierre Bourdieu¹¹⁶. La búsqueda de “mentes gemelas”, tan habitual en la contratación y la promoción en las facultades de derecho de Japón, también se observa en Alemania¹¹⁷. El camino académico es un proceso de socialización. Es imposible recorrerlo sin figuras de referencia.

Por lo general, estos profesores valoran el ideal humboldtiano de la “unidad de investigación y enseñanza” (*Einheit von Forschung und Lehre*) y la “comunidad de profesores y alumnos” (*Gemeinschaft der Lehrenden und der Lernenden*)¹¹⁸, incluso en la era de las “universidades de masas”. Algunos incluso se entusiasman con su “eros pedagógico” en la tradición de Platón¹¹⁹ (un concepto incómodo después de los escándalos de abusos en escuelas y universidades)¹²⁰. Los estudiantes pueden encontrar una fuente de inspiración en los seminarios académicos, pero también a través de una participación activa en congresos, algo menos frecuente en Alemania que en Estados Unidos¹²¹. Pero

¹¹⁴ Históricamente, sobre la “tradicionalidad tribal” de los profesores titulares con los académicos más jóvenes, Jürgen WILHELM, “Die Stammeskultur der Ordinarienuniversität”, *Festschrift für Hans Peter Bahrdt*, Campus, 1983, pp. 477 y ss.

¹¹⁵ Recuerdo haber conocido a Martin Eifert (ahora catedrático de la Universidad Humboldt de Berlín y juez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania) durante nuestros estudios en Ginebra (1989/90). Incluso entonces, al compañero de estudios, influido por Wolfgang Hoffmann-Riem (actualmente, catedrático de la Bucerius Law School de Hamburgo, anteriormente también juez del Tribunal Constitucional Federal), le gustaba hablar de *regulierte Selbstregulierung* (autorregulación regulada) y de derecho público y privado como *wechselseitige Auffangordnungen* (órdenes residuales recíprocas), conceptos que eran completamente desconocidos para mí y para otros que acabábamos de empezar nuestros estudios de derecho.

¹¹⁶ BOURDIEU (nota 41), p. 248 y ss.

¹¹⁷ Eric A. FELDMAN, “Mirroring Minds: Recruitment and Promotion in Japan’s Law Faculties”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, pp. 465 y ss. Cf. también Harald BAUM, “Akademische Karrierewege für Juristen in Japan”, *Rabels Zeitschrift*, 84, 2020, pp. 374 y 381.

¹¹⁸ Wilhelm VON HUMBOLDT, “The Königsberg and the Lithuanian School Plan” (1809), *German History Intersections* (traducción de Kathleen Dell’Orto); Wilhelm VON HUMBOLDT, “On the Internal and External Organization of the Higher Scientific Institutions in Berlin” (1810), *German History in Documents and Images* (traducción de Thomas Dunlap).

¹¹⁹ Cf. HÄBERLE (nota 82), p. 2 y *passim*.

¹²⁰ Cf. Elmar DRIESCHNER & Detlef GAUS, *Liebe in Zeiten pädagogischer Professionalisierung*, Springer, 2011; Sabine SEICHTER, *Pädagogische Liebe*, Brill, 2007.

¹²¹ Cf. Eckart KLEIN, “Legal Education in Germany”, *Oregon Law Review*, 72, 1993, p. 953 (que analiza el método de enseñanza en la educación jurídica alemana) con James GORDLEY, “Mere Brilliance: The Recruitment of Law Professors in the United States”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, p. 369, que describe el sistema estadounidense: “[El estudiante] se sienta en un asiento asignado con un número para que su profesor pueda ver si está presente y llamarlo. Se le reprende públicamente si no ha leído las páginas asignadas cada día. Se le enseña mediante un método que llamamos «socrático», aunque se parece más al de un *Dōjō* que enseña una de las artes marciales más severas” (traducción propia).

por encima de todo, trabajar como asistente estudiantil (*studentische Hilfskraft*) puede facilitar el ingreso en la carrera académica¹²².

Sin embargo, es fundamental superar con éxito los dos exámenes estatales¹²³ para avanzar en la carrera académica¹²⁴. En Alemania, normalmente no hay prueba de acceso para estudiar derecho¹²⁵. No hay que pasar por lo que en Japón se conoce como el “infierno de los exámenes” para entrar en una facultad de derecho¹²⁶. Al contrario de lo que ocurre en Japón y en Estados Unidos¹²⁷, entre otros, las facultades alemanas de derecho apenas compiten por captar a los mejores estudiantes. El *alma mater* no determina la carrera futura. La reputación del profesorado o de la facultad es un factor menor para los estudiantes a la hora de elegir universidad¹²⁸. Muchos eligen por motivos exclusivamente geográficos. En Alemania, lo único que cuenta son las notas en los exámenes finales. Aunque estos exámenes consisten básicamente en la resolución de casos desde una perspectiva judicial¹²⁹ en un periodo limitado de tiempo (lo cual tiene poco que ver con la academia)¹³⁰, la tradicional obsesión por las notas (*Notenfetischismus*) entre los juristas alemanes afecta también al mundo académico¹³¹. En Estados Unidos, los colegas en las facultades de derecho más punteras

¹²² Según Alexander LINGER, *Die Promotion – ein Reproduktionsmechanismus sozialer Ungleichheit*, 104 (UVK 2008), el 74 por 100 de los estudiantes de doctorado, en todas las disciplinas, trabajaron anteriormente como asistentes o ayudantes de profesores.

¹²³ Nótese que desde la reforma de 2002, el primer examen ya no se llama primer examen estatal (*Erstes Staatsexamen*), sino simplemente primer examen (*Erstes Examen*), porque las universidades han pasado a administrar el 30 por 100 de dicho examen en áreas de especialización. Los Ministerios de Justicia de los Estados (*Bundesländer*) solo organizan el 70 por 100 restante. Sin embargo, los resultados de ambos exámenes se combinan al final. El *Referendarzeit* (el servicio preparatorio después de la educación universitaria) es el único que termina con un examen estatal. Cf. artículo 5, 5a de la Ley alemana del poder judicial (*Deutsches Richtergesetz*).

¹²⁴ Los exámenes son bastante exigentes. Solo alrededor del 70 por 100 de los candidatos aprueba el primer examen. Y solo el 15 por 100 recibe una calificación equivalente a un “examen con mención especial” (*Prädikatsexamen*). Vid. Christoph LUSCHIN, “A German Ivy? The Bucerius Law School”, *Southwestern Journal of International Law*, 19, 2012, pp.11 y ss.

¹²⁵ Hay excepciones en las facultades de derecho privadas que preparan para el primer examen jurídico: la Bucerius Law School (fundada en 2000) y la Facultad de Derecho EBS (fundada en 2011). Sobre la prueba de admisión en Bucerius, LUSCHIN (nota 124), p. 26 (“muy selectiva y exigente”).

¹²⁶ FELDMAN (nota 117), p. 468.

¹²⁷ Vid., por ejemplo, GORDLEY (nota 121), pp. 367 y ss.

¹²⁸ Stefan KORIOH, “Legal Education in Germany Today”, *Wisconsin International Law Journal*, 24, 2006, p. 85 y 92; LUSCHIN (nota 124), pp. 8 y ss.; Jürgen OSTERTAG, “Legal Education in Germany and the United States”, 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993, p. 301 y 321.

¹²⁹ Vid., en general, sobre el objetivo que persigue la educación jurídica en Alemania en comparación con EE.UU., OSTERTAG (nota 128), p. 324 y ss.; Annette KEILMANN, “The Einheitsjurist: A German Phenomenon”, *German Law Journal*, 7, 2006, p. 293. Desde la perspectiva británica, cf. Philip LEITH, “Legal Education in Germany: Becoming a Lawyer, Judge, and Professor”, *Web Journal of Current Legal Issues*, 4, 1995, pp. 1 y ss.

¹³⁰ Christoph MÖLLERS & Andreas VOSSKUHL, “Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften”, *Die Verwaltung*, 36, 2003, p. 325.

¹³¹ Sobre la importancia de los exámenes estatales para la carrera académica, Thilo KUNTZ, “Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft”, *Archiv für civilistische Praxis*, 219, 2019,

presumen a veces de haber suspendido varias veces el examen de colegiación (como muestra de la brecha cada vez mayor entre la educación jurídica y la profesión de abogado)¹³². En cambio, en Alemania se puede ver a los más reputados profesores de derecho alardeando de sus éxitos en los exámenes estatales ante sus colegas más jóvenes¹³³. La situación puede compararse con el orgullo de los académicos franceses por el puesto obtenido en el *concours national d'agrégation*¹³⁴.

Aunque los profesores de derecho alemanes no suelen ejercer como abogados (a diferencia de lo que ocurre en otros países)¹³⁵, solo pueden emprender la carrera académica quienes hayan completado la serie de prácticas de dos años conocida como *Referendariat* (prácticas) o *Vorbereitungsdienst* (servicio preparatorio), tras finalizar sus estudios. La formación práctica está organizada (y financiada) por los estados alemanes (*Bundesländer*). Incluye estancias en tribunales, en la fiscalía, en la administración pública y en bufetes de abogados. Al final se realiza el segundo examen estatal (*Zweites Staatsexamen*), que da acceso a cualquier puesto en la profesión jurídica (juez, fiscal, abogado, etc.)¹³⁶. El hecho de que el Estado garantice la calidad de todos los profesionales jurídicos (incluidos los abogados) es una peculiaridad alemana con antiguas raíces históricas¹³⁷. En contraste con Austria y Japón¹³⁸, por ejemplo, los profesores de derecho suelen ser abogados plenamente cualificados y habilitados para el ejercicio (*Volljuristen*). Cabe señalar que legalmente, es posible emprender la carrera académica sin completar el segundo examen estatal (como en el caso del reputado

pp. 278 y ss.; Helmuth SCHULZE-FIELITZ, “Über Berufungen und Karrieren in der deutschen Staatsrechtslehre”, en Liv JAECKEL *et al.*, *Festschrift für Helmut Goerlich*, 13, Mohr Siebeck, 2015.

¹³² Harry T. EDWARDS, “The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession”, *Michigan Law Review*, 91, 1992, pp. 34 y ss. (criticando la actitud arrogante de los académicos). No obstante, vid. George L. PRIEST, “The Increasing Division Between Legal Practice and Legal Education”, *Buffalo Law Review*, 37, 1988, pp. 681 y ss. (análisis positivo).

¹³³ Por ejemplo, al profesor Jochen Abraham Frowein, antiguo director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg), le gusta destacar que obtuvo una calificación sobresaliente en los exámenes estatales. Vid. entrevista con Ewald Wiederin, 7.12.2018, VDStRL, archive nº 128, registro nº 6.

¹³⁴ Vid. VOGENAUER (nota 104), p. 220 (en referencia a la historia de la anciana que contaba con orgullo a un recién conocido que “mi marido ha pasado a ser el primero de su año, ahora que han muerto los dos que estaban antes que él”).

¹³⁵ La situación es diferente en Italia, por ejemplo. Allí, incluso los grandes eruditos trabajan como abogados en ejercicio. Cf. PATTI (nota 105), p. 345. En Japón, igual que en Alemania, los profesores de las universidades públicas no trabajan como abogados. Vid. BAUM (nota 117), p. 394.

¹³⁶ Cf. KOHLER (nota 108), p. 418; KORIOH (nota 128), pp. 97 y ss.; LEITH (nota 129), pp. 8 y ss.; LUSCHIN (nota 124), p. 13.

¹³⁷ Jutta BRUNNÉE, “The Reform of Legal Education in Germany”, *Journal of Legal Education*, 42, 1992, p. 399, 408 y ss. (1992); KEILMANN (nota 129), pp. 308 y ss.; KORIOH (nota 128), pp. 85 y ss.; Jürgen OSTERTAG (nota 128), pp. 306 y ss.

¹³⁸ En Austria, los que aspiran a una carrera académica no suelen realizar más exámenes de ingreso profesional. Cf. Walter DORALT, “Akademische Karrierewege für Juristen in Deutschland und Österreich”, *Rebels Zeitschrift*, 84, 2020, pp. 268, 272 y ss. Lo mismo ocurre (al menos tradicionalmente) en Japón. Quiénes siguen una carrera académica no se presentan al examen estatal nacional para las profesiones jurídicas (*shibo shaken*). Vid. BAUM (nota 117), p. 378.

profesor Ernst-Wolfgang Böckenförde, que más tarde ejerció como magistrado en el Tribunal Constitucional Federal). Sin embargo, eso es poco frecuente, además de poco aconsejable¹³⁹.

Una consecuencia positiva es que los tribunales alemanes tienen en cuenta y citan las opiniones académicas. Los juristas alemanes se involucran de manera relativamente intensa en la aplicación del derecho por el poder judicial¹⁴⁰. La práctica de los tribunales británicos ha sido tradicionalmente distinta. Allí, las universidades desempeñan un papel insignificante en la aplicación del derecho¹⁴¹. En el Reino Unido (como en otros países en la tradición del *common law*)¹⁴², la educación jurídica se concebía originariamente como un aprendizaje. El derecho era una disciplina práctica más que académica. No en vano, se ha señalado un cierto “complejo de inferioridad” de los juristas dentro del sistema universitario británico¹⁴³. En consecuencia, los tribunales no suelen citar autores académicos. Cuando lo hacen, excepcionalmente, se limitan a citar autores ya muertos (“*not read till dead*”)¹⁴⁴. De hecho, desde el Reino Unido se mira con cierta sorna la práctica de los tribunales alemanes. En palabras de Alan Rodger:

*En los países germanoparlantes, donde los académicos son los reyes, los jueces citan profusamente la literatura especializada. De hecho, a veces parecen incapaces de escribir un párrafo, y mucho menos una frase completa, sin incluir alguna cita entre paréntesis*¹⁴⁵.

Los tribunales franceses tampoco citan la literatura académica en sus decisiones, pero por otro motivo. En principio, la concepción tradicional francesa es que son los códigos, la legislación, los que juzgan¹⁴⁶. Los tribunales japoneses no citan

¹³⁹ KORIOOTH (nota 128), p. 100.

¹⁴⁰ Cf., sobre la relevancia práctica de la academia jurídica en Alemania, como se refleja sobre todo en la publicación de comentarios, Horst DREIER, *Rechtswissenschaft als Beruf*, Mohr Siebeck, 2018, pp. 45 y ss. Con una perspectiva crítica sobre la “pérdida de distancia” de la academia de derecho público, Oliver LEPSIUS, “Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht”, en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, pp. 87 y ss.

¹⁴¹ Tony WEIR, “Recruitment of Law Faculty in England”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, pp. 355 y ss.

¹⁴² Sobre Canadá, Pierre LEGRAND Jr, “Attitudes v. Aptitudes: In re Faculty Hiring in Canadian Law Schools”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, p. 386. Sobre los Estados Unidos, Albert HARNO, *Legal Education in the United States*, Bancroft Whitney Comp., 1953.

¹⁴³ WEIR (nota 141), pp. 356 y 362.

¹⁴⁴ Cf., también sobre la desaparición más reciente de esta convención, Alexandra BRAUN, “Burying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts”, *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, pp. 27 y ss.; Peter BIRKS, “The academic and the practitioner”, *Legal Studies*, 18, 1998, pp. 397 y ss.; David NEUBERGER, “Judges and Professors – Ships Passing in the Night?”, *RechtsZeitschrift*, 77, 2013, pp. 233 y ss.; Neil DUXBURY, *Jurists and Judges*, 2001; Matthew DYSON, “Judicial Decision-Making in England and Wales”, en Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, Judges, and Professors*, Mohr Siebeck, 2016, pp. 97, 137 y ss.; Andrew SWEENEY, “Career Paths into Legal Academia in Scotland”, *RechtsZeitschrift*, 84, 2020, pp. 351, 364 y ss.

¹⁴⁵ RODGER (nota 58), p. 32.

¹⁴⁶ Cf. Jean-Sébastien BORGHETTI, “Legal Methodology and the Role of Professors in France”, en Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, Judges, and*

las publicaciones académicas como garantía de neutralidad¹⁴⁷. En Estados Unidos, los tribunales sí toman en consideración la investigación académica, aunque ha ido perdiendo peso¹⁴⁸. El motivo es que los académicos estadounidenses están cada vez menos interesados en las necesidades prácticas vinculadas a la aplicación del derecho (cuestión a la que volveré más adelante con fines comparativos)¹⁴⁹.

3.3. Estudiantes de doctorado como “aprendices”

Los y las estudiantes de doctorado (*Doktorandinnen* y *Doktoranden*) pueden compararse con los “niños aprendices” (*Lehrkinder*)¹⁵⁰ en los gremios medievales. Los directores y las directoras de tesis de los jóvenes investigadores se siguen llamando “madre o padre de doctorado” (*Doktormutter* o *Doktorvater*)¹⁵¹. En la Edad Media, uno de los requisitos para ser admitido como aprendiz en un gremio era proceder de una “cuna honorable” (*ehrbare Geburt*)¹⁵². Por aquel entonces se criticaba el privilegio de los hijos de los maestros¹⁵³. En la actualidad, los académicos alemanes suelen proceder de familias burguesas (cultas y educadas). En Alemania¹⁵⁴ lamentablemente no hay una gran permeabilidad social (ni igualdad de oportunidades entre géneros)¹⁵⁵. En los gremios medievales, lo normal era asumir la profesión de los padres. Algo parecido ocurre con la labor académica en el ámbito del derecho,

Professors, Mohr Siebeck, 2016, p. 209 (“¡Professorenrecht no es una palabra francesa!”); Mitchel LASER, “Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System”, *Yale Law Journal*, 104, 1995, pp. 1325 y ss.

¹⁴⁷ Yuko NISHITANI, “Law-Making in Japan”, en Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, Judges, and Professors*, Mohr Siebeck, 2016, pp. 3 y 12.

¹⁴⁸ Michael D. McCLINTOCK, “The Declining Use of Legal Scholarship by Courts”, *Oklahoma Law Review*, 51, 1998, pp. 659 y ss.

¹⁴⁹ *Vid. infra*, epígrafe 6 del apartado 3.

¹⁵⁰ *Cf.* KLUGE (nota 5), p. 151: “*discipulus, qui vulgariter dicitur leirkint*”.

¹⁵¹ Para una comparación con los directores de tesis en el Reino Unido, SWEENEY (nota 144), p. 360.

¹⁵² KLUGE (nota 5), pp. 107 y ss., 154 y ss., y 376.

¹⁵³ KLUGE (nota 5), pp. 242 y ss.

¹⁵⁴ Específicamente en relación con el derecho público, Anja BÖNING, “Zur sozialen Situation der Assistent*innen im Öffentlichen Recht”, en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020, pp. 253 y ss. Sobre los profesores de derecho de familias de clase baja, Anja BÖNING, Frek BLOME & Christina MÖLLER, “Vom kollektiven zum individualisierten Aufstieg?”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 40, 2020, pp. 179, 198 y ss. Sobre los inmigrantes en el mundo académico jurídico, Michael GRÜNBERGER *et al.*, *Diversität in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, Nomos, 2021, pp. 28 y ss.

¹⁵⁵ Hay más mujeres que hombres matriculados como estudiantes de derecho. La situación cambia drásticamente en las etapas posteriores de la carrera académica. *Vid.* Phillip HELLWEGE *et al.*, “Frauen in den Rechtswissenschaften”, *Rechtswissenschaft*, 6, 2015, pp. 300 y ss. En otros países la situación es similar. Sobre Italia, PATTI (nota 105), p. 390; sobre Japón, BAUM (nota 117), p. 394; sobre el Reino Unido, SWEENEY (nota 144), p. 371 y ss. Para una perspectiva general, BECHER & TROWLER (nota 37), pp. 54 y ss., pp. 149 y ss.

donde podrían escribirse auténticas “novelas familiares”¹⁵⁶. En algunas familias hay varios profesores de derecho público¹⁵⁷. La habilitación (*Habilitation*) se introdujo por primera vez en la universidad de Berlín en 1816 como requisito para convertirse en profesor. Con ello se pretendía contrarrestar la práctica de que los hijos heredaran el puesto de profesor de sus padres¹⁵⁸. Hoy no existe ese riesgo. Si acaso, lo único que se hereda en la academia contemporánea es el “capital social y cultural” al que se refiere Pierre Bourdieu¹⁵⁹.

En la Edad Media, los aprendices vivían en la casa del maestro¹⁶⁰. Ahora, en la carrera académica (y por razones económicas), conviene preparar la tesis doctoral (*Doktorarbeit*) desde un puesto remunerado¹⁶¹ dentro de una cátedra, como parte de la “clase media académica” (*akademischer Mittelbau*). Así se adquiere ese “aroma de estabilidad” (o de establo) (*Stallgeruch*)¹⁶² tan útil para el futuro. La reputación del director de tesis es importante de cara a acceder a un puesto en la academia alemana¹⁶³. La profesora Ingeborg Puppe advierte irónicamente a los jóvenes investigadores que están iniciando su carrera:

Antes de embarcarte en la larga travesía del doctorado, elige con cuidado a tu director de tesis. No te servirá de nada un académico discreto y quizá demasiado distinguido como para promocionar a su pupilo y mover algunos hilos, o que directamente no tiene hilos que mover. Busca un profesor dinámico y cosmopolita que tenga una posición sólida dentro y fuera de la facultad. Y, por supuesto, que sea un nombre conocido¹⁶⁴.

¹⁵⁶ TREIBER (nota 102), pp. 29 y ss.

¹⁵⁷ En el ámbito del derecho público, pienso en los siguientes profesores: los hermanos *Ino y Steffen Augsburg*, *Kay Hailbronner* y su hija *Michaela Hailbronner*, los hermanos *Jörn y Knut Ipsen*, los hermanos *Paul y Ferdinand Kirchhof* (¡ambos se convirtieron en magistrados del Tribunal Constitucional Federal!), los hermanos *Gregor Kirchhof y Charlotte Kreuter-Kirchhof* (hijos de Paul Kirchhof), los hermanos *Ekkehart y Franz Reimer*, *Getrude Lübbe-Wolff* y su hija *Johanna Wolff*, *Wolf-Rüdiger Schenke* y su hijo *Ralf Peter Schenke*, *Meinhard Schröder* y su hijo (con el mismo nombre), *Gunther Schwertfeger* y su sobrina *Angela Schwerdtfeger*, *Heinhard Steiger* y su hijo *Dominik Steiger*, o los profesores de derecho público *Georg Jellinek* (1851-1911) y *Walter Jellinek* (1885-1955). Para más detalles sobre esta familia *Klaus KEMPTER, Die Jellineks 1820 – 1955*, Droste, 1998. Además, el profesor suizo *Benjamin Schindler* proviene de una familia con muchos profesores de derecho público: *Dietrich Schindler sen.* (1890-1948) fue su abuelo, *Dietrich Schindler jun.* (1924-2018) su tío, *Max Huber* (1874-1960) su bisabuelo.

¹⁵⁸ *Lena M. ZIMMER, Das Kapital der Juniorprofessur*, Springer, 2018, p.11.

¹⁵⁹ *BOURDIEU* (nota 7), pp. 58, 227 y ss.

¹⁶⁰ *KLUGE* (nota 5), pp. 157 y ss.

¹⁶¹ En Italia, los estudiantes de doctorado también suelen prestar asistencia a sus profesores. Pero esto se basa simplemente en una convención social a cambio de orientar la investigación del joven académico. *Vid. PATTI* (nota 105), p. 332. En Francia, las universidades ofrecen contratos (de derecho público). Para más detalles, *vid. PERROUIN-VERBE & FULLI-LEMAIRE* (nota 104), p. 301.

¹⁶² *Cf. GOERLICH* (nota 47), p. 187 (aroma de estabilidad —o de establo— adquirido tras años de buena conducta como asistente en una cátedra respetable).

¹⁶³ *SCHULZE-FIELITZ* (nota 131), p. 18. En general, *BECHER & TROWLER* (nota 37), pp. 78 y ss. (sobre el apadrinamiento como impulso en la carrera académica).

¹⁶⁴ *Julius Kyriandros EKKLESIANDROS* (seudónimo de Ingeborg Puppe, en alusión al discurso de *Julius von Kirchmann* sobre “la falta de valor de la jurisprudencia como ciencia”, *supra*, nota 18),

Una vez más, el término “cátedra” (*Lehrstuhl*) es arcaico. La *cathedra* (noción griega/latina para designar un puesto honorable) siempre ha sido la silla de los profesores. El hecho de que el término siga apareciendo en las “catedrales”, las iglesias de los obispos, es motivo de regocijo para los profesores más obsesionados con su estatus. En Alemania, a diferencia de otros países¹⁶⁵, la jerarquía interna del profesorado se refleja en la dotación de sus cátedras, especialmente en la disponibilidad de puestos para personal académico. Los profesores que reciben una “llamada” de otra universidad pueden mejorar considerablemente sus condiciones de trabajo (y su remuneración) a través de las negociaciones que entablen para permanecer en su universidad de origen (*Bleibeverhandlungen*)¹⁶⁶. Otro fenómeno es que los puestos para personal académico de la cátedra se reducen a la mitad (veinte horas) o incluso a una cuarta parte (diez horas)¹⁶⁷. Esto crea un círculo amplio de empleados (antiguos y actuales).

Por supuesto, los profesores están encantados con esta situación. Según el profesor Peter Häberle, la relación entre el profesor (*Lehrer*) y sus discípulos (*Schüler*) es una de “las cosas más hermosas que el mundo académico ofrece u ofreció en el pasado”¹⁶⁸. Es frecuente que se entablen amistades para toda la vida¹⁶⁹. Es algo comparable al estrecho vínculo personal y profesional que se crea en Japón entre los asistentes (*jyoshu*) y sus profesores. Eric A. Feldman nos dice que allí, los profesores “protegen y crían” a sus asistentes, que acaban convirtiéndose en un “reflejo del propio profesor”.

Esto significa que el *jyoshu* debe estar dispuesto a renunciar a gran parte de su intimidad, puesto que el profesor se mete incluso en los aspectos más íntimos de su vida. Las noches en las que

“Besorger Brief an einen künftigen Strafrechtswissenschaftler”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 146, 1999, p. 409.

¹⁶⁵ En relación con Italia, PATTI (nota 105), p. 334. En el Reino Unido hay dos tipos de cátedras: las cátedras personales, que se crean para una persona concreta y se extinguen cuando el titular deja el puesto; y las cátedras consolidadas, que continúan después de que el titular deje el puesto (con un pequeño número de *regius professors*, creados por designación real). *Vid.* SWEENEY (nota 144), p. 362; WEIR (nota 141), p. 359. En Francia no existe ningún sistema de “cátedras”. *Cf.* PERROUIN-VERBE & FULLI-LEMAIRE (nota 104), p. 311. En Japón, la cátedra (*koza*) consta de un catedrático, un profesor adjunto, un profesor ayudante y uno o más *jyoshu*. *Vid.* BAUM (nota 117), p. 389; FELDMAN (nota 117), p. 476.

¹⁶⁶ *Cf.* KOHLER (nota 108), p. 421. Hoy en día, dos puestos a tiempo completo (y financiación adicional para estudiantes asistentes) es mucho. Pero hubo un tiempo en que las cátedras estaban mucho mejor dotadas de personal y fondos. *Cf.*, por ejemplo, Ingo VON MÜNCH, “Sein und Haben: Erinnerungen an eine Assistentenzeit”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, p. 27.

¹⁶⁷ Aquellos que reciben una subvención pública solo pueden trabajar en una cátedra en un puesto equivalente a un cuarto de jornada.

¹⁶⁸ HÄBERLE (nota 82), p. 24. Con una perspectiva crítica sobre la imagen del “maestro” y el “discípulo”, Sandra Beaufays, *Wie werden Wissenschaftler gemacht?* (transcripción de 2015).

¹⁶⁹ HÄBERLE (nota 82), p. 4, analiza el “contrato académico intergeneracional”. Cuando uno lee con qué orgullo se refiere a su antiguo doctorando en el Parlamento alemán “*MdB Dr. K.-T. zu Gutenberg*” (p. 19), uno siente lástima por este profesor de derecho especialmente apasionado tras los escándalos en torno a la tesis doctoral de quien se convertiría en ministro federal de Defensa de Alemania (WALDHOFF, nota 107, p. 172).

ambos comparten comida y bebida estrechan los lazos entre aprendiz y maestro, a medida que intercambian intimidades y secretos de la vida académica [...]. El profesor actúa como maestro, modelo, agencia de empleo, padre, inspiración y fuente de estatus [...].¹⁷⁰

En Alemania, las conexiones entre profesores y aprendices no van tan lejos. Son intensas, pero normalmente no llegan a ese grado de intimidad.

Quizá convenga mencionar, aunque sea de pasada¹⁷¹, que se recurre demasiado al personal académico para las publicaciones del catedrático correspondiente (o de sus dictámenes, a menudo lucrativos)¹⁷². Este problema ya existía en los gremios medievales; prueba de ello son las normas según las cuales los maestros eran los únicos que podían llevar a cabo ciertos procesos del trabajo¹⁷³. A este respecto, la Asociación de profesores de derecho público también debería aclarar en qué consisten las “buenas prácticas científicas” (*gute wissenschaftliche Praxis*)¹⁷⁴.

No obstante, los jóvenes investigadores pueden aprender mucho en sus respectivas cátedras. Los antiguos “discípulos” ya consolidados en su puesto siguen hablando con admiración de su “querido y admirado profesor”. En otros países ocurre algo parecido. En Italia, el término “*maestro*” tiene amplias connotaciones¹⁷⁵. En Japón se utiliza el término “*sensei*”, que no solo se traduce como “profesor”, sino que también es una muestra general de respeto por parte de aquellos con un estatus social inferior. Tal y como señala Eric A. Feldman, “no importa lo influyente y exitoso que uno llegue a ser, el *sensei* siempre será el *sensei*”¹⁷⁶. Por otra parte, los maestros en los gremios medievales tenían un incentivo para dotar a sus aprendices de las herramientas necesarias, conscientes como eran de las consecuencias que podría tener una mala formación para su propia reputación¹⁷⁷. En Estados Unidos, la situación es totalmente distinta. Tal y como ha señalado el profesor James Gordley con cierto estupor:

¹⁷⁰ FELDMAN (nota 117), pp. 471 y 474.

¹⁷¹ Es legendaria la burla dirigida al catedrático de derecho civil Hans Carl Nipperdey, cuya gran productividad se achacaba a una extraordinaria exigencia a sus asistentes. Se bromeaba con que en su lápida se grabaría el siguiente mensaje: “aquí yace el profesor Nipperdey, esta vez sí que es él” [*diesmal wirklich er selbst*]). Vid., por ejemplo, Klaus ADOMEIT, en Stefan GRUNDMANN & Karl RIESENHUBER, *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 1, De Gruyter, 2004, pp. 148 y 154.

¹⁷² En un sentido crítico, HÄBERLE (nota 82), p. 38 (“forma sublime de corrupción”). Sin embargo, esta práctica tiene unas raíces profundas que se remontan a principios de la época moderna, Cf. Ulrich FALK, *Consilia – Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*, Klostermann, 2006. Para una perspectiva crítica más matizada, MÖLLERS & VOßKUHLE (nota 130), p. 324.

¹⁷³ KLUGE (nota 5), pp. 146 y ss.

¹⁷⁴ La Asamblea publicó las “Buenas prácticas académicas en derecho público” en la asamblea celebrada en Kiel el 3 de octubre de 2012 (www.vvdstrl.de). Los números 2 – 7 se ocupan de la (co)autoría. Existen directrices equivalentes de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. El intento de acordar una publicación conjunta fracasó. Para más detalles, Reinhard ZIMMERMANN, “Charakteristika der Zivilrechtslehrervereinigung und ihrer Kultur”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 919 y 946.

¹⁷⁵ Sobre la importancia de los *maestri* en Italia, PATTI (nota 105), pp. 337 y ss. Sobre las connotaciones del término, Ugo MATTEI & P.G. MONTATERI, “Faculty Recruitment in Italy”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993, p. 427.

¹⁷⁶ FELDMAN (nota 117), p. 474.

¹⁷⁷ KLUGE (nota 5), p. 163.

En el proceso de nombramiento estadounidense no hay ninguna figura que desempeñe el papel de maestro, *maître* o *Doktorvater*. He oído relatos contradictorios sobre el papel de esta figura en Europa continental. Entiendo que se trata de cuidar a los alumnos como un padre, transmitiéndoles una sabiduría que no se encuentra en los libros, o bien de explotar su investigación de forma egoísta mientras se les exige que paseen al perro y hagan la compra. Es como escuchar la descripción del Dios de Israel que hace Moisés y, luego, la del faraón. Sin embargo, todos los relatos coinciden en que, a la hora de conseguir un trabajo, el discípulo podrá decir con cierta confianza: “nada temo, porque tú vas conmigo.” Al menos, si su profesor tiene una vara y un cayado lo suficientemente grandes. El profesor de derecho estadounidense no tiene discípulos en el sentido europeo. Cuando habla de sus alumnos, se refiere a las personas a las que enseña en el aula. Lo que no publica morirá con él y lo que publica debe ser obra suya¹⁷⁸.

3.4. Los estudiantes posdoctorales como “oficiales” en el camino hacia la habilitation

Durante la preparación de su tesis, los estudiantes de doctorado viven en sus carnes el adagio alemán de que los “maestros no caen del cielo” (*Meister fallen nicht vom Himmel*). Siempre hay desengaños y desilusiones. Una vez defendida con éxito la tesis doctoral —la “obra del oficial” (*Gesellenstück*) que pone fin al proceso de aprendizaje—, podrá darse el siguiente paso: preparar la tesis para la habilitación (*habilitation*), que es un “segundo doctorado” equivalente a la “obra maestra” (*Meisterstück*) en el contexto gremial¹⁷⁹.

Por lo general, el impulso para la habilitación procede del director que ha avalado la tesis doctoral¹⁸⁰. Es algo que sienta muy bien, resulta halagador¹⁸¹. Más o menos como en Italia, donde se dice que “quien tiene un *maestro* tiene un tesoro”¹⁸². Más adelante, uno se da cuenta de que los profesores —como en otros países—¹⁸³ también tienen el mismo interés en rodearse de gente con talento. Se enorgullecen del éxito de sus “discípulos” y de haber creado una “escuela” (*Schule*)¹⁸⁴, un fenómeno

¹⁷⁸ GORDLEY (nota 121), p. 372.

¹⁷⁹ Sobre las “obras maestras” en los gremios, KLUGE (nota 5), p. 137.

¹⁸⁰ WEBER (nota 53), p. 183. lo abordó de manera diferente debido al peligro de favorecer a sus propios estudiantes: “Para decirlo todo, yo personalmente he seguido el principio de que quienes se han graduado conmigo tienen que hacer sus pruebas y habilitarse con otro profesor y en otra Universidad. El resultado de este principio ha sido, sin embargo, el de que uno de mis mejores discípulos se ha visto rechazada en otra Universidad porque nadie quería creer allí que fuera ésta la verdadera razón de que buscara en ella la habilitación”.

¹⁸¹ Sobre la importancia de los profesores académicos para la decisión de apostar por la carrera académica, Böning, BLOME & MÖLLER (nota 154), pp. 200 y ss.

¹⁸² PATTI (nota 105), p. 350.

¹⁸³ En relación con Japón, FELDMAN (nota 117), p. 474.

¹⁸⁴ El orgullo de los profesores universitarios por el éxito de sus “discípulos” queda patente en sus retrospectivas en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011. *Vid.*, en general, SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 453 y ss. (el anexo del libro ofrece más detalles sobre la relación profesor-discípulo con un árbol genealógico).

algo sobrevalorado en Alemania¹⁸⁵. Una vez más, no hay nada comparable en Estados Unidos, como explica James Gordley:

Los candidatos para un puesto académico en Estados Unidos están completamente solos. No existen los lazos de lealtad tan habituales en Europa: ese vínculo entre profesor y estudiante, entre estudiantes de un mismo profesor, entre un profesor y los estudiantes de sus estudiantes, entre un estudiante y los estudiantes de uno de los estudiantes de su profesor, entre un estudiante y el profesor que ayudó a su profesor a encontrar un puesto de trabajo para otro estudiante de ese mismo profesor, y otros que probablemente aparezcan en las revistas de antropología. En algunos sitios de Europa, tengo entendido que el nombramiento para un puesto académico llega a tener un componente personal tan intenso como la Guerra de las Rosas, siendo imposible entender ese proceso sin un árbol genealógico. En Estados Unidos, es algo tan impersonal como la calificación de un bono por parte de la agencia Moody's¹⁸⁶.

No todo el mundo que ha logrado la calificación *summa cum laude* o al menos *magna cum laude* para su tesis doctoral está preparado para hacer carrera en la academia¹⁸⁷. El periodo de trabajo en la tesis para la habilitación, como “oficial” académico, no es nada fácil. La máxima de que los “años de aprendizaje” no son “años de señorío” (*Lehrjahre sind keine Herrenjahre*)¹⁸⁸ también se aplica a la universidad¹⁸⁹. Los estudiantes de doctorado pueden soportarlo, pero es más difícil para aquellos que ya han defendido una primera tesis.

En el pasado, la posibilidad de trabajar en la habilitación dependía de si se contaba o no con recursos privados¹⁹⁰. Max Weber comparó la situación de los jóvenes investigadores alemanes con el contexto estadounidense:

Esta diferencia significa en la práctica que entre nosotros [en Alemania] la carrera científica está edificada en definitiva sobre supuestos plutocráticos, pues es sumamente arriesgado para un científico joven sin bienes de fortuna personal exponerse a los azares de la profesión académica. Al menos durante un cierto número de años tiene que estar en situación de sostenerse con sus propios medios, sin tener la certeza de que más tarde podrá conseguir un puesto que le permita vivir. En los Estados Unidos, por el contrario, impera el sistema burocrático. El muchacho recibe desde el comienzo un salario, aunque, desde luego, éste es bajo¹⁹¹.

En la actualidad, los estudiantes posdoctorales suelen tener una fuente de ingresos. Se les paga por prestar servicios en una cátedra. Dan clases bajo la supervisión de

¹⁸⁵ SCHULZE-FIELITZ (nota 131), p. 25. Sobre el papel de la *scuola* en Italia, MATTEI & MONTATERI (nota 175), p. 435; PATTI (nota 105), pp. 339 y ss.

¹⁸⁶ GORDLEY (nota 121), p. 373.

¹⁸⁷ Sobre el requisito de una *Qualitätspromotion* (doctorado con mención especial), Hubert DETMER, “Das Recht der Universitätsprofessoren”, en Michael HARTMER & Hubert DETMER, *Hochschulrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, 2017, p. 46 y ss.

¹⁸⁸ Sobre las condiciones de trabajo y de vida de los oficiales medievales, KLUGE (nota 5), pp. 167 y ss.

¹⁸⁹ Sobre el estatus legal de los asistentes académicos alemanes en una perspectiva comparativa, Max-Emanuel GEIS, “Europäisches Hochschullehrerdienstrecht”, en Michael HARTMER & Hubert DETMER, eds., *Hochschulrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, 2017, pp. 299 y ss.; Reinhard KRECKEL, “Zur Lage des wissenschaftlichen Nachwuchses”, *Beiträge zur Hochschulforschung*, 1-2, 2016, pp. 12 y ss.; PERNICE-WARNKE (nota 104), pp. 479 y ss. (2013).

¹⁹⁰ Cf. Gerhard ANSCHÜTZ, *Aus meinem Leben*, n° 6, Walter Pauly, ed., Klostermann, 1993, p. 54.

¹⁹¹ WEBER (nota 53), p. 182.

un catedrático, al que ayudan en su investigación mientras trabajan en sus propios proyectos¹⁹². El estatus subordinado de los jóvenes doctores que ya han defendido su tesis es otra peculiaridad de la academia alemana en relación con otros países¹⁹³. Los ingresos son modestos si se comparan con abogados con una formación equivalente en un despacho o una empresa. Además, durante este periodo se les asigna el título de *Wissenschaftlicher Assistent* (asistente académico)¹⁹⁴. Fuera de la universidad apenas se entienden los matices y las particularidades de este concepto (sus diferencias, por ejemplo, con la designación de *wissenschaftliche Mitarbeiter* para el personal investigador no plenamente cualificado). Ser un juez administrativo (*Verwaltungsrichter*), un alto funcionario (*Regierungsrat*), un *attaché* (en el Ministerio de Asuntos Exteriores) o un abogado (*Rechtsanwalt*) parece mucho más impresionante. En Alemania, la mayoría de las tesis doctorales no se realizan para hacer una carrera académica, sino para impulsar una carrera profesional no universitaria con el prestigioso título de “doctor en derecho” o *Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)*¹⁹⁵. En muchos otros países, esto no ocurre¹⁹⁶.

A ello se suma la incertidumbre de si se llegará a conseguir una plaza permanente como profesor, probablemente tras varios puestos interinos (*Lehrstuhlvertretungen*)¹⁹⁷. Los jóvenes investigadores que pretenden tener una carrera académica deben aceptar que “no todos los caballos se convierten en campeones”¹⁹⁸. El azar del que hablaba Max Weber¹⁹⁹ desempeña un papel particularmente opresivo en esta etapa. Las alternativas

¹⁹² KORIOTH (nota 128), p. 101.

¹⁹³ Sobre la figura del *ricercatore* (profesor ayudante) en Italia, MATTEI & MONTATERI (nota 175), p. 429; PATTI (nota 105), p. 333. Sobre becarios (de investigación o docencia) en el Reino Unido, SWEENEY (nota 144), pp. 384 y ss. En relación con el puesto de *maître de conférences* en Francia, PERROUIN-VERBE & FULLI-LEMAIRE (nota 104), pp. 302 y ss. Sobre el puesto de *koshi* (profesor ayudante o adjunto) en Japón, FELDMAN (nota 117), p. 471.

¹⁹⁴ LEITH (nota 129), p. 11.

¹⁹⁵ LUSCHIN (nota 124), p. 16. Más en general, Nathalie HUBER, Anna SCHELLING & Stefan HORNBOSTEL, eds., *Der Dokortitel zwischen Status und Qualifikation*, *iFQ-Working Paper No. 12*, 2012.

¹⁹⁶ En relación con Francia, PERNICE-WARNKE (nota 104), p. 491. Sobre la situación en Italia, PATTI (nota 105), p. 332 (también porque allí la gente ya adquiere el título de “*dottore*” con un máster). – *Cf.*, en general, sobre las cuatro culturas doctorales hegemónicas (Francia, Alemania, Gran Bretaña y EE.UU.), Reinhard KRECKEL, “Die Forschungspromotion”, en Nathalie HUBER, Anna SCHELLING & Stefan HORNBOSTEL, *Der Dokortitel zwischen Status und Qualifikation*, *iFQ-Working Paper No. 12*, 2012, pp. 141, 150 y ss.

¹⁹⁷ Sobre la importancia, DORALT (nota 138), p. 285 (no se debe subestimar hasta qué punto los rumores y las opiniones sobre los candidatos viajan grandes distancias y se repiten en el momento más (in)oportuno en el comité encargado de la designación).

¹⁹⁸ PATTI (nota 105), pp. 335 y ss. (Italia).

¹⁹⁹ WEBER (nota 53), p. 4, en relación con “un elemento peculiar de la carrera académica”: “la cuestión de si un *Privatdozent* o un asistente tendrán alguna vez oportunidad de ocupar un puesto de profesor ordinario o de director de un Instituto sigue dependiendo del azar. [...] Apenas conozco otra carrera en el mundo en la que el azar juegue un papel semejante”. En contra de ese énfasis en el azar en el contexto de la carrera académica desde una perspectiva actual, Bernd SCHÜNEMANN, “Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit”, en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015, p. 223.

se van reduciendo con la edad²⁰⁰, incluso para abogados altamente cualificados. El título de *Privatdozent* (profesor que ha obtenido la habilitación pero que no ocupa un puesto permanente, a veces traducido como profesor asociado) apenas goza de reconocimiento fuera del ámbito académico. Algunos pueden pensar que se trata de una especie de “tutor particular” para estudiantes de instituto (en una interpretación literal del término *Privatdozent*)²⁰¹. Además, existe la obligación de impartir docencia tras obtener la habilitación (*Titellehre*), sin supervisión alguna, pero se trata de una labor no remunerada²⁰². En la academia no hay red de seguridad para los investigadores que no consigan acceder a un puesto permanente de profesor. No hay muchas posibilidades, más allá de la figura del profesor titular (similar al *maître de conférences* en Francia²⁰³, el *professore associato* en Italia²⁰⁴, el *jokyo* o *koshi* en Japón²⁰⁵, o el *reader* en el Reino Unido)²⁰⁶. Antes o después, los *Privatdozenten* que no consigan un puesto de profesor permanente se verán obligados a abandonar la universidad²⁰⁷.

Y, por último: escribir una buena tesis doctoral cuesta un gran esfuerzo. No todo el mundo quiere (ni puede) sentarse, coger aire y empezar a trabajar en otro libro para la habilitación. La profesora Ingeborg Puppe lo cuenta con ironía:

Ahora te toca sentarte a escribir otra monografía que no le interesará a nadie más que a quienes quieran ofrecerte un puesto: la tesis para la habilitación. Debe ser un buen tocho, para que ninguna facultad se atreva a rechazarla. Lo más importante es demostrar que has leído muchísimo²⁰⁸.

Afrontar este segundo desafío no es un asunto baladí. Max Weber señaló que son pocos los que lo logran sin pagar un alto precio: es lo que tiene el “puro azar” de la vida académica.

La vida académica es, por tanto, puro azar. Resulta casi imposible aceptar la responsabilidad de aconsejar al joven que viene a pedir una orientación sobre su posible habilitación. [...] Hay que

²⁰⁰ Sobre el tiempo que se tarda en prepararse para una cátedra, KOHLER (nota 108), p. 417.

²⁰¹ En algunos estados alemanes, sin embargo, se puede utilizar el título académico “*Dr. habil.*”.

²⁰² Así lo ha aprobado el Tribunal Administrativo Federal de Alemania, *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts*, 96, 1994, pp. 136 y 142. Cf., también, VON MÜNCH (nota 166), p. 26 (*Privatdozenten* como “precarios”).

²⁰³ En Francia, el puesto vitalicio de *maître de conférences* proporciona una red de seguridad si uno fracasa en el *concours national d’agrégation* para acceder a una cátedra. Cf. Michel FROMONT & Aurore GAILLET, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer als Garant der einheitlichen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht – Eine Betrachtung aus französischer Perspektive”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 893 y 898; PERNICE-WARNKE (nota 104), p. 498.

²⁰⁴ MATTEI & MONTATERI (nota 175), pp. 431 y ss.; PATTI (nota 105), pp. 335 y ss.

²⁰⁵ Sobre los profesores ayudantes (*jokyo*) y adjuntos (*koshi*) en Japón, BAUM (nota 117), p. 368; FELDMAN (nota 117), p. 471.

²⁰⁶ WEIR (nota 141), p. 359.

²⁰⁷ KORIOH (nota 128), p. 101. Existe la posibilidad de acceder a un puesto como profesor extraordinario (*außerplanmäßige Professur*) para aquellos que no han recibido la “llamada” para ocupar un puesto ordinario. En este caso, la docencia no es remunerada, pero está asociada al valioso título como profesor. Cf. Michael HARTMER, “Das Recht des wissenschaftlichen Nachwuchses”, en Michael HARTMER & Hubert DETMER, *Hochschulrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, 2017, pár. 90 y ss.; KOHLER (nota 108), p. 413.

²⁰⁸ PUPPE (nota 164), p. 412.

preguntarle también: «¿cree usted que podrá soportar sin amargarse y sin corromperse el que año tras año pase por delante de usted una mediocridad tras otra?» Por supuesto, la respuesta que se recibe es siempre la misma: «Naturalmente, yo vivo solo para mi vocación». He de decir, no obstante, que yo al menos he conocido a muy pocas personas que puedan soportar esto sin daño para su vida interior²⁰⁹.

Los gremios medievales imponían ciertos métodos de producción a sus miembros con el objetivo de garantizar la calidad del trabajo²¹⁰. Algo parecido ocurre en el ámbito del derecho público, como demuestran los temas de las tesis doctorales y de habilitación. Debe presentarse al menos una obra doctrinal²¹¹, ya que la metodología propia de la investigación jurídica en la tradición alemana es la dogmática (el estudio de la doctrina): es decir, la sistematización del derecho positivo orientada a su aplicación²¹². En palabras del célebre profesor Hans-Julius Wolff, “la ciencia jurídica es sistemática o no es”²¹³.

Por otra parte, y teniendo en cuenta las expectativas de los comités encargados de los nombramientos para puestos académicos, a los jóvenes investigadores se les recomienda que no se especialicen en un único ámbito temático para sus publicaciones. Los profesores de derecho público alemanes se ven a sí mismos como generalistas²¹⁴. La situación es muy distinta a la de otros países (y no digamos ya otras disciplinas). En Francia, por ejemplo, basta con profundizar en un solo campo del derecho²¹⁵. Algo parecido ocurre en Japón²¹⁶. En Italia, suele decirse que las monografías posdoctorales no son más que una continuación de la tesis doctoral²¹⁷. El profesor Francesco Paolo Patti se refiere en los siguientes términos a la división en ámbitos científicos en Italia:

Los futuros profesores de derecho [...] deben tener cuidado e identificar desde el principio un único ámbito de interés, no más. En teoría, publicar trabajos en distintos campos del derecho podría demostrar una apertura cultural y unas extraordinarias aptitudes metodológicas, pero corres el riesgo de que te miren con desconfianza, como alguien incapaz de integrarse en una disciplina concreta²¹⁸.

²⁰⁹ WEBER (nota 53), p. 190.

²¹⁰ KLUGE (nota 5), pp. 293 y ss.

²¹¹ Matthias JESTAEDT, “Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs”, *JuristenZeitung*, 67, 2012. Este es también el caso en Austria. Para una perspectiva crítica, DORALT (nota 138), p. 283.

²¹² Cf., por ejemplo, Christian BUMKE, *Rechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, 2016; Dreier (nota 140), p. 6 y ss., 25 y ss.; Wolfgang KAHN, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 2020, p. 65 y ss.; Gregor KIRCHHOF, Stefan MARGEN & Karsten SCHNEIDER, *Was weiß Dogmatik?*, Mohr Siebeck, 2012; Eberhard SCHMIDT-ARMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2ª ed., Mohr Siebeck, 2023.

²¹³ Hans-Julius WOLFF, “Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft”, *Studium Generale*, 5, 1952, pp. 195 y 205.

²¹⁴ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 131 y ss.

²¹⁵ Cf. FROMONT & GAILLET (nota 203), p. 900.

²¹⁶ Vid. BAUM (nota 117), pp. 386 y 392.

²¹⁷ PATTI (nota 105), p. 333.

²¹⁸ PATTI (nota 105), p. 326 s.

Básicamente, en Alemania se espera que la tesis de habilitación y otras publicaciones se ubiquen en “un punto intermedio, próximo a la opinión dominante”²¹⁹. El riesgo para la reflexión académica es evidente, tal y como ha criticado con acierto el profesor Michael Stolleis:

Una disciplina que no reconoce —es más, que rechaza— la discrepancia razonada está poniendo en peligro su propio futuro. [...] Arrinconar las opiniones minoritarias, denominadas así con carácter peyorativo, y someterlas a la postura predominante conlleva una pérdida de creatividad y de alternativas intelectuales. El antiguo espacio del debate intelectual se convierte en terreno abonado para el aburrimiento y la cobardía²²⁰.

Hablar de cobardía (*Duckmäusertum*) es excesivo. Como mucho, podemos lamentarnos de que, en su empeño por agradar a todo el mundo, los libros preparados para la habilitación sean demasiado exhaustivos y no identifiquen claramente las tesis de la investigación²²¹. La tesis de habilitación no se califica con una nota y es muy raro suspender²²². Es lo mismo que ocurría en los gremios medievales²²³.

El último paso es la ponencia para defender la tesis de habilitación (*Habilitationsvortrag*). Aunque formalmente solo se trate de obtener la *venia legendi* (autorización para la docencia), los candidatos suelen dirigirse a una audiencia compuesta por profesores. Los jóvenes académicos aprenden desde muy pronto que “no hay honor en la docencia” (*Auf dem Feld der Lehre gibt's keine Ehre*)²²⁴. Antes era distinto. Max Weber se refería del modo siguiente a las capacidades docentes de los *Privatdozenten*:

Cuando se dice de alguien que es un mal profesor, este juicio equivale en la mayor parte de los casos a una sentencia de muerte académica, aunque se trate del mayor sabio del mundo. [...] La educación científica que, por tradición, hemos de procurar en las Universidades alemanas, es una cuestión de aristocracia espiritual y sobre esto no cabe engañarse. También es cierto que la exposición de los problemas científicos de tal modo que resulten comprensibles para una mente no educada, pero capaz, y ésta llegue (y esto es para nosotros lo único decisivo) a tener sobre ellos ideas propias, es quizás la más difícil de las tareas pedagógicas. [...] Y volviendo a nuestro tema, este arte de enseñar es, en todo caso, un don personal que nada tiene que ver con la calidad científica de un sabio. [...] Según nuestra tradición, las Universidades han de responder a la doble exigencia de la investigación y de la enseñanza. El que las capacidades para estas dos funciones distintas se den unidas en un mismo individuo es simple casualidad²²⁵.

²¹⁹ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 14.

²²⁰ Cf. STOLLEIS (nota 77), p. 358.

²²¹ Cf. Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4, C.H. Beck, 2012, p. 545.

²²² Se dice que había facultades en las que los profesores “tiraban” a los candidatos de los demás. Cf. sobre *vendettas* de profesores, GOERLICH (nota 47), p. 197 f.

²²³ KLUGE (nota 5), p. 238.

²²⁴ Christoph GRAMM, “Die Lehre ist kein Feld der Ehre”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991, pp. 220 y ss.; KOHLER (nota 108), p. 425. En relación con Estados Unidos, GORDLEY (nota 121), p. 377: “Normalmente, la labor docente no importa demasiado. Puede ser relevante si es tan mala que los estudiantes se quejan sistemáticamente [...]. En cambio, si el trabajo académico es bueno, la facultad asumirá que tiene algo que decir y que sus estudiantes aprenderán si prestan atención, sea un profesor popular o no”. No obstante, cf., en una línea distinta, OSTERTAG (nota 128), p. 338. *Vid.*, en general, BECHER & TROWLER (nota 37), pp. 76 y ss.

²²⁵ WEBER (nota 53), p. 6.

No debe malinterpretarse el hecho de que hoy en día hablemos de *Staatsrechtslehrer* (“docentes de derecho estatal”, en una traducción literal). Por encima de cualquier otra cosa, la ponencia para defender la tesis de habilitación ofrece la oportunidad de ampliar la *venia legendi* a otro ámbito²²⁶.

Es prácticamente imposible suspender esta prueba. A diferencia de los países con exámenes centralizados (como Francia e Italia)²²⁷, en Alemania uno se “habilita a sí mismo” (*habilitiert sich*) en la facultad. El objetivo es recibir una “llamada” de otra facultad. Como suele decirse en Japón, no existe un “ascenso inevitable”²²⁸. En cualquier caso, el debate tras la ponencia de la habilitación es un último “rito de paso” en el sentido de Arnold van Gennep²²⁹. Aquellos que serán futuros colegas (incluido el *padre* de la habilitación) analizan críticamente el material aportado²³⁰. Los peajes asociados a este proceso son parte de los “ritos de iniciación” en el mundo académico.

La tradición del opulento “banquete del maestro” (*Meistermahl*) en los gremios medievales²³¹ no se ha mantenido en la academia. Como mucho, se ofrece un vino y algún aperitivo. La “fiesta del doctor” medieval, el tradicional *pradium aristotelis*, también es algo del pasado²³². Lo mismo cabe decir de los “rituales de inauguración” académicos antaño tan comunes (una suerte de espaldarazo del caballero)²³³, incluido el juramento del doctor y la solemne investidura con toda la simbología de la dignidad doctoral: el birrete y el anillo, el libro cerrado y abierto, la subida al atril y el beso como signo de compromiso con la ciencia²³⁴. Ni siquiera las conferencias inaugurales (*Antrittsvorlesungen*) y de clausura (*Abschiedsvorlesungen*), con sus festividades correspondientes, siguen vigentes en la academia tan tradicionalista del derecho público. De hecho, las publicaciones conmemorativas (*Festschrift*) preparadas por “amigos y discípulos” (*liber amicorum et discipulorum*) tienen mala prensa²³⁵. Esto puede sorprender a los académicos procedentes de otros países, donde las colecciones de ensayos dedicados a un colega son cada vez más frecuentes²³⁶. No en vano, en el

²²⁶ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 130.

²²⁷ *Vid. infra* nota 104 y texto que la acompaña.

²²⁸ FELDMAN (nota 117), pp. 474 y ss. *Cf.*, también, BAUM (nota 117), pp. 382 y ss.

²²⁹ Arnold VAN GENNEP, *The Rites of Passage* (traducción de Monika B. Vizedom & Gabrielle L. Caffee), University of Chicago Press, 1960. En especial, sobre los ritos de paso académicos, FÜSSEL (nota 20), p. 157.

²³⁰ El autor recuerda no solo su propia presentación en Münster, sino también la de su colega de habilitación Thorsten Kingreen (ahora catedrático en la Universidad de Ratisbona). Su director de tesis, el profesor Bodo Pieroth, hizo preguntas particularmente exigentes y de gran alcance (aunque era y es amigo de su “discípulo”).

²³¹ KLUGE (nota 5), p. 239 y ss.

²³² Sobre los inmensos costes, FÜSSEL (nota 20), pp. 176 y ss.

²³³ Sobre la aspiración de los juristas a un estatus equivalente al de la nobleza (*scientia nobilitat*) y sobre la rivalidad entre la “nobleza militar” y la “nobleza erudita”, FÜSSEL (nota 20), pp. 109 y ss.

²³⁴ Para más detalles, FÜSSEL (nota 20), pp. 126 y ss.

²³⁵ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 204 y ss.

²³⁶ *Cf.*, por ejemplo, en relación con Japón, BAUM (nota 117), p. 395; sobre el Reino Unido, SWEENEY (nota 144), p. 365; Michael TAGGART (ed.), *An index to Common-Law Festschriften: From the Beginning of the Genre up to 2005*, Hart, 2006.

extranjero se utiliza a veces el término *Festschrift*. En general, puede decirse que (lamentablemente) las “transiciones” —bienvenida y despedida— no suelen celebrarse adecuadamente en el mundo académico alemán²³⁷.

3.5. “Maestros libres” como profesores ayudantes

Desde la reforma de 2002, existe la posibilidad de saltarse el periodo como “oficial” para aquellos que acceden a un puesto de “profesor júnior” (*Juniorprofessur*) parecido al *assistant professor* del sistema estadounidense²³⁸. El objetivo de estos jóvenes académicos es acceder a un puesto permanente tras defender una tesis doctoral extraordinaria, pero sin trabajar en una cátedra. Es agradable que te llamen “profesor” o “profesora” (*Professor* o *Professorin*) en un momento tan temprano de la carrera académica. Sin embargo, este camino solo es recomendable si existe lo que en inglés llaman “*tenure track*”; es decir, la perspectiva de acceder a un puesto vitalicio sin un procedimiento competitivo, basado únicamente en la evaluación favorable de la facultad²³⁹. Desde la reforma de 2002, la habilitación ya no es el único camino para convertirse en profesor titular. Sin embargo, en la práctica resulta muy difícil acceder a ese puesto sin un “segundo libro”²⁴⁰, que a su vez es muy difícil escribir cuando uno es “profesor júnior” (dada la mayor carga de trabajo que tienen en comparación con los profesores ayudantes)²⁴¹. Pasa algo parecido en otros ámbitos universitarios alemanes dentro de las humanidades, aunque es diferente en el terreno de las ciencias²⁴².

En el mundo del derecho, la “restricción gremial” (*Zunftzwang*)²⁴³ sigue teniendo mucho peso. Muchos lamentan que la figura del “profesor júnior” con *tenure track* quiebra la tradicional regla alemana según la cual los miembros de una universidad no pueden optar a puestos como profesores permanentes en esa misma institución. Esas “llamadas internas” (*Hausberufungen*) a candidatos de la casa estaban prohibidas para evitar el nepotismo²⁴⁴. Ya en la época de los gremios medievales se miraba con recelo a los “maestros libres” (*Freimeister*), dado que eran puestos creados por las

²³⁷ Cf., también, describiendo la evolución más reciente y refiriéndose a una nueva cultura académica de celebración, Margaretha SCHWEIGER-WILHELM, *Willkommen und Abschied*, 2010. En general, Falk BRETTSCHEIDER & Peer PASTERNAK, *Akademische Rituale*, 1999.

²³⁸ KORIOTH (nota 128), p. 102.

²³⁹ La vía de acceso a un puesto permanente (“*tenure track*”) se remonta a una recomendación del *Wissenschaftsrat*, *Empfehlungen zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses* 71 s. (Drs. 4756/01, 2001). Para desarrollos similares en Italia, PATTI (nota 105), p. 333. Sin embargo, el *ricercatore* no ostenta el título de profesor (a diferencia de lo que ocurre en Alemania).

²⁴⁰ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 88 y ss., p. 116.

²⁴¹ *Vid.*, para una comparación detallada de las nuevas y antiguas vías para acceder a un puesto de profesor en Alemania, Anke BURKHARDT & Sigrun NICKEL, *Die Juniorprofessur*, Nomos, 2005.

²⁴² *Vid.*, en general, ZIMMER (nota 158), pp. 107 y ss. (comparando la situación en diferentes disciplinas).

²⁴³ KLUGE (nota 5), pp. 248 y ss.

²⁴⁴ Para una perspectiva crítica sobre la “*tenure track*” en Estados Unidos desde la óptica alemana, KUNTZ (nota 131), p. 283.

autoridades para contrarrestar el propio poder de los gremios²⁴⁵. Una vez más, el paralelismo es llamativo²⁴⁶.

3.6. “Vagabundeo” (especialmente en el mundo anglosajón)

En el pasado, los oficiales de los gremios emprendían una fase de “vagabundeo” (*auf die Walz*), una especie de viaje tras el final de su aprendizaje²⁴⁷. Esos “viajes de los oficiales” (*Gesellenwanderung*) constituían un requisito para el examen como maestro, lo que evoca paralelismos con el recorrido de corte en corte de la joven nobleza (*Kavalierstouren*)²⁴⁸. Este “vagabundeo” (*Tippelei*) por lugares extraños ofrecía nueva experiencias profesionales y vitales. En la actualidad, los jóvenes académicos suelen estudiar un máster en el extranjero (además de pasar un semestre fuera durante la licenciatura) después del primer examen estatal o después del segundo, aunque esto último es menos frecuente. Estas etapas se han ido integrando como forma parte de la educación “gremial” en el mundo académico del derecho²⁴⁹. Los jóvenes aspirantes a convertirse en profesores encuentran particularmente estimulante el contexto jurídico angloamericano, dadas las diferencias entre los sistemas de *common law* y el derecho continental europeo (de base romana)²⁵⁰.

Las facultades de derecho estadounidenses son una fuente de inspiración por su enfoque interdisciplinar y no estrictamente jurídico. En Estados Unidos (igual que en Canadá, exceptuando Quebec)²⁵¹, todos los profesores de derecho tienen un título universitario en otro ámbito²⁵². No es sorprendente que presuman de una formación universitaria interdisciplinar. Por otra parte, obtener un doctorado en derecho

²⁴⁵ KLUGE (nota 5), pp. 253 y ss.

²⁴⁶ En un principio, la ministra federal de Educación e Investigación, Edelgard Buhlmann, pretendía excluir legalmente de la decisión de contratación el mérito de la habilitación. El Tribunal Constitucional Federal se opuso a ello por razones de competencia (*111 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 2007, pp. 226, 257 y ss.). *Vid.*, en general, en relación con la controversia sobre la constitucionalidad de prohibir legalmente el procedimiento de habilitación con respecto al derecho constitucional a la autogestión académica, Christina BALUCH, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Habilitation*, Deutscher Hochschulverband, 2007; Peter Michael HUBER, “Die Habilitation”, *Wissenschaftsrecht*, 36, 2003, p. 2 y ss.

²⁴⁷ KLUGE (nota 5), pp. 174 y ss.

²⁴⁸ Rainer BABEL, *Grand Tour – Adeliges Reisen und europäische Kultur vom 14 bis zum 18 Jahrhundert*, Thorbecke, 2005.

²⁴⁹ Desde la perspectiva de los abogados en ejercicio, Carole SILVER, “The Variable Value of US Legal Education in the Global Legal Services Market”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 24, 2011, pp. 1, 21 y ss.; Christoph LUSCHIN (nota 124), pp. 14 y ss.

²⁵⁰ Desde la perspectiva del derecho público, Oliver LEPSIUS, “Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?”, en Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007, pp. 319 y ss.

²⁵¹ LEGRAND (nota 142), pp. 390 y 393.

²⁵² En una perspectiva comparativa, OSTERTAG (nota 128), pp. 315 y ss.

es poco habitual allí (y, en general, en los países de los sistemas de *common law*)²⁵³. En Alemania, por influencia norteamericana, también se ha empezado a ampliar la perspectiva a otras disciplinas²⁵⁴. Prueba de ello es el protagonismo del análisis económico del derecho (“*Law and Economics*”)²⁵⁵ y muchos otros enfoques que integran diversas materias²⁵⁶. Hemos ido tomando conciencia de que la dogmática jurídica es importante, pero no lo es todo. Debe tenerse en cuenta el contexto sociocultural para entender las decisiones legales y hacer propuestas *de lege ferenda*. En 2014, la interdisciplinariedad fue uno de los temas del congreso anual de la Asociación de profesores de derecho público (*Staatsrechtslehrertagung*)²⁵⁷.

Sin embargo, la interdisciplinariedad es una labor exigente. El propio Max Weber mostró cierto escepticismo al respecto al reclamar una “especialización rigurosa”:

Solo mediante una estricta especialización puede tener el trabajador científico ese sentimiento de plenitud. [...] Todos los trabajos que rozan con otras disciplinas, como los que ocasionalmente hacemos [...] se llevan a cabo con la resignada conciencia de que tal vez se están proporcionando al especialista cuestiones útiles en las que él no caería fácilmente desde su propia situación, pero que el trabajo propio, como tal, ha de quedar inevitablemente muy incompleto. Solo mediante una estricta especialización puede tener el trabajador científico ese sentimiento de plenitud, que seguramente no se produce más de una vez a lo largo de una vida, y que le permite decir: «aquí he construido algo que durará». En nuestro tiempo la obra realmente importante y definitiva es siempre obra de especialistas²⁵⁸.

En Alemania, el escepticismo hacia la interdisciplinariedad se refleja todavía hoy en los temas de nuestros exámenes de derecho, aunque las reglas legales correspondientes también mencionen sus “fundamentos filosóficos, históricos y sociales”²⁵⁹.

²⁵³ Existen programas de doctorado en derecho (en Harvard y Yale, por ejemplo). Sin embargo, tradicionalmente los cursan estudiantes extranjeros. Los juristas estadounidenses tienden a estar más interesados en economía, matemáticas, filosofía, psicología o antropología, materias que pueden utilizarse para analizar el derecho en planos no jurídicos. Sobre la creciente titulación de doble grado de los profesores estadounidenses (J.D.-Ph.D.) POSNER (nota 26), p. 1323. *Vid.*, también, GORDLEY (nota 121), pp. 367 y ss. Sobre otros países de *common law*, SWEENEY (nota 144), pp. 356 y ss.; LEGRAND (nota 142), p. 390.

²⁵⁴ *Cf.*, por ejemplo, Oliver LEPSIUS, “Interdisziplinarität auf der Staatsrechtslehrertagung”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 753 y ss.

²⁵⁵ Específicamente sobre el derecho público alemán, Anne VAN AAKEN & Armin STEINBACH, “Die Bedeutung der ökonomischen Analyse für das Öffentliche Recht”, en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020, pp. 425 y ss.; Más en general, Kristoffel GRECHENIG & Martin GELTER, “The Transatlantic Divergence in Legal Thought”, *Hastings International and Comparative Law Review*, 31, 2008, pp. 295 y ss.

²⁵⁶ En EE.UU., la perspectiva interdisciplinaria se extiende a muchos aspectos. POSNER (nota 26), pp. 1316 y ss., menciona derecho y economía, derecho y sociedad, derecho y literatura, estudios jurídicos críticos, teoría crítica de la raza, jurisprudencia feminista, derecho gay, derecho y teoría política, derecho y biología, y derecho y ciencia cognitiva. Para una perspectiva crítica, entre otros, EDWARDS (nota 132), pp. 34 y ss.

²⁵⁷ Hans Christian RÖHL & Andreas VON ARNAULD, “Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalisierung und Interdisziplinarität”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 74, 2015, pp. 7 ss., 39 y ss.

²⁵⁸ WEBER (nota 53), p. 7.

²⁵⁹ Artículo 5.a, apartado 2, tercer inciso de la Ley alemana del Poder Judicial (*Deutsches Richtergesetz*).

En la práctica, los exámenes estatales consisten básicamente en cuestiones “dogmáticas”. El rasgo metodológico tradicionalmente distintivo en la investigación jurídica alemana sigue vigente. Lo que hace a un “buen abogado” se ha ido transmitiendo de generación en generación, como en los gremios medievales. Los aspectos no dogmáticos son irrelevantes en los exámenes estatales. Por supuesto, estos exámenes influyen en el contenido de la enseñanza académica. Al contrario de lo que ocurre en Estados Unidos, rara vez se pregunta por aspectos interdisciplinarios o comparados²⁶⁰.

No debería sorprendernos que ni siquiera los profesores alemanes formados en Norteamérica reaccionen ante esta situación. El hecho de que no sientan que los exámenes estatales condicionan su docencia en relación con las asignaturas obligatorias (*Pflichtfächer*) en el ámbito del derecho civil, penal y público, incluido el derecho de la Unión Europea, demuestra hasta qué punto el pensamiento dogmático es inherente a la cultura jurídica alemana. Desde el principio, estaba claro que las propuestas de abolir los exámenes estatales en el marco del “proceso de Bolonia” estaban abocadas al fracaso, incluida la idea de sustituir dichos exámenes por programas universitarios de licenciatura y máster con un nuevo enfoque interdisciplinario y de derecho comparado²⁶¹. Solo se admite una mayor flexibilidad en la docencia de asignaturas optativas elegidas por los estudiantes (*Wahlschwerpunkte*), introducidas por la reforma educativa de 2002. A este respecto, la ley se limita a señalar que deberán ampliar y profundizar el contenido de las materias obligatorias. El objetivo es enseñar los aspectos interdisciplinarios e internacionales del derecho conforme a los programas de cada facultad²⁶². Incluso aquí se nota el peso de la tradición: aunque se combinen los resultados de los exámenes que realizan las facultades y los resultados de los exámenes estatales en las asignaturas obligatorias²⁶³, las notas de la “parte estatal” del primer examen jurídico se muestran por separado. Los estudiantes saben que los potenciales empleadores se fijan fundamentalmente en estas últimas.

Los académicos alemanes tienen dificultades para captar la atención a nivel internacional. La máxima *germanica non leguntur* (no se lee en alemán) es una realidad²⁶⁴. Hay que hablar inglés, la nueva lengua franca. Por otra parte, los investigadores alemanes que participan en debates internacionales de derecho comparado deben

²⁶⁰ En las facultades de derecho estadounidenses, los estudiantes solo tienen que cursar las clásicas asignaturas obligatorias en el primer año. Posteriormente, los estudiantes pueden elegir sus propias asignaturas. Esto permite a los profesores ofrecer cursos altamente especializados y adaptados a sus intereses. En este sentido, el término “escuela profesional” es engañoso. En un sentido crítico, EDWARDS (nota 132), pp. 34 y ss.

²⁶¹ BRUNNÉE (nota 137), p. 399; LUSCHIN (nota 124), pp. 17 y ss.; Laurel S. TERRY, “Living with the Bologna Process: Recommendations to the German Legal Community from a U.S. Perspective”, *German Law Journal*, 7, 2006, p. 863.

²⁶² KEILMANN (nota 129), p. 297; KORIOOTH (nota 128), pp. 92 y 95; LUSCHIN (nota 124), p. 11.

²⁶³ *Vid. infra* nota 123.

²⁶⁴ *Cf.*, por ejemplo, Uwe KISCHEL, “Fragmentierungen im Öffentlichen Recht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 77, 2018, pp. 314 y ss.

asumir que las publicaciones en otros idiomas apenas tienen lectores en la academia alemana, así que no contribuyen demasiado a su prestigio personal²⁶⁵.

Además, y sobre todo, nuestras consideraciones dogmáticas no tienen mucho interés en el debate internacional dominado por Estados Unidos²⁶⁶. Allí, “el rígido dogmatismo jurídico [...] está completamente pasado de moda”²⁶⁷. El profesor Richard A. Posner ha descrito así la “decadencia del derecho como disciplina autónoma”:

Aunque todavía se leen con admiración y provecho las obras clásicas en la tradición académica jurídica, los investigadores que pretenden estar a la vanguardia en el terreno del derecho ya no conciben seguir esa línea. [...] Las obras puramente verbales, exclusivamente jurídicas [...] — obras que asumen el consenso político y que ignoran las contribuciones de otras disciplinas— ya no tienen encaje en el *zeitgeist* universitario contemporáneo²⁶⁸.

Richard A. Posner se ha referido en términos muy críticos a la perspectiva dogmática en el sentido alemán (*doctrinarismo alemán*)²⁶⁹, la “perspectiva estrictamente jurídica” descrita por Christopher Columbus Langdell, mítico decano de la facultad de derecho de Harvard (desde 1870)²⁷⁰. Según Posner, se trata de una “forma perversa —o, en el mejor de los casos, incompleta— de abordar el derecho”²⁷¹. Hace ya cuarenta años, el profesor George L. Priest afirmó que “la mejor literatura jurídica es interdisciplinaria”. Con respecto a la docencia, dijo lo siguiente:

Desde el punto de vista del profesor [...], la formación en derecho es más primitiva que la universitaria; se parece más a la enseñanza secundaria. [...] En este sentido, el profesorado de las facultades de derecho modernas recuerda al de las universidades medievales. [...] La Ilustración se acerca. [...] Las facultades de derecho se convertirán ellas mismas en universidades, ofreciendo un conjunto de programas de licenciatura en miniatura para cada disciplina. [...]

²⁶⁵ Michaela HAILBRONNER, “Yes We Can? Mehr Rechtsvergleichung wagen!”, en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020, pp. 409 y 410 (disciplina orquídea por excelencia, afición, no es un camino fiable para conseguir trabajo o reputación).

²⁶⁶ *Cf.*, sobre la dogmática jurídica alemana en perspectiva internacional, Matthias JESTAEDT, “Wissenschaft im Recht”, *JuristenZeitung*, 69, 2014, (provincialismo disciplinario).

²⁶⁷ GORDLEY (nota 121), p. 370.

²⁶⁸ Richard A. POSNER, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline (1962 – 1987)”, *Harvard Law Review*, 100, 1987, pp. 761 y 773.

²⁶⁹ GRECHENIG & GELTER (nota 255), pp. 295 y ss.

²⁷⁰ Para más detalles, GREY (nota 16), p. 1 y ss. *Cf.*, también, Pierre SCHLAG, “Law and Phrenology”, *Harvard Law Review*, 110, 1997, pp. 877 y ss. (comparando el pensamiento jurídico de Charles Langdell con la pseudociencia de la frenología del siglo XIX).

²⁷¹ POSNER (nota 268), p. 762. *Cf.*, también, POSNER (nota 26), p. 1321: “Traditional doctrinal scholarship is disvalued at the leading law schools. They want their faculties to engage in ‘cutting edge’ research and thus orient their scholarship toward, and seek their primary readership among, other scholars, not even limited to law professors [...]”. Sobre los orígenes de esta crítica, GREY (nota 16), p. 50 (en referencia a Oliver Wendell Holmes, quien, en las antípodas de Langdell, subrayaba que la “verdadera ciencia del derecho” no radica en un “desarrollo lógico como en las matemáticas”, sino más bien en el “establecimiento de sus postulados [...] sobre deseos sociales medidos de forma precisa”).

Las clases de derecho acabarán consistiendo en cursos de economía aplicada, teoría social y ciencia política²⁷².

Los académicos alemanes deben adaptarse a esta perspectiva (que, sin embargo, no es dominante en el Reino Unido²⁷³ y que tiene detractores en Estados Unidos²⁷⁴). De lo contrario, no superarán los procesos de revisión por pares cada vez más habituales en las revistas de derecho internacionales²⁷⁵.

4. REUNIONES DE “APRENDICES” Y “OFICIALES”

4.1. “Jornadas de trabajo” anuales

En la época gremial, existía una gran brecha social entre “maestros” y “oficiales”. Es por eso por lo que, en la Baja Edad Media, los oficiales empezaron a formar sus propias asociaciones como contrapeso al poder de los maestros. Así, organizaban “jornadas de trabajo” (*Krugtage*)²⁷⁶. Algo parecido ocurre en el ámbito académico del derecho público en Alemania.

Hay casi una leyenda en torno al surgimiento en la década de 1960 del “pequeño congreso de profesores de derecho estatal” (*kleine Staatsrechtslehrertagung*), como reacción al congreso de profesores ya consolidados (*Staatsrechtslehrertagungen*)²⁷⁷. Según se cuenta, el contexto fue un coloquio organizado en Espira. Al parecer, los investigadores que todavía no habían obtenido la habilitación no podían comer en el bufé (¡y había langosta!)²⁷⁸. La situación enfadó a algunos jóvenes académicos, que ya estaban molestos con el hecho de que los asistentes no pudieran participar en los congresos anuales de profesores. Así surgió la idea de organizar sus propios congresos de asistentes académicos (*Assistententagungen*). En un primer momento, esos congre-

²⁷² George L. PRIEST, “Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University”, *Journal of Legal Education*, 33, 1983, pp. 437 y 440.

²⁷³ Cf. Uwe KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, 2015, pp. 373 y ss.

²⁷⁴ EDWARDS (nota 132), pp. 34 y ss.; GRECHENIG & GELTER (nota 255), pp. 667 y ss. (“Judges & Practitioners v. Academia: The Great Debate Over Legal Scholarship”).

²⁷⁵ A través de mi propia experiencia con mis publicaciones, aprendí lo difícil que es publicar en revistas internacionales punteras como especialista en derecho comparado desde la tradición alemana. Así, por ejemplo, “Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on the American, British and German Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 58, 2009, pp. 353 y ss.; “German Administrative Procedure in a Comparative Perspective – Observations on the Path to a Transnational ‘Ius Commune Proceduralis’ in Administrative Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, pp. 940 y ss.; y “More Government with the People – The Crisis of Representative Democracy and Options for Reform in Germany”, *The German Law Journal*, 16, 2015, pp. 713 y ss.

²⁷⁶ KLUGE (nota 5), pp. 199 y ss.

²⁷⁷ Maurin SCHUNKE, “Die Gründung der Assistententagung im Kontext ihrer Zeit”, en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020, pp. 21 y ss.; SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 56 y ss.

²⁷⁸ En memoria de esto, en la 40ª Reunión celebrada en Giessen, los organizadores ofrecieron (una sola) langosta en el bufé. Cf. Sebastian HESELHAUS *et al.*, “40 Assistententagung 2000”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, pp. 465, 483.

sos estaban destinados únicamente a quienes querían iniciar una carrera académica con un título de posdoctorado. Ahora eso ha cambiado. Sin embargo, los que ya han conseguido su doctorado siguen orgullosos de ello²⁷⁹. En el congreso de asistentes académicos organizado en Múnich en 1997 se dio la orden de “no interrumpir cuando hablan los doctores”²⁸⁰.

Los congresos de asistentes académicos han ido ganando relevancia²⁸¹. Como señala Andreas Voßkuhle, expresidente del Tribunal Constitucional Federal, son una “inyección de vitaminas” para el debate jurídico²⁸². Abordan un abanico amplio de temas, desde el derecho europeo e internacional hasta el derecho constitucional y administrativo, pasando por cuestiones fundamentales de filosofía del derecho, metodología y teoría del derecho, sin dejar de lado temas de historia y derecho comparado²⁸³. Las revistas especializadas analizan las publicaciones y actas del congreso²⁸⁴. El público profesional quiere información al respecto. Otras disciplinas jurídicas han ido organizando eventos similares²⁸⁵.

Se presta mucha atención a las conferencias que imparten los candidatos posdoctorales en los congresos de asistentes académicos²⁸⁶. El esfuerzo por labrarse un nombre empieza pronto. Se ha llegado a hablar de “enfrentamientos de los futuros líderes” (*Schaukampf von werdenden Platzhirschen*)²⁸⁷. Los catedráticos no pueden asistir a los congresos, puesto que las nuevas generaciones quieren intercambiar ideas sin preocuparse de exponerse ante las “eminencias”²⁸⁸. También es una venganza por

²⁷⁹ Ahora nadie discute que las listas de participantes especifiquen quiénes tienen el título de doctor. Claramente, no ha triunfado el “espíritu de la generación del 68”. Cf. SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 66.

²⁸⁰ El destinatario, Christoph Möllers (actualmente catedrático de la Universidad Humboldt de Berlín), que acababa de dar una conferencia en el congreso (Christoph MÖLLERS, “Der parlamentarische Bundesstaat”, en Josef AULEHNER *et al.*, *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit*, Boorberg, 1997, pp. 81 y ss.), no se mostró impresionado.

²⁸¹ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), pp. 47 y ss.; Dirk HECKMANN, “Zwischen Spontanität und Professionalität – Zehn weitere Jahre Assistententagung Öffentliches Recht (1986 – 1995)”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart n.F.*, 44, 1996, pp. 237 y ss.; Florian GRÖBLINGHOFF & Konrad LACHMAYER, “Die Assistententagung Öffentliches Recht auf dem Weg ins 21. Jahrhundert”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart n.F.*, 55, 2007, pp. 429 y ss.; y DALIBOR (nota 184).

²⁸² Andreas VOßKUHLE, “Grußwort”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festsgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, p. 8.

²⁸³ Cf. la compilación en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020, pp. 623 y ss.

²⁸⁴ *Vid.*, como referencia, HECKMANN (nota 281), p. 245; GRÖBLINGHOFF & LACHMAYER (nota 281), pp. 447 y ss.

²⁸⁵ *Vid.* GRÖBLINGHOFF & LACHMAYER (nota 281), p. 431. Especialmente en relación con la Asociación de Jóvenes Abogados Civiles fundada en 1990, HECKMANN (nota 281), p. 248.

²⁸⁶ El autor no puede confirmar que una ponencia en un congreso de asistentes académicos se considere “secundaria” en la trayectoria académica (en este sentido, sin embargo, SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 64).

²⁸⁷ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 65.

²⁸⁸ Isabel LISCHIEWSKI, “Die Namensdiskussion auf der Assistententagung”, en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos,

no poder asistir al *Staatsrechtslehrertagung*. Pero los catedráticos se enteran enseguida del éxito o el fracaso de las ponencias. Los nombres se dan a conocer de todas formas, lo cual puede ser importante de cara a futuros nombramientos.

El *Zeitgeist* del momento también es poco propicio para las generaciones más jóvenes. El uso de PowerPoint —todavía mirado con recelo en los congresos de profesores consolidados— se ha vuelto más frecuente, pero no goza de plena aceptación²⁸⁹. Como ocurre en los congresos de profesores, no acuden representantes de disciplinas fronterizas²⁹⁰. Es significativo que los organizadores lleven tiempo debatiendo sobre qué designación de género neutral adoptar para el evento²⁹¹. Pese a todo, hay diferencias: al contrario de lo que ocurre en los congresos de profesores consolidados, los ponentes en los congresos de asistentes se eligen mediante una convocatoria (*call for papers*) lanzada por el comité organizador²⁹². Además, no hay dos personas que den una conferencia sobre el mismo tema. Por otra parte, no se documentan las intervenciones en el debate plenario²⁹³. La competencia entre los jóvenes no ha alcanzado el grado de intensidad que se observa en el “canto de los maestros”.

4.2. “Hermandades de oficiales”

Los contactos informales también son importantes para los futuros académicos. Las reuniones de asistentes académicos también sirven para establecer una red de contactos. La gente es consciente de que el “capital social” cumple una función esencial²⁹⁴. Todo el mundo sabe que la percepción personal (ser un “buen tipo”) puede ayudar mucho en los nombramientos futuros²⁹⁵. Un aspecto poco sofisticado, provinciano, supone un riesgo para la propia reputación²⁹⁶. En la época de los gremios existían “hermandades de oficiales” (*Gesellenbruderschaften*). En la actualidad, es fre-

2020, pp. 311 y 314. *Cf.*, también, sobre la cuestión de si se debe admitir a profesores jóvenes, GRÖBLINGHOFF & LACHMAYER (nota 281), p. 446. En los primeros años, sin embargo, los profesores locales invitaban a sus casas a los participantes en el congreso. *Cf.*, por ejemplo, NICOLAYSEN (nota 33), p. 47, con respecto a la invitación de 1956 del profesor Rolf Stödter a una prestigiosa villa con un “Rubens auténtico” en la pared.

²⁸⁹ GRÖBLINGHOFF & LACHMAYER (nota 281), p. 431.

²⁹⁰ Después de todo, en el 38º Congreso de asistentes académicos celebrada Münster, el abogado Christian Duve dio una conferencia sobre la mediación como medio de resolución de conflictos (Christian DUVE, “Mediation als Mittel der Konfliktbewältigung”, en Ingo ERBERICH *et al.*, *Frieden und Recht*, Boorberg, 1998, pp. 135 y ss.).

²⁹¹ LISCHIEWSKI (nota 288), pp. 311 y ss. Mientras tanto, el congreso se celebra bajo el nombre de género neutro *Junge Tagung Öffentliches Recht* (Congreso Joven de Derecho Público).

²⁹² En el pasado no era fácil encontrar oradores. Ahora las cosas han cambiado; la gente está orgullosa de participar. *Cf.* GRÖBLINGHOFF & LACHMAYER (nota 281), pp. 438 y ss.

²⁹³ *Cf.* HECKMANN (nota 281), p. 241.

²⁹⁴ Sobre la importancia de la capacidad para establecer contactos como competencia social en los procedimientos de nombramiento (además de la capacidad para trabajar en equipo, la resiliencia, las habilidades de gestión y la autopresentación retórica), SCHULZE-FIELITZ (nota 131), p. 22.

²⁹⁵ SCHULZE-FIELITZ (nota 131), p. 28.

²⁹⁶ GOERLICH (nota 47), p. 188.

cuenta que los candidatos a obtener la habilitación (*habilitation*) formen sus propios “círculos”²⁹⁷. Esos lazos²⁹⁸ a veces duran de por vida. Inicialmente, el objetivo es discutir los proyectos de tesis para la habilitación, pero esos debates pueden desembocar en publicaciones conjuntas²⁹⁹. Cabe preguntarse sobre el “nepotismo” en los nombramientos una vez obtenida la habilitación³⁰⁰. En 2012, con motivo del 53º Congreso de asistentes académicos celebrado en Hamburgo, se fundó el *JuWissBlog*³⁰¹. Esta plataforma de debate se concibe como una especie de congreso cotidiano de profesores ayudantes³⁰². La realidad es que se ha convertido en un órgano importante para que las nuevas generaciones den publicidad a sus opiniones.

4.3. “Sociabilidad gremial”

Es evidente que la “sociabilidad gremial” (*Zunftgeselligkeit*)³⁰³ desempeña un papel más relevante en el marco de las reuniones de asistentes académicos que en las de profesores consolidados³⁰⁴, dado que los participantes tienen todos más o menos la misma edad. También es frecuente que se tuteen entre ellos, en un clima más informal. Las fiestas son legendarias, prolongándose hasta el amanecer³⁰⁵. A veces se escuchan “canciones de borrachera” (*Zechsingen*)³⁰⁶, como en los gremios medie-

²⁹⁷ Piénsese, por ejemplo, en el Círculo de Augsburgo, el Círculo del Elba, el Círculo de Erlangen, el Círculo de Fráncfort, el Círculo de Kassel, el Círculo de Karlsruhe (de antiguos asistentes de investigación del Tribunal Constitucional Federal), el Círculo de Lucerna, el Círculo de Saarburo, el Círculo de Staufen y el Círculo de Zúrich (al que pertenece el autor).

²⁹⁸ Sobre la diferencia entre grupos abiertos y cerrados en el ámbito académico, BECHER & TROWLER (nota 37), p. 93.

²⁹⁹ Cf., por ejemplo, Michael FEHLING & Matthias RUFFERT, *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, 2010, con autores del Círculo del Elba; Hermann PÜNDER & Christian WALDHOFF, *Debates in German Public Law*, Hart, 2014, con miembros del Círculo de Zúrich.

³⁰⁰ SCHULZE-FIELITZ (nota 36), p. 155, nota 32 (sugiriendo que la heterogeneidad de la composición de estos grupos y la intensidad dominante del interés en el discurso científico deberían atenuar los peligros del nepotismo).

³⁰¹ Me alegró mucho que participaran mis asistentes Johannes Falter, Paul Gaitzsch y Laurence O’Hara (ahora en el Instituto Max Planck de Investigación sobre Bienes Colectivos, Bonn). Mi asistente Anika Klafki (ahora profesora júnior en Jena), fue presidenta de la *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht e. V.* (Asociación de Jóvenes Becarios en Derecho Público) entre 2016 – 2019.

³⁰² www.juwiss.de.

³⁰³ KLUGE (nota 5), pp. 363 y ss.

³⁰⁴ Sobre el programa de acompañantes, WALDHOFF (nota 107), pp. 158 y ss. Anteriormente también había un *Damenprogramm* (programa para mujeres) para las esposas.

³⁰⁵ Nos dieron el “gong del congreso” como organizadores del siguiente congreso en la fiesta de clausura del congreso de Múnich en 1997, en una ceremonia a las 3 de la madrugada (!). Vid. Ingo ERBERICH *et al.*, “Die Welt zu Gast in Münster”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, p. 455. Para más detalles sobre el gong del congreso y sobre la gestión de la organización estructural y procedimental, *vid.*, en general, Kay-Uwe RHEIN, “Der Assistentengong”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, pp. 344 y ss.

³⁰⁶ En la noche de clausura del 39º Congreso de asistentes académicos en Zúrich, nosotros (como organizadores del congreso del año anterior) cantamos muchas canciones readaptadas. Vid. ERBE-

vales³⁰⁷. Más tarde, esas experiencias se recuerdan con cariño. Algunos de los lazos que se forman ahí siguen dando sus frutos cuando los protagonistas se convierten en “maestros”³⁰⁸. Por supuesto, no se debe hablar de una “fatal tendencia al exceso” (*verhängnisvollen Neigung zu maßloser Völlerei*), foco de crítica constante entre los gremios durante siglos³⁰⁹. En aquella época, las reglas eran: “no bebas si no lo puedes aguantar” y “no te duermas durante el banquete”³¹⁰. No hay necesidad de tales recordatorios en las reuniones de asistentes académicos.

5. PERSPECTIVA DE FUTURO: ¿AFERRARSE A LA TRADICIÓN?

En los gremios, la gente se aferraba a su tradición. En última instancia, esto desembocó en la decadencia del sistema gremial³¹¹. A estas alturas debería haber quedado claro que los vestigios del pasado también definen a la Asociación alemana de profesores de derecho público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*). La propia denominación de profesor de “derecho estatal” (traducción literal de “*Staatsrecht*”) es anticuada. La Asociación se fundó en 1922 en respuesta a la nueva constitución —la Constitución de Weimar— que había abolido la monarquía. Había que desarrollar el ordenamiento jurídico del nuevo Estado. Actualmente, la Asociación no solo se ocupa del derecho constitucional (“derecho estatal” en su denominación literal y tradicional), sino que aborda todos los aspectos del derecho público, desde el derecho internacional, el derecho de la UE y el derecho constitucional, hasta el derecho administrativo general y sectorial. Por otra parte, el hecho de que el título de “profesor de derecho público” (*Staatsrechtslehrer*) se exprese en masculino tampoco está en consonancia con el espíritu de los tiempos³¹². Ni siquiera el uso del término

RICH *et al.* (nota 305), p. 461. El año anterior, los organizadores de la reunión de Múnich se burlaron de nosotros porque no habíamos elegido a una ponente mujer. Apoyándonos en la canción *Ein bisschen Frieden*, de Nicole, cantamos: *Ich weiß meine Lieder, die ändern nicht viel; ich bin nur ein Mädchen, das sagt, was es fühlt* (sé que mis canciones no cambian mucho; solo soy una chica que canta lo que siente). Vid. Christian WALDHOFF, “37. Assistententagung Öffentliches Recht 1997”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, pp. 439 y 433.

³⁰⁷ HAHN (nota 75), pp. 56 y ss.

³⁰⁸ Cf., por ejemplo, Lorenz Meyer, presidente del Tribunal Federal de Suiza: Lorenz MEYER “Grußwort”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, (mentalidad común y vínculos personales que nos acompañaron a lo largo de nuestras vidas profesionales).

³⁰⁹ KLUGE (nota 5), p. 363.

³¹⁰ KLUGE (nota 5), p. 371.

³¹¹ En detalle, KLUGE (nota 5), pp. 389 y ss.

³¹² A diferencia de otras asociaciones profesionales, no ha habido un debate oficial sobre el nombre. Cf. CANKIK (nota 27), pp. 814 y ss. Para el debate entre la generación más joven, véase la nota 291. En la Asociación de Profesores de Derecho Civil se votó una moción para cambiar el nombre en 2019. Sin embargo, se quedó a un voto (!) de la mayoría de tres cuartos necesaria. Vid. ZIMMERMANN (nota 174), p. 934.

Deutsche (con D mayúscula) genera controversia, pese a que entre los miembros de la Asociación haya colegas austriacos³¹³ y suizos³¹⁴.

Sin embargo, más de cien años después de la fundación de la Asociación, no hay que preocuparse por el “gremio” de los académicos de derecho público. Prepararse para los congresos anuales sigue considerándose un *nobile officium*, incluso para aquellos profesores que gozan de una posición bien establecida³¹⁵ (a diferencia de lo que ocurre en la asociación equivalente de derecho civil)³¹⁶. Esta actitud contrarresta los “graves trastornos de percepción”³¹⁷ asociados a las especializaciones profesionales en el ámbito del derecho público³¹⁸. Incluso en el extranjero la gente mira con respeto las peculiaridades de nuestra Asociación. Al menos esto es lo que transmiten los invitados de otros países en las reuniones anuales³¹⁹.

Una cosa está clara: sigue siendo atractivo formar parte del exclusivo círculo de profesores de derecho público de Alemania. Por citar a Pierre Bourdieu una última vez, la “alquimia de la consagración”³²⁰ compensa los esfuerzos asociados al largo camino que hay que recorrer para acceder a ese “gremio” académico.

³¹³ La invitación al primer congreso de la Asociación en 1922 también se envió a austriacos (y a colegas de la Universidad Alemana de Praga). En el momento de su fundación, la idea de una Gran Alemania seguía siendo dominante. Cf. ANSCHÜTZ (nota 190), p. 294. Se suponía que la unificación de los países de habla alemana estaba cerca. Heinrich Triepel declaró en su “cálida bienvenida” a los colegas austriacos en la apertura del congreso de 1924 (1 VVDStRL 5 f.): “Nos apena que nuestras esferas de actividad estén separadas por una frontera trazada a regañadientes”. Afirmó que “una gran nación como Alemania no permitirá que ninguna fuerza externa niegue la unidad de su Estado a largo plazo, aunque sea el dictado de todo el mundo”. Más detalladamente, sobre la fundación de la Asociación por temor a que los profesores conservadores nacionales perdieran su importancia en la joven república, SCHÖNBERGER (nota 3), pp.11, 23 y ss., y 30.

³¹⁴ La Asociación no se abrió formalmente a Suiza hasta 1956, cuando se modificaron sus estatutos. Sin embargo, el nombre de la Asociación resulta extraño a los suizos, que ven en él (especialmente en lo que respecta a la mayúscula del adjetivo «alemán») algo alemán universal. En este sentido, SCHINDLER (nota 44), p. 282.

³¹⁵ La tasa de asistencia es del 40 por 100 al 60 por 100. Sobre la asistencia obligatoria a las reuniones del gremio, KLUGE (nota 5), pp. 335 y ss.

³¹⁶ Sobre las dificultades para conseguir que los “de mediana edad” (es decir, la generación de entre mediados/finales de los 40 y los 60) asistan al Congreso de Profesores de Derecho Civil, ZIMMERMANN (nota 174), p. 932 (“Asociación de caballeros mayores”).

³¹⁷ STOLLEIS (nota 77), p. 355.

³¹⁸ Sin embargo, Josef Isensee habla de una “confusión babilónica de lenguas” (Josef ISENSEE, “Staatsrechtslehre als Wissenschaft”, *JuristenZeitung*, 64, 2009, pp. 949 y 951). Cf., también, sobre la fragmentación, REIMER (nota 59), pp. 447 y ss.

³¹⁹ Sobre la Asociación desde una perspectiva francesa, FROMONT & GAILLET (nota 203), pp. 893 y ss.; desde una perspectiva japonesa (con referencias a la influencia de la Asociación en la fundación de la Asociación de Derecho Público de Japón), Atsushi TAKADA, “Die Staatsrechtslehrevereinigung aus japanischer Perspektive”, en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 909 y ss.

³²⁰ BOURDIEU (nota 41), p. 250.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Klaus ADOMEIT, en Stefan GRUNDMANN & Karl RIESENHUBER, *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 1, De Gruyter, 2004.
- Gerhard ANSCHÜTZ, *Aus meinem Leben*, nº 6, Walter Pauly, ed., Klostermann, 1993.
- Rainer BABEL, *Grand Tour – Adeliges Reisen und europäische Kultur vom 14 bis zum 18 Jahrhundert*, Thorbecke, 2005.
- Christina BALUCH, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Habilitation*, Deutscher Hochschulverband, 2007.
- Tobias BARTELS, “Eine Disziplin – zwei Fachgesellschaften!?” en Wilhelm KNELANGEN & Tine STEIN, *Die Geschichte der Politikwissenschaft*, Klartext, 2013.
- Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, judges, and professors*, Mohr Siebeck, 2016.
- Harald BAUM, “Akademische Karrierewege für Juristen in Japan”, *Rabels Zeitschrift*, 84, 2020.
- Tony BECHER & Paul TROWLER, *Academic Tribes and Territories*, Open University Press, 2ª ed., 2001.
- Peter BIRKS, “The academic and the practitioner”, *Legal Studies*, 18, 1998.
- Anja BÖNING, “Zur sozialen Situation der Assistent*innen im Öffentlichen Recht”, en Sebastian BRETTHAUER et al., *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020.
- Anja BÖNING, Frerk BLOME & Christina MÖLLER, “Vom kollektiven zum individualisierten Aufstiege?”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 40, 2020.
- Jean-Sébastien BORGHETTI, “Legal Methodology and the Role of Professors in France”, en Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, Judges, and Professors*, Mohr Siebeck, 2016.
- Pierre BOURDIEU, “The Forms of Capital”, en J. G. RICHARDSON, *Handbook of Theory and Research for the Sociological Education*, Greenwood Press, 1986.
- Pierre BOURDIEU, “Participant Objectivation”, *The Journal of The Royal Anthropological Institute*, 9, 2003.
- Pierre BOURDIEU, *Homo academicus*, Siglo XXI, 2008.
- Pierre BOURDIEU, *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*, traducción de Mª del Carmen Ruiz de Elvira, Taurus, 2012.
- Alexandra BRAUN, “Burying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts”, *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010.
- Sebastian BRETTHAUER et al., *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020.
- Falk BRETTSCHNEIDER & Peer PASTERNAK, *Akademische Rituale*, 1999.
- Jutta BRUNNÉE, “The Reform of Legal Education in Germany”, *Journal of Legal Education*, 42, 1992.
- Christian BUMKE, *Rechtsdogmatik*, Mohr Siebeck, 2016.
- Anke BURKHARDT & Sigrun NICKEL, *Die Juniorprofessur*, Nomos, 2005.
- Pascale CANCIK, “Die verspätete Zunft? Frauen in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, en Pascale CANCIK et al., *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Marcel DALIBOR et al., *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Hubert DETMER, “Das Recht der Universitätsprofessoren”, en Michael HARTMER & Hubert DETMER, *Hochschulrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, 2017.
- Walter DORALT, “Akademische Karrierewege für Juristen in Deutschland und Österreich”, *Rabels Zeitschrift*, 84, 2020.
- Horst DREIER & Walter PAULY, “Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 60, 2001.
- Horst DREIER, *Rechtswissenschaft als Beruf*, Mohr Siebeck, 2018.

- Elmar DRIESCHNER & Detlef GAUS, *Liebe in Zeiten pädagogischer Professionalisierung*, Springer, 2011.
- Christian DUVE, "Mediation als Mittel der Konfliktbewältigung", en Ingo ERBERICH *et al.*, *Frieden und Recht*, Boorberg, 1998.
- Neil DUXBURY, *Jurists and Judges*, 2001.
- Matthew DYSON, "Judicial Decision-Making in England and Wales", en Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, Judges, and Professors*, Mohr Siebeck, 2016.
- Harry T. EDWARDS, "The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession", *Michigan Law Review*, 91, 1992.
- Horst EHMKE, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, *VVDStRL*, 20, 1963, pp. 130-133.
- Christoph ENGEL & Wolfgang SCHÖN, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2007.
- Julius Kyriandros EKKLESIANDROS, "Besorgter Brief an einen künftigen Strafrechtswissenschaftler", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 146, 1999.
- Ingo ERBERICH *et al.*, "Die Welt zu Gast in Münster", en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Ulrich FALK, *Consilia – Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*, Klostermann, 2006.
- Michael FEHLING & Matthias RUFFERT, *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, 2010.
- Eric A. FELDMAN, "Mirroring Minds: Recruitment and Promotion in Japan's Law Faculties", *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993.
- Michel FROMONT & Aurore GAILLET, "Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer als Garant der einheitlichen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht – Eine Betrachtung aus französischer Perspektive", en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Marian FÜSSEL, *Gelehrtenkultur als symbolische Praxis*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2006.
- Klaus Ferdinand GÄRDITZ, "Das andere Öffentliche Recht: Die Staatsrechtslehrervereinigung im Vergleich mit der Strafrechtslehrervereinigung", en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Max-Emanuel GEIS, "Europäisches Hochschullehrerdienstrecht", en Michael HARTMER & Hubert DETMER, eds., *Hochschulrecht*, 3^a ed., C.F. Müller, 2017.
- Tomas GERHOLM, "On Tacit Knowledge in Academia", *European Journal of Education*, 25, 1990.
- Helmut GOERLICH, "Die Rolle der Reputation in der Rechtswissenschaft", en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015.
- James GORDLEY, "Mere Brilliance: The Recruitment of Law Professors in the United States", *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993.
- Christoph GRAMM, "Die Lehre ist kein Feld der Ehre", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991.
- Kristoffel GRECHENIG & Martin GELTER, "The Transatlantic Divergence in Legal Thought", *Hastings International and Comparative Law Review*, 31, 2008.
- Thomas C. GREY, "Langdell's Orthodoxy", *University of Pittsburgh Law Review*, 45, 1983. Christoph ENGEL & Wolfgang SCHÖN, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2007;
- Florian GRÖBLINGHOFF & Konrad LACHMAYER, "Die Assistententagung Öffentliches Recht auf dem Weg ins 21. Jahrhundert", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart n.F.*, 55, 2007.
- Michael GRÜNBERGER *et al.*, *Diversität in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, Nomos, 2021.
- Frieder GÜNTHER, *Denken vom Staat her*, 23, Oldenbourg, 2004.
- Thomas GUTMANN, "Intra- und Interdisziplinarität", en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015.
- Peter HÄBERLE, "Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlertgemeinschaften", en Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007.
- Peter HÄBERLE, *Pädagogische Briefe an einen jungen Verfassungsjuristen*, Mohr Siebeck, 2010.
- Reinhard HAHN, *Meistergesang*, Bibliographisches Institut Leipzig, 1985.
- Michaela HAILBRONNER, "Yes We Can? Mehr Rechtsvergleichung wagen!", en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020.

- Albert HARNO, *Legal Education in the United States*, Bancroft Whitney Comp., 1953.
- Michael HARTMER, “Das Recht des wissenschaftlichen Nachwuchses”, en Michael HARTMER & Hubert DETMER, *Hochschulrecht*, 3ª ed., C.F. Müller, 2017.
- Dirk HECKMANN, “Zwischen Spontanität und Professionalität – Zehn weitere Jahre Assistententagung Öffentliches Recht (1986 – 1995)”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart n.F.*, 44, 1996.
- Phillip HELLEWEGE *et al.*, “Frauen in den Rechtswissenschaften”, *Rechtswissenschaft*, 6, 2015.
- Sebastian HESELHAUS *et al.*, “40 Assistententagung 2000”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015;
- Juliane HOHEISEL, “Zwischen Muff und Würde”, *Die Hochschule*, 2, 2017.
- Peter Michael HUBER, “Die Habilitation”, *Wissenschaftsrecht*, 36, 2003.
- Nathalie HUBER, Anna SCHELLING & Stefan HORNBOSTEL, eds., *Der Dokortitel zwischen Status und Qualifikation*, iFQ-Working Paper No. 12, 2012.
- Josef ISENSEE, “Staatsrechtslehre als Wissenschaft”, *JuristenZeitung*, 64, 2009.
- Josef ISENSEE, “Verfassungsrecht als politisches Recht”, en Josef ISENSEE & Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts*, 12, 3ª ed., C.F. Müller, 2014.
- Matthias JESTAEDT, “Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs”, *JuristenZeitung*, 67, 2012.
- Matthias JESTAEDT, “Wissenschaft im Recht”, *JuristenZeitung*, 69, 2014.
- Wolfgang KAHL, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 2020.
- Anna-Bettina KAISER, “Arbeits-oder Bekenntnisgemeinschaft?”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Immanuel KANT, “Der Streit der Facultäten”, en Karl VORLÄNDER & Oswald KÜLPE, 7 Kant’s Werke, Akademie Verlag, 1907. Existe una edición en español: El conflicto de las facultades, traducción de Roberto R. Aramayo, Alianza Editorial, 2020.
- Annette KEILMANN, “The Einheitsjurist: A German Phenomenon”, *German Law Journal*, 7, 2006.
- Klaus KEMPTER, *Die Jellineks 1820 – 1955*, Droste, 1998.
- Jens KERSTEN, “Mitglieder der Vereinigung in der politischen und gerichtlichen Praxis”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Gregor KIRCHHOF, Stefan MARGEN & Karsten SCHNEIDER, *Was weiß Dogmatik?*, Mohr Siebeck, 2012
- Uwe KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, C.H. Beck, 2015.
- Uwe KISCHEL, “Fragmentierungen im Öffentlichen Recht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 77, 2018.
- Eckart KLEIN, “Legal Education in Germany”, *Oregon Law Review*, 72, 1993.
- Andreas KLEY, “Die Vereinigung in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Auflösung”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, 39, Mohr Siebeck, 2022.
- Arnd KLUGE, *Die Zünfte*, Franz Steiner, 2009.
- Jürgen KOHLER, “Selecting Minds: The Recruitment of Law Professors in Germany”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993.
- Stefan KORIOTH, “Legal Education in Germany Today”, *Wisconsin International Law Journal*, 24, 2006.
- Reinhard KRECKEL, “Die Forschungspromotion”, en Nathalie HUBER, Anna SCHELLING & Stefan HORNBOSTEL, eds., *Der Dokortitel zwischen Status und Qualifikation*, iFQ-Working Paper No. 12, 2012.
- Reinhard KRECKEL, “Zur Lage des wissenschaftlichen Nachwuchses”, *Beiträge zur Hochschulforschung*, 1-2, 2016.
- Thilo KUNTZ, “Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft”, *Archiv für civilistische Praxis*, 219, 2019.
- Mitchel LASSER, “Judicial (Self-)Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System”, *Yale Law Journal*, 104, 1995.

- Pierre LEGRAND Jr, "Attitudes v. Aptitudes: In re Faculty hiring in Canadian Law Schools", *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993.
- Philip LEITH, "Legal Education in Germany: Becoming a Lawyer, Judge, and Professor", *Web Journal of Current Legal Issues*, 4, 1995.
- Oliver LEPSIUS, "Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?", en Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007.
- Oliver LEPSIUS, "Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht", en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015.
- Oliver LEPSIUS, "Interdisziplinarität auf der Staatsrechtslehrrertragung", en Pascale CANCEK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Isabel LISCHIEWSKI, "Die Namensdiskussion auf der Assistententagung", en Sebastian BREITHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020.
- Niklas LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1992.
- Christoph LUSCHIN, "A German Ivy? The Bucerius Law School", *Southwestern Journal of International Law*, 19, 2012.
- Ugo MATTEI & P.G. MONTATERI, "Faculty Recruitment in Italy", *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993.
- Michael D. McCLINTOCK, "The Declining Use of Legal Scholarship by Courts", *Oklahoma Law Review*, 51, 1998.
- Florian MEINEL, "Die Staatsrechtslehrervereinigung und die Studentenbewegung", en Pascale CANCEK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Robert K. MERTON, "The Matthew Effect in Science", *Science*, 159, 1968.
- Lorenz MEYER "Grußwort", en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Alexander MITSCHERLICH & Margarete MITSCHERLICH, *The Inability to Mourn – Principles of Collective Behavior* (traducción de Beverly Placzek), Grove Press, 1975.
- Christoph MÖLLERS, "Der parlamentarische Bundesstaat", en Josef AULEHNER *et al.*, *Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit*, Boorberg, 1997.
- Christoph MÖLLERS & Andreas VOSSKUHLE, "Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften", *Die Verwaltung*, 36, 2003.
- David NEUBERGER, "Judges and Professors – Ships Passing in the Night?", *Rabels Zeitschrift*, 77, 2013.
- Gert NICOLAYSEN, "Erste Schritte", en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011, pp. 45, 47, nota 5.
- Rainer NICOLAYSEN, "Stichtag 9. November 1967", en *19 Tage Hamburg*, Forschungsstelle für Zeitgeschichte, 2012.
- Yuko NISHITANI, "Law-Making in Japan", en Jürgen BASEDOW, Holger FLEISCHER & Reinhard ZIMMERMANN, *Legislators, Judges, and Professors*, Mohr Siebeck, 2016.
- Jürgen OSTERTAG, "Legal Education in Germany and the United States", *26 Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 26, 1993.
- Francesco Paolo PATTI, "Career Paths into Legal Academia in Italy", *Rabels Zeitschrift*, 84, 2020.
- Dorothee PERROUIN-VERBE & Samuel FULLI-LEMAIRE, "Career Paths into Legal Academia in France", *Rabels Zeitschrift*, 84, 2020.
- Silvia PERNICE-WARNKE, "Perspektiven des wissenschaftlichen Nachwuchses im deutsch-französischen Vergleich", *Rechtswissenschaft*, 4, 2013.
- Richard A. POSNER, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline (1962 – 1987)", *Harvard Law Review*, 100, 1987.
- Richard A. POSNER, "Legal scholarship today", *Harvard Law Review*, 115, 2002.
- George L. PRIEST, "Social Science Theory and Legal Education: The Law School as University", *Journal of Legal Education*, 33, 1983.

- George L. PRIEST, "The Increasing Division Between Legal Practice and Legal Education", *Buffalo Law Review*, 37, 1988'.
- Hermann PÜNDER, "Democratic Legitimation of Delegated Legislation – A Comparative View on the American, British and German Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 58, 2009.
- Hermann PÜNDER, "German Administrative Procedure in a Comparative Perspective – Observations on the Path to a Transnational 'Ius Commune Proceduralis' in Administrative Law", *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013.
- Hermann PÜNDER & Christian WALDHOFF, *Debates in German Public Law*, Hart, 2014.
- Hermann PÜNDER, "More Government with the People – The Crisis of Representative Democracy and Options for Reform in Germany", *The German Law Journal*, 16, 2015.
- Hermann PÜNDER, "Verwaltungsverfahren in rechtsvergleichender Perspektive", en Wolfgang KAHL & Markus LUDWIGS, *Handbuch des Verwaltungsrechts*, 4, C.F. Müller, 2021.
- Hermann PÜNDER, "Auf dem Weg in die Zunft der Staatsrechtslehrer", en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat – die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922 – 2022*, Mohr Siebeck, 2022.
- Hermann PÜNDER, "Pervertierung des Polizeirechts im Nationalsozialismus", *Juristische Ausbildung JURA*, 2023.
- Franz REIMER, "Fragmentierungen im Öffentlichen Recht", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 77, 2018.
- Klaus RENNERT, *Review of VVDStRL 70*, 2011.
- Kay-Uwe RHEIN, "Der Assistenzgong", en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Fritz K. RINGER, *The decline of the German Mandarins: the German academic culture 1890-1933*, Harvard University Press, 1969.
- Alan RODGER, "Judges and Academics in the United Kingdom", *University of Queensland Law Review*, 29, 2010.
- Hans Christian RÖHL & Andreas VON ARNAULD, "Die Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalisierung und Interdisziplinarität", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 74, 2015.
- Ulrich SCHEUNER, "Ansprache zur 50jährigen Wiederkehr der Gründung der Vereinigung", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 31, 1973.
- Benjamin SCHINDLER, "Die Vereinigung und die Schweiz", en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 273, 275, 296.
- Pierre SCHLAG, "Law and Phrenology", *Harvard Law Review*, 110, 1997.
- Bernhard SCHLINK, "Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit", *Der Staat*, 28, 1989.
- Bernhard SCHLINK, *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, Suhrkamp, 2002.
- Eberhard SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 2ª ed., Mohr Siebeck, 2023.
- Christoph SCHÖNBERGER, *Der German Approach*, Mohr Siebeck, 2015.
- Christoph SCHÖNBERGER, "Ein sonderbares Kind der Revolution", en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat – die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922 – 2022*, Mohr Siebeck, 2022.
- Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Duncker & Humblot, 2007.
- Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Mohr Siebeck, 2013.
- Helmuth SCHULZE-FIELITZ, "Über Berufungen und Karrieren in der deutschen Staatsrechtslehre", en Liv JAECKEL *et al.*, *Festschrift für Helmut Goerlich*, 13, Mohr Siebeck, 2015.
- Helmut SCHULZE-FIELITZ, "Elemente einer Kulturgeschichte der Staatsrechtslehrervereinigung" en Pascale CANKIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Bernd SCHÜNEMANN, "Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit", en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, eds., *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015.
- Maurin SCHUNKE, "Die Gründung der Assistententagung im Kontext ihrer Zeit", en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020.
- Margaretha SCHWEIGER-WILHELM, *Willkommen und Abschied*, 2010.

- Sabine SEICHTER, *Pädagogische Liebe*, Brill, 2007.
- Carole SILVER, “The Variable Value of US Legal Education in the Global Legal Services Market”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 24, 2011.
- Rudolf SMEND, “Das Bundesverfassungsgericht”, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3ª ed., Duncker & Humblot, 1994.
- Michael STOLLEIS, *Recht im Unrecht*, Suhrkamp, 1994.
- Michael STOLLEIS, “Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 80, 1997.
- Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 4, C.H. Beck, 2012.
- Andrew SWEENEY, “Career Paths into Legal Academia in Scotland”, *Rebels Zeitschrift*, 84, 2020.
- Michael TAGGART (ed.), *An index to Common-Law Festschriften: From the Beginning of the Genre up to 2005*, Hart, 2006.
- Atsushi TAKADA, “Die Staatsrechtslehrervereinigung aus japanischer Perspektive”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Laurel S. TERRY, “Living with the Bologna Process: Recommendations to the German Legal Community from a U.S. Perspective”, *German Law Journal*, 7, 2006.
- Jan THIESSEN, “Selbstgerechtigkeit ist gräßlich – Der Umgang der Staatsrechtslehrervereinigung mit der NS-Vergangenheit”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Daniel THÜRER, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 58, 1999.
- Hubert TREIBER, “Juristische Lebensläufe”, *Kritische Justiz*, 12, 1979.
- Anne VAN AAKEN & Armin STEINBACH, “Die Bedeutung der ökonomischen Analyse für das Öffentliche Recht”, en Sebastian BRETTHAUER *et al.*, *Festschrift 60 Jahre Assistententagung/Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2020.
- Raoul VAN CAENEGEM, *Judges, legislators and professors: chapters in european legal history*, Cambridge University Press, 1987.
- Arnold VAN GENNEP, *The Rites of Passage* (traducción de Monika B. Vizedom & Gabrielle L. Caffee), University of Chicago Press, 1960.
- Thorstein VEBLEN, *Teoría de la clase ociosa*, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Stefan VOGENAUER, “Paths to the Chair – The French Experience”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 12, 2004.
- Armin VON BOGDANDY, “Wissenschaft vom Verfassungsrecht”, en Armin VON BOGDANDY, Pedro CRUZ VILLALÓN & Peter M. HUBER, *Handbuch Jus Publicum Europaeum*, 2, C.F. Müller, 2008.
- Julius VON KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Springer, 1848.
- Heinrich VON KLEIST, “On the Gradual Construction of Thoughts During Speech”, *German Life and Letters*, 5, 1951.
- Ingo VON MÜNCH, “Sein und Haben: Erinnerungen an eine Assistentenzeit”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Andreas VORBUHLE, “Grußwort”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Christian WALDHOFF, “37. Assistententagung Öffentliches Recht 1997”, en Marcel DALIBOR *et al.*, *Festgabe 50 Jahre Assistententagung Öffentliches Recht*, Nomos, 2011.
- Christian WALDHOFF, “Die Staatsrechtslehrervereinigung im Wandel von Selbstverständnis und Außenwahrnehmung”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Max WEBER, “La ciencia como vocación”, en *El político y el científico*, 1919, (traducción de Francisco Rubio Llorente, Alianza, Madrid, 1997).
- Peter WEINGART & Petra PANSEGAU, “Reputation in science and prominence in the media”, *Public Understanding of Science*, 8, 1999.
- Peter WEINGART, “Reputation in der Wissenschaft”, en Eric HILGENDORF & Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, 2015.
- Tony WEIR, “Recruitment of Law Faculty in England”, *American Journal of Comparative Law*, 41, 1993.
- Fritz WERNER, *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*, DVBl, 1959.

- Ewald WIEDERIN, “Die Vereinigung und Österreich”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.
- Jürgen WILHELM, “Die Stammeskultur der Ordinarienuniversität”, *Festschrift für Hans Peter Bahrdt*, Campus, 1983.
- Hans-Julius WOLFF, “Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft”, *Studium Generale*, 5, 1952.
- Lena M. ZIMMER, *Das Kapital der Juniorprofessur*, Springer, 2018.
- Reinhard ZIMMERMANN, “Charakteristika der Zivilrechtslehrervereinigung und ihrer Kultur”, en Pascale CANCIK *et al.*, *Streitsache Staat*, Mohr Siebeck, 2022.

WHO SAID, “THE KING CAN DO NO WRONG”? EL TÓPICO HISTÓRICO DE LA IRRESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

WHO SAID, “THE KING CAN DO NO WRONG”? THE HISTORICAL TOPIC OF PATRIMONIAL IMMUNITY OF THE STATE

Luis Medina Alcoz
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En España, al igual que en los países vecinos, la normalización de una Administración responsable, obligada a reparar los daños causados por los ilícitos de sus funcionarios, es un fenómeno relativamente reciente. La tradición disciplinar del Derecho público ha interpretado la ausencia de responsabilidad estatal por ilícito funcional en efecto característica de las Administraciones europeas del siglo XIX como una trasposición del viejo dogma *The King Can Do No Wrong*, un rastro del *princeps legibus solutus* que el Derecho administrativo habría tardado en orillar. La historiografía de las últimas décadas, junto a la consulta directa de las fuentes, obliga a revisar este tópico disciplinar, estrechamente vinculado a la caricaturización de la monarquía tradicional como un Estado de fuerza situado al margen del Derecho, y al correlativo enaltecimiento del Derecho administrativo como producto del Estado liberal que habría logrado al fin limitar a esa Administración preexistente a través de la separación de poderes y el principio de legalidad. Tal es el objetivo del presente artículo.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, responsabilidad patrimonial de la Administración, responsabilidad personal de oficiales o funcionarios, absolutismo, The-King-Can-Do-No-Wrong, inmunidad patrimonial, tópicos disciplinares del Derecho administrativo, autorización para procesar a autoridades y funcionarios, historia del Derecho administrativo

ABSTRACT: In Spain, as in neighboring countries, the normalization of a responsible public administration, obliged to repair the damage caused by civil servants, is a relatively recent phenomenon. The disciplinary tradition of public law has interpreted the absence of state liability for official misconduct, which was in fact characteristic of 19th-century European administrations, as a transposition of the old dogma *The King Can Do No Wrong*, a trace of the *princeps legibus solutus* that

administrative law was slow to overcome. The historiography of recent decades, along with direct consultation of sources, compels us to review this disciplinary cliché, closely linked to the caricature of the traditional monarchy as a state of force situated outside the law, and to the corresponding exaltation of administrative law as a product of the liberal state that had finally succeeded in limiting that pre-existing administration through the separation of powers and the principle of legality. Such is the objective of this article.

KEYWORDS: Tort and liability, Governmental liability, personal liability of officers or officials, absolutism, The King Can Do No Wrong, patrimonial immunity, disciplinary topics of Administrative Law, authorization to prosecute authorities and officials, History of administrative law

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: REVISIÓN DE UN TÓPICO DISCIPLINAR.— 2. EL PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS OFICIALES: 2.1. Antiguo Régimen y Cortes de Cádiz; 2.2. Comienzos del Estado liberal: A) Daños sacrificiales y contractuales; B) Daños derivados de ilícito extracontractual; C) La Ley de administración y contabilidad de 1850.— 3. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO COMO NUEVO PARADIGMA: 3.1. Razones del cambio; 3.2. Primeros autores; 3.3. Primeras leyes y sentencias.— 4. LA INMUNIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PRODUCTO GENUINO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINAS Y MECANISMOS: 4.1. Tradicionalistas y conservadores contra el nuevo paradigma; 4.2. Reclamación administrativa previa y otras trabas procedimentales; 4.3. Exigencia de previsión legal de las indemnizaciones por daño lícito sacrificial; 4.4. Negación de la responsabilidad directa de la Administración por ilícito del funcionario.— 5. EL MITO DE LA HISTÓRICA IRRESPONSABILIDAD ESTATAL COMO ARGUMENTO LEGITIMADOR.— 6. CONCLUSIONES.— 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO: REVISIÓN DE UN TÓPICO DISCIPLINAR¹

La tradición académica europea sobre cómo surgieron y evolucionaron las instituciones del Derecho administrativo se ha edificado en buena medida sobre dos tópicos, que son, crudamente expuestos y sin matices: (i) el Antiguo Régimen como un Estado de fuerza dominado por un rey absoluto, cabeza de una Administración omnipotente que actuaba en régimen de confusión de funciones; y (ii) el Derecho administrativo como instrumento nacido para someter a esa Administración preexistente a las exigencias revolucionarias de la división de poderes y el principio de legalidad, protegiendo al fin al súbdito —ahora ciudadano— mediante nuevas garantías. Condicionada por esta visión, la doctrina viene considerando de modo más o menos consciente que, al desarrollar la ingente tarea de limitar jurídicamente al poder público, el Derecho administrativo hubo de concentrarse inicialmente en algunos remedios, señaladamente, lo contencioso-administrativo, dejando otros para más adelante.

¹ Agradezco las útiles observaciones realizadas por los revisores anónimos, así como por los profesores Sebastián Martín, José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual y Luis Arroyo Jiménez.

Es lo que habría ocurrido con la responsabilidad civil del Estado por los ilícitos de sus funcionarios. La ausencia de esa garantía, en efecto característica de las Administraciones europeas del siglo XIX, se interpreta como un resabio del absolutismo monárquico, como una trasposición al Derecho administrativo del viejo dogma *The King Can Do No Wrong*, como un rastro del *princeps legibus solutus* que el Derecho administrativo habría tardado en orillar.

Para ilustrarlo, cabe citar el Curso de Derecho administrativo (1977) más influyente en España durante la segunda mitad del siglo XX:

“En la esfera del Derecho Público la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multiseccular, que, a través de una combinación de la potestas imperial romana y de la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica del mundo medieval, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual *the King can do no wrong* (el rey no puede hacer ilícito). La fuerza del principio no disminuyó, sino todo lo contrario, con el advenimiento del Estado moderno, en cuyos presupuestos teóricos encontró, incluso, nuevos alicentos (BODIN: ‘*or la souveraneté n’est limitée, ni en puissance ni en charge*’), que los teóricos del absolutismo, sobre la base del *princeps legibus solutus*, no dudaron en realzar. Hasta tal punto esto es así, que el principio no cedió cuando todo el edificio del *ancien régime* quedó arrumbado tras el poderoso impulso de la burguesía revolucionaria. ... Todavía a finales del pasado siglo, que es cuando empieza a vislumbrarse la ruptura, un autor tan caracterizado como LAFERRIÈRE podría afirmar que ‘lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación’. Se entra, pues, en pleno siglo XX, arrastrando aún los viejos prejuicios medievales” (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ)².

Resulta revelador que lo mismo pueda leerse en un texto de Fernando GARRIDO FALLA (1989). Las muchas diferencias de este autor con GARCÍA DE ENTERRÍA en punto al sistema vigente eran, en cambio, acuerdos cerrados en torno al porqué de la tradicional ausencia de una responsabilidad civil directa del Estado por las culpas de sus autoridades y funcionarios:

“La vieja y preconstitucional doctrina del *ius eminens* (con su formulación anglosajona *The King can do no wrong*), explicable dentro del contexto del ‘origen divino del poder’, mantiene todavía su vigencia cuando los poderes absolutos del príncipe han sido heredados por la soberanía nacional. A fines del siglo XIX aún pudo decir LAFERRIÈRE: ‘Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación’”³.

Se trata de una explicación ya arraigada con anterioridad y en otros países, lo que puede ejemplificarse con el célebre ensayo de Léon DUGUIT sobre “La transformación del Estado” (1909), el Tratado de Derecho administrativo español más influyente en la primera mitad del siglo pasado (1917), un artículo sobre la responsabilidad de los entes locales (1951) o un estudio italiano destinado específicamente a explorar los orígenes de la responsabilidad civil de la Administración (1994).

² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (1977): *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, pp. 305-306; también en la 17.ª edición de 2022, pp. 381-382.

³ GARRIDO FALLA, F. (1989): “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, pp. 7-8.

“Dominados por la vieja concepción regalista, nuestros juristas, no hace mucho tiempo aún, afirmaban como dogma intangible la irresponsabilidad del Estado poder público. Según su idea, el Estado es una persona de esencia supraterránea: puede equivocarse, puede cometer faltas, pero es irresponsable. El poder público no puede ser sometido a la gran ley de la responsabilidad: está por encima de esta ley, que no se ha hecho para él... Hoy, por el contrario, se produce y afirma cada día más una jurisprudencia que admite el principio general de la responsabilidad del Estado” (DUGUIT)⁴.

“El sistema de la irresponsabilidad era el sistema regalano, dando a la idea de soberanía un alcance inadmisiblemente. Modernamente, la irresponsabilidad se ha defendido, sosteniendo que la Administración, entidad abstracta, obra por sus funcionarios; si estos se mantienen en la esfera de lo dispuesto legalmente no debe existir responsabilidad” (GASCÓN Y MARÍN)⁵.

“La doctrina clásica, con su máxima ‘The King can do not Wrong’, ‘El Rey no se equivoca’, proclamaba la irresponsabilidad total de la Administración, fundándose en que las nociones de soberanía y responsabilidad son nociones que se excluyen; el que crea el Derecho no debe ser responsable de la violación del mismo —se decía—, ya que esta no puede tener lugar por actos de la voluntad soberana, pues si los actos son conformes a la ley, no hay violación, y si no lo son, es el órgano, es el agente público el que faltó y el que debe responder” (GONZÁLEZ NIETO)⁶.

“Es bien sabido que el atributo fundamental de la soberanía, a partir de Bodino..., es la *legibus soluta summa potestas* ... No requiere particulares demostraciones la afirmación de que el señalado concepto de soberanía —acogido después por la mayor parte de los absolutistas— incluye la consecuencia de que el monarca, por razón de su supraordenación jurídica sobre las leyes positivas, no puede actuar ilegalmente ... La fuerza y la capacidad de resistencia del principio monárquico dará lugar en los países del *civil law*, sin perjuicio de la diversidad de matices, a transferir tales atributos al Estado personificado ... [De manera que] en la Europa continental tal concepción [la de la irresponsabilidad patrimonial del Estado] halla su matriz genuina en la supraordenación del rey al Derecho, de derivación absolutista” (CARRÀ)⁷.

Huelga decir que yo mismo he participado de esta tradición disciplinar en el libro de mi tesis doctoral (2005):

“Las teorías germánicas de los siglos XVII-XVIII y los postulados ideológicos de la Revolución Francesa prepararon el fenómeno de la subjetivación de las organizaciones públicas y de la sujeción de estas a reglas jurídicas, pero la fuerza del principio monárquico se proyectó sobre la nueva personalidad jurídica estatal, transfiriendo el privilegio de la irresponsabilidad de la figura del monarca a la del Estado. Por eso se consideraba que los daños que causara el Estado a los particulares debían sufrirse como un caso fortuito o una fuerza mayor”⁸.

Ocurre que durante las últimas décadas los historiadores del Derecho han revisado en profundidad la transición entre el Antiguo Régimen y el constitucionalismo

⁴ DUGUIT, L. (1909): *La transformación del Estado*, trad. A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid. Hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada, pp. 139-146.

⁵ GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Doctrina General*, Imprenta Clásica Española, Madrid, pp. 555-556.

⁶ GONZÁLEZ NIETO, E. (1952): “Responsabilidad de las entidades locales”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 62, p. 214.

⁷ CARRÀ, M. (1994): “L’affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee”, en *La responsabilità pubblica nell’esperienza giuridica europea*, D. Sorace (dir.), Il Mulino, pp. 29-74. Traducción propia.

⁸ MEDINA ALCOZ, L. (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, pp. 47-48, 111.

liberal⁹. Son tales los cambios epistémicos, que se ha hablado de un auténtico “giro jurídico”, de una “nueva historia del Derecho”, que, partiendo de un enfoque antropológico y crítico, arroja una mejor comprensión del orden jurídico e institucional tanto de la monarquía tradicional como de las primeras experiencias constitucionales¹⁰. Han aparecido así un nuevo enfoque y buenos argumentos para superar aquella imagen de la monarquía absoluta como un Estado de fuerza y del Derecho administrativo como un instrumento diseñado para introducir al fin garantías.

Según resulta, esos tópicos disciplinares fueron elaborados inicialmente por la historiografía liberal del siglo XIX y, aunque tenían un fondo de verdad, encerraban mucho de caricatura, lo que cumplía una concreta finalidad práctica: ocultar que el llamado Estado liberal era, en realidad, el proyecto de un Estado amplio, con una capacidad de intervención sin precedentes, y el Derecho administrativo, un nuevo orden sin límites de Derecho natural y constitucional que garantizaba esencialmente, no los derechos del individuo, sino la posición de superioridad de una autoridad completamente nueva: la Administración pública. Los autores más liberales contribuirán a consolidar estos tópicos, habida cuenta de que trataron de legitimar sus propuestas de garantía oponiéndolas al absolutismo monárquico. Ciertamente, el absolutismo en el Antiguo Régimen no puede reputarse un simple mito historiográfico, pero tampoco puede ignorarse que los rasgos que permitían caracterizarlo como tendencia fueron exacerbados por unos y por otros, ofreciendo una explicación muy distorsionada de la verdadera dimensión del Estado y sus límites.

De manera que, de acuerdo con la moderna historiografía, la monarquía del Antiguo Régimen fue hasta el final, con todos los matices que se quiera, una suerte de Estado judicialista, constreñido por una sociedad corporativa compleja y obligado a

⁹ Entre otros, HESPANHA, A. M. (1989): *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Taurus, Madrid; HESPANHA, A. M. (1990): “Justiça e administração entre o Antigo Regime e a revolução”, en *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze – Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), vol. 1, Giuffrè, Milano, pp. 135-204; CLAVERO, B. (1995): “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 24, pp. 419-465; MANNORI, L. y SORDI, B. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari; MANNORI, L. (2007): “Justicia y administración entre Antiguo y Nuevo Régimen”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, pp. 125-146; GARRIGA ACOSTA, C. (2007): “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen: la tradición jurisdiccional”, en *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, pp. 43-72; AGÜERO NAZAR, A. (2007): “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, pp. 21-58; LORENTE SARIÑENA, M. (2009): “Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. Jurisdicción Administrativa en la restauración francesa, 1814-1830)”, *Historia y Política*, 22, pp. 15-44; VALLEJO, J. (2009): “Concepción de la policía”, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, M. Lorente (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 117-144.

¹⁰ LEMPÉRIÈRE, A. (2019): “Constitución, jurisdicción, codificación. El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 57, pp. 1-34; AGÜERO NAZAR, A. (2021): “Justicia y Administración entre el antiguo régimen y el orden liberal: lecturas ius-históricas”, Dossier 2618-415x, en *Historiapolitica.com. El sitio web del Programa Interuniversitario de Historia Política*, en <https://historiapolitica.com>.

ejercer coerción con lógicas procesales; y el Derecho administrativo, una disciplina nacida y desarrollada inicialmente con el propósito de constituir sobre las ruinas de la vieja sociedad corporativa un Estado amplio hegemonizado por la Administración.

Si esto es así, y yo estoy convencido de ello¹¹, caen por su propio peso las razones ofrecidas para explicar la ausencia de una responsabilidad del Estado por los ilícitos de sus funcionarios. Ya no puede ser la herencia del absolutismo monárquico ni puede decirse que un Derecho administrativo de impronta garantista abandonase provisionalmente la tarea de superar ese legado para centrarse en remedios más urgentes.

El presente estudio pretende justamente ofrecer una explicación alternativa al hecho incontrovertido de que durante buena parte del siglo XIX el erario no pagó los daños derivados de actuaciones ilícitas o culpables de sus funcionarios ni en España ni en los ordenamientos de nuestro entorno. A tal efecto, abordaré con cierto detenimiento el problema de la responsabilidad por daños causados por oficiales o funcionarios o derivados del funcionamiento de los servicios públicos desde el Antiguo Régimen hasta los años cincuenta de la pasada centuria. Me referiré exclusivamente a nuestro ordenamiento jurídico, aunque la conclusión resultante es, creo, generalizable. En cualquier caso, incluyo algunas referencias comparativas generales, que considero pertinentes para entender el problema en España, teniendo en cuenta, por lo demás, que durante el siglo XIX buena parte de los debates jurídicos trabados en Francia, Inglaterra, Italia y Alemania llegaba aquí casi a tiempo real.

2. El paradigma de la responsabilidad personal de los oficiales

2.1. Antiguo Régimen y Cortes de Cádiz

En el Antiguo Régimen algo parecido a una responsabilidad de la Corona, con cargo a la hacienda real, existía solo en supuestos de apropiaciones de tierras o sacrificios impuestos por razón de un bien superior, así como de incumplimiento o rescisión de contratos. Los teólogos y juristas españoles habían justificado teóricamente que el erario indemnizase tanto el daño lícitamente causado en estado de necesidad como la violación del contrato suscrito por el príncipe, y la práctica se ajustaba más o menos a estos postulados¹². Entre los muchos testimonios que podrían citarse, cabe

¹¹ MEDINA ALCOZ, L. (2022): *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid.

¹² En general, GARRIGA ACOSTA, C. (2007): *ob. cit.*, pp. 65-72. Para los sacrificios patrimoniales, puede verse GARCÍA MARTÍN, J. (2010): “*Aufferre rem privati* o título versus potestas. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*”, en *Historia de la propiedad. La expropiación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 99-193; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2023): “Presupuestos y garantías de la expropiación forzosa en el Iusnaturalismo moderno”, *Revista de Administración Pública*, 220, pp. 117-14. Para la responsabilidad contractual, es muy reveladora la historiografía sobre el gasto de la corona, que se ocupa de los contratos que el rey suscribía para la provisión de dinero y materiales. Reflejando el estado de la cuestión: ANDRÉS UCENDO, J. I. y LANZA GARCÍA, R. (2024): “Estructura y tendencias del gasto de la hacienda real de Castilla en el siglo XVII”, OHM: *Obra-oiro de Historia Moderna*, núm. 33, <https://doi.org/10.15304/ohm.34.10009>.

traer algunos célebres párrafos de las *Controversias fundamentales* (1564) del jurista vallisoletano Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA:

“[El] príncipe revestido del mero y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo, cuando concurren estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y segundo si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa ... [de manera que en] el supuesto de que se me despoje de una cosa propia ante una necesidad apremiante de la república, ni aun en virtud de la plenitud de poder le será lícito al príncipe el dejar de concederme una compensación proporcionada ... La república debe ofrecer una proporcionada y conveniente compensación a quien hizo entrega de algún bien suyo para aliviar y remediar la necesidad pública, quitada la parte proporcional que como uno de los miembros del pueblo debía aportar ... por tanto, si el despojarme a mí de un bien propio redundó en beneficio de todos, es muy justo y muy conforme al derecho natural que entre todos se me restituya su valor (quitando la parte proporcional que a mí me correspondía pagar)”.

“[N]o no le es lícito al príncipe quebrantar el propio contrato, aun cuando use de la plenitud de su poder; porque su poder, por muy extenso que sea, no se extiende hasta ésto, estando prohibido por derecho natural y de gentes el quebrantar el contrato, según consta por varias leyes y comentaristas”¹³.

Es verdad que no existía nada parecido a una responsabilidad patrimonial de la Administración por ilícitos extracontractuales. Sin embargo, ello no puede relacionarse estrictamente con el absolutismo monárquico por las razones siguientes.

Primera, la Administración no existía como tal durante el Antiguo Régimen por lo que difícilmente pudo beneficiarse de un privilegio de inmunidad patrimonial derivado del absolutismo monárquico. A finales del siglo XVIII, el rey y sus agentes eran aún, en sustancia, jueces que impartían justicia. La mayor parte de las tareas que hoy concebimos como administrativas (seguridad, prisiones, comunicaciones, enseñanza, beneficencia...) estaba desperdigada entre una variedad de cuerpos intermedios (Iglesia, señoríos, gremios profesionales, universidades, ciudades), que no eran ni se concebían como poder público en sentido moderno. Ciertamente, dentro de las ocupaciones de la monarquía se había aislado ya una actividad distinta de la justicia, llamada de gobierno o de policía, pero no consistía en realizar tareas de gestión en beneficio de los vasallos, sino más bien en reglamentar la vida social (leyes de policía, autos de buen gobierno). Las actividades gubernativas directamente desempeñadas por los agentes reales se ceñían más que nada a asuntos internos, domésticos o económicos (que incluían la exacción de tributos o la gestión de montes, reales fábricas o correos y postas, entre otras rentas), lo que es natural en una monarquía cuya principal preocupación seguía siendo en realidad obtener recursos para competir con sus rivales europeos y financiar costosas campañas militares. De modo que eran los propios vasallos, y no los oficiales reales, quienes con mucha más frecuencia podían perjudicar o vulnerar derechos adquiridos; derechos que en todo caso contaban con la protección de la monarquía a través de un complejo entramado de magistraturas o

¹³ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. (1931-1934 [1564]): *Controversiarum illustrium aliarumque usv frequentium: libri tres*, traducción de F. Rodríguez Alcalde, 4. t., Universidad de Valladolid. Los párrafos citados están en los tomos I (pp. 144, 167-168) y II (p. 131).

justicias¹⁴. Consecuentemente, en ausencia de Administración, puestos a utilizar categorías modernas, ello sería más parecido a una inmunidad patrimonial del Estado-juez, no tan disímil de la que opera parcialmente en la actualidad. Sin embargo, ni siquiera esta interpretación es correcta, según razono a continuación.

Segunda, el dogma de una soberanía absoluta de origen trascendental situada por encima del Derecho no fue moneda corriente en España¹⁵, por lo que la irresponsabilidad patrimonial de la Corona por los ilícitos de sus oficiales ha de explicarse por otra razón. No cabe examinar aquí el detalle de los diversos regímenes de los reinos peninsulares y de Indias, pero sí señalar al menos que la doctrina política dominante, que llegará prácticamente incólume a Cádiz y dará incluso soporte ideológico a la Revolución española¹⁶, establecía inversamente que la soberanía monárquica derivaba de un pacto social implícito o hipotético (*translatio imperii*), que colocaba a la comunidad en situación de pedir cuentas. Así lo explicaba a finales del siglo XVIII Lorenzo SANTAYANA BUSTILLO, catedrático de la Universidad de Cervera:

“En nuestra España toda la potestad Civil reside en su Rey, en quien la transfirieron los Pueblos desde el origen de esta Monarquía. Mas reservandose sus Príncipes la Suprema Potestad [la justicia], han dexado á los Pueblos el Gobierno Politico de sí mismos”¹⁷.

Y, de acuerdo con esta doctrina, era incuestionable que el monarca está sujeto al Derecho natural e, incluso, a sus propias leyes:

“[El rey] haría injuria a la república y a los demás ciudadanos si él, siendo parte de la república, no llevase parte del peso de la ley”, “las leyes dadas por la república obligan a todos, luego, sin son dadas por el rey, obligan también al rey mismo” (Francisco de VITORIA¹⁸).

“[E]s el rey quien debe someterse a las leyes, no estas al rey”, “por muy encumbrado que sea el poder del príncipe, no le es lícito, ni permitido, el quebrantar las leyes [...], todo el que promulga leyes debe someterse él mismo a ellas” (Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA¹⁹).

“En las leyes está contenido lo que es lícito y justo, y el que las viola se aparta de la justicia y la rectitud, cosa que a nadie está permitido, y mucho menos al rey, cuya misión es administrar justicia y castigar el crimen” (Juan de MARIANA²⁰).

¹⁴ Véase, MANNORI, L. y SORDI, B. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari; MEDINA ALCOZ, L. (2022): *op. cit.*

¹⁵ Lo puso ya de relieve desde el punto de vista del Derecho administrativo, NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, pp. 129-137.

¹⁶ VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2010): “Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812”, en *De Aranjuez a Cádiz: por la libertad y la Constitución. Bicentenario de La Junta Central Suprema 1808-2008*, Ayuntamiento de Aranjuez, Aranjuez, p. 197.

¹⁷ SANTAYANA BUSTILLO, L. (1769): *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez de ellos*, 2ª ed., Imprenta de la Viuda de Eliseo Sánchez, Madrid, p. 2.

¹⁸ VITORIA, F. de (2007 [1529-1532]): *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Tecnos, Madrid, p. 50.

¹⁹ VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. (1931-1934 [1564]): *ob. cit.*, vol. 1, pp. 99, 104.

²⁰ MARIANA, J. de (1981 [1598]): *La dignidad real y la educación del rey. De rege et regis institutione*, CEC, Madrid, p. 107.

“[Q]uando dezimos que el Príncipe lo es todo sobre el Derecho positivo, se entiende para hazer las leyes, y mudarlas, y declararlas, pero no para no guardarlas” (Jerónimo de ZEVALLOS²¹).

“[V]anas serán las leyes si el príncipe que las promulga no las confirmare y defendiere con su ejemplo y vida”, “por ellas se han de juzgar las causas entre el príncipe y los súbditos”, “tan sujetos están los reyes de España a las leyes, que el fisco, en las causas del patrimonio real, corre la misma fortuna que cualquier vasallo, y en caso de duda, es condenado” (Diego SAAVEDRA FAJARDO²²).

Tercera y decisiva, la Corona no incurría en responsabilidad, no porque dominara un privilegio absolutista de inmunidad, sino, sencillamente, porque la responsabilidad exigible en la cosmovisión medieval era la *personal* de quién cometió el ilícito. Y resulta que los oficiales del rey estuvieron siempre expuestos a procedimientos de control y de exigencia de responsabilidad *ex delicto* y *ex quasi-delicto* (criminal y patrimonial), que permitían al súbdito agraviado defender sus derechos y obtener reparaciones (juicios de residencia, pesquisas, visitaciones, tomas de cuentas). Se ha dicho por ello que “con independencia de cuál fuera su eficacia —obviamente cambiante, en general decreciente a partir del siglo xvii—, la acción combinada del juicio de residencia (que también era obligado en los territorios señoriales) y de la visita (que también los jueces ordinarios debían girar a sus distritos) hacía que, antes o después, todos los oficiales (o poco menos) quedaran públicamente expuestos a la acción de los querrellosos”²³.

La escolástica española justificó específicamente la obligación de los oficiales del rey e, incluso, del rey mismo de resarcir los daños derivados del ejercicio ilícito de sus tareas²⁴. Luis de MOLINA, en particular, razonaba que unos y otro tienen arrendados sus servicios “como si estuvieran contratados por la república para este fin ... quedando obligados a resarcir los daños que se sigan del incumplimiento de sus obligaciones, lo mismo que cualesquiera otros particulares que arriendan sus servicios”²⁵.

²¹ ZEVALLOS, J. de (1623): *Arte real para el buen gouierno de los Reyes, y Principes, y de sus vasallos*, Imprenta de D. Rodríguez, Toledo, f. 87.

²² SAAVEDRA FAJARDO, D. (1988 [1642]): *Empresas políticas*, Barcelona, Planeta, pp. 148-149.

²³ GARRIGA ACOSTA, C. (2009): “Gobierno y justicia: El Gobierno de la justicia”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 105-106. Para una visión de conjunto, además, GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): “Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos xiii-xviii)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), pp. 249-272. Para los Reinos de Indias, MALAGÓN PINZÓN, M. (2008): *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 175-295, y LLINÁS ALFARO, D. (2012): “Proto-constitucionalismo indiano. La responsabilidad de la corona y el poder de los súbditos de batallar contra el Estado”, en *Constitucionalismo científico. Dinámicas globales y locales*, B. Marquardt (coord.), Temis, Bogotá, pp. 285-331.

²⁴ Lo ha puesto de relieve RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013): “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 252-276.

²⁵ MOLINA, L. (1941 [1593-1600]): *Los seis libros de la justicia y el Derecho*, vol. 1, J. L. Cosano, Madrid, p. 181.

Las Cortes de Cádiz no solo confirmaron esta práctica institucional, sino que la desarrollaron ampliamente como garantía fundamental de las libertades de los españoles, que “están afianzadas por la responsabilidad de los funcionarios públicos ante la ley” (Discurso preliminar del Proyecto de Código Civil de 1821). De acuerdo con el Decreto CCXLIV de 24 de marzo de 1813, todo empleado público era responsable civil y penal por su comportamiento antijurídico en el desempeño de su cargo (abuso del oficio, soborno, cohecho o simple “descuido ó ineptitud”), razón por la que “será privado de empleo, y resarcirá los perjuicios que haya causado, quedando además sujeto á las otras penas que le estén impuestas por las leyes de su ramo” (cap. II, art. iii)²⁶.

De modo que durante el Antiguo Régimen y aún después, no era siquiera imaginable una responsabilidad directa del Estado por las negligencias y abusos de sus oficiales. Había responsabilidad, pero era exigible a las autoridades y agentes reales, que nunca estuvieron inmunizados y seguirán sin estarlo hasta que, ya avanzado el siglo XIX, se condicione su procesamiento a la obtención de una autorización administrativa previa de carácter discrecional (Ley de 2 de abril de 1845, Real Orden de 27 de marzo de 1850), inspirada en parte en el modelo francés (Ley de 14 de diciembre de 1789 y art. 75 de la Constitución del año VIII)²⁷. Incluso entonces, al menos en el plano teórico, la denegación de la autorización no suponía estrictamente rechazar la responsabilidad personal, sino ubicarla fuera de la jurisdicción, dentro de la cadena administrativa de mando, donde el superior hacía suyo el acto del inferior hasta desembocar en la responsabilidad legal del ministro, piedra angular de toda la construcción de la responsabilidad del Estado liberal²⁸.

2.2. Comienzos del Estado liberal

Durante buena parte del siglo XIX siguió vigente este estado de cosas. Para empezar, la Administración era inicialmente un proyecto, pero no una realidad afianzada. La

²⁶ Ampliamente, GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M. (1998): “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en *Constitución en España, orígenes y destinos*, CEPC, Madrid, pp. 215-272.

²⁷ La autorización administrativa se exigía para el ejercicio de acciones ante los tribunales penales, incluida la de responsabilidad civil *ex delicto*. Según COLMEIRO, la autorización había de requerirse también “cuando se intenta una acción civil en indemnización de daños” ante los tribunales ordinarios, al igual que en el Derecho francés [M. COLMEIRO PENIDO (1850): *Derecho administrativo español*, t. I, Librería Ángel Calleja, Madrid/Santiago de Compostela, p. 71]. No obstante, de acuerdo con Ramón PARADA, el Derecho positivo no parecía dar respaldo a esta posición. PARADA VÁZQUEZ, R. (1960): “La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización administrativa previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 126-127.

²⁸ Lo explica muy bien, tras estudiar la doctrina del Consejo de Estado respecto de estas autorizaciones y evidenciar que en la práctica condujo a la falta de responsabilización frente a los particulares, SOLLA SASTRE, M.ª J. (2011): *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Congreso de los Diputados, Madrid, pp. 331-332.

actividad de la proto-Administración monárquica era incomparablemente menor a la de nuestros días. El Estado, dada la escasez de sus recursos, gestionaba aún poco y, cuando lo hacía, lo normal es que lo hiciera indirectamente, a través de las corporaciones locales²⁹. No es casualidad que la mayor parte de los procesos de la justicia contencioso-administrativa inaugurada en 1845 tuviera por objeto actuaciones municipales.

Se entiende por eso que perdurase la vieja concepción de la responsabilidad del Antiguo Régimen en lo relativo tanto a los daños sacrificiales y contractuales (A) como a los derivados de ilícito extracontractual (B), y que tal concepción aflorase en 1850 dentro del primer régimen general sobre reclamaciones “contra el Estado á título de daños y perjuicios, o á título de equidad” (C).

A) *Daños sacrificiales y contractuales*

Se indemnizaban con toda naturalidad los sacrificios forzosos o incidentales, tal como ocurría antes de la instauración del Gobierno representativo³⁰. Cabe apreciar todo lo más un incremento de estas reparaciones vinculado a la supresión de privilegios propios del viejo orden feudo-corporativo, así como al impulso de las obras públicas por parte de la naciente Administración. Se trataba de una auténtica responsabilidad directa del Estado, si bien para estos casos la literatura jurídica del XIX evitaba normalmente la denominación “responsabilidad”, vocablo que, por efecto de la teoría jurídica dominante, se reservaba para las obligaciones nacidas de acto ilícito y culpable.

Destacan las llamadas “cargas de justicia”, previstas en las leyes de presupuestos a lo largo del siglo. Se trataba de indemnizaciones abonadas por el Estado a los sucesores de los antiguos titulares de oficios enajenados y de otros derechos de la Corona o poseedores de donaciones y privilegios reales, o bien a quienes participaban en rentas o tributos luego suprimidos (alcabalas, cientos)³¹. Fueron igualmente objeto de reparación las pérdidas causadas por la abolición del diezmo a quienes habían adquirido a título oneroso participaciones en aquel tributo, llamados partícipes legos³².

²⁹ PRO RUÍZ, J. (2019): *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza, Madrid, pp. 617-626.

³⁰ Véase, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1868): voz “daños”, en *Diccionario de la Administración Española peninsular y ultramarina: compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, T. V, 2ª ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, pp. 3-5. Un análisis de decisiones del Consejo Real o de Estado y del Tribunal Supremo, en GONZÁLEZ RAMOS, C. (2016): “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración pública”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coord. J. M.ª Baño León, t. III, CEPC, Madrid, pp. 2721-2729.

³¹ Las cargas de justicia fueron objeto de una extensa regulación y jurisprudencia. Véase MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1886): voz “Cargas de Justicia”, en *Diccionario de la Administración española*, t. II, 4.ª ed., pp. 151-168.

³² Ley de 20 de marzo de 1846, mandando indemnizar a los partícipes legos de diezmos, y el Real Orden de 28 de mayo de 1846, aprobando la instrucción para el cumplimiento de la anterior Ley. El Consejo de Estado reconoció el derecho a indemnización por este concepto, por ejemplo, en el Real Decreto Sentencia de 14 de abril de 1859 (Gaceta de Madrid núm. 120 de 30 de abril de 1859).

Se compensaban otros daños sacrificiales, normalmente en aplicación de preceptos de la legislación administrativa, por ejemplo: perjuicios sufridos por combatir en guerras o realizar prácticas militares³³; daños derivados de la ejecución de obras públicas³⁴ o del derribo de edificaciones para la fortificación de plazas³⁵; o consecuencia de operaciones de salvamento de buques naufragados o para precaver inundaciones³⁶; o gastos de estudio para la construcción de ferrocarriles encargados por el Ministerio del ramo, pero devenidos inútiles por decisiones de la Administración³⁷.

Esta obligación indemnizatoria de la Administración se hacía extensible a expropiaciones o sacrificios patrimoniales ilegales, esto es, daños materiales que habrían devengado crédito resarcitorio con cargo a la hacienda pública de haberse realizado correctamente. Para razonarlo el Real Decreto Sentencia de 17 de julio de 1847 (suscrito por José POSADA HERRERA en su condición de secretario del Consejo Real y relativo a un caso de invasión de la propiedad al construir nuevas aceras), incluyó una doctrina proclive a la reparación del sacrificio especial de la que se hará eco el tratado de Derecho administrativo de COLMEIRO, el más importante del siglo XIX, al menos hasta los años ochenta: “en cuestiones administrativas, no solo los derechos perfectos y absolutos, una vez desconocidos y heridos, producen acción e indemnización á favor del que los afecta, sino también los intereses legítimos compatibles con el interés público, é injustamente hollados á nombre de este interés”³⁸.

Por otra parte, también en perfecta línea de continuidad con el pasado, la Administración monárquica en ciernes estaba obligada a indemnizar daños y perjuicios contractuales. Para empezar, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina admitían sin ambages la indemnización de daños sacrificiales derivados de la modificación, suspensión o revocación de contratos de obras y servicios, en los casos en que la Administración podía imponerla válidamente. En los contratos de obras públicas se fue incluso más lejos al preverse la indemnización de pérdidas no impuestas por el Estado derivadas de caso fortuito o fuerza mayor (art. 41 del Real Decreto de 10 de julio de 1861, aprobando el Pliego de condiciones generales para las contratas de obras públi-

³³ Sobresale a este respecto la Ley de 9 de abril de 1842 sobre indemnización de los daños materiales sufridos por los fieles a la causa isabelina durante la Guerra Carlista. Dio lugar a una copiosa jurisprudencia, referenciada y extractada en GÓMEZ ACEBO y CORTINA, J. y DÍAZ MERRY, R. (1889): *Diccionario general de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Tip. de los Huérfanos, Madrid, pp. 394-398.

³⁴ La Ley de 2 de abril de 1845, al regular lo contencioso-administrativo, previó el “resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de las obras públicas”, atribuyendo esta cuestión a lo contencioso-administrativo. Ese mismo año se aprobaron la Real Orden de 19 de septiembre, sobre indemnización de daños derivados de ocupaciones temporales para obras públicas y la Instrucción de obras públicas de 10 de octubre. La Ley de obras públicas de 13 de abril de 1877 acabará atribuyendo el conocimiento de estas reclamaciones indemnizatorias a los tribunales ordinarios (art. 121).

³⁵ Por ejemplo, Real Decreto Sentencia de 27 de junio de 1863 (Gaceta de Madrid núm. 204 de 23 de julio de 1863).

³⁶ Ley de 3 de agosto de 1866 sobre el dominio y aprovechamiento de las aguas (arts. 9, 96).

³⁷ Real Decreto Sentencia de 9 de marzo de 1861 (Gaceta de Madrid núm. 80 de 21 de marzo de 1861).

³⁸ COLMEIRO PENIDO, M. (1850): *Derecho administrativo español*, t. II, *ob. cit.*, p. 224.

cas). Y, por descontado, se reconocía con toda naturalidad la responsabilidad directa del Estado por incumplimiento contractual culpable o morosidad. Un ejemplo entre muchos: el Real Decreto Sentencia de 24 de mayo de 1860 reconoció el derecho a la indemnización de las utilidades que un contratista dejó de percibir con motivo de la rescisión del contrato de correos marítimos acordada por la Administración sin el aviso anticipado de un año estipulado en el clausulado (*Gaceta de Madrid* núm. 153 de 1 de junio de 1860)³⁹.

B) *Daños derivados de ilícito extracontractual*

En cuanto al daño extracontractual causado por dolo o culpa, los administrativistas consideraban que la responsabilidad exigible era la personal de la autoridad o funcionario. Más precisamente, cuando hablaban de “responsabilidad del poder administrativo” hacían referencia, de un lado, a la responsabilidad legal del ministro, cuya exigencia correspondía a la cámara alta, convertida en tribunal de justicia; y a la responsabilidad de todos los funcionarios públicos delegados del Gobierno, que se ventilaba ante la jurisdicción ordinaria⁴⁰. Los más apasionados defensores de las ideas liberales y del principio de responsabilidad promovían una regulación que hiciera efectiva la primera (lo que nunca lograron)⁴¹ y la eliminación de la autorización administrativa previa para exigir la segunda (lo que consiguieron en 1869, un año antes que en Francia)⁴².

La preocupación de los más garantistas ni mucho menos era construir una nueva responsabilidad civil directa del Estado por los ilícitos de los ministros y funcionarios. No la concebían siquiera y, por eso mismo, ni se les ocurría denunciar la vigencia de un sistema de irresponsabilidad estatal heredado del absolutismo monárquico.

³⁹ Más ejemplos, en DELGADO MARTÍN, E. (1883): *Contratos administrativos ó de obras y servicios públicos*, tip. de M. Ginés Hernández, Madrid, pp. 75-92.

⁴⁰ COLMEIRO PENIDO, M. (1850): *Derecho administrativo español*, t. I, *ob. cit.*, p. 76. Todos los estudiosos de la Administración que hablaban de responsabilidad administrativa se referían a la personal de las autoridades y funcionarios. Por ejemplo, Joaquín Francisco PACHECO (1840), Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA (1842), Alejandro OLIVÁN, Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y José POSADA HERRERA (1843), José María MORILLA (1847) o Julián PELÁEZ DEL POZO (1849). Lo examina con todo detalle, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2007): *De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública*, UCM, Madrid, pp. 289-325.

⁴¹ P. ej., CÁRDENAS ESPEJO, F. (1843): “De la responsabilidad de los ministros”, *Revista de Madrid*, t. I, pp. 438-441. La responsabilidad exigible a los ministros era la penal, sin perjuicio de que la sentencia de la cámara alta (Estamento de Procuradores, luego Senado) podría pronunciarse sobre las consecuencias civiles de los ilícitos. Sobre el tema, de imprescindible lectura: NIETO GARCÍA, A. (2022): *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, Iustel, Madrid.

⁴² Dan cuenta elocuentemente de esta posición, mostrándose proclives al mantenimiento de la autorización hasta que “los poderes públicos funcionen con la debida regularidad, conteniéndose cada uno en los verdaderos límites de su respectiva esfera de acción”, ALCÁNTARA PÉREZ, A. y MORALES SERRANO, J. (1866): *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados públicos*, t. I., Imprenta de J. E. Morete, pp. 7-29.

Lo que sí concebían y querían desarrollar era el viejo régimen de responsabilidad personal, que habían confirmado las Cortes de Cádiz y que seguía en acto en Inglaterra, adoptada como modelo de referencia. El profesor Gumersindo de AZCÁRATE fue, posiblemente, el más elocuente en la crítica a la “responsabilidad ilusoria de los ministros” y la “irresponsabilidad efectiva de los funcionarios”, así como en la exaltación de la responsabilidad personal de los ministros y funcionarios como “fundamento verdadero de la libertad inglesa, y el gran principio jurídico que distingue al derecho de Inglaterra de las naciones continentales”⁴³:

“Para desembarazarse del *poder judicial*, se han tomado del antiguo régimen, desenvolviéndolas y desarrollándolas, dos instituciones que no conocen los pueblos libres: la jurisdicción *contencioso-administrativa* y la autorización previa para procesar a los funcionarios ... En estos pueblos [Inglaterra y los Estados Unidos], por el contrario, rige en absoluto el principio de *responsabilidad*, exigible, no ya solo al ministro ante un tribunal especial y político y mediante un procedimiento *ad hoc*, sino a todos los funcionarios, sin excepción alguna, cada uno de los cuales responde de su obra y de sus actos. Un escritor inglés [George FINLAY], al hallar el principio opuesto en la legislación de Justiniano, escribe ‘... Donde existe la verdadera libertad, todos los agentes de la administración, desde el gendarme hasta el ministro de Hacienda, tienen el deber de responder personalmente, al ciudadano á quien afecta un acto, de la legalidad de cuanto llevan á cabo. Este es el fundamento verdadero de la libertad inglesa, y el gran principio jurídico que distingue al derecho de Inglaterra de las naciones continentales y del de Roma del que el último se deriva’⁴⁴.

Se trata, por cierto, de una observación y una valoración comparativa muy similares a las realizadas antes por el gran pensador liberal francés Alexis de TOCQUEVILLE⁴⁵, quien también desconocía absolutamente la posibilidad misma de una responsabilidad estatal directa por ilícito funcional. El célebre catedrático de Oxford Albert Venn DICEY defenderá las mismas ideas tiempo después:

“En Inglaterra, la idea de igualdad legal o de la universal sujeción de todos a un mismo Derecho administrado por Tribunales ordinarios ha sido llevada a sus últimas consecuencias. Entre nosotros, cada funcionario, desde el primer ministro hasta el alguacil o el recaudador de contribuciones, tiene la misma responsabilidad por todo acto realizado sin justificación legal como cualquier otro ciudadano ... [En cambio] la ... más despótica característica del *droit administratif* reside en su tendencia a proteger de la supervisión o el control de los tribunales ordinarios a todo funcionario del Estado culpable de un acto, por ilegal que sea” (Traducción propia)⁴⁶.

De modo que durante las primeras décadas del siglo XIX no existía tampoco en España, desde luego, una responsabilidad patrimonial directa del Estado por los ilícitos de sus funcionarios, pero hay que dejar de interpretar esta ausencia como efecto de un dogma absolutista heredado del pasado. Lo que había era la natural prolongación de los dispositivos propios de un mundo sin Administración: la indemnización con cargo al erario de daños sacrificiales y contractuales y la responsabilidad personal

⁴³ AZCÁRATE, G. (1877): *El Self-government y la monarquía doctrinaria*, Librerías de A. de San Martín, Madrid, pp. 206-209.

⁴⁴ AZCÁRATE, G. (1877): *ob. cit.*, pp. 206-209.

⁴⁵ TOCQUEVILLE, A. (2023 [1835/1840]): *La democracia en América*, Trotta, Madrid, pp. 296-300.

⁴⁶ DICEY, A. V. (1982 [1915]): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpresión de la 8ª ed., coord. Roger E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis, pp. 149, 214-215.

de los oficiales del rey por sus abusos y negligencias. Mecanismos que, como ha señalado NIETO, dispensaban “una protección adecuada a la época, dado el bajo nivel de intervencionismo público y la reducida escala económica y técnica de los servicios”, hasta el punto de que, según él, puede constatarse estadísticamente que “no debieron ser muchos presumiblemente los daños no cubiertos por la garantía”⁴⁷.

Así las cosas, no habiendo propiamente ni irresponsabilidad ni Administración, no puede decirse que rigiese un principio de irresponsabilidad de la Administración como rastro del absolutismo monárquico impreso en el Derecho administrativo. No solo: el nuevo Derecho público del llamado Estado liberal será el que, para dificultar la efectividad de la responsabilidad de los funcionarios, invente el mecanismo de la autorización administrativa discrecional para procesar, que provocó la ruptura con la tradición jurisdiccional del Antiguo Régimen y, por eso mismo, con lógicas subsistentes en el Derecho público angloamericano⁴⁸. La historiografía reciente ha puesto de relieve cómo ni las vísperas constitucionales en el Continente ni las experiencias constitucionales anglosajonas ponían en cuestión el derecho natural del vasallo a exigir ante el juez natural la responsabilidad personal de los oficiales del rey. Por eso el invento napoleónico de la autorización previa supondrá un cambio trascendental⁴⁹.

Por lo que después se dirá, interesa destacar que aquellos autores liberales, al construir su oposición a la autorización administrativa para procesar, se esforzaron en conectarla con el Antiguo Régimen, como si la tendencia a la irresponsabilidad personal fuera, en realidad, un elemento constitutivo de las monarquías absolutas de la Europa continental. De hecho, tal conexión se hallaba en el texto antes entrecuadrado de AZCÁRATE y había aparecido ya en la segunda gran obra de TOCQUEVILLE:

“Entre las nueve o diez constituciones que han sido promulgadas a perpetuidad en los últimos sesenta años, hay una en que se dice expresamente que ningún agente de la administración podrá ser perseguido por los tribunales ordinarios, sin que previamente haya sido autorizado el procesamiento. Tan excelente pareció este artículo que al destruirse la constitución de que formaba parte, se tuvo buen cuidado de sacarlo de entre sus ruinas, y ponerlo después cuidadosamente al abrigo de las revoluciones. Los agentes de la administración tienen aún costumbre de llamar al privilegio que este artículo les concede ‘una de las grandes conquistas del 89’. Pero en esto también se equivocan, ya que bajo la antigua monarquía el gobierno no ponía menor cuidado que en nuestros días en evitar a los funcionarios el bochorno de tener que comparecer ante la justicia como simples ciudadanos. La única diferencia esencial entre las dos épocas es esta: antes de la Revolución, el gobierno no podía defender a sus agentes más que recurriendo a medidas ilegales y arbitrarias, mientras que después ha podido legalmente dejarles violar las leyes”⁵⁰.

Se enfatizaban así algunas prácticas del Antiguo Régimen, como si la autorización administrativa previa fuese una institución arcaica de suyo incompatible con los postulados de un Gobierno representativo. Esta representación histórica era inexacta,

⁴⁷ NIETO GARCÍA, A. (1986): *ob. cit.*, pp. 177-179.

⁴⁸ LORENTE SARIÑENA, M. (2007): “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos”, en *Derecho, Historia y Universidad. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Universidad de Valencia, Valencia, t. 2, p. 124.

⁴⁹ LORENTE SARIÑENA, M. (2007): *ob. cit.*, pp. 124-127.

⁵⁰ TOCQUEVILLE, A. (2004 [1856]): *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza, Madrid, p. 88.

pero contribuía a legitimar la defensa de la responsabilidad personal de los oficiales y la crítica a una institución que, en realidad, era de factura reciente.

C) *La Ley de administración y contabilidad de 1850*

Pudiera pensarse que la Ley de administración y contabilidad de 20 de febrero de 1850 generalizó de alguna manera la responsabilidad civil directa del Estado, haciéndola extensible a los ilícitos extracontractuales. A fin de establecer un plazo de prescripción y una vía administrativa previa, vino a admitir la posibilidad de hacer “reclamación contra el Estado a título de daños y perjuicios, o á título de equidad” (art. 17), lo que, de acuerdo con el Consejo de Estado, era una “regla general ... que comprende manifiestamente todos los daños cuya indemnización no esté prevista y regularizada por leyes ó disposiciones” (Real Decreto Sentencia de 3 de septiembre de 1863, Gaceta del 11 de octubre siguiente).

Sin embargo, el propósito de la norma era más bien poner trabas a la exigencia de derechos de crédito frente al Estado. La Ley de administración y contabilidad formaba parte de la batería de reformas promovida por BRAVO MURILLO como ministro de hacienda para reducir el gasto público, así como ordenar, sanear y equilibrar las cuentas, cuestiones que venían siendo un problema capital desde tiempos de Fernando VII. De manera que, con toda probabilidad, los supuestos que tenía en mente el legislador al regular la mencionada reclamación eran aquellos en los que desde antaño venía reconociéndose deudas resarcitorias contra la hacienda pública: reparación de sacrificios, normalmente habilitados legislativamente (indemnizaciones “á título de equidad”) y responsabilidad por incumplimiento o rescisión de contratos por parte de la Administración (indemnizaciones “á título de daños y perjuicios”).

No parece, en suma, que esta Ley pretendiera superar el modelo tradicional de responsabilidad *personal* del funcionario por los daños causados por él dolosa o culpablemente. De hecho, la resolución del Consejo de Estado antes citada se refería a uno de aquellos supuestos (reclamación de indemnización por ocupación de ganados por tropas nacionales durante la Primera Guerra Carlista) y, si insistía en que el precepto encierra una regla general, era para declarar en el caso que el derecho a la indemnización estaba prescrito.

3. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO COMO NUEVO PARADIGMA

3.1. Razones del cambio

Durante el último tercio del siglo XIX, el desarrollo de la Administración y de las comunicaciones (telégrafo, carreteras, ferrocarril) hizo posible al fin el pleno control estatal del territorio y el incremento sustancial de la actividad administrativa. El

Estado se hizo presente ya en régimen de gestión directa, involucrándose en las más variadas tareas y poniendo fin al aislamiento disfrutado por las oligarquías locales casi sin interrupción desde la Edad Media.

Se multiplican exponencialmente por eso los daños causados por la Administración y, entre ellos, aquellos en los que no puede identificarse fácilmente al funcionario responsable o en los que el mal funcionamiento del servicio no puede individualizarse en personas concretas (culpa *anónima* o *institucional*). El despliegue de una actividad administrativa intensiva era lógicamente incompatible con la exigencia sistemática de responsabilidades personales, incluso ante culpas funcionariales perfectamente localizables: los funcionarios adoptan comportamientos de defensa o autoprotección que torpedean el cabal desarrollo de la actividad administrativa, cuando están sujetos a un régimen de responsabilidad personal y, a diferencia de la Administración, suelen carecer de los recursos patrimoniales necesarios para reparar daños de gran magnitud⁵¹.

La autorización administrativa previa, rehabilitada en la Constitución de 1876 (art. 77), no llegará ya a desarrollarse legalmente. Sin embargo, sus efectos se prologaron más allá, no solo porque durante un tiempo los jueces siguieron solicitándola, olvidando que en 1869 había sido suprimida, sino sobre todo porque generó dinámicas que quedaron enquistadas en las instituciones y en las mentalidades de los gestores del poder⁵². Si durante siglos la responsabilidad personal de los oficiales de la corona había sido consubstancial al cargo, la inmunidad judicial virtual de las autoridades y funcionarios del Gobierno representativo pasó a verse con naturalidad por efecto de la autorización administrativa previa. No pueden ser más elocuentes las palabras de Joaquín ESCRICHE⁵³, escritas poco después de que la circular de 11 de junio de 1870 recordara a los jueces y administradores que la Constitución de 1869 había derogado la autorización previa:

“De este modo, el alcalde atropellaba á un ciudadano; el gobernador denegaba la autorización para procesarle, y asumía la responsabilidad del alcalde; el ministro la negaba igualmente, y asumía á su vez la responsabilidad de este funcionario; la mayoría de las Cortes aprobaba en globo la conducta del ministro, y el ciudadano quedaba impunemente atropellado”.

Más aún, la autorización administrativa previa para procesar había contribuido a afianzar el fenómeno de la subjetivación de la Administración, por cuanto que a esta acababan imputándose los actos de sus funcionarios cuando no se daba el permiso para procesarlos, lo que suponía ya un distanciamiento radical respecto de las prácti-

⁵¹ Al respecto, ampliamente: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, pp. 1114-1115; DOMÉNECH PASCUAL, G. (2009): ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 135-159.

⁵² LORENTE SARIÑENA, M. (2007): *ob. cit.*, pp. 124-127.

⁵³ ESCRICHE, J. (1874): voz “Autorización para procesar”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, con la participación de J. M.^a Biec, J. Vicente y Caravantes y L. Galindo y de Vera, nueva ed. reformada y aumentada, t. I, Imp. Eduardo Cuesta, p. 923.

cas del Antiguo Régimen⁵⁴. En parte por esto triunfaron, precisamente a finales del siglo XIX, las doctrinas que formalizaban la Administración como entidad abstracta diferenciable de las personas físicas que trabajan para ella a fin de imputar a la primera los actos de las segundas (doctrinas del mandato o representación y del órgano)⁵⁵.

Todo ello despertará la necesidad (y facilitará la generación) de una solución nueva: la responsabilidad directa del Estado en todos los casos, también por ilícito de sus autoridades y empleados. Los viejos esquemas, idóneos para un mundo sin (o con muy poca) Administración, no valían dentro del nuevo contexto, donde los funcionarios estaban virtualmente inmunizados, la Administración se hallaba ya plenamente subjetivada y su actividad era tan extensa, que se mostraba de suyo incompatible con la vieja responsabilidad personal. Con razón se ha dicho que “la responsabilidad del Poder público es hija del triunfo de las doctrinas intervencionistas”⁵⁶.

La evolución hacia la responsabilidad patrimonial del Estado, común, con más o menos altibajos y resistencias, a todo Occidente, se ha producido más rápidamente en la Europa continental que en el espacio angloamericano, donde una responsabilidad directa del gobierno central (o estatal) ha empezado a plantearse solo a partir de los años cuarenta del siglo XX y con excepciones (*Federal Torts Claims Act* de 1946 y *Crown Proceeding Act* de 1947). No me interesa examinar aquí los detalles de esta dispar evolución, pero sí subrayar dos factores explicativos que sirven para apuntalar conclusiones de esta investigación.

Uno de los factores es la persistencia en el mundo anglosajón de la vieja responsabilidad personal de los oficiales, que, a diferencia de lo ocurrido en el Continente europeo, nunca fue cortocircuitada por la exigencia de una autorización administrativa

⁵⁴ La idea ha sido ampliamente explicada por varios historiadores del Derecho, que consideran que la autorización administrativa previa fue una pieza básica de la estructura institucional y cultural hasta el punto de que habría contribuido incluso a objetivar el concepto de acto administrativo como sustrato de la justicia contencioso-administrativa. Estos autores denuncian con razón que los administrativistas la hemos minusvalorado: GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M. (1998): *ob. cit.*, pp. 215-272; LORENTE SARIÑENA, M. (2007): *ob. cit.*, pp. 117-127; MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2009): “De la pluralidad de fueros al fuero de la Administración (1834-1845)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 250-253, y (2022): “*Gubernativas e insuplicables*”. *Competencias de jurisdicción entre Monarquía Judicial y Estado administrativo (1768-1848)*, Universidad Carlos III, Madrid, pp. 295-304; SOLLA SASTRE, M.^a J. (2011): *ob. cit.*, pp. 268-335.

⁵⁵ SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1885): *Curso de Derecho administrativo*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, pp. 61-63; CUESTA MARTÍN, S. (1894): *Principios de Derecho Administrativo*, vol. 1.º, Librería de Manuel Hernández, v., Salamanca, pp. 65-74; POSADA, A. (1897): *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, pp. 319-324; GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *op. cit.*, pp. 177-199, 306-314; JORDANA DE POZAS, L. (1924): *Derecho administrativo*, IEAL, Madrid, pp. 43-52. En general, sobre el éxito fulgurante y la rápida expansión en toda Europa de la teoría del órgano formulada por vez primera en 1883 por el jurista germano Otto von GIERKE: SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984): “La teoría del órgano en el Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, pp. 44-50.

⁵⁶ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte I, núm. 58, p. 615.

para procesar. Otro, la inicial ausencia en aquel entorno de un intervencionismo estatal comparable al que estaba produciéndose al otro lado del Canal de la Mancha, que hacía inconcebible o, cuando menos, innecesaria, una responsabilidad estatal. Giorgio GIORGI, privatista y consejero de Estado, lo constató lúcidamente en 1882 al defender para Italia la responsabilidad estatal que faltaba en el ámbito angloamericano:

“En cuanto al ejemplo de Inglaterra y de la América septentrional, no hace ciertamente á nuestro caso. El *self government*, que por afortunadas necesidades históricas, por espíritu político y por tradiciones populares está vigente en aquellos países, ha circunscrito la acción del Estado sólo á las funciones verdaderamente de gobierno, y ha reducido á muy pocos el número de funcionarios públicos, todos provistos de rico sueldo y de pingües estipendios. Razones por las que la responsabilidad del Estado es en aquellos países jurídicamente inconcebible, ó al menos no tiene importancia práctica. Todo lo contrario de lo que ocurre entre nosotros”⁵⁷.

Esta diferente evolución y los factores que contribuyen a explicarla evidencian cómo el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado no se concebía siquiera en el Antiguo Régimen ni en aquellos países que tardaron en romper con él, lo que en cierto modo ocurrió también en España durante las primeras décadas del siglo XIX, según se ha visto. Evidencian, en particular, que tal problema es reciente y está estrechamente vinculado a la construcción del Estado administrativo, una de cuyas piezas fue la autorización administrativa para procesar al funcionario. Evidencian, en fin, que la evolución desde la monarquía jurisdiccional del Antiguo Régimen hasta el Estado administrativo amplio ha conllevado inexorablemente en todas partes, antes o después, el tránsito desde la responsabilidad personal por ilícito de los oficiales de la corona hasta la responsabilidad directa de la Administración.

3.2. Primeros autores

En todo el Continente europeo, coincidiendo con el desarrollo o culminación del proyecto de construcción de Estados fuertes hegemónicos por la Administración, se observa entre los autores más “garantistas” o “liberales” una evolución desde la defensa de la responsabilidad personal del funcionario (con reivindicación de que sea eliminada la autorización administrativa previa para procesarlo)⁵⁸ hacia la defensa de la responsabilidad directa del Estado⁵⁹.

⁵⁷ GIORGI, G. (1882): *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti delle obbligazioni: quasi contratti, fatti illeciti, legge*, ed. Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze, p. 457. Cito textualmente por la traducción de 1911: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno expuesta conforme á la doctrina y á la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.*, vol. V, *Fuentes de las obligaciones: Cuasicontratos; Hechos ilícitos; Leyes*, Reus, Madrid, 1911, pp. 484-485.

⁵⁸ P. ej., BONASI, A. (1874): *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna; BERNARD, P. (1878): *De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du Décret du 19 septembre 1870*, A Cotillon et C., Paris.

⁵⁹ P. ej., ZACHARIÄ, K. E. (1863): “Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, núm. 19, pp. 582-652; GIORGI, G. (1882): *ob. cit.*, pp. 454-500; CHIRONI, G. P. (1886-1887): *La colpa nel diritto civile odierno*. Fratelli Bocca Editori, Torino, t. I (pp. 470-552) y t. II (pp. 354-372);

Fue también el caso de España. A partir de fines del siglo XIX, los autores empiezan a teorizar la responsabilidad directa del Estado. Lo hicieron Salvador CUESTA⁶⁰, Adolfo POSADA⁶¹, José María MANRESA NAVARRO⁶², Faustino RODRÍGUEZ SAN PEDRO⁶³ o Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO⁶⁴. Cabe traer la opinión de CUESTA, el primero en abordar y defender la responsabilidad civil estatal directa en un tratado de Derecho administrativo:

“Sobre esta responsabilidad de las entidades sociales por los actos de sus representantes ó encargados no se hallan de acuerdo los autores. Entienden algunos que ni el Estado ni sus organismos se hallan sujetos á responsabilidad por los actos de sus funcionarios, porque, no pudiendo actuar por sí mismos, les es necesario valerse de aquellos, y nadie es responsable por hechos que no son libres, que la necesidad impone; y además, porque cuando las entidades sociales han puesto de su parte, al nombrar á los funcionarios, toda la diligencia posible para cerciorarse de las condiciones de aptitud y probidad de los nombrados, no es justo sujetarlas á responsabilidad, puesto que ellas no producen directamente los actos perjudiciales y han llenado todos los requisitos que la ley y la prudencia exigen para hacer la designación. Sin embargo, todas las personas morales, sociedades privadas, fundaciones, etc., necesitan valerse, para actuar, de personas físicas que las representen, y nadie pone en tela de juicio que estén sujetas á las consecuencias de los actos realizados por estas en su representación; y en cuanto al argumento de la diligencia puesta en la elección de los funcionarios, carece de importancia puesto que, si estos son representantes ó mandatarios de la sociedad política, por la naturaleza misma de la representación y del mandato los actos de los mandatarios son y han de estimarse como propios del mandante ó representado en cuyo nombre se ejecutan. Por otra parte, así como los beneficios que la sociedad reporta de los actos de los funcionarios, por ejemplo, las adquisiciones que hace por su medio, se los atribuye justamente sin que nadie discuta su derecho al hacerlo, por razón análoga, cuando los actos ejecutados en su nombre y representación perjudiquen á un tercero, deberá ser por ellos responsable, sin perjuicio de que ella á su vez tenga derecho para exigir á sus funcionarios la responsabilidad civil ó penal que procediere por su negligencia ó malicia.”

Desde entonces, todos los tratados de Derecho administrativo se ocuparán de la responsabilidad estatal, empezando por los de Adolfo POSADA (1897)⁶⁵ y Antonio ROYO VILLANOVA (1907)⁶⁶, que le dedican alguna línea, y siguiendo con los de José Nemesio GÜENECHEA (1915)⁶⁷ y José GASCÓN y MARÍN de

MEUCCI, L. (1909): *Istituzioni di diritto amministrativo*, 6.ª ed., ed. Fratelli Bocca, Torino, pp. 246-320; DUGUIT, L. (1909): *ob. cit.*, pp. 139-146.

⁶⁰ CUESTA MARTÍN, S. (1894): *ob. cit.*, pp. 91-97.

⁶¹ POSADA, A. (1909): “La Nueva Orientación del Derecho Político”, estudio incluido en *La transformación del Estado*, L. Duguit, traducción del propio A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid, hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada, pp. 304-310.

⁶² MANRESA NAVARRO, J. M.ª (1907): *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, pp. 609-610.

⁶³ RODRÍGUEZ SAN PEDRO, F. (1911): “Concepto de la responsabilidad jurídica y su determinación legal en los casos de daños y perjuicios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 119, p. 435.

⁶⁴ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1920): *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid, pp. 37-38.

⁶⁵ POSADA, A. (1897): *ob. cit.*, pp. 268-269, 348.

⁶⁶ ROYO VILLANOVA, A. (1907): *Elementos de Derecho administrativo*, t. 1, Imprenta Castellana, Valladolid, p. 74.

⁶⁷ GÜENECHEA, J. N. (1915): *Ensayo de Derecho administrativo*, Imprenta Corazón de Jesús, Bilbao, pp. 223-247. Este tratado será el único que se oponga a la responsabilidad estatal directa, tal

1917)⁶⁸, que la tratan ya *in extenso*⁶⁹. A lo que se añadió la difusión de múltiples trabajos foráneos favorables a esta responsabilidad, alguno iberoamericano⁷⁰, la mayor parte traducciones de autores italianos o franceses⁷¹.

A los efectos de esta investigación, es importante notar que justamente en esta época, entre finales del siglo XIX y principios de la centuria siguiente, cuando el crecimiento exponencial del Estado está obligando a transformar el viejo sistema de responsabilidad personal, una mirada nueva y displicente hacia el pasado arroja por vez primera un inaceptable privilegio multiseccular de irresponsabilidad estatal. El tópicus de la inmunidad patrimonial del Estado como expresión tardía del *princeps legibus solutus* aflorará así en esta literatura con el objetivo de legitimar la instauración de un régimen de responsabilidad directa de la Administración. Así aparecerá en trabajos franceses (p. ej., DUGUIT⁷²), italianos (p. ej., MEUCCI⁷³) o españoles. El primero en utilizarlo entre nosotros fue Adolfo POSADA:

“Hay todavía muchas partes, manifestaciones de la crisis del antiguo régimen, o sea de la crisis del absolutismo cesarista y de la concepción patrimonial del Poder público. Los mismos Estados

como explicaré más adelante.

⁶⁸ GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *ob. cit.*, pp. 554-567. Tras este tratado, verán la luz bastantes más, y todos ellos abordarán ampliamente el tema. Más adelante me referiré a los de Luis JORDANA DE POZAS (1924), Carlos GARCÍA OVIEDO (1927), Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO (1931), José María FÁBREGAS DEL PILAR (1934) y Antonio ROYO VILLANOVA (1940).

⁶⁹ En otro lugar, me he referido al porqué de la ausencia de la cuestión de la responsabilidad civil de la Administración en la generalidad de los tratados de Derecho administrativo aparecidos a lo largo del siglo XIX: MEDINA ALCOZ, L. (2022), *ob. cit.*, p. 235. Señalé allí que tal ausencia no expresaba un desinterés doctrinal por una parcela del Derecho administrativo, sino más bien que toda la responsabilidad civil concernía al Derecho civil. Pienso ahora que la explicación puede valer, pero solo en parte y únicamente para los tratados publicados a finales del siglo XIX que no abordaban, o solo mencionaban, la cuestión. La razón esencial, desde luego válida para todos los estudios administrativos publicados hasta al menos los años setenta del siglo XIX, era la imposibilidad misma de concebir una responsabilidad civil por culpa distinta de la personal del funcionario que obró ilícitamente.

⁷⁰ ECHEVARRÍA, L. (1892): *Responsabilidad civil: comentario a los artículos 1285 1293 del Código Civil*, tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Establecimiento tip.-Litográfico Oriental, Montevideo. La obra estudia ampliamente, y defiende, la responsabilidad civil del Estado (pp. 201-229), así como la resultante de accidentes ferroviarios (pp. 231-261), citando civilistas italianos (CHIRONI, GIORGI) y un administrativista español (SANTAMARÍA DE PAREDES). En 1929, con ocasión de la Exposición del Libro Uruguayo celebrada en Madrid y Barcelona, la Biblioteca Nacional de Montevideo donó un ejemplar de esta obra a la Nacional de España.

⁷¹ El profesor POSADA tradujo el libro antes citado de DUGUIT, L. (1909), que aborda la cuestión de la responsabilidad del Estado (pp. 139-155), así como el tomo I de la obra de un civilista italiano, ya mencionado, que también trata el tema ampliamente: CHIRONI, G. P. (1898): *La culpa en el Derecho civil moderno*, t. I, traducción de la 2ª edición italiana de 1886, Reus, Madrid, pp. 532-608. Jesús BERNALDO DE QUIRÓS tradujo el tomo II, publicado en 1904 (hubo segunda edición de ambos tomos también en Reus de 1928). Por su parte, el equipo de redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia tradujo otra importante obra que ofrecía una amplia reflexión a favor de la responsabilidad de la Administración. Se trata de un libro antes citado: GIORGI, G. (1911): *ob. cit.*, pp. 481-523.

⁷² DUGUIT, L. (1909): *ob. cit.*, pp. 139-146.

⁷³ MEUCCI, L. (1909): *ob. cit.*, pp. 277-278.

constitucionales representativos y democráticos, mantienen muy viva la tradición mayestática, el principio de la autoridad personal, la superioridad del gobierno, etc., etc. ... En mi sentir, ... para definir todos estos actos, según el criterio de la responsabilidad del Estado ... [b]asta admitir que el Estado se exterioriza en sus miembros, obra mediante sus funcionarios, con la indicación antecedente de que no hay una superioridad fundamental —metafísica— del Estado sobre el interés privado ... La regla podría ser esta: *el Estado obra por su representante cuando, en efecto, este se constituye en órgano de su interés, o sea cuando la actividad del representante corresponde a la abstracción de la finalidad del Estado; en otro caso, el acto del representante es de su propia individualidad exclusivamente: es un acto suyo, porque entonces no es verdadero representante.* Y esta misma teoría basta para transformar la doctrina tradicional de la irresponsabilidad del Estado como autoridad, con sus funciones soberanas de mando”⁷⁴.

Si antes autores como TOCQUEVILLE o AZCÁRATE habían defendido la responsabilidad personal de los funcionarios identificando el innovador mecanismo que la dificultaba (autorización administrativa previa para procesar) con prácticas arbitrarias del Antiguo Régimen, ahora autores como DUGUIT o POSADA promueven la responsabilidad directa del Estado asociando también las dificultades para hacerla realidad con el absolutismo monárquico. Unos y otros elaboraron una representación del pasado a fin de justificar la garantía que consideraban conveniente en el momento en el que escribían.

3.3. Primeras leyes y sentencias

El legislador decimonónico llegó a establecer claramente la responsabilidad directa del Estado frente a los particulares en supuestos que iban más allá de los daños sacrificiales y contractuales: legislación sobre ferrocarril, correos y justicia contencioso-administrativa. La primera abordaba sin duda uno de los pilares del proyecto de construcción estatal para, en lo que aquí importa, someter a toda entidad pública o privada encargada de la explotación del ferrocarril a un régimen de responsabilidad directa frente a los particulares, sin perjuicio de la “responsabilidad individual” de los empleados⁷⁵. La segunda regulaba la responsabilidad por defectuoso funcionamiento del servicio (deterioros o extravíos de objetos producidos sin fuerza mayor)⁷⁶. Y la Ley de 13 de septiembre de 1888 sobre lo contencioso-administrativo previó

⁷⁴ POSADA, A. (1909): *ob. cit.*, pp. 306-308. La cursiva está en el original.

⁷⁵ El artículo 14 de la Ley de policía de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, desarrollando una previsión ya incluida en su predecesora de 14 de noviembre de 1855, dispuso literalmente: “Los concesionarios ó arrendatarios de los ferro-carriles responderán al Estado y á los particulares de los daños y perjuicios causados por los Administradores, Directores y demás empleados en el servicio de explotación del camino y del telégrafo. *Si el ferro-carril se explota por cuenta del Estado, estará sujeto á la misma responsabilidad respecto de los particulares.* Lo dispuesto en este artículo se entiende *sin perjuicio de la responsabilidad individual en que los Directores, Administradores, Ingenieros ó empleados de cualquier otra clase puedan haber incurrido*, y de las facultades discrecionales que en caso de huelgas, subversión del orden y conspiraciones corresponden al Gobierno”. Énfasis añadido.

⁷⁶ Artículos 88-89 y 123-124 del Reglamento de 7 de junio de 1898. Una regulación similar podía leerse en los artículos 137 a 160 del Reglamento de 8 de septiembre de 1878 para la ejecución de la Ley de policía de ferro-carriles de 23 de noviembre de 1877.

indemnizaciones, no solo por aplazamiento o inejecución de sentencias (art. 84), cuyo fundamento era el sacrificio especial, sino también por demora en la entrega del expediente administrativo (art. 38), que es ya un caso de responsabilidad por culpa o mal funcionamiento de la Administración.

A su vez, empezaron a normalizarse las resoluciones administrativas y judiciales que declaraban efectivamente la responsabilidad directa del Estado en supuestos de culpa funcional o mal funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, en relación con las pérdidas causadas por el derribo como ruinosas de fincas en buen estado de conservación (SSTS, Sala 1.ª, de 15 de junio y 2 de octubre de 1877) o la revocación de licencias de obras otorgadas ilegalmente con falta municipal (Real Orden de 15 de julio de 1878)⁷⁷.

En este nuevo contexto, el artículo 17 de la Ley de contabilidad y administración de 1850, reiterado en las leyes sucesivas de 1870 (art. 18) y 1911 (art. 24), podía interpretarse como el reconocimiento legal de un principio de responsabilidad del Estado. Daba pie a ello alguna decisión del Consejo de Estado, que leía el precepto en positivo: “el art. 17 de la ley de Contabilidad ya mencionada, al autorizar las reclamaciones á título de daños y perjuicios, y aun por equidad, supone la posibilidad y hasta la obligación de indemnizarlos, pues no se concibe de otro modo aquella autorización, ni la pena de caducidad en dicho artículo impuesta á tales reclamaciones”⁷⁸. Y, de hecho, en el año 1889 José GÓMEZ ACEBO y Ricardo DÍAZ MERRY, al compilar y extractar la jurisprudencia administrativa más relevante, destacaban esta declaración, dando por sentado que se refería a cualesquiera “reclamaciones contra el Estado á título de daños y perjuicios”⁷⁹.

El Código Civil, aprobado ese mismo año, tras establecer la cláusula general de responsabilidad por hecho propio (art. 1902), basada en la culpa o negligencia, afirmaba expresamente la responsabilidad del Estado por hecho ajeno en el caso de que el daño resultara de la acción de un “agente especial” (art. 1903.5). Reputados autores interpretaban sistemáticamente estos preceptos en el sentido de que el Estado responde en todo caso, a título de hecho propio, si el daño lo causa un común funcionario (art. 1902 CC), o por hecho ajeno, si quien interviene es un “agente especial” (art. 1903.5 CC)⁸⁰. Tal fue también la interpretación inicial del Tribunal Supremo,

⁷⁷ Al respecto, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte II, núm. 62, pp. 86-87.

⁷⁸ Así, el Real Decreto Sentencia de 30 de junio de 1868, que, no obstante, sigue situándose en el ámbito de la responsabilidad contractual; declaró el derecho de una sociedad contratista de fusiles del ejército a que el Estado le abonase, en concepto de daños y perjuicios por demora en el pago, el interés anual de 6 por 100 sobre el precio de la prestación desde que fue entregada por la empresa hasta que fue efectivamente abonada por la Administración (Gaceta de 13 de agosto de 1868).

⁷⁹ GÓMEZ ACEBO y CORTINA, J. y DÍAZ MERRY, R. (1889): *ob. cit.*, pp. 803-804.

⁸⁰ MANRESA NAVARRO, J. M.^a (1907): *ob. cit.*, pp. 609-610; RODRÍGUEZ SAN PEDRO, F. (1911): *ob. cit.*, p. 435; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1931): *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, pp. 433-451; FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1934): *Derecho administrativo*, Reus, Madrid, pp. 174-183.

que invocará el nuevo texto para obligar resarcitoriamente a la Administración “en concepto de responsable directo de los daños causados” bajo la consideración de que “el principio de que quien causa un daño debe repararlo” es un “principio jurídico fundamental” y de que “no existe precepto legal alguno en que se pueda fundar la indemnidad absoluta de la entidad que ha producido el daño” y de que “en el uso de [sus] facultades cabe culpa o negligencia” (STS de 17 de diciembre de 1902). Hubo más decisiones en el mismo sentido, con aplicación expresa del artículo 1902 CC⁸¹.

Es una evolución compartida con otros países de la Europa continental. Baste para ilustrarlo una referencia breve al conocido caso francés. Tras la eliminación de la autorización administrativa previa para procesar a los funcionarios en 1870, el Tribunal de Conflictos seguirá dificultando la exigencia de la responsabilidad personal en la jurisdicción ordinaria (*arrêt Pelletier* de 1873) y acabará afirmando la responsabilidad directa del Estado como garantía regida por “reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados” cuya aplicación corresponde al orden contencioso-administrativo (*arrêt Blanco* de 1873)⁸².

4. LA INMUNIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PRODUCTO GENUINO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: DOCTRINAS Y MECANISMOS

4.1. Tradicionalistas y conservadores contra el nuevo paradigma

La responsabilidad directa del Estado surgió como nuevo paradigma, pero contó con la oposición de algunos, logrando imponerse solo después de un tiempo y tras superar numerosas dificultades. Dos fueron, en sustancia, las tendencias refractarias. La primera fue tradicionalista, ideología partidaria del retorno al Antiguo Régimen, contraria al Estado amplio de los moderados. Contó con relevantes figuras dentro del Derecho administrativo español, que se mostraron muy críticos con el extenso intervencionismo estatal⁸³. Tal intervencionismo demandaba un nuevo modelo de responsabilidad, por lo que no puede extrañar que la más brillante oposición al mis-

⁸¹ El ATS de 4 de enero de 1899 declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por el Estado contra un fallo que le condenó a indemnizar los daños causados a una finca por la rotura de una cañería propiedad de Canal de Isabel II; y la Sentencia de 6 de julio de 1917 ordenó indemnizar a quien clausuró su clínica por los intensos olores de una cuadra propiedad del Estado. Sobre esta jurisprudencia, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, *cit.*, pp. 85-86, y PI SUÑER, J. M.^a (1951): “La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración local”, *Revista de estudios de la vida local*, núm. 55, pp. 38-48. Últimamente, GONZÁLEZ RAMOS, C. (2016): *ob. cit.*, pp. 2732-2736.

⁸² *Ex multis*, BIGOT, G. (2012): “La responsabilité de l’administration en France. Histoire et théorie”, *Jus politicum*, núm. 8.

⁸³ Sobresale GIL ROBLES, E. (1899): *Guía para el estudio del Derecho administrativo*, Imprenta B. de la Torre, Salamanca.

mo (y la correlativa defensa de la vieja responsabilidad personal del funcionario) se realizara en España a partir de presupuestos tradicionalistas.

El jesuita vizcaíno y catedrático de Deusto José Nemesio GÜENECHEA ajustaba parte de su teoría jurídica a esos postulados, por ejemplo, la justificación de la descentralización, el regionalismo federal o las libertades locales; el rechazo del separatismo, el individualismo abstracto y el socialismo; o la crítica a la abolición de las vinculaciones y mayorazgos. Se entiende por eso que, tras contrastarse con toda la doctrina europea, defendiese la vieja responsabilidad personal procedente del Antiguo Régimen. Aceptaba la responsabilidad directa del Estado solo cuando este libremente admite (o no destituye) a funcionarios ineptos o inmorales, y cuando el empleado actuó en ventaja del mismo Estado. En los demás casos, no podría haber responsabilidad de la Administración porque “el funcionario no representa al Estado en los actos malos para los que no se le autoriza”⁸⁴.

Se trata de una postura que, salvando las muchas distancias, guarda algún paralelismo con la cultivada en la misma época por DICEY, antes citado. Ya hemos visto que el invento napoleónico de la autorización administrativa previa y su extensión a lo largo y ancho de la Europa continental supuso una fractura respecto del Antiguo Régimen y, con ello, también respecto del orden jurídico angloamericano. Vino a constatarlo el señalado profesor inglés al identificar la vigencia del viejo derecho del vasallo a exigir la responsabilidad personal de los oficiales como un elemento que diferenciaba esencialmente el *Rule of Law* del *Régime administratif*. No sorprende por eso que DICEY, contrario al creciente intervencionismo gubernamental de la Inglaterra de principios del siglo xx, se mostrara escéptico con la responsabilidad patrimonial directa del Estado, por más que hubiera ya partidarios de ella en Inglaterra y estuviera desarrollándose efectivamente al otro lado del Canal de la Mancha. Para él, “la inmunidad técnica de la Corona respecto de los agravios de los funcionarios no es motivo de queja pública y, en la práctica, genera poca o ninguna injusticia”⁸⁵. No es la posición de alguien contrario a las libertades individuales y favorable al Estado; es la de quien, habiendo comprobado que la responsabilidad personal del oficial es suficiente garantía en un mundo sin (o con poca) Administración, se resiste a aceptar los nuevos tiempos.

Más allá de estas opiniones, la más firme oposición al nuevo paradigma de la responsabilidad provino, desde luego en España, de un movimiento de signo opuesto, favorable a la construcción de un Estado centralizado y dominado por la Administración. La nueva responsabilidad patrimonial directa no era del gusto de los liberales conservadores, que desde mediados del siglo xix venían mostrándose partidarios de limitar, cuando no suprimir, las deudas resarcitorias contra el Estado.

⁸⁴ GÜENECHEA, J. N. (1915): *Ensayo de Derecho administrativo*, Imprenta Corazón de Jesús, Bilbao, pp. 223-247, en especial, pp. 244-247.

⁸⁵ DICEY, A. V. (1982 [1915]): *ob. cit.*, pp. 232-234, 336-337. Véase LUQUE REINA, A. M. (2016): “Rule of Law a debate: Laski vs Dicey”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 33, pp. 193-209; y la biografía intelectual sobre el profesor de Oxford publicada recientemente: DÍAZ RICO, J. C. (2025): *Albert Venn Dicey y la Escuela de Derecho de Oxford*, Dykinson, Madrid.

No faltaron expertos vinculados al Gobierno que de algún modo dieran soporte a la posición contraria al nuevo régimen de responsabilidad directa. Para Manuel FERNÁNDEZ MOURILLO, oficial del Consejo de Estado, la cuestión tenía “un carácter circunstancial que impide resolverla en términos generales, debiendo ventilarse en cada caso concreto según su naturaleza, dejándola a la prudente apreciación del juzgador, como cuestión de hecho y en gran parte subordinada a la posibilidad de la reparación del daño causado, mediante rectificaciones procedentes”⁸⁶.

Más significativo aún es que un influyente y reputado Abogado del Estado, José Antonio UBIERNA EUSA, publicara en 1912 una voluminosa monografía sobre la “responsabilidad de los órganos del Estado” que, sin embargo, ignoraba con toda conciencia el debate sobre la responsabilidad civil directa de la Administración, como si la única responsabilidad posible fuera la personal de los funcionarios⁸⁷. No solo: llegaba a reclamar la recuperación de la vieja autorización administrativa previa para procesarlos con el argumento de que, “aun en el caso de que estimásemos impropio tal medida, existiendo un artículo en el Código fundamental del Estado [art. 77 de la Constitución de 1876] que la impone, esta debe dictarse á fin de respetar y cumplir el precepto constitucional”⁸⁸.

Ya el amplio número de indemnizaciones de daños sacrificiales (vinculado a la eliminación de privilegios feudales y a las obras públicas, primero, así como al crecimiento exponencial del intervencionismo estatal, después) había preocupado sobremanera a BRAVO MURILLO, según vimos al examinar la Ley de contabilidad de 1850 y como explicaré con detenimiento en breve. La extensión de la solución de la responsabilidad patrimonial directa a los supuestos de culpa funcional despertará definitivamente los recelos de los dirigentes políticos, acostumbrados a manejar un Derecho especial esencialmente destinado a proteger al Estado: el Derecho administrativo.

En efecto, desde 1845, las demandas formuladas contra los actos administrativos eran resueltas por la propia Administración recurrida a la vista del dictamen no vinculante del Consejo Real o de Estado, un régimen de autocontrol administrativo, judicializado solo en parte en 1888 y 1904, dentro del cual funcionaban otras

⁸⁶ RODRÍGUEZ MOURILLO, M. (1926): *Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la “Administración activa”*. *Reformas procedentes*, Impr. Del Asilo de los Huérfanos del S. C. de Jesús, pp. 70-71.

⁸⁷ Es seguro que UBIERNA conocía el debate sobre la responsabilidad directa del Estado: cita a estudiosos que se refieren a él (VACCHELLI, POSADA) y menciona esa responsabilidad directa de soslayo al clasificar asépticamente los tipos de responsabilidad. No parece casual la omisión de toda referencia a la ya nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esa cuestión (favorable y contraria), pues él mismo considera que “en todo orden jurídico es importantísimo conocer la doctrina sentada por el Tribunal Supremo” y lo demuestra efectivamente al abordar la responsabilidad personal. UBIERNA EUSA, J. A. (1912): *De la responsabilidad de los órganos del Estado*, ed. Mariano Nuñez Samper, Madrid, pp. 9, 12, 31.

⁸⁸ Tras presentar con aparente neutralidad los argumentos de los partidarios y los contrarios a la autorización administrativa previa, UBIERNA hace suyas las opiniones completamente favorables esgrimidas por Manuel COLMEIRO en 1850, incluida la de exigirla también para el ejercicio de acciones de responsabilidad civil fuera del orden penal. UBIERNA EUSA, J. A. (1912): *ob. cit.*, pp.12-14, 67-76.

prerrogativas, que aumentaban el régimen de desigualdad que le era inherente⁸⁹. En la jurisdicción ordinaria propiamente dicha (civil y penal), además del régimen de inmunidad judicial del que disfrutaban los poderes administrativos de supremacía (y no solo: también en relación con la enajenación de bienes nacionales y el cumplimiento y efectos de los contratos de obras y servicios), operaban otros mecanismos que aseguraban también allí de algún modo una posición de privilegio a la Administración⁹⁰.

Se entiende por todo ello que el Derecho administrativo acabara truncando la responsabilidad civil directa del Estado, llegando a negarla pura y simplemente en supuestos de culpa funcional. Cabe identificar tres mecanismos diseñados a estos efectos: una vía administrativa previa y otras trabas procedimentales (4.2); la exigencia de previsión legal específica para indemnizar el daño sacrificial (4.3); y la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC en el sentido contrario a la responsabilidad civil directa del Estado por los ilícitos del común funcionario (4.4).

4.2. Reclamación administrativa previa y otras trabas procedimentales

Para demandar al Estado por daños y perjuicios ante la justicia administrativa (en los supuestos o materias en que este orden tenía atribuida la competencia) o ante la jurisdicción ordinaria, el particular debía con carácter previo reclamar gubernativamente la indemnización en el plazo de un año. Y si la Administración no resolvía expresamente dentro de un determinado tiempo, debía formularse el correspondiente recurso, en lo que es una de las primeras expresiones de la técnica del silencio administrativo negativo. Así lo estableció la legislación sectorial, por ejemplo, en relación con la indemnización de los perjuicios causados por la abolición del diezmo a quienes habían adquirido a título oneroso participaciones en aquel tributo (Ley

⁸⁹ (i) La interposición preceptiva de recursos administrativos para demandar a la Administración en la vía contencioso-administrativa; (ii) la facultad de la Administración activa (gobernadores provinciales y ministros) de resolver sobre la admisibilidad de las demandas entabladas contra sus propias providencias, que desaparecerá tras la reforma de 1888; (iii) la regla *solve et repete*, esto es, la carga de abonar las deudas pecuniarias contraídas con la Administración para impugnar los actos sancionadores o tributarios de las que traen causa, recogida en la legislación sobre contabilidad (Leyes de 20 de febrero de 1850 y 25 de junio de 1870), procedimiento administrativo (Ley de bases de 31 de diciembre de 1881), contencioso-administrativo (LJCA 1888) y reclamaciones económico-administrativas (Reglamento para la ejecución de la Ley de 31 de diciembre de 1881, aprobado por Real Decreto el mismo día).

⁹⁰ (i) La interposición preceptiva de reclamaciones previas para demandar a la Administración en la vía judicial ordinaria (Reales Órdenes de 15 de marzo de 1842 y 9 de junio de 1847, Real Decreto de 20 de septiembre de 1851); (ii) la exigencia de autorización gubernativa previa para procesar a los empleados públicos y autoridades por hechos relativos al ejercicio de sus funciones (Ley de 2 abril de 1845, Real Orden de 27 de marzo de 1850, Real Decreto de 29 de abril de 1857), derogada por la Constitución de 1869; (iii) la inembargabilidad de los bienes públicos (Real Orden de 21 de enero de 1845 y Real Decreto de 12 de marzo de 1847); (iv) un sistema de conflictos jurisdiccionales que atribuye en exclusiva a la Administración tanto el planteamiento como la resolución de las contiendas (Reales Decretos de 6 de junio de 1844, 4 de junio de 1847, 4 de julio de 1861 y 8 de septiembre de 1887).

de 20 de marzo de 1846). Y lo fijaron con carácter general la Ley de contabilidad y administración de 1850 y sus sucesoras de 1870 y 1911.

La temprana instauración del silencio negativo como efecto de la falta de respuesta a las peticiones indemnizatorias se entendía, no tanto como garantía de derechos individuales, sino más bien como instrumento de organización de la Administración financiera, que lograba así cerrar aquellos expedientes *ope legis* y en beneficio del erario, así como la inadmisión de todo aquel recurso contencioso-administrativo que se plantera al cabo de cierto tiempo⁹¹.

La intervención judicial, al configurarse como revisora de un acto administrativo, estaba sujeta a límites similares a los de una segunda instancia o recurso de casación en cuanto a la introducción y valoración de nuevos hechos y alegaciones, al menos en el orden contencioso-administrativo. No cabía, en particular, revisar el alcance de la indemnización eventualmente concedida en la vía gubernativa. Por ejemplo, la Real Orden de 20 de enero de 1877 declaró, de acuerdo con el Consejo de Estado, que las indemnizaciones concedidas a empresarios del tabaco habano por verse obligados a cerrar sus expendidurías “no son revisables en la vía contencioso-administrativa” (Gaceta núm. 33 de 2 de febrero de 1877).

Estas dificultades se incrementaron aún más en el caso de las mencionadas “cargas de justicia”. Una prolija regulación vino a condicionar la indemnización de quienes habían sido privados de algún derecho (privilegio real, oficio o derecho enajenado de la Corona, participación en tributos abolidos) a probar y justificar dentro de breves plazos que sus antecesores lo habían obtenido, no como gracia, sino a título remuneratorio u oneroso; prueba que en la mayor parte de los casos era imposible. Lo explicó elocuentemente Fermín ABELLA:

“Como se ve no se respetaba con esto la propiedad adquirida, sino que se venía á negar, haciendo necesaria la prueba, que en la mayor parte de los casos era imposible. Olvidadas las causas de las concesiones, juzgándose á veces como faltas lo que antes constituían acciones meritorias, perdidos documentos, incendiados los Archivos, era muy difícil generalmente la prueba, y el Estado se libró de una gran parte de las cargas de justicia, si no fundado en los más puros principios de esta, al menos en virtud de otro principio no menos atendible, el de la prosperidad y el bien público”⁹².

4.3. Exigencia de previsión legal de las indemnizaciones por daño lícito sacrificial

Se exigía una previsión legal específica para reparar el daño causado deliberadamente (o resultado de un riesgo extraordinario impuesto) en aras del interés general. La doctrina del estado de necesidad, aunque ya en el siglo XVI había sido formulada

⁹¹ AGUADO I CUDOLÀ, V. (1998): “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, p. 342.

⁹² ABELLA, F. (1886): *Tratado de Derecho administrativo español*, t. II, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, pp. 1277-1279. Sobre la extensa regulación y jurisprudencia producida en esta materia, MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1886): *ob. cit.*, pp. 151-168.

con carácter general para justificar la reparación de todo daño causado legítimamente por razón de un interés superior, desapareció como tal, posiblemente por la influencia ejercida por el iusnaturalismo septentrional (KANT, PUFENDORF) y la nueva teoría jurídica europea, conforme a la que solo la culpa y el incumplimiento de un deber previamente establecido podían justificar con carácter general la obligación de reparar los daños resultantes. El acto lícito generador de un deber de reparación era visto como algo extraño, como una anomalía que, en lo posible, debía quedar reducida al instituto expropiatorio. Se concebía con naturalidad una cláusula general de responsabilidad por actos antijurídicos y culpables, pero se rechazaba tajantemente una cláusula general de responsabilidad por actos lícitos generadores de un sacrificio especial⁹³.

La expropiación forzosa quedó así configurada como institución autónoma, desvinculada de la doctrina general del estado de necesidad, excepcional, limitada a pocos supuestos (inicialmente solo para obras públicas) y rodeada de toda suerte de requisitos. La Constitución de Cádiz respondía a estos parámetros. Abrió la puerta a la expropiación forzosa, pero a regañadientes: “si en algún caso fuera necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio á bien vista de hombres buenos” (art. 172, apartado 9).

Tal concepción respondía en su origen al propósito de reducir al mínimo los sacrificios individuales, en línea con los postulados individualistas. Sin embargo, durante el siglo XIX, cuando se pone en marcha el proyecto de construcción de un Estado amplio hegemonizado por la Administración, produjo un efecto de signo inverso: no logró impedir tales sacrificios, pero sí que fueran objeto de reparación todos los producidos fuera del reducido ámbito de la legislación expropiatoria. De ahí que todo daño causado deliberadamente (o derivado de la realización de un riesgo especial impuesto) por razón del interés general al margen del estrecho régimen expropiatorio quedaba sin indemnización, salvo que esta estuviera legalmente prevista de modo específico.

Por ejemplo, la indemnización de los daños causados por la ocupación temporal de terrenos para la ejecución de obras públicas no estaba prevista en la Ley de enajenación forzosa de 17 de julio de 1836, y solo empezó a normalizarse cuando fue expresamente establecida por la Real orden de 19 de noviembre de 1845⁹⁴. Otro caso ilustrativo es el resuelto por el Real Decreto Sentencia de 14 de diciembre de 1859 del Consejo de Estado. No se discutía que el reclamante sufrió daños “á consecuencia del incendio ocurrido en una finca de su propiedad con motivo de la Orden dada por el Comandante general del Maestrazgo, estableciendo un riguroso bloqueo

⁹³ Ampliamente, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2018): “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, pp. 171-179.

⁹⁴ Véase, MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, 3.ª ed., Iustel, Madrid, pp. 286-287.

para destruir la facción que recorría el país”. Sin embargo, se rechazó la indemnización solicitada por la razón indicada: “no se funda en ninguna obligación contraída explícitamente por el Gobierno; y aun cuando se supusiera fundada en la implícita, que según el interesado tiene de resarcir los perjuicios causados por las medidas adoptadas por sus delegados en interés común, no es posible concurrir con los fondos públicos á semejantes indemnizaciones sin que así se ordene por una disposición legislativa” (Gaceta de Madrid núm. 364 de 30 de diciembre de 1859).

Confirmaba la exigencia de ley previa el Código Penal, tanto el aprobado el 1848 como el siguiente de 1870. Su cláusula general de “responsabilidad civil” por sacrificios impuestos legítimamente en estado de necesidad se aplicaba entre particulares⁹⁵; a la Administración solo en los términos que dispongan las “leyes o reglamentos especiales”⁹⁶. Ello fue convenientemente subrayado por los autores⁹⁷.

Algunos quisieron ver una cláusula general de responsabilidad por sacrificio especial en el reconocimiento constitucional de la propiedad privada (art. 10 de la Constitución de 1876 y 44 de la de 1931)⁹⁸ o en la previsión que declaraba infiscalizables por discrecionales los actos del “orden político ó de gobierno y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higienes públicas, al orden público y á la defensa del territorio, *sin perjuicio del derecho á las indemnizaciones á que pueda dar lugar tales*

⁹⁵ El Código de 1870, reiterando lo establecido por su predecesor, disponía, en primer término, que no incurre en responsabilidad penal “el que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena”, siempre que concorra una serie de circunstancias: “realidad del mal que se trata de evitar”, “que sea mayor que el causado para evitarlo” y “que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo” (art. 8, regla 7ª). Señalaba después que esta “exención de responsabilidad criminal (...) no comprende la de la responsabilidad civil” (art. 19, párrafo primero). En particular, “son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, á proporción del beneficio que hubiere reportado” (art. 19, regla 2ª, primer párrafo). De modo que, el beneficiario del sacrificio impuesto queda obligado a repararlo en concepto de responsabilidad civil.

⁹⁶ “Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder. Cuando no sean equitativamente asignables, ni aun por aproximación, las personas responsables ó sus cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se extienda al Estado ó á la mayor parte de una población, y en todo caso siempre que el daño se hubiere causado con intervención de la Autoridad, se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes ó reglamentos especiales” (art. 19, regla 2ª, párrafos tercero y cuarto).

⁹⁷ CÁRDENAS ESPEJO, F. (1850): “De la responsabilidad civil de los delitos según el Código penal”, *El Derecho moderno. Revista de jurisprudencia y Administración*, t. VIII, pp. 224-225: “Aunque estas leyes y reglamentos no existen, pueden aplicarse á algunos casos comprendidos en el artículo anterior las leyes sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública”. En la misma línea, PACHECO, J. F. (1870): *El código penal concordado y comentado*, t. I, 4ª ed., Imprenta de M. Tello, Madrid, p. 285.

⁹⁸ ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, *ob. cit.*, p. 76. Más claramente, ROYO VILLANOVA, A. (1940): *Elementos de Derecho administrativo*, 1.ª entrega, 16.ª ed., corregida y aumentada en colaboración con S. ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, Librería Santarén, Valladolid, p. 149. Este último afirmaba que la responsabilidad sin culpa del funcionario resultante del principio general de inviolabilidad de la propiedad privada está expresada también en la Real orden de 4 de diciembre de 1882, en cuya virtud “cuando un funcionario público es demandado judicialmente por consecuencia de los actos que ejerce en cumplimiento del servicio que se le encomienda y siempre que se ajuste a las prescripciones reglamentarias, hay méritos para considerar demandada a la Administración y debe mostrarse parte a su nombre el Ministerio fiscal”.

disposiciones” (art. 4.1 del Reglamento de 29 de diciembre de 1890, que pasará, casi sin modificaciones, al Reglamento de 22 de junio de 1894)⁹⁹. No obstante, la jurisprudencia no invocó estas normas para reparar sacrificios especiales en ausencia de previsiones que la establecieran específicamente. La STS de 5 de julio de 1889 llegó a descartar la responsabilidad en un caso bajo la consideración de “que la Real orden dictada por el Gobierno en uso de su facultad discrecional por razones de salubridad pública, al ordenar la clausura del cementerio, no estableció derecho a indemnización alguna a favor de la demandante”¹⁰⁰.

A su vez, el régimen de responsabilidad directa de la entidad (pública o privada) encargada de la explotación del ferrocarril (Leyes de 1855 y 1877) se interpretaba en clave subjetiva, esto es, condicionando la obligación de indemnizar a la existencia de culpa, incluso cuando el daño no era más que la realización de un riesgo especial inherente a esa actividad conocido e impuesto por el Estado. Por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 1865 absolvió de responsabilidad a la Empresa del Ferrocarril de Isabel II de la demanda de indemnización de perjuicios por incendio de un agromal causado por las locomotoras porque “para la aplicación del art. 14 [de la Ley de 14 de Noviembre de 1855] era preciso justificar en debida forma que habían faltado la Empresa ó sus empleados porque si bien el título IV nada dispone sobre las pruebas, parte del principio de que ha de haber faltas, las cuales no se suponen cuando no se acreditan” (Colección Legislativa, tomo 1865, p. 872).

No obstante, hubo alguna resolución que, contrariamente a la tendencia general, partiendo de la doctrina del estado de necesidad, sin específico apoyo legal, declaró la responsabilidad del Estado. Así, la Real orden de 30 de diciembre de 1926, tras apreciar la ausencia de un precepto legal que estableciese específicamente la obligación de reparar los daños producidos por la caída de un hidroavión de la Aeronáutica Naval, declaró, en línea con el dictamen favorable del Consejo de Estado: “salta a la vista la injusticia que entraña que los perjuicios que de modo fortuito se causan

⁹⁹ Alfonso GONZÁLEZ LOZANO, brillante estudioso adscrito a la Escuela liberal y miembro de la Comisión que elaboró el Dictamen de 21 de junio de 1887 sobre la aprobación de la nueva Ley de lo contencioso-administrativo, sostuvo que una medida discrecional, aunque infiscalizable, puede lesionar un derecho y dar lugar a que el titular violentado demande una indemnización, refiriéndose específicamente al caso de la revocación de actos favorables por razón del interés general: GONZÁLEZ LOZANO, A. (1891): *La materia contencioso-administrativa*, Imp. E. Rubiños, Madrid, pp. 203-204 (también, citando el artículo 4.1 del Reglamento de 1894, en la segunda edición, Librería de Leopoldo Martínez, 1903, pp. 210-216). Defendieron después que este precepto establecía una especie de cláusula general de responsabilidad por sacrificio especial: CABALLERO MONTES, J. M.^a (1902): *Lo contencioso-administrativo*, t. I, tip. Mariano Escar, Zaragoza, pp. 272-274, así como, bajo la influencia del anterior, GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *ob. cit.*, p. 565; y GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *Instituciones de Derecho administrativo*, vol. I, E. Heras, Sevilla, pp. 447-448. En la misma línea, CIUDAD AURIOLES, J. (1920): *La revisión de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo*, Reus, Madrid, pp. 25-26, quien sostuvo que “si no se fija la indemnización o no se hace en una cuantía remuneradora, aun tratándose de cuestiones peculiarmente atribuidas a la potestad discrecional, la Real orden que omite aquella o la fije insuficiente es impugnabile en vía contenciosa”.

¹⁰⁰ Al respecto, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, *cit.*, pp. 80-81.

con deplorable frecuencia a consecuencia del peligroso servicio de Aviación recaigan exclusivamente sobre la persona que eventualmente los sufra en sus bienes, pues sería, sin duda, más equitativo que tales daños los soportara y sufragase la colectividad nacional, o sea el Estado”. Hizo descansar la obligación de indemnizar “en el deber de resarcir los perjuicios quien recibe el provecho, es decir, el interés público obligado con el interés privado, por razones de equidad”¹⁰¹.

4.4. Negación de la responsabilidad directa de la Administración por ilícito del funcionario

Durante los últimos años del ochocientos, el Tribunal Supremo elaboró una jurisprudencia contraria a la responsabilidad civil directa de la Administración, incluso ante acciones claramente culposas o negligentes. Su Sentencia de 7 de enero de 1898 ofreció dos razones para justificar la no aplicación de los artículos 1902 y 1903 CC al Estado y la consiguiente irresponsabilidad. Una conectaba con el dogma de la infalibilidad del soberano (*The King Can Do No Wrong*), dándole ahora un nuevo significado como privilegio de inmunidad patrimonial de la Administración: “no cabe suponer de parte del Estado culpa, ni siquiera negligencia, en la organización de los servicios públicos y en la designación de sus agentes, sino, por el contrario, la previsión humanamente posible para que cada servicio responda al bien general y al de los particulares interesados en su prestación”. La otra razón derivaba de la doctrina de la doble personalidad estatal, tempranamente elaborada entre nosotros por PELÁEZ DEL POZO¹⁰² y ampliamente desarrollada a lo largo del siglo XIX: la eventual responsabilidad civil del Estado debe quedar circunscrita al caso de que la Administración haya obrado en pie de igualdad con los particulares como “persona jurídica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”. El alto tribunal acabó limitando la responsabilidad civil del Estado a los daños ocasionados por un “agente especial” (art. 1903, párrafo segundo, CC), concebido como aquel que “recibe un mandato o comisión concreta y determinada, ajena al ejercicio de su cargo si es funcionario público”. Todo ello bajo la consideración de que solo en este caso “cabe presumir en el Estado la culpa o negligencia, que es la base generadora de esta clase de obligaciones”. Se rechazaron así la responsabilidad civil del Estado tanto por hecho propio *ex* 1902 CC como por hecho del común funcionario *ex* 1903 CC¹⁰³.

¹⁰¹ Comentó esta decisión, juzgando que se “adelantaba a su época”, FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1957): “La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, pp. 18-19. Ya antes, ROYO-VILLANOVA, S. (1933): “La responsabilidad de la Administración”, parte II, cit., p. 84.

¹⁰² PELÁEZ DEL POZO, J. (1849): *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativos*, Imprenta D. B. González, Madrid, pp. 13-16.

¹⁰³ El Tribunal Supremo desarrolló esta doctrina en su Sentencia de 18 de mayo de 1904 (de la que tomo las frases entrecomilladas), reiterándola, entre otras, en las de 8 de julio de 1911, 17 de diciembre de 1912 y 18 de febrero de 1914. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1969): “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, en *Perspectivas del Derecho*

El legislador proclamará después la responsabilidad de la Administración, pero limitándola a supuestos concretos (p. ej., la suspensión o destitución indebida, conforme al art. 238 del Estatuto municipal de 1924) o configurándola como subsidiaria respecto de la principal de los funcionarios (Código penal de 1928, Ley municipal de 1935) y sujetando esta última a una dificultosa serie de requisitos y formalidades (Ley de 5 de abril de 1904 sobre responsabilidad de los funcionarios del orden gubernativo ó administrativo y Reglamento de desarrollo del 23 de septiembre siguiente). La Constitución de 1931, en la redacción inicialmente proyectada de su artículo 41, establecía la responsabilidad del Estado “si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero”. No obstante, la redacción final precisó que tal responsabilidad había de ser subsidiaria. La Ley de régimen local de 1950 supondrá un importante avance, aunque solo respecto de daños causados por las corporaciones locales (arts. 405-409) y sin prescindir del todo del viejo modelo de responsabilidad personal funcional. Tras disponer que la actividad de Derecho privado de los entes locales se sujeta a los artículos 1902 y 1903 CC, establecía para la actividad de Derecho público un régimen de “responsabilidad civil”, configurándolo en unos casos como subsidiario (“cuando los daños hayan sido causados por culpa o negligencia graves imputables personalmente a sus Autoridades, funcionarios o agentes, en el ejercicio de su cargo”) y en otros como principal (en materia contractual y “cuando los daños hayan sido producidos con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos o del ejercicio de las atribuciones de la Entidad local”, sin aquella culpa grave funcional).

La tendencia a dificultar el desarrollo del paradigma de la responsabilidad estatal se manifestará —con desigual intensidad— en los países de nuestro entorno por las mismas razones de fondo. En Francia, la célebre defensa de la inmunidad patrimonial de la *puissance publique* (*Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation*) por parte de Edouard LAFERRIÈRE¹⁰⁴ o la de la irresarcibilidad del daño derivado del acto de autoridad de Henry BERTHÉLEMY¹⁰⁵, más que rastros de absolutismo monárquico de un Derecho administrativo que solo paulatinamente habría podido introducir garantías, parecen tesis proclives al Estado expuestas dentro de la compleja tesitura de finales del siglo XIX y principios del XX, cuando los penetrantes cambios sociales (singularmente, el creciente intervencionismo estatal) suscitaron el debate sobre la responsabilidad directa de la Administración.

Desde luego, es lo ocurrido en Italia: la aparición de la tendencia a garantizar esferas de irresponsabilidad a la Administración está claramente vinculada a la construcción del Estado administrativo¹⁰⁶ y se desarrolló, con matices y modulaciones, ya

Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Sayagués Laso, Instituto Estudios Administración Local, t. IV, Madrid, pp. 876-877.

¹⁰⁴ LAFERRIÈRE, E. (1887-1888): *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault, Paris, p. 173.

¹⁰⁵ BERTHÉLEMY, H. (1908): *Traité de droit administratif*, 5.ª ed., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, p. 77.

¹⁰⁶ MANTELLINI, G. (1880): *Lo Stato e il Codice civile*, vol. 1, Barbera, Firenze; SAREDO, G. (1882): “Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari”, *Legge*, XXI, I, pp. 494 y ss.

en el siglo xx en el marco de una construcción propia del Derecho administrativo: el dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo o, lo que es lo mismo, la irresponsabilidad por el ejercicio incorrecto de potestades administrativas¹⁰⁷.

Ni siquiera en Inglaterra el régimen de irresponsabilidad característico del Gobierno central era herencia de un privilegio absolutista, por más que se apoyara formalmente en el mítico *The King Can Do No Wrong*. El dogma, de origen medieval, había tenido una significación casi opuesta, como *The King Is Not Entitled To Do Wrong*, esto es, como prohibición de que el rey cometa ilícitos. En el siglo xvii, se invocaba para asegurar la inmunidad jurisdiccional nada más que a la persona del rey; los oficiales que ejecutaban las órdenes reales podían ser demandados e incurrir en responsabilidad. Será a partir de la segunda mitad del siglo xix y sobre todo en el siglo xx, cuando la jurisprudencia extienda el privilegio a los departamentos gubernamentales y a los altos funcionarios y ello como consecuencia del crecimiento del intervencionismo público y del aparato estatal y como resultado de una reinterpretación del principio y la confusión del término “Corona”¹⁰⁸.

5. EL MITO DE LA HISTÓRICA IRRESPONSABILIDAD ESTATAL COMO ARGUMENTO LEGITIMADOR

La doctrina académica reaccionó contra la tendencia a rechazar la responsabilidad directa de la Administración por culpa funcional, así como a reducir la responsabilidad objetiva por sacrificio a los supuestos en que estuviese específicamente prevista. Llegó a vaticinarse que el régimen de responsabilidad personal resultante de la Ley de 1904 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía poco futuro “porque la tendencia doctrinal uniforme -que ha plasmado ya parcialmente nuestro Derecho [sacrificios especiales y daños causados por entes locales] es la de hacer recaer la responsabilidad siempre sobre la Administración, directa o indirectamente, según los casos, y no sobre el funcionario”¹⁰⁹.

No obstante, hubo divergencias muy relevantes en cuanto al fundamento y alcance que había de tener la responsabilidad del Estado. Varios abrazaron la causa teórica de la autonomía, como si vencer la resistencia de la Administración a indemnizar exigiera abandonar el Derecho civil y construir una institución especial en el marco del Derecho administrativo. Reivindicaron la instauración para la Administración de un régimen por completo autónomo de responsabilidad basado en la pura objetividad, que no se justificaba ya dentro de la doctrina del estado de necesidad. El profesor

¹⁰⁷ Véase para el siglo xix, CAZZETTA, G. (1991): *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico* (1865-1914), Giuffrè, Milano. Sobre el dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo, MEDINA ALCOZ, L. (2005): *ob. cit.*, pp. 68-110.

¹⁰⁸ Ampliamente, FORTIN, M.-F. (2024): *The King Can Do No Wrong. Constitutional Fundamentals, Common Law History, and Crown Liability*, Oxford University Press.

¹⁰⁹ GUAITA MARTORELL, A. (1953): “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 6, 1/1953, p. 130.

Segismundo ROYO-VILLANOVA lo defendió en su tesis doctoral, publicada en dos partes en la *Revista de ciencias jurídicas y sociales*¹¹⁰. Razonaba que la culpa era y debía ser un elemento esencial para la responsabilidad entre particulares, pero reglas y principios propios del Derecho público obligarían a prescindir universalmente del referido elemento, sustituyéndolo por el principio de causalidad. En la responsabilidad administrativa el criterio objetivo debía suplantar por completo al subjetivo, característico del Derecho civil por su inspiración igualitaria e individualista, quedando el particular amparado frente a todo perjuicio que le pudiera ocasionar la Administración¹¹¹.

Otros defendieron también la responsabilidad directa de la Administración, aunque, inversamente, limitándola a los supuestos de dolo o culpa en línea con la teoría dominante en el Derecho civil. Los daños lícitamente causados en aras del interés general habrían de asimilarse, a los efectos de su reparación, a una de sus especies (expropiación forzosa) en el marco de la llamada “teoría de la indemnización”. Se trata de una solución de inspiración italo-germánica, formulada entre nosotros por Fernando GARRIDO FALLA en 1952¹¹². En efecto, los ordenamientos italiano y alemán, imbuidos de las prevenciones heredadas de aquel iusnaturalismo racionalista, identificaban toda la responsabilidad con la responsabilidad por acto ilícito y culpable; estaban por ello forzados a excluir la indemnización de todo supuesto sacrificial carente de específica previsión legislativa, como había ocurrido también en España; o a afirmarla mediante artificios, esto es, evitando las consecuencias de la exigencia de ilicitud o antijuridicidad y el monismo culpabilista por la vía de reconducir la gran variedad de daños sacrificiales a nuevas categorías de las que se predicaba una naturaleza cuasiexpropiatoria¹¹³.

¹¹⁰ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932-1933): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte I, núm. 58, pp. 615-661; parte II, núm. 62, pp. 71-102. El padre de Segismundo, Antonio ROYO VILLANOVA, incorporó la tesis de su hijo al tratado que venía publicando desde 1909: ROYO VILLANOVA, A. (1940): *Elementos de Derecho administrativo*, 1.ª entrega, 16.ª ed., corregida y aumentada en colaboración con S. ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, Librería Santarén, Valladolid, pp. 140-151.

¹¹¹ En una línea similar, GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *ob. cit.*, pp. 433-449; TENA YBARRA, J. I. (1951): “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pp. 177-192; y DIEGO SAMPER, L. A. de, (1954): “La responsabilidad en el régimen local”, en *Estudios al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, *Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 431-459. Fuera de nuestras fronteras, por ejemplo: VACCHELLI, G. (1892): *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Hoepli, Milano; STARCK, B. (1958): “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 475.

¹¹² GARRIDO FALLA, F. (1952): “La teoría de la indemnización en Derecho público”, en *Estudios dedicados al Profesor Gascón y Marín*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, pp. 411-443. Apoyó la tesis de este autor: BERMEJO GIRONÉS, J. I. (1952): “Estudio preliminar”, en J. Mallol García, *Aspectos de la responsabilidad civil en la esfera de la Administración local*, Ediciones Orti, Valencia, 1952, pp. XIX y XX.

¹¹³ Para el Derecho alemán, OSSENBÜHL, F. (1996): “La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Dere-*

No faltaron quienes, junto a la responsabilidad directa de la Administración por culpa *ex artículo 1902 CC* y enlazando de algún modo con la tradición del *ius necessitatis*, justificaban un principio general de responsabilidad por sacrificio especial. Frente a los primeros, acotaban el ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva, limitándola a los supuestos en que el poder público causa legítima y deliberadamente un sacrificio especial. Y frente a los segundos, evitaban justificarla como regla excepcional o como solución situada al margen del sistema de responsabilidad civil. Los profesores Luis JORDANA DE POZAS y Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO defendían planteamientos en esta línea, que es la que acabará prosperando¹¹⁴.

Lo interesante a los efectos de esta investigación es que, más allá de sus diferencias, los autores coincidían, por lo general, en presentar la nueva responsabilidad patrimonial directa como el remedio a una injusticia multiseccular arrastrada desde el absolutismo monárquico. Y, para expresar la idea, usarán de modo recurrente el aforismo inglés *The King Can Do No Wrong*. Baste citar los tratados de GARCÍA OVIEDO y FÁBREGAS DEL PILAR, que abordaron la cuestión *in extenso*, y la tesis doctoral de Segismundo ROYO-VILLANOVA, el estudio más relevante de la época en esta materia:

“La irresponsabilidad del Estado fue absoluta en el viejo derecho. La antigua tendencia regalista del soberano (*The King can do no wrong*), estimándose sacrilegio pensar que el Príncipe hubiera podido mostrarse negligente en la elección de los funcionarios. El acto culposo productor del daño debía estimarse por la víctima como un caso fortuito, como un caso de fuerza mayor ... Fué antigua tendencia la de proclamar la irresponsabilidad absoluta del Estado por los actos de sus funcionarios. ... En la actualidad domina la tendencia contraria” (GARCÍA OVIEDO)¹¹⁵.

“La tradicional irresponsabilidad, defendida por los regalistas, tenía un firme apoyo en el concepto antiguo de Estado soberano. Los daños que causara el Estado a los particulares debían sufrirse como un caso fortuito o una fuerza mayor. Pero en el siglo XIX la noción del Estado

chos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia, coord. J. Barnés Vázquez, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, pp. 931-954. Para Italia, ALESSI, R. (1964): *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Giuffrè, Milán.

¹¹⁴ JORDANA DE POZAS, L. (1924): *ob. cit.*, pp. 156-159; FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1931): *ob. cit.*, 433-451. Más o menos en esta línea, las lúcidas observaciones críticas de FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1934): *ob. cit.*, pp. 174-183; y PÉREZ SERRANO, N. (1976): *Tratado de Derecho político*, Civitas, pp. 133-182 (escrito entre 1936 y 1939). Una construcción general de la responsabilidad por sacrificio sin salir del Derecho privado podía leerse en SÜSS, Th. (1943): “La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán”, *Revista de Derecho privado*, t. 27, 1943, pp. 54-72 (1ª parte) y pp. 137-159 (2ª parte). En Italia, una construcción unitaria de una responsabilidad policéntrica (por culpa y riesgo), fue defendida por ORLANDO, V. E. (1893): “Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato”, *Archivio di Diritto Pubblico*, núm. 3, pp. 321-378. Una justificación de la responsabilidad objetiva por sacrificio especial se hallaba también en Otto MAYER (1982 [1895]): *Derecho administrativo alemán*, t. II, Depalma, Buenos Aires, p. 217. Más o menos en sintonía, la doctrina francesa de la responsabilidad por ruptura de la igualdad ante las cargas públicas (p. ej., decisiones del Consejo de Estado de 30 de noviembre de 1923, asunto *Couitéas*; 24 de julio de 1931, asunto *Cne de Vic-Fezensac*; de 14 de enero de 1938, asunto *La Fleurette*; de 22 de febrero de 1963, asunto *Cne de Gavarnie*).

¹¹⁵ GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *ob. cit.*, pp. 440, 445.

se transforma y la teoría de la responsabilidad se desarrolla, aunque tímidamente” (ROYO-VILLANOVA)¹¹⁶.

“Los conceptos de responsabilidad y soberanía se han considerado incompatibles durante mucho tiempo. Entendida la responsabilidad como situación derivada de la infracción de un deber, y la soberanía como un poder independiente y superior, no podía ser de otra manera, porque el Soberano carecía, según este concepto, de deberes jurídicos propiamente dichos, y porque declararle responsable equivalía a despojarle del atributo de la soberanía. ... Pero transformados ambos conceptos de soberanía y de responsabilidad ... dejaron de ser incompatibles, y, como por otra parte, el principio y la afirmación positivista, según la cual no deber daño sin resarcimiento, estaban en todo auge, se abrió paso en la doctrina y, sobre todo en la realidad, la idea de la responsabilidad del Estado” (FÁBREGAS DEL PILAR)¹¹⁷.

Recuérdese que hasta hacía no tanto, cuando el proyecto de construcción del Estado administrativo estaba sin acabar, los más garantistas no concebían siquiera una responsabilidad directa de la Administración por ilícito funcional y, por supuesto, ni se les ocurría denunciar la vigencia de un sistema de irresponsabilidad estatal heredado del absolutismo monárquico. Todo su afán era impulsar el viejo principio de responsabilidad personal de ministros y funcionarios; un principio procedente del Antiguo Régimen que asociaban a las Cortes de Cádiz y al muy liberal Derecho angloamericano y que, según denunciaban, estaba siendo orillado en el Continente por efecto de la dinámica política y la autorización administrativa para procesar. Lo que estos autores conectaban con el *princeps legibus solutus* era, precisamente, esta autorización administrativa, presentada como herencia absolutista a fin de justificar su defensa de la única responsabilidad entonces concebible: la personal del funcionario.

El tópico de la inmunidad patrimonial del Estado irrumpirá después, cuando el amplio intervencionismo estatal obligue a superar la vieja responsabilidad personal de los oficiales; aparecerá en los trabajos de los primeros teóricos del nuevo paradigma de responsabilidad, precisamente para legitimarlo. De ahí pasó a la literatura que estamos examinando y al importantísimo y muy influyente estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA que interpretaba el sistema legal de responsabilidad patrimonial que él mismo había diseñado (art. 121 de la Ley de expropiación forzosa de 1954); sistema subsistente, con solo algún cambio, en la legislación hoy vigente (art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público)¹¹⁸. Estos fueron sus términos:

“Desde el punto de vista jurídico ... lo que sería preciso justificar sería la solución contraria; es decir, el principio de una inmunidad de la Administración respecto de la responsabilidad de los daños causados por su actuación; esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepitosamente ... [S]

¹¹⁶ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932): “La responsabilidad de la Administración”, parte I, cit., p. 615.

¹¹⁷ FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.^a (1934): *ob. cit.*, pp. 174-175.

¹¹⁸ Se trata de un estudio publicado primero como artículo: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, pp. 1023-1166. Y luego como monografía: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1956): *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid.

ha ido extendiendo el principio de responsabilidad de la Administración desde finales del siglo pasado hasta llegar a hacer del mismo una de las piezas maestras de la construcción positiva del Estado de Derecho ... El paso del sistema de la irresponsabilidad al de la responsabilidad de la Administración ha sido históricamente brusco ... Este desenvolvimiento ... constituye una de las muestras más concluyentes de la vitalidad del Derecho administrativo surgido de la Revolución francesa”¹¹⁹.

El objetivo era justificar la nueva solución y, a tal efecto, el contraste dialéctico con una multiseccular e inadmisiblemente irresponsabilidad patrimonial administrativa funcionaba como un recurso retórico de primer orden. Claro que a veces se reconocía con todo acierto que, en realidad, el problema de la responsabilidad del Estado se había planteado solo en tiempos recientes como consecuencia del creciente intervencionismo público. Así, la tesis doctoral de ROYO-VILLANOVA y la brillante exposición de GARCÍA DE ENTERRÍA:

“El Estado no tiene ya como única misión asegurar y mantener el orden interior y exterior, sino que extiende su actividad e interviene en todas las manifestaciones de la vida social. Entonces nace la responsabilidad del Estado, pues la creación de nuevos servicios públicos trae consigo un aumento de las relaciones del Estado con los particulares y, por consiguiente, crecen las posibilidades de que el Estado les cause daño. De ahí que se haya dicho que la responsabilidad del Poder público es hija del triunfo de las doctrinas intervencionistas” (ROYO-VILLANOVA)¹²⁰.

“Este desenvolvimiento ... ha corrido parejo curiosamente con el paralelo incremento de la acción del Estado durante el mismo periodo ... Todavía en 1904, cuando se dicta nuestra Ley vigente sobre la responsabilidad civil de los funcionarios, podía imaginarse la función de la Administración como limitada a la aplicación impersonal de las leyes; de ahí que pudiese establecerse como requisito para la exigencia de responsabilidad civil a los funcionarios la previa reclamación por escrito del interesado “para prevenir o remediar la infracción”, consignando “el precepto legal o reglamentario cuya aplicación se pida” (art. 11 del Reglamento de 23 de septiembre de 1904, en desarrollo del art. 1.º de la Ley de 5 de abril de 1904). Es claro que este requisito sólo tiene sentido cuando se contempla a la Administración reducida a la instrucción y actuación de expedientes; pero es inimaginable pretender hacerlo efectivo, en cuanto la Administración es ella misma prestadora de servicios materiales y se contempla la hipótesis ordinaria de daños acaecidos como consecuencia de esta actividad; *verbi gratia*, y el ejemplo es absolutamente vulgar, daños ocasionados por atropellos por vehículos públicos. Actualmente, en efecto, la Administración ha invadido todos los ámbitos de la vida social con su propia y directa acción ... No es casualidad por eso que la extensión del sistema de responsabilidad civil de la Administración haya tenido lugar justamente en el momento mismo en que este incremento de la actuación administrativa se ha desenvuelto y afirmado” (GARCÍA DE ENTERRÍA)¹²¹.

Pudiera pensarse que este modo de razonar era contradictorio, en el sentido de que se afirmaba a la vez que el problema de la responsabilidad del Estado es antiguo (porque ya la hacienda de la monarquía absoluta se habría beneficiado de un privilegio de inmunidad patrimonial vinculado a una soberanía de origen trascendental) y reciente (porque solo el incremento de la actividad estatal experimentado últimamente

¹¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): *ob. cit.*, pp. 1108-1121.

¹²⁰ ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932): “La responsabilidad de la Administración”, parte I, *cit.*, p. 615.

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): *ob. cit.*, pp. 1115-1116.

habría obligado a afirmar la responsabilidad directa de la Administración). Pero el objetivo no era fijar un relato histórico plenamente coherente, sino ofrecer todos los argumentos posibles a favor de la garantía patrimonial del administrado.

A partir de entonces, el tópico de la irresponsabilidad como herencia absolutista se insertó de lleno dentro del discurso europeo de ensalzamiento del Derecho administrativo como disciplina nacida de la Revolución francesa para someter al fin a una Administración omnipotente. Tal discurso respondía al objetivo de reconstruir en clave garantista el entero edificio jurídico-administrativo en el contexto humanista de la segunda posguerra mundial. Y se desarrolló entre nosotros a los mismos efectos, pero con particular intensidad. En plena Dictadura franquista, en ausencia de una verdadera Constitución, la identificación del Derecho administrativo con los axiomas revolucionarios y su contraposición al ominoso Estado de fuerza del Antiguo Régimen otorgaban singular fuerza legitimadora a esa reinterpretación en clave garantista¹²².

En la actualidad, los manuales de Derecho administrativo y los estudios de Derecho público de daños reiteran una y otra vez que durante todo el siglo XIX y hasta mediados de la centuria siguiente el Estado se benefició de un privilegio de irresponsabilidad patrimonial procedente del absolutismo monárquico. La llamada “nueva historia del Derecho” obliga a revisar esta tesis, pero hasta el momento ha pesado más la tradición de nuestra disciplina que los hallazgos realizados extramuros de ella.

Sin duda, la resistencia a desaparecer de tópicos históricos como este tiene que ver con que los administrativistas y los iushistoriadores conforman comunidades científicas separadas. A los jóvenes profesores de Derecho administrativo les resulta mucho más fácil adscribirse a las viejas tesis históricas de los grandes maestros de su disciplina que a las nuevas que arroja la investigación de los historiadores. A lo que hay que añadir que los primeros estudian normalmente problemas de Derecho positivo, desconociendo pura y simplemente los avances realizados por los segundos¹²³.

6. CONCLUSIONES

Los iuspublicistas europeos vienen compartiendo, con todos los matices y excepciones que se quieran, una tradición disciplinar que, a grandes rasgos, presenta el Derecho administrativo como un régimen jurídico nacido para por fin someter a límites al poder omnímodo del viejo monarca absoluto, concretando técnicamente las exigencias revolucionarias de la división de poderes y el principio de legalidad.

¹²² La historiografía actual está modulando ese discurso, pero debe hacerse cargo al propio tiempo de que contribuyó decisivamente a contrarrestar el marcado carácter autoritario que el Derecho administrativo europeo traía de serie. Al respecto, MEDINA ALCOZ, L. (2022): *ob. cit.*, pp. 343-350, 363-364, 409-413, 443-444.

¹²³ Otros factores han contribuido posiblemente a la perpetuación del tópico histórico. Véase DOMÉNECH PASCUAL, G. (2024): “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defecuosas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.

Conicionados por esta idea, entienden más o menos conscientemente que, al desarrollar la ingente tarea de limitar jurídicamente a la Administración, el Derecho administrativo hubo de concentrarse durante el siglo XIX en unas garantías (señaladamente, lo contencioso-administrativo), dejando otras para la centuria siguiente.

Tal es el equívoco marco dentro del cual vienen interpretándose hechos incontrovertidos comunes a la generalidad de las experiencias europeas, como son la ausencia durante el siglo XIX de una cultura del procedimiento administrativo o, en lo que aquí importa, de un régimen de responsabilidad del Estado por los ilícitos de sus funcionarios. El significado generalmente atribuido a esos hechos es inexacto porque lo son las bases a partir de las cuales se han interpretado. Aquella tradición disciplinar ha tenido así una suerte de efecto cegador en el sentido de que ha impedido entender cabalmente cómo y por qué se han formado algunas instituciones centrales del Derecho administrativo. En otro lugar me he ocupado de las verdaderas razones de la ausencia de una cultura del procedimiento administrativo en la Europa del siglo XIX, con la notable excepción de España¹²⁴. Aquí me he centrado en el problema de la responsabilidad civil del Estado por los ilícitos de los servidores públicos. En ambos casos me he beneficiado de la “nueva historia del Derecho”, esto es, de un “giro jurídico” que arroja un formidable cambio epistémico sobre cómo era el orden jurídico e institucional tanto de la monarquía tradicional como de las primeras experiencias constitucionales.

Durante las primeras décadas del siglo XIX, cuando la Administración era sobre todo un proyecto, no existía, desde luego, una responsabilidad directa del Estado por los ilícitos de sus funcionarios, pero hay que dejar de interpretar esta ausencia como efecto de un dogma absolutista heredado del pasado. Dado el contexto de continuidad de la monarquía, lo que hubo fue la natural prolongación de dispositivos propios del Antiguo Régimen, esto es, de un mundo sin Administración, como eran la indemnización con cargo al erario de daños sacrificiales y contractuales, así como la responsabilidad personal de los oficiales del rey por sus abusos y negligencias. Mecanismos que dispensaban una protección adecuada a la época.

En este contexto, no se concebía siquiera una responsabilidad directa de la Administración por ilícito funcional. A nadie se le ocurría denunciar la vigencia de un sistema de irresponsabilidad estatal heredado del absolutismo monárquico. El afán de los más garantistas era impulsar el viejo principio de responsabilidad personal de ministros y funcionarios; un principio antiquísimo que asociaban a las Cortes de Cádiz y al muy liberal Derecho angloamericano y que, según denunciaban, estaba siendo orillado en el Continente por efecto de la dinámica política y la autorización administrativa para procesar a los funcionarios.

Durante el último tercio del siglo XIX, el éxito del proyecto de construcción estatal hizo por completo inservible aquel paradigma de responsabilidad. Una actividad

¹²⁴ Al respecto, MEDINA ALCOZ, L. (2023): “La cultura del procedimiento administrativo: Orígenes y razones de fondo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62.

administrativa intensiva, no es ya que produzca muchos daños anónimos, sin autor concreto localizable, es que resulta de suyo incompatible con un sistema de responsabilidad personal; responsabilidad que, en todo caso, había devenido prácticamente inexistente como consecuencia de la exigencia de autorización administrativa previa para procesar. Surge así la necesidad de instaurar un nuevo paradigma de responsabilidad, que permita al erario hacerse cargo, no solo de los daños sacrificiales y contractuales, sino también de los resultantes de culpas extracontractuales de los funcionarios y, en general, del mal funcionamiento de los servicios públicos. Antes del cambio de siglo ya había en España autores, preceptos legales y resoluciones judiciales adscritos a esta tendencia.

El tópicus de la inmunidad patrimonial del Estado apareció en los trabajos de los primeros teóricos de la responsabilidad estatal directa, precisamente para legitimarla. La idea de que el Estado venía disfrutando desde hace siglos de un privilegio de inmunidad patrimonial vinculado a una soberanía de origen trascendental, de suyo incompatible con el Estado de Derecho, no solo cuadraba con aquella tradición disciplinar, sino que daba soporte o justificación a la innovadora solución de la responsabilidad directa de la Administración.

La indicada solución despertará los recelos de una Administración acostumbrada desde sus orígenes a beneficiarse de un Derecho orientado a garantizarle una posición de superioridad: el Derecho administrativo. De tal manera que, a la vez que se elaboraba el nuevo modelo de responsabilidad, el Derecho administrativo ingenió mecanismos para desactivarlo, con el apoyo de algunos autores y la oposición de otros: 1) la vía administrativa previa y otras trabas procedimentales; 2) la exigencia de previsión legal específica para indemnizar el daño sacrificial; y 3) la interpretación de los artículos 1902 y 1903 CC en el sentido contrario a la responsabilidad civil directa del Estado por los ilícitos del común funcionario.

Consecuentemente, no es que Derecho administrativo arrastrase hasta mediados del siglo xx un dogma del absolutismo monárquico, tal como afirma aún hoy nuestra tradición disciplinar; es que el Derecho administrativo mismo, al crear y conformar la Administración como una nueva autoridad dotada de múltiples poderes y privilegios que interviene en las más variadas esfera de la vida social provocó la obsolescencia de la responsabilidad personal de los oficiales públicos, por un lado, y, por otro, configuró *ex novo* mecanismos que dificultaban el desarrollo del nuevo paradigma, limitando, cuando no negando pura y simplemente, la responsabilidad directa del Estado, tal como estaba ocurriendo también en otros países.

No quiero con ello excluir todo punto de conexión entre el Antiguo Régimen y el Derecho administrativo; aquel Derecho administrativo era en cierto modo una sublimación del ámbito de lo gubernativo de la monarquía tradicional, esto es, de ese reducido espacio dentro del cual los agentes del rey intervenían libremente aplicando razones de utilidad, sin condicionamientos jurídicos ni procedimentales. Pretendo más bien impugnar la interpretación de que el Derecho administrativo nació ya como un sistema de garantías que solo paso a paso pudo desmontar el viejo absolutismo monárquico, pues, más allá de que es rigurosamente inexacta, oculta que el

problema de la responsabilidad patrimonial de la Administración es un fenómeno de los siglos XIX y XX.

En suma, la solución de indemnizar con cargo al erario los daños causados por culpas funcionariales topó en efecto con muchas dificultades, pero estas no las puso una supuesta tradición absolutista, sino el Derecho administrativo; no se vinculaban a la dificultad de superar viejas inercias del pasado, sino al proyecto decimonónico de construcción del Estado administrativo.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, F. (1886): *Tratado de Derecho administrativo español*, t. II, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
- AGUADO I CUDOLÀ, V. (1998): “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pp. 329-362.
- AGÜERO NAZAR, A. (2007): “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, CGPJ, Madrid, pp. 21-58.
- AGÜERO NAZAR, A. (2021): “Justicia y Administración entre el antiguo régimen y el orden liberal: lecturas ius-históricas”, Dossier 2618-415x, en *Historiapolitica.com. El sitio web del Programa Interuniversitario de Historia Política*, en <https://historiapolitica.com>.
- ALCÁNTARA PÉREZ, A. y MORALES SERRANO, J. (1866): *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados públicos*, t. I., Imprenta de J. E. Morete.
- ALESSI, R. (1964): *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano.
- ANDRÉS UCENDO, J. I. y LANZA GARCÍA, R. (2024): “Estructura y tendencias del gasto de la hacienda real de Castilla en el siglo XVII”, *OHM: Obradoiro de Historia Moderna*, núm. 33, <https://doi.org/10.15304/ohm.34.10009>.
- AZCÁRATE, G. (1877): *El Self-government y la monarquía doctrinaria*, Librerías de A. de San Martín, Madrid.
- BERMEJO GIRONÉS, J. I. (1952): “Estudio preliminar”, en J. Mallol García, *Aspectos de la responsabilidad civil en la esfera de la Administración local*, Ediciones Orti, Valencia, 1952, pp. VII-XXX.
- BERNARD, P. (1878): *De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du Décret du 19 septembre 1870*, A Cotillon et C., Paris.
- BERTHÉLEMY, H. (1908): *Traité de droit administratif*, 5.^a ed., Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris.
- BIGOT, G. (2012): “La responsabilité de l'administration en France. Histoire et théorie”, *Jus politicum*, núm. 8.
- BONASI, A. (1874): *Della responsabilità penale e civile dei Ministri e degli altri ufficiali pubblici secondo le leggi del Regno e la giurisprudenza*, Zanichelli, Bologna.
- CÁRDENAS ESPEJO, F. (1843): “De la responsabilidad de los ministros”, *Revista de Madrid*, t. I, pp. 438-441.
- CÁRDENAS ESPEJO, F. (1850): “De la responsabilidad civil de los delitos según el Código penal”, *El Derecho moderno. Revista de jurisprudencia y Administración*, t. VIII, pp. 197-229.
- CARRÀ, M. (1994): “L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee”, en *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, D. Sorace (dir.), Il Mulino, pp. 29-74.
- CAZZETTA, G. (1991): *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano.
- CHIRONI, G. P. (1886-1887): *La colpa nel diritto civile odierno*, 2. t., Fratelli Bocca Editori, Torino, libro traducido al español por A. Posada (t. I, 1898) y C. Bernaldo de Quirós (t. II, 1904), Reus, Madrid, con segunda edición también en Reus de 1928.

- CIUDAD AURIOLES, J. (1920): *La revisión de la Ley orgánica de lo contencioso-administrativo*, Reus, Madrid.
- CLAVERO, B. (1995): “Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, núm. 24, pp. 419-465.
- COLMEIRO PENIDO, M. (1850): *Derecho administrativo español*, 2 t., Librería Ángel Calleja, Madrid/Santiago de Compostela.
- CUESTA MARTÍN, S. (1894): *Principios de Derecho Administrativo*, vol. 1.º, Librería de Manuel Hernández, v., Salamanca.
- DELGADO MARTÍN, E. (1883): *Contratos administrativos ó de obras y servicios públicos*, tip. De M. Ginés Hernández, Madrid.
- DÍAZ RICO, J. C. (2025): *Albert Venn Dicey y la Escuela de Derecho de Oxford*, Dykinson, Madrid.
- DICEY, A. V. (1982 [1915]): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpression de la 8ª ed., coord. Roger E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis.
- DIEGO SAMPER, L. A. de (1954): “La responsabilidad en el régimen local”, en *Estudios al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, *Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 431-459.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2009): ¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 103-159.
- DOMÉNECH PASCUAL, G. (2024): “Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.
- DUGUIT, L. (1909): *La transformación del Estado*, trad. A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid, hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada.
- ECHEVARRÍA, L. (1892): *Responsabilidad civil: comentario a los artículos 1285 1293 del Código Civil*, tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Establecimiento tip.-Litográfico Oriental, Montevideo.
- ESCRICHE, J. (1874): voz “Autorización para procesar”, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, con la participación de J. M.ª Biec, J. Vicente y Caravantes y L. Galindo y de Vera, nueva ed. reformada y aumentada, t. I, Imp. Eduardo Cuesta, pp. 922-923.
- FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.ª (1934): *Derecho administrativo*, Reus, Madrid.
- FÁBREGAS DEL PILAR, J. M.ª (1957): “La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, pp. 1-46.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1920): *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R. (1931): *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, 2.ª ed. Bosch, Barcelona.
- FORTIN, M.-F. (2024): *The King Can Do No Wrong. Constitutional Fundamentals, Common Law History, and Crown Liability*, Oxford University Press.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1955): “Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. 8, núm. 4, pp. 1023-1166. Publicada como monografía: *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Civitas, Madrid, 1956.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1969): “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Sayagués Laso*, Instituto Estudios Administración Local, t. IV, Madrid, pp. 873-907.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. (1977): *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid; 17ª ed. de 2022.
- GARCÍA MARTÍN, J. (2010): “*Aufferre rem privati* o título versus potestas. La expropiación en los juristas castellanos del ius commune”, en *Historia de la propiedad. La expropiación*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 99-193.
- GARCÍA OVIEDO, C. (1927): *Instituciones de Derecho administrativo*, t. I, E. Heras, Sevilla.
- GARRIDO FALLA, F. (1989): “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, pp. 7-48.

- GARRIGA ACOSTA, C. (2007): “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen: la tradición jurisdiccional”, en *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, CEPC, Madrid, pp. 43-72.
- GARRIGA ACOSTA, C. (2009): “Gobierno y justicia: El Gobierno de la justicia”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 45-113.
- GARRIGA ACOSTA, C. y LORENTE SARIÑENA, M. (1998): “Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la administración (1812-1845). Una propuesta de revisión”, en *Constitución en España, orígenes y destinos*, CEPC, Madrid, pp. 215-272.
- GASCÓN Y MARÍN, J. (1917): *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Doctrina General*, Imprenta Clásica Española, Madrid.
- GIL ROBLES, E. (1899): *Guía para el estudio del Derecho administrativo*, Imprenta B. de la Torre, Salamanca.
- GIORGI, G. (1882): *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. V, *Fonti delle obbligazioni: quasi contratti, fatti illeciti, legge*, ed. Eugenio e Filippo Cammelli, Firenze.
- GIORGI, G. (1911): *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana, etc., etc.*, vol. V, *Fuentes de las obligaciones: Cuasicontratos; Hechos ilícitos; Leyes*, traducido y anotado por el equipo de redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Reus, Madrid.
- GÓMEZ ACEBO y CORTINA, J. y DÍAZ MERRY, R. (1889): *Diccionario general de jurisprudencia contencioso-administrativa*, Tip. de los Huérfanos, Madrid.
- GONZÁLEZ ALONSO, B. (2000): “Los procedimientos de control y exigencia de responsabilidad de los oficiales regios en el Antiguo Régimen (Corona de Castilla, siglos XIII-XVIII)”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad en el Derecho), pp. 249-272
- GONZÁLEZ LOZANO, A. (1891): *La materia contencioso-administrativa*, Imp. E. Rubiños, Madrid; hay 2.ª ed. en Librería de Leopoldo Martínez, 1903.
- GONZÁLEZ NIETO, E. (1952): “Responsabilidad de las entidades locales”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 62, pp. 206-223.
- GONZÁLEZ RAMOS, C. (2016): “Sobre la formación histórica del régimen de responsabilidad extracontractual de la Administración pública”, en *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, coord. J. M.ª Baño León, t. III, CEPC, Madrid, pp. 2719-2737.
- GUAITA MARTORELL, A. (1953): “El proceso de responsabilidad civil de los funcionarios administrativos”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 6, 1/1953, p. 130. p. 94-132
- GÜENECHEA, J. N. (1915): *Ensayo de Derecho administrativo*, Imprenta Corazón de Jesús, Bilbao.
- HESPANHA, A. M. (1989): *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Taurus, Madrid.
- HESPANHA, A. M (1990): “Justiça e administração entre o Antigo Regime e a revolução”, en *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales: atti dell'incontro di studio Firenze – Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), vol. 1, Giuffrè, Milano. pp. 135-204.
- JORDANA DE POZAS, L. (1924): *Derecho administrativo*, IEAL, Madrid.
- LAFERRIÈRE, E. (1887-1888): *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, Berger-Levrault, Paris.
- LLINÁS ALFARO, D. (2012): “Proto-constitucionalismo indiano. La responsabilidad de la corona y el poder de los súbditos de batallar contra el Estado”, en *Constitucionalismo científico. Dinámicas globales y locales*, B. Marquardt (coord.), Temis, Bogotá, pp. 285-331.
- LEMPÉRIÈRE, A. (2019): “Constitución, jurisdicción, codificación. El liberalismo hispanoamericano en el espejo del derecho”, *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), 57, pp. 1-34.
- LORENTE SARIÑENA, M. (2007): “De la trascendencia constitucional de un mecanismo institucional: la autorización para procesar a los funcionarios públicos”, en *Derecho, Historia y Universidad. Estudios dedicados a Mariano Peset*, Universidad de Valencia, Valencia, t. 2, pp. 117-127.

- LORENTE SARIÑENA, M. (2009): “Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. Jurisdicción Administrativa en la restauración francesa, 1814-1830)”, *Historia y Política*, 22, pp. 15-44.
- LUQUE REINA, A. M. (2016): “Rule of Law a debate: Laski vs Dicey”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 33, pp. 193-209.
- MALAGÓN PINZÓN, M. (2008): *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MANNORI, L. Y SORDI, B. (2001): *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari.
- MANRESA NAVARRO, J. M.^a (1907): *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid.
- MANTELLINI, G. (1880): *Lo Stato e il Codice civile*, vol. 1, Barbera, Firenze.
- MARIANA, J. de (1981 [1598]): *La dignidad real y la educación del rey. De rege et regis institutione*, CEC, Madrid.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1868): voz “daños”, en *Diccionario de la Administración Española peninsular y ultramarina: compilación ilustrada de la novísima legislación de España en todos los ramos de la Administración pública*, T. V, 2^a ed., Imprenta de A. Peñuelas, Madrid, pp. 3-5.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1886): voz “Cargas de Justicia”, en *Diccionario de la Administración española*, t. II, 4.^a ed., pp. 151-168.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F. (2007): *De responsabilitate. Una breve historia de la responsabilidad pública*, UCM, Madrid.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2009): “De la pluralidad de fueros al fuero de la Administración (1834-1845)”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 7 (ejemplar dedicado a “La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes”), pp. 223-266.
- MARTÍNEZ PÉREZ, F. (2022): “*Gubernativas e insuplicables*”. *Competencias de jurisdicción entre Monarquía Judicial y Estado administrativo (1768-1848)*, Universidad Carlos III, Madrid.
- MAYER, O. (1982 [1895]): *Derecho administrativo alemán*, t. II, Depalma, Buenos Aires.
- MEDINA ALCOZ, L. (2005): *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson/Civitas, Cizur Menor.
- MEDINA ALCOZ, L. (2022): *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid.
- MEDINA ALCOZ, L. (2023): “La cultura del procedimiento administrativo: Orígenes y razones de fondo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 62, 2023.
- MEUCCI, L. (1909): *Istituzioni di diritto amministrativo*, 6.^a ed., ed. Fratelli Bocca, Torino.
- MOLINA, L. (1941 [1593-1600]): *Los seis libros de la justicia y el Derecho*, vol. 1, J. L. Cosano, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, t. I, *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, 3.^a ed., Iustel, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (1986): *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid.
- NIETO GARCÍA, A. (2022): *Responsabilidad ministerial en la época isabelina*, Iustel, Madrid.
- ORLANDO, V. E. (1893): “Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile. A proposito della responsabilità diretta dello Stato”, *Archivio di Diritto Pubblico*, núm. 3, pp. 321-378.
- OSSENBÜHL, F. (1996): “La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos en la República Federal de Alemania”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho europeo y comparado. Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos, España, Alemania, Francia, Italia*, coord. J. Barnés Vázquez, Tecnos/Junta de Andalucía, Madrid, pp. 931-954.
- PACHECO, J. F. (1870): *El código penal concordado y comentado*, t. I, 4.^a ed., Imprenta de M. Tello, Madrid.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (1960): “La responsabilidad criminal de los funcionarios públicos y sus obstáculos: autorización administrativa previa, prejudicialidad administrativa y cuestiones previas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 31, pp. 95-152.
- PELÁEZ DEL POZO, J. (1849): *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativos*, Imprenta D. B. González, Madrid.
- PÉREZ SERRANO, N. (1976): *Tratado de Derecho político*, Civitas.

- PI SUÑER, J. M.^a (1951): “La responsabilidad de los órganos y funcionarios de la Administración local, *Revista de estudios de la vida local*, núm. 55, pp. 38–48.
- POSADA, A. (1897): *Tratado de Derecho administrativo*, 1ª ed., t. I, Victoriano Suárez, Madrid.
- POSADA, A. (1909): “La Nueva Orientación del Derecho Político”, en *La transformación del Estado*, L. Duguit, traducción del propio A. Posada, Librería de Fernando Fé, Madrid, hay 2ª ed. de 1949, que es la manejada, pp. 207-366.
- PRO RUÍZ, J. (2019): *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Alianza, Madrid, pp. 617-626.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2013): “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 252-276.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2018): “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, pp. 171-179.
- RODRÍGUEZ MOURILLO, M. (1926): *Lo contencioso-administrativo. Su eficacia en el régimen de la “Administración activa”. Reformas procedentes*, Impr. Del Asilo de los Huérfanos del S. C. de Jesús.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2023): “Presupuestos y garantías de la expropiación forzosa en el Iusnaturalismo moderno”, *Revista de Administración Pública*, 220, pp. 117-146.
- RODRÍGUEZ SAN PEDRO, F. (1911): “Concepto de la responsabilidad jurídica y su determinación legal en los casos de daños y perjuicios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 119, pp. 433-457.
- ROYO-VILLANOVA FERNÁNDEZ-CAVADA, S. (1932-1933): “La responsabilidad de la Administración”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, parte I, núm. 58, pp. 615-661; parte II, núm. 62, pp. 71-102.
- SAAVEDRA FAJARDO, D. (1988 [1642]): *Empresas políticas*, Barcelona, Planeta.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1885): *Curso de Derecho administrativo*, Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1984): “La teoría del órgano en el Derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núms. 40-41, pp. 43-86.
- SANTAYANA BUSTILLO, L. (1769): *Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez de ellos*, 2ª ed., Imprenta de la Viuda de Eliseo Sánchez, Madrid.
- SAREDO, G. (1882): “Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari”, *Legge*, XXI, I, pp. 494 y ss.
- SOLLA SASTRE, M.^a J. (2011): *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- STARCK, B. (1958): “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, *Revue trimestrielle de droit civil*
- TOCQUEVILLE, A. (2023 [1835/1840]): *La democracia en América*, Trotta, Madrid.
- TOCQUEVILLE, A. (2004 [1856]): *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Alianza, Madrid.
- TENA YBARRA, J. I. (1951): “Desarrollo y perspectivas del principio de responsabilidad civil de la Administración”, *Revista de Administración Pública*, núm. 6, pp. 177-192.
- UBIERN A EUSA, J. A. (1912): *De la responsabilidad de los órganos del Estado*, ed. Mariano Nuñez Samper, Madrid.
- VACCHELLI, G. (1892): *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Hoepli, Milano.
- VALLEJO, J. (2009): “Concepción de la policía”, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, M. Lorente (dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 117-144.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2010): “Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812”, en *De Aranjuez a Cádiz: por la libertad y la Constitución. Bicentenario de La Junta Central Suprema 1808-2008*, Ayuntamiento de Aranjuez, Aranjuez, pp. 189-234.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, F. (1931-1934 [1564]): *Controversiarum illustrium aliamque vsu frequentium: libri tres*, traducción de F. Rodríguez Alcalde, 4. t., Universidad de Valladolid.

- VITORIA, F. de (2007 [1529-1532]): *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Tecnos, Madrid.
- ZACHARIÄ, K. E (1863): "Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, núm. 19, pp. 582-652.
- ZEVÁLLOS, J. de (1623): *Arte real para el buen gouierno de los Reyes, y Principes, y de sus vasallos*, Imprenta de D. Rodríguez, Toledo.

VULNERABILIDAD. REDUCTO O FRONTERA DEL ESTADO SOCIAL*

VULNERABILITY. BASTION OR FRONTIER OF THE WELFARE STATE

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

RESUMEN: El auge de la noción de vulnerabilidad en textos legales y sentencias no ha ido acompañado de una construcción conceptual jurídica consistente. Este artículo busca analizar las implicaciones jurídicas que tienen los diversos enfoques conceptuales. Se realiza también una sistematización de los usos jurídicos de la vulnerabilidad que ayude a comprender la creciente presencia de este concepto con el objeto de determinar si constituye una mera actualización terminológica de otros conceptos previos o si aporta nuevas perspectivas. Singularmente esa taxonomía puede servir para profundizar en si la vulnerabilidad está siendo usada como garantía mínima del Estado Social o como avanzadilla para la extensión de obligaciones de protección social en el ámbito privado.

PALABRAS CLAVE: vulnerabilidad; condición humana; protección de grupos; taxonomía; Estado Social; universalidad de los derechos sociales.

ABSTRACT: The rise of the notion of vulnerability in legal texts and rulings has not been accompanied by a consistent conceptual legal construction. This article seeks to analyze the legal implications of the various conceptual approaches. It also systematizes the legal uses of vulnerability to help understand the growing presence of this concept, determining whether it constitutes a mere terminological update of other previous concepts or offers new perspectives. This taxonomy can uniquely serve to delve deeper into whether vulnerability is being used as a minimum guarantee of the Welfare State or as a vanguard for the extension of social protection obligations in the private sector.

KEYWORDS: vulnerability; human condition, protection of groups, taxonomy; Welfare State; universality of social rights.

* Este artículo se realiza en el seno del proyecto de la AEI PID2024-157996NB-I00, «Vulnerabilidad(es). Universalidad o Regresión de derechos en un Estado Social en transición».

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. CONCEPTO: 2.1. Algunos datos sobre la vulnerabilidad en nuestro ordenamiento interno, 2.2. La(s) vulnerabilidad(es). Aproximación crítica al concepto; 2.3. El margen de apreciación administrativa y judicial de la vulnerabilidad.— 3. TAXONOMÍA JURÍDICA DE LA VULNERABILIDAD: 3.1. Vulnerabilidad, derecho internacional y límite a la deferencia, 3.2. La vulnerabilidad como parámetro de principios: proporcionalidad y efectividad; 3.3. Vulnerabilidad y modulaciones del régimen jurídico aplicable a un sector del ordenamiento; 3.4. Vulnerabilidad como condición para el acceso y conservación de prestaciones públicas y medidas de fomento, 3.5. Condición para adaptaciones organizativas de los servicios públicos y los servicios privados esenciales; 3.6. Vulnerabilidad, obligaciones de servicio público de operadores privados y estado garante, 3.7. Obligaciones de protección en el derecho privado de contratos; 3.8. Las nuevas vulnerabilidades y la evaluación de riesgos específicos.— 4. LA VULNERABILIDAD EN EL ESTADO SOCIAL EN CAMBIO. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de vulnerabilidad es utilizado cada vez con más frecuencia en el ordenamiento jurídico interno e internacional tanto en normas de Derecho público, como de Derecho privado. A pesar de su auge y “naturalización”, lo cierto es que es un concepto lábil y dúctil, elástico y aparentemente multiusos (COLE, 2016: 263), pero sin un significado preciso (Cotino, 2024) o escurridizo (BURGORGUE-LARSEN, 2024: 132). Se ha utilizado para describir condiciones físicas, mentales o sociales de individuos, para proteger de discriminaciones a grupos sociales o para caracterizar espacios físicos o condiciones climáticas.

Si bien muchos de los conceptos filosóficos y jurídicos de vulnerabilidad que se manejan están asociados a la situación de inseguridad o riesgo (AGRA, 2013: 51), a la herida (*vulnus*) que acompaña de forma específica a personas, colectivos o ecosistemas por sus especiales características, el debate conceptual desborda el Derecho de riesgos, largamente estudiado entre nosotros por ESTEVE PARDO (1999, 2009).

La(s) vulnerabilidad(es) cumplen funciones muy diversas en la legislación y jurisprudencia reciente. Aparecen en normas, jurisprudencia o dictámenes de organismos internacionales como límite o excepción, como indicador para valorar la proporcionalidad, como requisito para prestaciones o condición para el ejercicio de derechos, etc¹.

¹ Sin afán de exhaustividad podríamos citar entre esas diversas funciones la de excepcionar un régimen jurídico establecido (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19); la evaluación reforzada de riesgos tecnológicos y climáticos (Reglamento (UE) 2024/1689 en materia de IA, Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética); su condición como requisito para establecer medios de apoyo o ayudas (Ingreso mínimo vital); o para fijar sueldos mínimos o estándares de realización de obligaciones de medios presupuestarios, cartera de servicios u objetivos (objetivo de un 20 por 100 de parque social de vivienda a 20 años disp.trans. 2ª Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda); actuar como límite a las facultades de reintegro de ayudas indebidas a personas vulnerables por error de la Administración (STEDH, Case Čakarević V. Croatia y STS 15.10.2024, sala de lo Social); para matizar o extinguir obligaciones contractuales (art. 5.3 Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los

Esta multiplicidad de acepciones y de funciones jurídicas precisa una sistematización conceptual y una taxonomía de usos. Al mismo tiempo, apunta a la necesidad de realizar una reflexión en relación con las consecuencias de su utilización cada vez más generalizada.

Los objetivos de este trabajo son, por tanto, en primer lugar, hacer un repaso sobre las aproximaciones conceptuales existentes y la divisoria fundamental entre su entendimiento como una característica intrínseca a todas las personas o una idea de pertenencia a grupos que por cuestiones sociales, físicas, económicas experimentan una situación específica de desigualdad o riesgo. En segundo término, sistematizar las funcionalidades del concepto de vulnerabilidad. La diversidad de usos normativos y jurisprudenciales de la vulnerabilidad —como estándar de control de principios generales, definiendo obligaciones, excepciones, prestaciones o ayudas reforzadas— es expresiva de su auge terminológico, pero también puede contribuir a dar respuesta al tercer objetivo de este trabajo. Este tercer objetivo, sería —a la luz de la diversidad de usos que presenta la vulnerabilidad— empezar a explorar la hipótesis de si la eclosión de la vulnerabilidad acompaña una redefinición del Estado social. Un Estado social en crisis que abandona los postulados universalistas que acompañaron el crecimiento del Welfare State y se repliega a una protección de mínimos de los colectivos especialmente vulnerables. Esa conceptualización y sistematización debería permitirnos examinar en qué medida la noción de vulnerabilidad puede estar sirviendo para caracterizar el suelo mínimo de protección social en un contexto de redefinición del Estado social o la avanzadilla de un Estado social garante que obliga a sujetos privados (GARCÍA ANDRADE, 2025). La vulnerabilidad nos habla realmente de quién es el sujeto de las políticas sociales o de qué nivel de Estado Social queremos (de)construir. Si es, en definitiva, reducto o frontera de un Estado social en cambio.

2. CONCEPTO

2.1. Algunos datos sobre la vulnerabilidad en nuestro ordenamiento interno

Las menciones a la vulnerabilidad están a la orden del día en informes públicos y de entidades sociales, en normas o sentencias. En cierta medida podríamos decir que

consumidores en el mercado interior); como condición para el ejercicio de la supervisión de compromisos adquiridos en convenios internacionales (Comité DESC segundo dictamen relativo al derecho a la vivienda en el caso Ben Djazia *et al.* (o M.B.D. c. España); como parámetro de proporcionalidad para el enjuiciamiento de actuaciones (STS 1701/2020, de 10 de diciembre, desahucio de menores) o para determinar el principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE (Carmona Contreras, 2017); como mecanismo de expansión de las obligaciones positivas de protección de derechos de los Estados parte de convenios internacionales (Kagiaros, 2019); o como destinatarios de obligaciones de servicio público en operadores económicos privados (Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica).

es un término de nuevo cuño que caracteriza algunas situaciones a las que nuestro ordenamiento ya daba respuesta (discapacidad, violencia de género, atención a la infancia o a la vejez) o que en el pasado recibieron denominaciones hoy en desuso (menesterosos, desamparados, pobres²). Pero también característico de políticas públicas emergentes, significativamente en la de vivienda. ¿Cuál es, por tanto, el valor añadido que aporta el concepto de vulnerabilidad y a qué responde su mayor presencia en normas, sentencias y textos científicos? El aumento de referencias es relativamente reciente y permite rastrear su origen y eclosión lo que puede ser oportuno para encontrar factores explicativos que expliquen su creciente uso y su potencial para interpretar cambios en el ordenamiento³.

Para ilustrar esa evolución creemos que es útil visualizar con un pequeño experimento con datos la significación del término en la producción normativa en España de las últimas décadas. Para este apartado se hizo un trabajo doble con la base de datos del *BOE*. Se realizó una búsqueda en los códigos electrónicos del *BOE* de educación, sanidad y discapacidad que representan aproximadamente 300 leyes, completada con la inclusión de otras leyes sectoriales con inequívoca relación con el Estado Social, excluyendo las previsiones en el Código Penal. Esta primera búsqueda muestra una presencia casi inexistente de este término antes de 2010.

En segundo lugar, se realizó un volcado y búsqueda automatizada de todos los textos consolidados con rango de ley en el periodo 1994-2024 a través de la API oficial del *BOE*⁴. Esta búsqueda de la frecuencia del término se complementó con el cálculo de la distribución del valor Tf-idf (del inglés Term frequency – Inverse document frequency) del término “vulnerab*” entre los documentos. Este método es empleado para calcular la relevancia o significación de un término en su contexto a partir de un corpus*. El resultado arroja una distribución semejante, mostrando una mayor relevancia entre las normas vigentes aprobadas durante el periodo post-crisis en diversos momentos significativos. Esta distribución se comparó también con la del término “bienestar”, que mostró una mayor relevancia entre la legislación de las primeras décadas, estancándose a partir del período 1994-2024. Como método de

² La obra de Concepción Arenal (*El visitador del pobre, El pauperismo*) es fiel reflejo de cómo la literatura científica volcó su mirada en estas realidades a través de otras denominaciones.

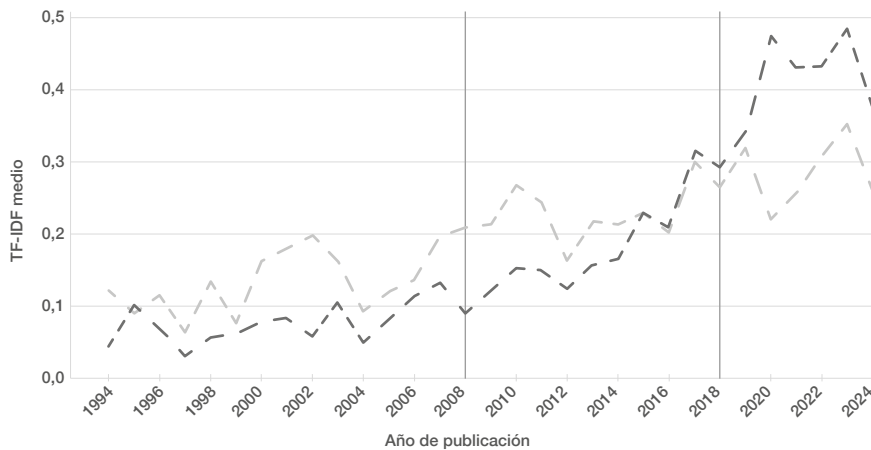
³ Contrasta, por ejemplo, en leyes sociales más recientes la amplitud del uso de este término -Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital (40 menciones), Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (6 menciones); Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (25 referencias)-, con la ausencia de menciones en la legislación precedente. Así una única mención en la exposición de motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia o varias menciones en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pero que fueron introducidas en la modificación por LO 3/2020. Del mismo modo este término no aparece en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, salvo en su art.27, cuya redacción fue introducida por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública.

⁴ Agradezco la ayuda de Andrei Quintiá Pastrana (investigador RyC, USC) para la realización de este experimento con datos.

control, finalmente se comparó también con dos términos escogidos aleatoriamente (“arqueología” y “civil”) apreciándose que en esos dos casos la distribución a lo largo del periodo es homogénea sin grandes disparidades o incrementos significativos en ningún momento del periodo.

Los resultados parecen ser consistentes con los de la primera búsqueda, aunque debemos advertir que el *BOE* sólo permite trabajar con textos consolidados. Por ello, para reducir el sesgo no hemos incluido normas derogadas o sin rango de ley.

Gráfica1 Distribución del valor medio TF-IDF entre normas con rango de ley por año de publicación



Fuente *BOE*. Elaboración Andrei Quintiá

En todo caso la primera búsqueda cualitativa realizada en los códigos sociales permite confirmar que, entre los textos vigentes aprobados antes de 2010, el término vulnerabilidad sólo se incorpora a normas cabecera en materia de sanidad y educación por medio de reformas legislativas posteriores a esa fecha, lo que da solidez a la hipótesis interpretativa de los datos. El volcado de las leyes estatales y autonómicas que regulan los sectores vinculados a las políticas de bienestar y asistencia social muestran que las palabras “vulnerable”, “vulnerables” o “vulnerabilidad” no son términos que tengan una presencia más que anecdótica antes de 2010. Las leyes educativas o de sanidad de primera hornada no usaban este concepto y las menciones residuales que contienen actualmente fueron introducidas por modificaciones legales posteriores⁵. Quizás la primera referencia en un texto normativo central del

⁵ En la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad existe una mención en el art.27 en relación con la publicidad veraz a colectivos vulnerables en una redacción introducida por Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud pública. Por su parte la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación incluye varias menciones (Art. 71.2. Recursos para alumnos con NEAE por vulnerabilidad socioeducativa. Art. 80 acciones compensación desigualdades. Art. 81 (3 menciones) garantía escolarización. Art. 124, proporcionalidad medidas correctoras si afectan a alumnado vulnerable) casi todas incluidas por la LO 3/2020.

ordenamiento social está en la Exposición de Motivos de la conocida como Ley de dependencia (2006), sin que figuren más menciones en el articulado⁶. No obstante, también se debe señalar que el trabajo de análisis en detalle de esos volcados indica que muchas de las referencias más actuales también son genéricas. Se trata en muchas ocasiones de alusiones en exposiciones de motivos o menciones declarativas sin que lleven aparejados efectos jurídicos. En todo caso, la eclosión normativa es relativamente reciente —acentuada después de la Covid 19— y parece avanzar hacia un uso sustantivo del término en una evolución que sustituiría otros conceptos previos —personas en situación de exclusión, necesitadas, menesterosas—.

2.2. La(s) vulnerabilidad(es). Aproximación crítica al concepto

En el plano teórico se puede afirmar que no hay un concepto único de vulnerabilidad. La RAE dice que es vulnerable el que “puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. La vulnerabilidad se asocia con la fragilidad y el riesgo de lesión (VERZA, 2022: 214; CATANZARITI, 2022: 1392).

La vulnerabilidad se afirma tanto de sujetos como de grupos. Podríamos hablar aquí de que hay también un amplio campo de vulnerabilidades adjetivadas⁷. La vulnerabilidad se adjetiva para indicar la condición que la produce (vulnerabilidad económica, vulnerabilidad social⁸, vulnerabilidad climática, vulnerabilidad energética, vulnerabilidad administrativa) o también se presenta desnuda de otras caracterizaciones. Puede presentar una intensidad variable y las normas hablan de grupos “especialmente vulnerables” (ej. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación) o de personas o grupos “más vulnerables” (ej. 7. Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia). La vulnerabilidad se presenta como una condición transitoria o como una condición inherente a un colectivo o de todas las personas, una cuestión sobre la que giran importantes debates teóricos.

La(s) vulnerabilidad(es), por tanto, son conceptualmente diversas y existe una rica literatura jurídica, filosófica, sociológica o politológica sobre su utilidad explicativa y, también, sobre las implicaciones que tiene cada perspectiva de análisis. De-

⁶ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Exposición motivos, primera línea: La atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía

⁷ Tomo aquí prestada una expresión de Susana de la Sierra (2020), “Las ciudades adjetivadas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 55, que creo que refleja con acierto este fenómeno en el que un ámbito de estudio se connota con adjetivos para visibilizar políticas prevalentes.

⁸ Cruz Roja publica desde 2006 un Informe sobre la vulnerabilidad Social en el que aporta datos e indicadores para detectar estas situaciones.

bemos llamar la atención también sobre la centralidad de las aportaciones desde la teoría feminista y la nutrida representación de las pensadoras mujeres en este ámbito (BUTLER, 2007; MACKENZIE, ROGERS, DODDS, 2013; AGRA, 2013)⁹.

La vulnerabilidad juega un papel fundamental en la teoría ética. NUSSBAUM (1998: 275) apunta incluso que “la excelencia moral tiene que ver con tomar riesgos para proteger la vulnerabilidad humana: si se niega la vulnerabilidad, entonces las virtudes tradicionales pierden su sentido”.

Los discursos filosóficos, también los jurídicos, sobre la vulnerabilidad parten generalmente de cuestionar “la concepción liberal de los sujetos como individuos abstractos, independientes, racionales, maximizadores de preferencias y descorporizados. Una teoría política liberal que ha ignorado las relaciones, los vínculos, la responsabilidad, la interdependencia, los trabajos de cuidados y la reproducción de la vida” (LOIS; DE LA FUENTE, 2022). Para CAVARERO (2009), como señala AGRA (2013), “la vulnerabilidad es constitutiva del ser humano, es una condición, no una circunstancia, y como tal donde mejor se reconoce es en la infancia, en la que vulnerabilidad e inermidad van unidas, para ir separándose con posterioridad”. Esta vulnerabilidad produce una herida (*vulnus*) que necesita a los “otros” para la cura, para el cuidado, para la justicia. Esta idea relacional de la vulnerabilidad sería coherente con el rechazo a la noción del sujeto liberal autosuficiente.

Pensadoras feministas de referencia como BUTLER (2010) profundizan en ese aspecto relacional. La vulnerabilidad tiene que ver con las relaciones de poder y las estructuras sociales, la “precariedad inducida”. “Desde esta dimensión, la vulnerabilidad no equivale a una condición existencial compartida, como ser humano, sino a una condición socialmente producida” (LOIS, DE LA FUENTE, 2022). Precisamente por esa importancia que BUTLER atribuye a las relaciones de poder también afirma que “aunque el valor de la vulnerabilidad ha sido importante en la teoría y la política feministas, no significa que esta sirva como una característica diferenciadora de las mujeres como grupo. No significa que las mujeres sean más vulnerables que los hombres o que las mujeres valoren la vulnerabilidad más que los hombres. Más bien, algunos atributos para definir los géneros, como vulnerabilidad e invulnerabilidad, son distribuidos de manera desigual desde ciertos regímenes de poder, y precisamente con el propósito de reforzar esos regímenes que privan de derechos a las mujeres” (BUTLER, 2017: 17).

En la literatura sociológica la aproximación a la vulnerabilidad adopta enfoques diferentes. Se centra fundamentalmente en cómo las formas de organización social inciden en las condiciones de vulnerabilidad de ciertos grupos (migrantes, desempleados, ancianos...).

La literatura jurídica sobre la vulnerabilidad es más reciente. La dimensión jurídica de la vulnerabilidad expresa la existencia de una laguna legal cuyo reconocimiento

⁹ No podemos entrar aquí por razón de extensión en la confluencia en el discurso feminista de la vulnerabilidad y la interseccionalidad.

busca la protección jurídica para sanar la situación lesiva, a diferencia de la vulnerabilidad por naturaleza, que dependería de las condiciones inherentes de las personas (CATANZARITI, 2022: 1394).

El debate conceptual ha “llegado tarde” al Derecho y ha tenido una entrada (*vulnerability turn*) caracterizada por el casuismo con menciones legislativas o en resoluciones judiciales sin pretensiones teóricas o sistemáticas (BURGORGUE-LARSEN, 2024: 126, 128). Probablemente la aproximación de referencia es la teoría de la vulnerabilidad de la jurista Martha FINEMAN, revisitada en la reciente obra *Vulnerability Theory and the Trinity Lectures: Institutionalizing the Individual* (2025, Bristol University Press). Fineman define la vulnerabilidad como una condición ontológica de todas las personas. Esa naturaleza “universal, inevitable, aspecto duradero de la condición humana” defendida por FINEMAN (2008: 8) buscaría soslayar el mito liberal de que las personas somos por definición autosuficientes. De forma cambiante todas y todos experimentamos momentos de mayor o menor vulnerabilidad en distintas etapas de la vida (infancia, vejez), por circunstancias económicas, psicológicas o por problemas diversos que exigen una respuesta de los otros, pero también del Estado (*Responsive State*). Sin embargo, para analizar esta aportación es crucial entender el muy diferente papel del Estado de bienestar en USA y en una mayoría de países del continente europeo. Precisamente, BURGORGUE-LARSEN (2024: 127) contextualiza la aproximación teórica de Fineman indicando que, aunque pueda “parecer relativamente banal en el contexto europeo, —donde el intervencionismo estatal ha sido, y permanece todavía, como el sello de la política del Viejo continente— la propuesta aparece como radical en el universo americano, donde la no-intervención del Estado permanece todavía como un dogma difícil de deshacer”. La aproximación teórica de FINEMAN también enraiza en los déficits del Derecho antidiscriminatorio en USA que se construye sobre un principio de igualdad formal y que no prohíbe la discriminación general sino la de ciertos grupos. Singularmente aquellos que fueron capaces de movilizarse para defender, judicialmente, sus derechos, con un nivel de éxito variable (BARRÈRE, 2016: 21-22).

Modulando esta teoría existen críticas que exponen que todos somos vulnerables “pero unos somos más vulnerables que otros” (COLE, 2016) y advierte de los riesgos que presenta pudiendo opacar o diluir la acción contra las desigualdades más severas. Esta autora fija en los albores de la década de los 10 de este siglo XXI el crecimiento exponencial de este concepto ligado a los atentados del 9S, las guerras y la crisis, pero también apunta su origen teórico a una expansión del “giro afectivo” (*affective turn*) que se produce en la investigación social con una atención creciente al papel de las emociones en la política¹⁰.

La ambivalencia del concepto conduce a que se advierta que deba ser “manejado con cuidado” (BROWN, 2011: 318) porque puede ser presentado tanto como “paternalista y condescendiente”, estigmatizando a quien es considerado vulnerable o,

¹⁰ Por todos vid. Clough, Patricia & Halley, Jean (Eds.) (2007). *The Affective Turn: Theorizing the Social*. New York: Duke University Press Books.

por el contrario, puede tener un potencial transformador que favorece la autonomía y canaliza recursos. En la literatura sobre la vulnerabilidad aparece con frecuencia esa idea de que situar el foco sobre la condición de vulnerable puede estigmatizar a quién cae bajo ese rótulo y desvía la atención del *cómo* se aborda la igualdad hacia el *quién* es desigual/vulnerable y *porqué* está en esa situación. En definitiva, que la focalización en la(s) persona(s) vulnerable(s) puede acabar haciendo girar el debate público y normativo sobre qué específica condición o criterios se deben cumplir situando en un plano secundario el diseño de políticas públicas y abandonando la idea de universalidad en las prestaciones.

Es un concepto complejo y paradójico porque una acción hiperprotectora puede arrojar efectos adversos aislándolos, definiéndolos como no-normales, en vez de buscar su integración (VERZA, 2022: 227). En cierta medida, la campaña “Soy viejo, no idiota” frente a la exclusión digital bancaria evoca este problema de paternalismo que subyace bajo el rótulo de la vulnerabilidad¹¹. También se llama la atención sobre que “no merecer” la categorización como vulnerable —por entender que se es responsable de esa condición— puede tener efectos en la exclusión de prestaciones o servicios concebidos para ese fin (BROWN, 2011, 317). En el último apartado de este trabajo volveremos sobre los efectos que puede tener situar el foco de la legislación y las políticas sociales sobre personas o colectivos que presentan unas condiciones de vulnerabilidad frente al principio de igualdad y la acción social de carácter universalista.

La emergencia del concepto de vulnerabilidad en ciertos sectores del ordenamiento ha activado específicamente el pensamiento crítico sobre su virtualidad. Así, a raíz de la evolución de la política de asilo y protección de refugiados se ha reflexionado sobre el concepto de vulnerabilidad. Aunque la Convención de 1951 del Estatuto de los Refugiados no menciona este concepto, se han abierto vías de atención particularizada a los solicitantes de asilo que muestran condiciones específicas de vulnerabilidad por género, edad o discapacidad. Sin embargo, existe un cierto cuestionamiento sobre las bondades de su uso. Se advierte, por ejemplo, que “aunque ser tratada como “vulnerable”, puede ser visto como una ventaja, también reduce a las mujeres a lo que perciben como un *status* “inferior” donde sus estrategias autónomas se erosionan” (FREEMAN, 2019: 9). Partiendo del hecho de que muchas mujeres que emprenden el camino que las lleva a la situación de demandantes de asilo muestran un efectivo empoderamiento o valentía que podría ser contrario al encasillamiento como vulnerables (como podrían también serlo hombres), FREEMAN (2019: 12-13) apuesta por una definición que tome en consideración la naturaleza relacional y dependiente del contexto de la situación de vulnerabilidad en que todos podemos encontrarnos en algún momento, pero sin que esa etiqueta les reste capacidad para emerger como sujetos políticos con iniciativa.

¹¹ <https://elpais.com/opinion/2022-01-18/la-rebelion-de-carlos-un-pensionista-contra-los-bancos.html>

Desde la literatura sobre la discapacidad también existen voces que cuestionan el uso de la “etiqueta de vulnerabilidad” (BRODERICK, KROMMENJIDIJK, 2024: 84). Con argumentos semejantes a los apuntados desde la crítica feminista. Señalan que la creciente incardinación de las personas con discapacidad como un grupo vulnerable puede ser perjudicial para la agenda de defensa de derechos de este colectivo puesto que no es la discapacidad lo que convierte a alguien en intrínsecamente vulnerable sino la falta de acceso a información o apoyos (PIERNAS LÓPEZ, 2021: 291). Esa misma idea de que es la “injusticia social”, la falta de apoyos institucionales, la que convierte a alguien en vulnerable y no una específica condición también se señala por AGRA (2013: 74) en los trabajos teóricos de Iris Marion YOUNG y Martha NUSSBAUM. Colocan la idea de justicia en primer plano y “reenvían a la vulnerabilidad común y a las vulnerabilidades a su necesaria articulación con estructuras y procesos sociales, leyes y normas, instituciones públicas, que respondan a unas condiciones sociales sustentadoras de una vida digna y vivible, a la interrelación justicia y cuidados”.

A pesar de los matices teóricos de un debate conceptual aún abierto existen trazos de coincidencia en ciertos aspectos. Es un concepto que surge de un cuestionamiento del individualismo neoliberal. Nos habla de la fragilidad y el riesgo específico de experimentar situaciones de desigualdad, personal o colectivamente. Busca una acción positiva colectiva de atención a esas necesidades con acento en nociones diversas: cuidados, políticas públicas, justicia social, *Responsive State*. ¿Cuáles son, pues, los aspectos que separan las concepciones expuestas y que consecuencias en la configuración del Estado social podrían extraerse de ellas?

La noción universalista de la vulnerabilidad, que remite a una condición existencial que con diversa intensidad todas las personas pueden experimentar a lo largo de su vida, conecta con una concepción relacional, no individualista, de la vida en sociedad. Que todas y todos necesitamos atención social, cuidados, está en la base del Estado Social. La educación, la sanidad pública en Europa se han construido sobre esa idea de atención universal. También sobre la idea de igualdad. Probablemente la discusión teórica que se debería abrir sería si los cimientos de esas obligaciones positivas de prestaciones sociales están en la vulnerabilidad como condición universal o en el “viejo” concepto de igualdad. Las aportaciones teóricas, singularmente de Fineman, pueden estar lastradas por los déficits sociales del modelo liberal estadounidense, pero la vulnerabilidad como concepto-fuerza posiblemente tiene un menor recorrido en nuestro continente. Precisamente por eso la eclosión de la vulnerabilidad en los textos jurídicos parece querer señalar un cambio de paradigma. Como se podrá apreciar *infra* la singular vulnerabilidad de determinados colectivos o grupos está detrás de la mayoría de los “usos jurídicos” que modulan el ordenamiento para ofrecer ayudas, prestaciones, obligaciones singularizadas tanto desde la acción pública, como condicionando a los operadores privados. El debate que se abre es si esa vitalidad del término vulnerabilidad para encauzar la acción social sobre determinados grupos es expresiva de un momento de replegamiento del Estado social con dificultades para avanzar en la aspiración de igualdad material y que se concentra en garantizar el núcleo mínimo de protección de la dignidad para los más desfavorecidos o vulnerables.

2.3. El margen de apreciación administrativa y judicial de la vulnerabilidad

En nuestro ordenamiento jurídico la definición de la vulnerabilidad es cambiante. En la mayoría de las normas se establece por referencia a grupos de personas con condiciones físicas, sociales o económicas en las que se presume que existe vulnerabilidad¹², generalmente como un *numerus apertus*. O bien se fija un “umbral de vulnerabilidad” con unos indicadores reglados que determinan esa situación de riesgo y la necesidad de implementar políticas focalizadas a revertirlo¹³.

Tanto si la regulación opta por citar unas condiciones (víctimas de violencia de género, ancianos, migrantes, infancia, personas discapacitadas) que podrían reflejar vulnerabilidad (ej. los mencionados para la suspensión de lanzamientos del art. 1.2 Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudo-

¹² Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional

Artículo 2. Definiciones

c) Situación de vulnerabilidad: es la convergencia de circunstancias que aumentan la probabilidad de la persona de sufrir contingencias que disminuyan su más elemental bienestar. Entre otras, se incluyen personas menores de edad, personas de edad avanzada, personas con discapacidad, personas con enfermedades graves, mujeres embarazadas, madres o padres solos con hijos o hijas menores de edad, víctimas de trata de seres humanos, víctimas de cualquier manifestación de violencia contra las mujeres, personas pertenecientes a grupos étnicos o nacionales objeto de discriminación, personas con problemas de salud mental, personas LGTBI+ u otras personas que hayan sufrido torturas, violaciones o cualquier forma grave de violencia psicológica, física o sexual, que son distintas de las torturas.

¹³ Real Decreto 164/2019, de 22 de marzo, por el que se establece un régimen gratuito de cuentas de pago básicas en beneficio de personas en situación de vulnerabilidad o con riesgo de exclusión financiera. Artículo 3. Situación especial de vulnerabilidad o riesgo de exclusión financiera.

Se entenderá que un cliente se encuentra en situación de especial vulnerabilidad o en riesgo de exclusión financiera cuando:

Los ingresos económicos brutos, computados anualmente y por unidad familiar, no superen los siguientes umbrales:

1.º Tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples de doce pagas, vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.

2.º Tres veces y media dicho indicador cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

3.º Cuatro veces dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.

4.º Cuatro veces dicho indicador cuando se trate de unidades familiares que tengan en su seno a una persona con grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento reconocido oficialmente por resolución expedida por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de las comunidades autónomas.

No concurra titularidad, directa o indirecta, o derecho real alguno sobre bienes inmuebles, excluida la vivienda habitual, ni titularidad real de sociedades mercantiles, por parte de ninguno de los miembros que integren la unidad familiar.

Sea víctima de trata o explotación sexual, en cuyo caso quedará exenta de cumplir los requisitos de los apartados a) y b).

res hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social)¹⁴, como si se establecen umbrales concretos económicos, físicos o de cargas familiares necesarios para establecer esa condición (ej. la regulación del ingreso mínimo vital; dependencia; discapacidad)¹⁵ las definiciones normativas no son homogéneas en cuanto a los sujetos y grupos que se consideran vulnerables. Ni siquiera en regulaciones de similar naturaleza podemos encontrar una definición única (el umbral de edad del IMV es distinto al que fijan distintas normas autonómicas, por ejemplo, la RISGA de Galicia, con similares objetivos).

Cabría pensar que la fijación normativa de indicadores o umbrales que acreditan la condición o situación de vulnerabilidad conducen a decisiones regladas con un

¹⁴ Artículo 1. Suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables. 2. Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:

Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo.

Unidad familiar de la que forme parte un menor de edad.

Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo.

Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

Unidad familiar en la que exista una víctima de violencia de género.

El deudor mayor de 60 años.

¹⁵ Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Artículo 11. Situación de vulnerabilidad económica.

Para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica a la que se refiere el artículo 10, se tomará en consideración la capacidad económica de la persona solicitante beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia en su conjunto, computándose los recursos de todos sus miembros.

Se apreciará que concurre este requisito cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, en los términos establecidos en el artículo 20, sea inferior, al menos en 10 euros, a la cuantía mensual de la renta garantizada con esta prestación que corresponda en función de la modalidad y del número de miembros de la unidad de convivencia en los términos del artículo 13.

No se apreciará que concurre este requisito cuando la persona beneficiaria individual sea titular de un patrimonio neto valorado, de acuerdo con los criterios que se contemplan en el artículo 20, en un importe igual o superior a tres veces la cuantía correspondiente de renta garantizada por el ingreso mínimo vital para una persona beneficiaria individual. En el caso de las unidades de convivencia, se entenderá que no concurre este requisito cuando sean titulares de un patrimonio neto valorado en un importe igual o superior a la cuantía resultante de aplicar la escala de incrementos que figura en el anexo II.

No obstante, quedarán excluidos del acceso al ingreso mínimo vital, independientemente de la valoración del patrimonio neto, las personas beneficiarias individuales o las unidades de convivencia, que poseen activos no societarios sin vivienda habitual por un valor superior al establecido en el anexo III.

Igualmente quedarán excluidos del acceso al ingreso mínimo vital, independientemente de la valoración del patrimonio neto, las personas beneficiarias individuales o las personas que se integren en una unidad de convivencia en la que cualquiera de sus miembros sea administrador de derecho de una sociedad mercantil que no haya cesado en su actividad. (...).

margen de control judicial limitado. Mientras que la determinación de la pertenencia a un colectivo vulnerable (vejez, infancia, discapacidad...) abre un mayor margen de apreciación administrativa y judicial sobre si se dan realmente esas condiciones. En la reciente jurisprudencia interna e internacional podemos encontrar ejemplos significativos en que se entra a valorar la concurrencia de esa condición y en las que la apreciación de la vulnerabilidad abre líneas jurisprudenciales novedosas, generalmente en conexión con el respeto de derechos fundamentales (vida, dignidad humana...).

En materia de desahucios la STS de 12 de febrero de 2021, RC 2118/2020, (FJ4) es ilustrativa de una doctrina jurisprudencial en la que se establece que el juez tiene que examinar y motivar la existencia o no de vulnerabilidad —“la casuística”—para autorizar la entrada en domicilio a fin de desalojar viviendas.

Pero, con la misma rotundidad debemos afirmar que, al ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, el juez no sólo está facultado, sino que está obligado a modular las circunstancias —materiales y temporales— en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio. El juez no debe ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar la entrada en domicilio para proceder al desalojo forzoso y, por ello, antes de emitir esa autorización debe velar por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria.

En ese sentido, el juez debe tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión y, singularmente, la presencia en la vivienda que deba ser desalojada de personas en situación de especial vulnerabilidad, entre las que cabe incluir a los menores, pero también a otras personas que se encuentren necesitadas de protección por razones diversas, como pueden ser las víctimas de violencia de género, o aquellas personas que estén en riesgo de exclusión social por razones económicas o de otro tipo.

Conviene, por tanto, remarcar que el hecho de que en la vivienda que hubiere de ser desalojada forzosamente habitaren personas especialmente vulnerables como las referidas no constituye un impedimento absoluto para que pueda ser autorizada la entrada en el domicilio. Pero también que, en tal caso y de acuerdo con lo dicho, el juez habrá de comprobar, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.

Naturalmente, *la casuística es variada y, por ello, en la aplicación de estos criterios generales de ponderación habrá de atender el juez, en cada supuesto, a las circunstancias concurrentes en el momento en que deba de pronunciarse sobre la solicitud*, teniendo presente que deben ser las Administraciones competentes las que, en función de la normativa aplicable y de los medios y recursos disponibles, procedan a articular las medidas de protección adecuadas, sin que el juez pueda imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento, ni —mucho menos aun— imponer a la Administración la asignación a los ocupantes ilegales de una vivienda de determinadas características o que se encuentre en determinado entorno.

Pero, eso sí, *el juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas forzosamente de la vivienda que ilegalmente ocupaban. Esta comprobación adquiere singular importancia cuando entre los ocupantes ilegales de la vivienda haya menores de edad, dado que la normativa nacional e internacional obliga a tomar en consideración el interés superior del menor.*

La ponderación de todas esas circunstancias es la que debe quedar reflejada en la motivación que el auto judicial debe incluir para que pueda afirmarse que la decisión judicial de autorizar la entrada

en domicilio para materializar el desalojo forzoso de una vivienda ocupada ilegalmente ha sido proporcionada. [las cursivas son mías]

En materia tributaria el Tribunal Supremo (STS 837/2023-ECLI:ES:TS:2023:837) también ha optado porque la valoración de pruebas “específicas del caso”, alternativas a los certificados oficiales de discapacidad, pueda ser un medio de prueba aceptable a los efectos de reducir la tributación por el IRPF.

Atendiendo a las circunstancias específicas del caso, con la finalidad de aplicar el mínimo por discapacidad del artículo 60 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el grado de discapacidad resultará acreditado mediante la aportación del correspondiente certificado o resolución, expedidos por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las comunidades autónomas, a los que se refiere el art 72 del Reglamento del impuesto, *sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, como aquí ha ocurrido*. [las cursivas son mías]

Esa ponderación casuística de la vulnerabilidad se encuentra también en la novedosa línea de interpretación del derecho de propiedad en relación con el derecho al error abierta por la STEDH de 26 de abril de 2018, caso of Cakarević v. Croacia, determinando que no procede la exigencia de reintegro de una prestación por error de la Administración debido al tiempo transcurrido y la confianza de la beneficiaria en que poseía legítimamente esos ingresos. Esta sentencia, que ha abierto un camino que ahora transita la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS¹⁶, atiende a las específicas circunstancias que colocan en una situación de precariedad a esa persona. Esa concreta interpretación del derecho de propiedad se debe a sus condiciones de vulnerabilidad (sumado a que el error no es propio y el transcurso del tiempo) a pesar de que, efectivamente, no cumplía los parámetros para ser elegible.

89. The national courts in deciding on unjust enrichment did not take into consideration the applicant's health and economic situation. *She has been suffering from a psychiatric condition since 1993 and has become incapable of working. She has been unemployed for a long period of time, since 1995. At the time her employment was terminated as a result of her employer becoming insolvent she was only two months short of qualifying for unemployment benefits until next employment or retirement under Section 23 of the Employment Act (see paragraphs 6 and 40, see also mutatis mutandis Béláné Nagy, cited above, § 123). The information from the enforcement proceedings suggests that she has no bank accounts, no income of any sort, and no property of any significance. In these circumstances paying her debt even in sixty instalments would put at risk her subsistence.* [las cursivas son mías]

El error de la Administración y las circunstancias de vulnerabilidad específicas de la persona conducen a reducir el margen de apreciación sobre como implementar las políticas sociales porque se rompe el “justo equilibrio entre las exigencias de los intereses generales y la necesidad de protección del derecho de la solicitante a un disfrute pacífico de sus posesiones” imponiendo una carga desproporcionada y excesiva en la solicitante (§77). La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha acogido esta línea, pero ha remarcado que “la conducta de los afectados es un dato muy relevante en el

¹⁶ STS —pleno— 451/2023, de 27 de junio (recurso 2386/2020), STS 15.10.2024, sala de lo Social.

análisis que realiza la STEDH 26 de abril de 2018 (caso *Cakarevic v. Croacia*)” (STS 170/2025, 5 de marzo de 2025). La aproximación casuística a la vulnerabilidad y desconocimiento efectivo de la no elegibilidad determinarían el “derecho al error” por prestaciones indebidamente ingresadas. El Defensor del Pueblo ha iniciado en 2024 una actuación de oficio que propone “limitar, a través de una modificación legal, la obligación de devolver el Ingreso Mínimo Vital a hogares vulnerables cuando quede acreditada la buena fe de los beneficiarios o cuando el error sea atribuible a la Administración. La modificación legal propuesta afectaría también a otras ayudas asistenciales como pensiones no contributivas de invalidez o jubilación, o los subsidios de desempleo de larga duración”. Queda patente, pues, la potencial expansividad de esta jurisprudencia que engarza vulnerabilidad, prestaciones indebidas y mala administración.

3. TAXONOMÍA JURÍDICA DE LA VULNERABILIDAD

El creciente uso del concepto de vulnerabilidad en normas, jurisprudencia o dictámenes de organismos internacionales ofrece múltiples funcionalidades. Tanto en el Derecho Público, como en el Derecho Privado y en el Derecho interno e internacional encontramos manifestaciones de la vulnerabilidad con efectos jurídicos diversos. Procede, por tanto, intentar sistematizar esas funcionalidades para determinar si es posible extraer algunos rasgos comunes entre la diversidad de vulnerabilidad(es).

3.1. Vulnerabilidad, Derecho Internacional y límite a la deferencia

La condición de vulnerabilidad ha emergido en los pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos o de los comités de seguimiento de compromisos fijados en convenios internacionales como pauta para la evaluación reforzada de la protección de los derechos humanos y determinando las obligaciones positivas de los Estados de protección para las personas o grupos que se engloban en esa etiqueta.

El término “vulnerabilidad” —que aparecía ocasionalmente desde 1981— aumenta progresivamente en las sentencias del TEDH y los comités de derechos sociales como atestigua la evolución de dicho uso prácticamente inexistente en los años ochenta del S.xx y con un crecimiento sostenido y al alza singularmente a partir de los años de la crisis económica 2006 en adelante como refleja en gráficos BESSON (2014). CATANZARITI (2022: 1391) habla de una “noción emergente de vulnerabilidad no codificada” que tiene su arranque en la STEDH de 2001 (caso *Chapman v. the United Kingdom*) sobre la minoría gitana.

Es cierto que su creciente uso, por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, evita “encapsular” un concepto, aunque generalmente se refiere a grupos (ROMANO, 2021: 277). La extensión a otros grupos (personas con problemas de salud mental; con VIH, solicitantes de asilo) se hace sin que se

pueda trazar un hilo conductor entre esas vulnerabilidades porque el Tribunal “no ha elaborado un conjunto de indicadores coherentes” de lo que convierte a un grupo en vulnerable (PERONI, TIMMER, 2013: 1064). En la jurisprudencia del TEDH no es posible hacer una “taxonomía de factores de vulnerabilidad” porque la aproximación que se realiza es casuística y las circunstancias sociales o temporales condicionan los pronunciamientos (CATANZARITI, 2022: 1401), reveladora, incluso, de “pereza” o falta de rigor en términos normativos (BESSON, 2014: 80-81).

Ese enfoque podría parecer contradictorio con la teorización universalista de Fineman. Sin embargo, autoras como PERONI y TIMMER (2013: 1060) sostienen que la vulnerabilidad es paradójica por lo que es posible conciliar ambas perspectivas. Aunque el TEDH ha focalizado su uso en grupos lo hace partiendo de la idea de que todos los demandantes son vulnerables, pero unos lo son más que otros.

Las principales consecuencias de esta incorporación conceptual son sus efectos moduladores sobre el margen de apreciación de los Estados y su incidencia en las obligaciones positivas de protección de derechos por parte de estos. Como mecanismo de expansión de las obligaciones positivas de protección de derechos de los Estados parte de convenios internacionales Kagiros (2019, 7-8) señala que el TEDH las limita a los casos en que los solicitantes pertenecen a grupos totalmente dependientes de la ayuda de los Estados (demandantes de asilo, presos), en ese caso sin atender a los impedimentos económicos que puedan alegar aquellos. Es una aproximación restrictiva que busca acotar críticas como las que realiza en su voto particular el juez Sajó en el caso *M.S.S. v. Bélgica y Grecia*¹⁷ que entiende que no es el papel del TEDH hacer nacer una suerte de derechos humanos ilimitados transformando la protección de derechos civiles y políticos en derechos sociales (PERONI, TIMMER, 2013: 1083).

Con respecto a los efectos sobre el margen de apreciación que tienen los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones de protección de los derechos la vulnerabilidad no es un detonante automático (PERONI, TIMMER, 2012: 1084) de un menor espacio de deferencia. Aunque autores como Kagiros han explorado la idea de que esta jurisprudencia podría abrir un camino para un “mínimo social” común, lo cierto es que concluye que en la jurisprudencia socioeconómica este margen de apreciación ha sido tradicionalmente amplio y que parece difícil que el TEDH se sustraiga a su papel subsidiario de los Estados para el que ya el propio análisis de la vulnerabilidad de ciertos grupos supone una interpretación expansiva del papel del TEDH.

¹⁷ *M.S.S. v. Belgium and Greece*, App. No. 30696/09, 53 Eur. H.R. Rep. 2 (2011) (Sajó J. parcialmente coincidente y parcialmente disidente): “The above position is open to criticism and not only because of the over-broad concept of vulnerability and dependence. In order to avoid the undignified situation of alleged total dependency, the Court seems to require that the Greek State should handle applications within a reasonably short time and with utmost care — a requirement that I fully agree with — and/or that it should provide adequately for basic needs (a conclusion I cannot follow.) There seems to be only a small step between the Court’s present position and that of a general and unconditional positive obligation of the State to provide shelter and other material services to satisfy the basic needs of the “vulnerable”.

El debate sobre el margen de apreciación que deben tener los Estados para la adopción de medidas positivas se ha trasladado recientemente a otros ámbitos, como el cambio climático, sobre el que volveremos *infra*.

Aunque existe un debate doctrinal sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los órganos de tratados (SÁNCHEZ LAMELA, 2024; MONTESINOS, 2023), algunos pronunciamientos recientes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de Naciones Unidas han instado al Reino de España a proteger a personas vulnerables, fundamentalmente en relación con temas de vivienda. El Comité DESC es el órgano de expertos encargado de interpretar y evaluar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en vigor desde 1976 y ratificado en 1977 por España. En particular, por su incidencia en legislación y jurisprudencia interna posterior tiene relevancia el Dictamen del 20 de junio de 2017 del Comité DESC relativo al derecho a la vivienda en el caso Ben Djazia *et al.* (también conocido como M.B.D. c. España). Se trata de un caso de lanzamiento por impago de alquiler de una habitación en la que convivía el demandante con sus hijos. El comité concluye que “la medida debe estar prevista por ley, debe realizarse como último recurso, las personas afectadas deben tener acceso a un recurso judicial efectivo en el que se dirima si la medida está debidamente justificada, debe existir una consulta genuina y efectiva con los afectados, no deben existir medios alternativos o medidas menos gravosas y las personas afectadas no deben quedar en una situación que constituya una violación de derechos humanos o que los exponga a ello” (BENITO, 2019: 592). En particular mencionan que esta última condición genera una obligación positiva que concierne al Estado si hay personas en situación de vulnerabilidad:

“En particular, los desalojos no deberían dar lugar a que los afectados queden sin vivienda. Por tanto, si no disponen de recursos para una vivienda alternativa, los Estados partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para que en lo posible se les proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda. Los Estados partes deben prestar especial atención a los casos en que los desalojos afecten a mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad, así como a otros individuos o grupos que sufran discriminación sistémica o estén en una situación de vulnerabilidad”.

3.2. La vulnerabilidad como parámetro de principios: proporcionalidad y efectividad

La vulnerabilidad también se ha incorporado a la jurisprudencia como parámetro de control de principios como el de proporcionalidad o el de efectividad. Señalamos anteriormente como, en materia de vivienda y desahucios, el Tribunal Supremo exige una valoración específica de las circunstancias de vulnerabilidad concurrentes en el caso para enjuiciar la proporcionalidad de la medida (STS 1701/2020, de 10 de diciembre, desahucio de menores). En otros órdenes jurisdiccionales también se ha usado para examinar la proporcionalidad de la vigilancia encubierta por una sospecha fundada de robos de una empleada del hogar que atendía a una gran

dependiente especialmente vulnerable (STS 3160/2022 (sala de lo Social), de 22 de julio de 2022 - ECLI:ES:TS:2022:3160).

También en la jurisprudencia del TJUE el interés público de protección de personas vulnerables, en concreto de los consumidores vulnerables, ha sido usado para analizar el principio de efectividad. Desde la STJUE *Océano Editorial* “la adopción de un criterio claramente favorable a la tutela del consumidor (o si se prefiere, la adopción de una perspectiva interpretativa «socialmente orientada») trae consigo la aplicación de un grado más estricto de exigencia en la verificación del cumplimiento del principio de efectividad por parte de la norma procesal que se evalúa (CARMONA CONTRERAS, 2017: 316). Este caminaría en la dirección de atribuirle “una función positiva o transformadora, en virtud de la cual se exige a los Estados no sólo que existan medios de protección jurisdiccional, sino que, además, estos proporcionen una tutela adecuada” (*ibidem*, 315).

3.3. Vulnerabilidad y modulaciones del régimen jurídico aplicable a un sector del ordenamiento

La vulnerabilidad se erige también en condición para introducir excepciones a un régimen jurídico establecido. Generalmente modulando restricciones o fijando un tratamiento más laxo o favorable al establecido con carácter general para el conjunto de la ciudadanía. Esas modulaciones del régimen jurídico general vendrían a ser una manifestación del principio de igualdad material al tratar de forma diferenciada situaciones diferenciadas buscando reducir la brecha de desigualdad o atender a sus condiciones específicas.

A raíz de la pandemia hemos asistido a diversas manifestaciones de estas previsiones enfocadas a atender de forma específica a quien presenta vulnerabilidad(es). El propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establecía excepciones a las limitaciones de movimiento (art.7.e) para la “asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”. Las normas de desescalada contemplaron específicamente franjas horarias para las salidas de personas vulnerables.

En el marco de las medidas económicas para paliar los efectos de la Covid en el tejido social se aprobó la suspensión de los procedimientos de desahucio y de lanzamiento para hogares vulnerables sin alternativa habitacional en el Real Decreto-ley 11/2020 que fue sucesivamente prorrogado y actualmente sigue vigente por Real Decreto-ley 1/2025, de 28 de enero, por el que se aprueban medidas urgentes en materia económica, de transporte, de Seguridad Social, y para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad .

La normativa que rige para la elaboración del Padrón municipal fue modificada en 2024 (Real Decreto 141/2024, de 6 de febrero) para permitir integrar las Instrucciones técnicas sobre la gestión del padrón municipal de 2020 que facilitan el

empadronamiento, sobre todo de personas sin techo o que viven en infraviviendas, pero también de reclusos y víctimas de violencia de género. Se permite que las personas sinhogar o que habitan en infraviviendas puedan tener un “empadronamiento ficticio” (DOMÍNGUEZ, 2024) a fin de favorecer el cumplimiento de un requisito que se constituye con gran frecuencia en la primera barrera de entrada en el sistema de servicios sociales para los más vulnerables entre los vulnerables (MESA, 2020; NOGUEIRA, 2020).

Como hemos señalado anteriormente la vulnerabilidad también es una condición preferente para la tutela de derechos o, cuando menos, para la valoración específica de las circunstancias en materias como el derecho de asilo. El artículo 10 del Real Decreto 220/2022, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional, fija una evaluación específica de las necesidades y una previsión de apoyos:

Artículo 10. Valoración de las necesidades de las personas en situación de vulnerabilidad durante su permanencia en el sistema de acogida de protección internacional.

1. La permanencia en el sistema de personas en situación de vulnerabilidad debe ir unida a una valoración específica de sus necesidades. Esta valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos por la Secretaría de Estado de Migraciones y su gradación correspondiente, mediante la aplicación, por profesionales con capacitación específica, de indicadores relativos a la edad, el sexo, la discapacidad, la identidad de género, la orientación sexual, la situación familiar, el origen étnico, la nacionalidad, las condiciones en el país de origen u otros indicadores psicosociales y de relación con el entorno, y aquellos otros que determinen la existencia de una situación de excepcional vulnerabilidad y, en consecuencia, unas condiciones reforzadas de acogida.

2. La valoración de estos indicadores, basados en el seguimiento realizado durante la permanencia de la persona, que hayan puesto de manifiesto la existencia de una situación de vulnerabilidad, deberá registrarse tan pronto como se detecten, y esta información deberá comunicarse al responsable del recurso o centro, a fin de ofrecer las garantías y la ayuda necesaria o bien proponer la derivación a un centro en el que se atiendan las necesidades particulares.

En definitiva, sin pretensión de exhaustividad, la vulnerabilidad es un factor que frecuentemente flexibiliza el régimen jurídico aplicable a un determinado ámbito para poder atender de forma específica las necesidades de apoyo o los riesgos concretos que sufren las personas o grupos que se encuentran en esta situación.

3.4. Vulnerabilidad como condición para el acceso y conservación de prestaciones públicas y medidas de fomento

El debate conceptual sobre la vulnerabilidad presenta aristas, como he tratado anteriormente, pero hay un punto en el que existe coincidencia entre las distintas aproximaciones teóricas. La situación de fragilidad, sea esta inherente a (todas) las personas o condición coyuntural o estructural de ciertas personas o grupos, requiere una acción positiva de apoyo sea esta los “cuidados” dispensados por los lazos sociales o familiares o las prestaciones propias del Estado Social.

Esa vertiente de respuesta a la fragilidad es probablemente la primera manifestación o efecto jurídico que se detecta en la legislación que aborda la vulnerabilidad.

Apoyos mediante técnicas de información, formación y fomento diversas, prestaciones para corregir la situación de vulnerabilidad o implantación de servicios públicos dirigidos a estos grupos.

La vulnerabilidad opera como requisito para establecer medios de apoyo o ayudas (ej. Ingreso mínimo vital). De hecho, las alusiones crecientes a la vulnerabilidad en los textos legales de última hornada generalmente se circunscriben a introducir disposiciones genéricas que establecen mandatos de protección, información y fomento específicos para las personas con esta condición. Así, por poner algunos ejemplos, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación establece en su articulado que los planes y programas sobre servicios sociales procurarán la atención prioritaria de los grupos especialmente vulnerables, con especial atención a la situación de las mujeres y las niñas (art.16) o que las administraciones públicas favorecerán la información y accesibilidad a la justicia de los grupos especialmente vulnerables según las causas establecidas en esta ley (art. 19.2). Por su parte la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia fija la necesidad de medidas de apoyo en el ámbito educativo (art. 30), en el sanitario (art. 38) o en el de vivienda (Disp.ad. 2ª).

3.5. Condición para adaptaciones organizativas de los servicios públicos y los servicios privados esenciales

En los últimos tiempos es posible apreciar como normas, sentencias y medidas de autorregulación establecen disposiciones organizativas específicas para atender a colectivos vulnerables o flexibilizan el formalismo administrativo en atención a esa condición. La noción de *vulnerabilidad administrativa* (NOGUEIRA, 2020: 2023), entendida como aquella situación que sufrían personas en situación de exclusión o precariedad como consecuencia de un mal diseño organizativo, procedimental o normativo de las prestaciones o servicios que limitaban el disfrute efectivo de derechos sociales, también ha tenido un cierto recorrido¹⁸. Una vertiente procedimental del derecho de igualdad que podía poner en riesgo el despliegue de derechos y medidas sociales.

El activismo normativo reciente en materia de vivienda provoca que muchas de las normas autonómicas de vivienda contemplen precisamente servicios específicos de acompañamiento a las personas con riesgo de desahucio para la intermediación entre propietarios de inmuebles, entidades financieras e inversores privados según algunas disposiciones legales (p. ej., art. 16 de la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social en materia de vivienda en Extremadura, art. 69 de la Ley 18/2007, de 28

¹⁸ Esta noción ha tenido cierto eco en la doctrina y se ha utilizado en publicaciones por distintas autoras (Ranchordas, De la Sierra, Soriano...). <https://www.iconnectblog.com/bureaucracy-and-vulnerability-in-the-digital-administrative-state/> <https://agendapublica.es/noticia/18923/vulnerabilidad-administrativa-estado-social-digital> <https://www.uv.es/catedra-pagoda/es/actualidad/conferencia-riesgos-inteligencia-artificial-ambito-administrativo-1286053802801/Novetat.html?id=1286386183233>

de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña, art. 56 de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de Vivienda de la Región de Murcia, Ley Foral de Navarra 22/2016, de 21 de diciembre). También servicios de apoyo integral para personas con todo tipo de problemas de vivienda (acceso, permanencia, calidad, suministro...). La Ley valenciana 2/2017, de 3 de febrero, regula los servicios de mediación social (art. 26) en materia de vivienda, pobreza energética y derechos de los ciudadanos en situación grave de necesidad por ejecución hipotecaria, problemas de arrendamiento urbano o por haber perdido su vivienda tras avalarla a un tercero. En términos más generales, la Ley 5/2018, de 19 de junio, de Vivienda de las Islas Baleares creó un Servicio de Apoyo a la Vivienda de acceso universal y gratuito (art. 32). Este ambicioso servicio de asesoramiento ofrecerá, como mínimo, apoyo social y, cuando proceda, asesoramiento jurídico y técnico especializado y personalizado (art. 33).

Como mencionamos *supra* el TS ha considerado que puede haber medios de prueba de la discapacidad alternativos a los certificados oficiales en una flexibilización del formalismo procedimental o documental de la administración a efectos fiscales (STS 837/2023, de 8 de marzo de 2023, sala de lo contencioso - ECLI:ES:TS:2023:837)¹⁹. “Porque no es posible soslayar que corresponde a la AEAT, como Administración

¹⁹ 4.- Porque la interpretación que postula la AEAT trasciende la perspectiva puramente procedimental tributaria o administrativa y compromete, seriamente, las posibilidades de defensa y el propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, del que goza todo contribuyente. En efecto, de postularse que, únicamente, a través de los referidos certificados y resoluciones pudiera considerarse acreditada la situación de discapacidad que justifica la aplicación del mínimo exento, en un eventual recurso contencioso-administrativo posterior, la tutela judicial del contribuyente quedaría reducida a la mera constatación de si tales certificados y resoluciones se presentaron; o, en su caso, a ciertos aspectos relacionados con su dimensión temporal o descriptiva. En efecto, la tesis del escrito de interposición comportaría una evidente restricción del derecho fundamental —que concierne a todos— a utilizar los medios de prueba pertinentes (art 24.2 CE), con relación a la existencia de una realidad —la discapacidad— respecto de la que la Administración está obligada a mostrar un decidido compromiso de protección y garantía.

— Porque no es posible soslayar que corresponde a la AEAT, como Administración Pública que es, un papel activo —podríamos decir, militante—, en la defensa y protección de las personas con discapacidad, como se infiere de nuestra Constitución, en particular, de su artículo 49, que conmina a la Administración a ampararlas “especialmente”. Evidentemente, no se trata de reconocer derechos sin sustento documental o probatorio alguno, cuya consecuencia comportaría, como denuncia el abogado del Estado, la vulneración del principio de igualdad en aplicación de la Ley. En efecto, en las específicas circunstancias del caso nos encontramos ante una tesis diferente, la ponderación de los documentos presentados por la contribuyente, ponderación que declinó la Administración y, en cambio, acometió la sala de instancia para justificar la aplicación del artículo 60 Ley IRPF. No se trata del reconocimiento automático de un derecho o beneficio, sino de una valoración de las circunstancias en un ámbito, el de las personas con discapacidad, en el que, en otras palabras, las de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, Glor contra Suiza, núm. 13444/04, cabe exigir una ponderación o justo equilibrio entre la salvaguarda de los intereses de la comunidad y el respeto de los derechos y libertades de estas personas.

Cabe constatar, además, que el artículo 10.2 CE abre la puerta, decididamente, a vías de interpretación

basadas en instrumentos normativos internacionales, que son expresión de un consenso universal sobre la necesidad de avanzar en la protección social de las personas con discapacidad, como la invocada

Pública que es, un papel activo —podríamos decir, militante—, en la defensa y protección de las personas con discapacidad, como se infiere de nuestra Constitución, en particular, de su artículo 49, que conmina a la Administración a ampararlas “especialmente”. Evidentemente, no se trata de reconocer derechos sin sustento documental o probatorio alguno (...).”

En parecida dirección podemos mencionar varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en los últimos tiempos que han puesto de manifiesto la excesiva rigidez administrativa en materia de subvenciones sociales de diversa naturaleza. Las sentencias comentadas parecen apelar a una Administración más proactiva en la garantía de derechos que debería poner los medios necesarios para que sus comprobaciones no sean puramente mecánicas, estirando al máximo la posibilidad de aportar documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento y la enmienda de problemas que puedan obstaculizar el acceso a las ayudas de personas que, objetivamente, entran en su ámbito de aplicación y que comparten su condición de colectivos protegidos (ej. STSJ GAL 3884/2019, STSJ GAL 2034/2022, STSJ GAL 762/2022). La apelación a abandonar un “excesivo rigor formalista” parece necesaria no sólo en la tramitación de los procedimientos y las garantías para los solicitantes sino en una modulación de la propia regulación de las convocatorias que se dirigen a atender emergencias sociales y a colectivos especialmente desfavorecidos.

En el sector privado, la presión de los afectados, unida a una amenaza de una regulación tuitiva por parte del gobierno, condujo al sector bancario a adoptar un decálogo autorregulatorio de medidas de atención preferente a las personas mayores en oficinas, cajeros y por teléfono.

3.6. Vulnerabilidad, obligaciones de servicio público de operadores privados y Estado garante

Un ámbito en el que podría discutirse si la vulnerabilidad es reducto o frontera del Estado social es en los sectores en que los procesos de privatización se han visto acompañados por el establecimiento de obligaciones de servicio público en opera-

Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad de la ONU, de 13 de diciembre de 2006 (...)

SEXTO.

Contenido interpretativo de esta sentencia y resolución de las pretensiones deducidas en el proceso.

De conformidad con el artículo 93.1 LJCA, en función de lo razonado precedentemente, procede declarar lo siguiente:

Atendiendo a las circunstancias específicas del caso, con la finalidad de aplicar el mínimo por discapacidad del artículo 60 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el grado de discapacidad resultará acreditado mediante la aportación del correspondiente certificado o resolución, expedidos por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las comunidades autónomas, a los que se refiere el art 72 del Reglamento del impuesto, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, como aquí ha ocurrido”.

dores económicos privados. La “externalización del Estado social”, radiografiada con acierto por GARCÍA-ANDRADE (2024), podría analizarse como un fracaso o desestimio del Estado de bienestar; la renuncia o imposibilidad de ofrecer desde lo público un marco nivelador de las condiciones de vida en ciertos servicios esenciales. También puede analizarse como una nueva frontera —una pica en Flandes— del Derecho público en las condiciones de ejercicio de actividades privadas para asegurar prestaciones para todos, con un nivel de calidad suficiente y asequibles.

El bono social eléctrico²⁰, los servicios de atención a la discapacidad o las condiciones tarifarias específicas para “personas con necesidades sociales especiales”²¹ en materia de telefonía, serían ejemplos de esto. Más recientemente varias leyes autonómicas de vivienda y la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, declaran la provisión de vivienda un servicio de interés general a fin de hacer recaer sobre determinados agentes privados medidas constrictivas de protección del acceso a la vivienda singularmente de colectivos vulnerables. Una externalización del Estado social que podría entenderse que vehiculiza la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (QUINTIÁ, 2022: 148).

3.7. Obligaciones de protección en el Derecho privado de contratos

En el Derecho privado de contratos la vulnerabilidad ha tenido algún papel históricamente para limitar la autonomía de la voluntad. Así la Ley de 1908 que regula la usura, todavía vigente, establece la nulidad de los préstamos usurarios que se aprovechen de la “situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales”²². Además de ese efecto contractual al prestamista se le impondrá como “corrección disciplinaria” una multa²³. En el Derecho civil catalán la noción de ventaja injusta permite rescindir contratos de compraventa u onerosos si diversas condiciones de vulnerabilidad (económica, dependencia, inexperiencia, necesidad imperiosa) colocan en una posición de desventaja clara a una de las partes²⁴.

²⁰ Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

²¹ Art. 27 Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

²² Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios.

Artículo 1. Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

²³ <https://cincodias.elpais.com/legal/2025-04-18/una-sentencia-pionera-multa-a-una-financiera-por-reincidir-en-prestamos-usurarios.html>

²⁴ Artículo 621-45. Ventaja injusta.

El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era

Más recientemente es en un ámbito del Derecho donde las fronteras entre el Derecho público y el Derecho privado se desdibujan, el Derecho de consumo, donde nace en el Derecho de la UE²⁵ una categoría, la de “consumidor vulnerable” (art. 5.3 Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior), cuyos efectos concretos van a depender en gran medida de lo que fijen normas reglamentarias o sectoriales²⁶. El concepto que figura en el art.3.2 del Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRLUCU) es un concepto dinámico (CÁMARA, 2022) puesto que como indica la Exposición de motivos “una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto”.

En cuanto a los efectos de esta categoría el art. 8.2 TRLUCU indica que sus derechos «gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso», como ha sucedido a raíz de la COVID en las normas de protección para personas vulnerables incapaces de cumplir sus compromisos económicos en materia de vivienda, préstamos, etc. Las modificaciones que introduce el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica en el TRLUCU en diversos artículos establecen fundamentalmente obligaciones reforzadas de información (art. 17.3, 18.2, 19.6, 20.2, 43.c, 60.1).

Las obligaciones de protección reforzadas de operadores privados ante personas vulnerables pueden, incluso, superponerse a los actos contrarios a los intereses de estas adoptados por quienes ejercen su tutela. Así se lo concluye por el Tribunal Supremo (STS 4793/2024, de 7 de octubre de 2024, Sala de lo Civil - ECLI:ES:TS:2024:4793) ante el desvío de fondos de la persona vulnerable por sus padres para abonar unas deudas.

“En este contexto, incumbe a la entidad financiera en que se encuentra depositado el dinero de personas vulnerables, como son las personas con discapacidad, una especial diligencia para detec-

incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

²⁵ La noción de consumidor vulnerable figura también en la legislación sobre la publicidad engañosa (Directiva 2006/114), en el sector energético (Directiva 2009/72) o en el considerando 34 de la Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores.

²⁶ DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. art.5. 3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.

tar fraudes y abusos, también de los representantes legales, con la consiguiente responsabilidad cuando no solo no los impide sino que incluso ella misma, conociendo el origen del dinero, admite a su favor el pago de deudas de terceros con dinero de la persona con discapacidad, obteniendo a su costa un beneficio que carece de causa, pues Leandro no era deudor de la entidad financiera en la que tenía depositado el dinero percibido en concepto de indemnización.

No hay que olvidar que la demanda se interpone por los padres, con autorización judicial, como representantes legales, pero demandante es Leandro, que tenía depositado el dinero en la entidad demandada quien, con incumplimiento de los deberes de custodia de los fondos de un cliente vulnerable por razón de su discapacidad, obtuvo un beneficio al amparo de una actuación del representante legal a pesar de conocer que excedía de sus facultades representativas. (...)

En consecuencia, estimamos el tercer motivo del recurso de casación y por las mismas razones estimamos el recurso de apelación de la parte actora y la demanda contra Banco Sabadell S.A., a quien condenamos a devolver a Leandro la cantidad de 58 620,15 €, con los intereses legales desde la fecha de cada abono. Dada la firmeza de la condena a Atapuerca Park S.L. a abonar esta misma cantidad, la responsabilidad frente a Leandro de ambas entidades será solidaria.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Burgos, que en virtud de sentencia 423/2009, de 17 de septiembre, declaró la incapacidad de Leandro y prorrogó la patria potestad de los padres (o el que sea competente en la actualidad), deberá adoptar las medidas oportunas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 8/2021, de 2 de junio, para evitar el riesgo de nuevas actuaciones de administración abusiva”.

3.8. Las nuevas vulnerabilidades y la evaluación de riesgos específicos

La asociación de la vulnerabilidad a una condición o situación de las personas o grupos de personas ha llevado a que la mayoría de los usos jurídicos se refieran al ámbito de las políticas sociales. Sin embargo, entroncando con la idea de riesgo y dificultad de adaptación a este que estaba en el origen de este concepto existen otras vulnerabilidades que tienen más que ver con los riesgos tecnológicos y la necesidad de evaluar con especial cuidado su impacto en personas o ecosistemas caracterizados por su mayor fragilidad. Podemos encontrar ejemplos en la legislación de aguas o de protección de especies en los que la información científica disponible —la evaluación de riesgos— determina la declaración de vulnerabilidad y desencadena una obligación de planificación y adopción de medidas de protección (tempranamente en la designación de zonas vulnerables en relación con la contaminación de nitratos o como categoría previa al riesgo de extinción en el Catálogo Español de Especies Amenazadas)²⁷.

Más recientemente, la vulnerabilidad climática o la vulnerabilidad ante los riesgos de la IA (Reglamento (UE) 2024/1689 en materia de IA, Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética) se conforman como nuevos ámbitos de expansión de este concepto multiusos, fundamentalmente como un aspecto determinante para evaluar riesgos específicos con aportación de conocimiento

²⁷ Real Decreto 261/1996, de 16 de febrero, sobre protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias (derogado). Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

específico en los procesos de toma de decisiones públicas y, en su caso, la prohibición de prácticas especialmente lesivas.

De hecho, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética usa con relativa profusión el concepto de vulnerabilidad —de las personas, los ecosistemas y los territorios— para disponer la necesidad de una evaluación reforzada y obtención de información específica de los impactos del cambio climático en planes, mapas e informes de distinto signo (art. 17, 18, 19, 24, 25, 27, 28).

La especial vulnerabilidad climática, entendida como la posibilidad de experimentar perjuicios significativos en la vida o la salud, determinaba también la sentencia pionera del TEDH sobre las obligaciones positivas de actuación de los estados frente al cambio climático (STEDH de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*). El reconocimiento de *locus standi* en virtud de su condición de “víctima” al amparo del art.34 del CEDH, evitó la consideración del asunto como una acción popular excluida por el convenio²⁸. Es precisamente la vulnerabilidad acreditada la que diferencia la diferente suerte en el asunto conocido popularmente como de “las abuelas suizas” entre una serie de reclamantes individuales para las cuales el TEDH no considera acreditado un daño cualificado de la suficiente entidad en su salud por los efectos del cambio climático, inadmitiendo su demanda. En cambio, en el caso de la asociación, a pesar de la restrictiva valoración del *locus standi* colectivo, entiende que existe legitimación debido a la edad avanzada de sus miembros en la cual la evaluación de riesgos y la ciencia confirman las repercusiones en su salud de episodios climáticos extremos y también por su actividad filoclimática acreditada. El TEDH evalúa esas condiciones específicas de vulnerabilidad a los riesgos climáticos para limitar la deferencia en relación con las obligaciones positivas de actuación de los estados. La sentencia determina que existen obligaciones positivas

²⁸ STEDH de abril de 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*. “487. In sum, the Court finds that in order to claim victim status under Article 34 of the Convention in the context of complaints concerning harm or risk of harm resulting from alleged failures by the State to combat climate change, an applicant needs to show that he or she was personally and directly affected by the impugned failures. This would require the Court to establish, having regard to the principles concerning issues of proof set out in paragraphs 427 to 430 above, the following circumstances concerning the applicant’s situation:

the applicant must be subject to a high intensity of exposure to the adverse effects of climate change, that is, the level and severity of (the risk of) adverse consequences of governmental action or inaction affecting the applicant must be significant; and

there must be a pressing need to ensure the applicant’s individual protection, owing to the absence or inadequacy of any reasonable measures to reduce harm.

488. The threshold for fulfilling these criteria is especially high. In view of the exclusion of *actio popularis* under the Convention, as discussed in paragraphs 483 to 484 above, whether an applicant meets that threshold will depend on a careful assessment of the concrete circumstances of the case. In this connection, the Court will have due regard to circumstances such as the prevailing local conditions and individual specificities and vulnerabilities. The Court’s assessment will also include, but will not necessarily be limited to, considerations relating to: the nature and scope of the applicant’s Convention complaint, the actuality/remoteness and/or probability of the adverse effects of climate change in time, the specific impact on the applicant’s life, health or well-being, the magnitude and duration of the harmful effects, the scope of the risk (localised or general), and the nature of the applicant’s vulnerability”.

de actuar por los estados en las cuales existe un margen de apreciación más limitado en cuanto a la fijación de objetivos y más amplio para la elección de medios. Esto conduce a entender violado el artículo 8 del convenio, actualizando la jurisprudencia abierta por el Caso López Ostra en los años 90.

Por su parte, en el Reglamento UE sobre inteligencia artificial se prohíben determinadas prácticas de IA (art. 5.1.b) en atención a la vulnerabilidad social, económica o física de una persona o grupos de personas.

b) la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de un sistema de IA que explote alguna de las vulnerabilidades de una persona física o un determinado colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con la finalidad o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra;

También en este ámbito la tensión universalista/particularista se adivina en las críticas a la regulación europea de la IA. DÍAZ (2025: 44) saluda la mención a otras situaciones sociales y económicas, pero advierte que la prohibición acotando los factores discriminatorios a la edad y la discapacidad, desde una perspectiva de protección de los derechos fundamentales, es limitada y olvida “la situación vulnerable en que todos los individuos, con independencia de su situación personal pueden encontrarse por el simple hecho de interactuar con esos sistemas de IA”. REBREAN y MALGIERI (2025) proponen que en el contexto de la IA la vulnerabilidad se entienda como el mayor riesgo para los derechos fundamentales resultante de situaciones de desequilibrio de poder (que dependen de los contextos socio-tecno-históricos-políticos-económicos) y los niveles personales o estructurales de resiliencia.

4. LA VULNERABILIDAD EN EL ESTADO SOCIAL EN CAMBIO. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El recorrido realizado hasta ahora muestra que tanto conceptualmente, como en el abanico de usos jurídicos de la vulnerabilidad se encuentra latente una discusión sobre los sujetos obligados a proteger de los riesgos a las personas o colectivos vulnerables y sobre si un enfoque universal (todos somos vulnerables) o particular/grupal (discapacidad, edad, migrantes...) permite alcanzar mejor el ideal de igualdad o justicia social.

¿Podría afirmarse que el progresivo acento en los derechos o prestaciones sociales para los vulnerables significa que nuestro Estado de bienestar ha renunciado a la universalidad de los derechos y prestaciones sociales y se va a limitar a regular derechos *de minimis* para colectivos o personas especialmente desfavorecidos? Este acento en la vulnerabilidad ¿es coherente con la aspiración de universalidad de los derechos — sólo alcanzada realmente en España en educación y sanidad—, que seguiría vigente, o bien se está consolidando *de iure* la situación *de facto* previa que es la de un Estado social limitado con políticas sociales asistencialistas enfocadas a los más desprotegi-

dos? ¿Cómo encaja en esa lectura con la redefinición de las obligaciones de los sujetos privados a los que el Estado garante encomienda la satisfacción de necesidades básicas (GARCÍA ANDRADE, 2025)? En parte, este concepto en auge revive debates que ya estaban presentes en Forsthoff —qué prestaciones para la procura existencial, quién está obligado, qué exigibilidad es posible— (MAGALDI, 2020: 171-172).

En línea con la jurisprudencia de los tribunales internacionales o de los informes de comités internacionales de derechos humanos los “nuevos derechos sociales” parecen enunciarse cada vez más como derechos de grupos vulnerables que en clave universal. En cierta medida, parecería que las únicas obligaciones de medios jurídicamente exigibles son aquellas que tocan el núcleo duro de la dignidad humana singularmente cuando afectan a personas o colectivos especialmente frágiles. Pero, por otra parte, también se observa un aspecto expansivo —un efecto horizontal de los derechos— en que este núcleo resistente del Estado social se extiende más allá de la órbita de las administraciones públicas configurando obligaciones prestacionales en operadores privados (ej. obligaciones de servicio universal de servicios económicos de interés general) o atenuando las reglas de la autonomía de la voluntad y libertad de pactos en el Derecho privado.

Esta hipótesis enlaza, además, con el debate de más o menos Estado o más o menos derechos sociales y para qué sujetos, así como con la amplia literatura sobre la transformación del Estado de Bienestar en un contexto de emergencia de nuevos riesgos sociales (DEL PINO y SUBIRATS, 2021). Además, permite adivinar la línea de relativización de la *summa divisio* entre Derecho público y privado (VELASCO CABALLERO, 2014) porque lo que parece ser un Estado social enfocado a las situaciones de vulnerabilidad traspasa una parte de esas obligaciones de cuidado y prestacionales a agentes privados cualificados que prestan servicios económicos de interés general (GARCÍA ANDRADE, 2025). Con los riesgos que advierte VAQUER (2025) de que ese traslado a sujetos privados de la procura existencial pueda “desplegarse de forma desigual, máxime cuanto más se extienda su ámbito subjetivo, material y temporal de aplicación”. De hecho, ese traslado de obligaciones de cuidado a operadores privados es necesariamente contradictoria con la idea de universalidad.

La vulnerabilidad parece convertirse en un punto de intersección entre la garantía del Estado Social y la del Estado de Derecho. En el contexto de la discusión sobre los suelos mínimos o la (ir)reversibilidad de los derechos sociales (PONCE, 2013), la garantía del derecho a la vida o a la dignidad de la persona parecen los límites infranqueables para los recortes o las medidas de gravamen, pero el Derecho a través de las normas, las sentencias o los dictámenes internacionales actúa fundamentalmente cuando afecta a personas/grupos vulnerables. Un análisis del diseño de las prestaciones sociales de emergencia o de la jurisprudencia que enfrenta la protección de derechos de libertad (propiedad, inviolabilidad del domicilio, intimidad) con la protección social (desahucios, inmisiones ambientales, protección de migrantes) revela como la condición de vulnerabilidad es el elemento determinante para regulaciones incisivas que generan obligaciones en sujetos privados o limitan sus derechos para proteger a otros.

De forma gráfica se enuncia esta deriva: “*Adieu* a los análisis en términos de autonomía y de igualdad de derechos y *vive* a aquellos que enfatizan la dependencia en las relaciones y en la igualdad diferenciada, no universalista” (BURGORGUE-LARSEN, 2024: 122).

Tanto el enfoque universalista/igualitarista (todos somos frágiles), como el enfoque de protección de los “particularmente vulnerables” tienen consecuencias prácticas y limitaciones. Por un lado, la actuación para corregir la vulnerabilidad universalista puede no conseguir la igualdad material, por el otro la focalización en vulnerabilidades específicas mal diseñada puede tener los resultados negativos que se han señalado (estigmatización, limitación en el alcance, etc.) (VERZA, 2022., 224).

5. BIBLIOGRAFÍA

- María Xosé AGRA, “Vulnerabilidad; injusticias y cuidados” en Margarita Boladeras, *Bioética. Justicia y vulnerabilidad*, Barcelona, 2013, Proteus
- María Antonia ARIAS MARTÍNEZ, Pablo RIQUELME VÁZQUEZ (dirs.) y Andrés VILAS VILLAMARÍN (coord.), *Juventud y derechos fundamentales: las personas jóvenes y menores de edad como colectivo vulnerable*, Aranzadi, 2024.
- M. Ángeles BARRÈRE UNZUETA, “¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica | Martha A. Fineman and legal equality: Vulnerability vs. Subdiscrimination?”, *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 2016, (34), 17–34. <https://doi.org/10.7203/CEFD.34.8927>
- J.C. BENITO SÁNCHEZ, “Los pronunciamientos del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas” *Lex Social*, 9 (2), 2019, 583-607. Disponible en: <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4228>.
- Julinda BEQIRAJ, *Access to Justice for Vulnerable Groups: “Strengthening the efficiency and quality of the judicial system in Azerbaijan*. European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), 2020, <https://rm.coe.int/access-to-justice-for-vulnerable-groups-in-azerbaijan-eng/1680a31544>.
- Samantha BESSON, “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme. L’exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en BURGORGUE-LARSEN, L. (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, 2014, ed. Pedone.
- Andrea BRODERICK, Jennifer SELLIN (ed.), *Socio-economic rights, inequalities and vulnerability in times of crises. Building back better*, 2024, Edgar Elgar.
- Andrea BRODERICK, Jasper KROMMENDIJK, “EU social rights in a (post)pandemic era: peering through the lens of disability and vulnerability”, en Andrea BRODERICK, Jennifer SELLIN (ed.), *Socio-economic rights, inequalities and vulnerability in times of crises. Building back better*, 2024, Edgar Elgar.
- Kate BROWN, “Vulnerability’: Handle with Care”, *Ethics and Social Welfare*, 2011, 5(3), 313–321. <https://doi.org/10.1080/17496535.2011.597165>
- Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, 2014, ed. Pedone.
- Laurence BURGORGUE-LARSEN, “La vulnerabilidad comprendida desde la filosofía, la sociología y el derecho. De la necesidad de un diálogo interdisciplinario”, *Revista Del Posgrado En Derecho De La UNAM*, (1), 2019, 12. <https://doi.org/10.22201/fder.26831783e.2014.1.26>
- Judith BUTLER, *El género en disputa: feminismo y la subversión de la identidad*, 2001, Paidós.
- Judith BUTLER, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*. Madrid, 2007, Traficantes de Sueños
- Judith BUTLER, “Vulnerabilidad corporal, coalición y la política de la calle”, *Nómadas* (Col), núm. 46, abril, 2017, pp. 13-30, Universidad Central Bogotá, Colombia.

- Sergio CÁMARA LAPUENTE, “Artículo 3. Conceptos de consumidor y usuario y de persona consumidora vulnerable” en Cañizares, Ana (dir.) *Comentarios al texto refundido de la Ley de consumidores y usuarios*, 2022, Tirant lo Blanch
- Ana María CARMONA CONTRERAS, “La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria”, *Teoría y realidad constitucional*, 2017, nº 39.
- María Vittoria CATANZARITI, “The juridification of vulnerability in the European legal culture”, *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, 12(6), pp. 1391–1416. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1314.
- Adriana CAVARERO, *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Barcelona, 2009 Anthropos.
- Alyson COLE, “All of Us Are Vulnerable, But Some Are More Vulnerable than Others: The Political Ambiguity of Vulnerability Studies, an Ambivalent Critique”, *Critical Horizons*, 2016, 17:2, 260-277, <http://dx.doi.org/10.1080/14409917.2016.1153896>
- Lorenzo COTINO HUESO, Vulnerabilidad y colectivos vulnerables en el derecho: ¿quiénes son y cómo se definen? *Blog de la Revista Catalana de Dret Public*, 2024, <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2024/12/18/vulnerabilidad-y-colectivos-vulnerables-en-el-derecho-quiénes-son-y-como-se-definen-lorenzo-cotino/>.
- Susana DE LA SIERRA, “Las ciudades adjetivadas”, *RGDA*, 2020, nº 55.
- Eloísa DEL PINO, Joan SUBIRATS (eds.), *Las administraciones ante los riesgos sociales y globales*, Madrid, 2021, INAP
- Gustavo Manuel DIAZ GONZÁLEZ, “Prohibited artificial intelligence practices”, en Alejandro HUERGO LORA, (Ed.), Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ (Coord.), *The EU regulation on Artificial Intelligence: A commentary*, Wolters Kluwer/ CEDAM, 2025.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, 2018.
- Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN, “El empadronamiento de personas sin hogar o en infraviviendas. Novedades de la reforma del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de febrero de 2024”, 2024, <https://www.gobiernolocal.org/acento-local/el-empadronamiento-de-personas-sin-hogar-o-en-infraviviendas-novedades-de-la-reforma-del-reglamento-de-poblacion-y-demarcacion-territorial-de-febrero-de-2024/>
- Begoña LEYRA FATOU, Marta CARBALLO DE LA RIVA, Gender, vulnerabilities and resilience: a critical approach to the Spanish case. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 2024, 9(2), 02-30. doi: <https://dx.doi.org/10.17979/arief.2024.9.2.9750>
- Martha Albertson FINEMAN, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition” *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 20, No. 1, 2008, Emory Public Law Research Paper No. 8-40, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1131407>.
- Martha Albertson FINEMAN, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency*, 2004, The New Press.
- Martha Albertson FINEMAN, “Vulnerability and Social Justice”, *Valparaiso University Law Review*, 2019, [online], 53(2), 341–369. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3352825>
- Jane FREEDMAN, “The uses and abuses of “vulnerability” in *EU asylum and refugee protection: protecting women or reducing autonomy?*; *Papeles del CEIC*, vol. 2019/1, 2018, papel 204, 1-15. <http://dx.doi.org/10.1387/pceic.19525>.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE, “Vulnerabilidad y externalización del Estado Social”, en Belén PORTA PEGO (ed.) *La externalización del Estado social*. Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales (Monografías Jurídicas). 2024, doi:10.37417/externalizacion-del-Estado-social.
- Robert GOODIN, “Vulnerabilities and Responsibilities: An Ethical Defense of the Welfare State.” *The American Political Science Review*, vol. 79, no. 3, 1985, pp. 775–87. *JSTOR*, <https://doi.org/10.2307/1956843>.
- Dimitris KAGIAROS, “Vulnerability as a path to a ‘social minimum’? An analysis of ECtHR jurisprudence”, en T. KOTKAS, I. LEIJTEN, & F. PENNING (Eds.), *Specifying and Securing a Social Minimum in the Battle Against Poverty* (245-260), Hart Publishing, 2019.
- Nina A. KOHN, “Vulnerability Theory and the Role of Government”, *Yale Journal of Law & Feminism*, Vol. 26, No. 1, 2014, <https://ssrn.com/abstract=2562737>.

- MariaCaterina LA BARBERA, “La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, 62, 235-257. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.07>.
- Marta LOIS GONZÁLEZ, María DE LA FUENTE, “Teoría política y cuarta ola feminista” en Alba ALONSO ÁLVAREZ, Marta LOIS GONZÁLEZ, *Género y política: nuevas líneas de análisis ante la cuarta ola feminista*, Tirant lo Blanch, 2022.
- Florencia LUNA, “Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels.” *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, vol. 2, no. 1, 2009, pp. 121–39. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40339200>.
- Catriona MACKENZIE, Wendy ROGERS, Susan DODDS (eds), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Studies in Feminist Philosophy, New York, Oxford University Press, 2013, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199316649.001.0001>.
- Nuria MAGALDI, “El concepto de procura existencial (Daseinsvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la administración pública”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2020, Vol. 1, DOI: 10.37417/RPD/vol_1_2020_30
- Sara MESA, *Silencio administrativo. La pobreza ante el laberinto burocrático*, Anagrama, 2019.
- Dolores MORONDO TARAMUNDI, ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión | A new paradigm for equality? Vulnerability as human condition and as a state of defencelessness. *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 2016, (34), 205–221. <https://doi.org/10.7203/CEFD.34.8916>
- Carmen MONTESINOS PADILLA, “El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2023, 127, 49-80. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.02>
- Alba NOGUEIRA LÓPEZ, “Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda” en Natalia PALEO MOSQUERA, *Gente sin casa, casas sin gente*, Tirant lo Blanch, 2020.
- Martha C. NUSSBAUM, “Political Animals: Luck, Love, and Dignity”, *Metaphilosophy*, 1998, 29 (4) 273-287
- Begoña OTERO, “AI for Good: La idea de la vulnerabilidad humana en tela de juicio”, *Blog Odiseia*, 2024, Disponible en: <https://www.odiseia.org/post/ai-for-good-la-idea-de-la-vulnerabilidad-humana-en-tela-de-juicio-1>.
- Lourdes PERONI, Alexandra TIMMER, “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 11, Issue 4, October 2013, Pages 1056–1085, <https://doi.org/10.1093/icon/mor042>.
- Juán José PIERNAS LÓPEZ, “Public services and disability”, en Delia Ferri, Andrea Broderick, *Research handbook on EU disability*, Edwar Elgar, 2021.
- Andrei QUINTIÁ PASTRANA, “Más allá del art. 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 2022, vol.6.
- Juli PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, 2013, INAP.
- Sofía RANCHORDAS, “Empathy in the Digital Administrative State”, *Duke Law Journal*, 2021, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3946487>
- Maria-Lucia REBREAN, Gianclaudio MALGIERI, “Vulnerability in the EU AI Act: building an interpretation”, en *Proceedings of the 2025 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '25)*. Association for Computing Machinery, 2025, New York., <https://doi.org/10.1145/3715275.3732133>
- Andrea ROMANO, “Vulnerability assessment as an instrument to enhance liberty and equality of aliens? A first balance of the ECtHR’s approach in the field of migration and asylum” en *Aliens Before the European Court of Human Rights: Ensuring Minimum Standards of Human Rights Protection*. Brill Academic Publishers. 2021.
- Ana SÁNCHEZ LAMELAS, “Los dictámenes de los comités de expertos de Naciones Unidas y la responsabilidad del Estado”, *RAP*, 2024, n° 224.

- Bryan S. TURNER, *Vulnerability and Human Rights*, Pennsylvania State University Press, 2021
- Gianfrancesco ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità: Percezione, discriminazione, diritto*. Rome, 2019, Carocci.
- Deden RUKMANA, D., “Vulnerable Populations”, Alex C. MICHALOS (ed.) *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*. Springer, Dordrecht, 2014, https://doi.org/10.1007/978-94-007-0753-5_3184.
- Mónica VALCÁRCEL BUSTOS, “Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 2018, 111, págs. 341-372. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.111.2018.10>
- Marcos VAQUER CABALLERÍA, “¿A cada necesidad un derecho? Sobre la versatilidad de los derechos sociales”, *Anuario de la Facultad de Derecho UAM*, 2025.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, 2014.
- Annalisa VERZA, “Vulnerability, justice and care”, *Oñati Socio-Legal Series*, 2022, 12(1), pp. 211–230. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1254
- Paul VERON, Benoît EYRAUD, Arnaud BEAL (dirs.), *Vulnérabilités et accès au(x) droit(s). Etudes de cas socio-juridiques*, Presses Universitaires de Rennes, 2024.

EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE DECISION

Tomás Izquierdo Serrano

Candidato a doctor en derecho, Universidad Autónoma de Madrid

tomas.izquierdo@estudiante.uam.es

<https://orcid.org/0009-0009-1902-2027>

RESUMEN: Aunque la preeminencia del concepto de acto administrativo ha disminuido con el tiempo, debido a la diversificación de instrumentos utilizados por la administración pública, se sigue tratando de una idea ordenadora fundamental para el derecho administrativo. Sus intentos de conceptualización, sin embargo, no han resultado del todo exitosos. Este trabajo intenta colmar parte de este espacio dogmático analizando el concepto de acto administrativo, basada en la teoría del derecho y la teoría de las decisiones jurídicas. A partir de sus bases funcionales, este estudio conceptualiza al acto administrativo como un “acto jurídico aplicativo”. En seguida, apelando a sus requisitos o normas constitutivas y a su relación con el silogismo jurídico, el trabajo examinará la estructura fundamental de los actos administrativos, en sus distintas dimensiones relevantes. Este análisis evidenciará la especificidad del acto administrativo como institución, alentada por aspectos como la discrecionalidad administrativa y el régimen especial del procedimiento administrativo.

PALABRAS CLAVE: acto administrativo; normas constitutivas; silogismo jurídico; discrecionalidad administrativa; aplicación del derecho.

ABSTRACT: Although the hegemonic dogmatic presence of the concept of “administrative decision” has diminished over time due to the diversification of instruments used by public administration, it remains a fundamental organizing idea for administrative law. However, attempts to conceptualize it have not been entirely successful. This paper seeks to fill this doctrinal gap by analyzing that notion, based on legal theory and decision-making theory. Considering its functional foundations, this study characterizes the administrative act as an “applicative legal act”. Subsequently, by analyzing its constitutive norms and its relationship with legal syllogism, the paper examines the fundamental structure of administrative acts in their various relevant dimensions. This analysis

highlights the specificity of the administrative decision as an institution, influenced by factors such as administrative discretion and the special regulatory framework of administrative procedures.

KEYWORDS: administrative decision; constitutive norms; legal syllogism; administrative discretion; legal application.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL ACTO ADMINISTRATIVO ANTE EL DERECHO ADMINISTRATIVO.— 2. ANÁLISIS SOBRE EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO: 2.1. Actos y normas jurídicas; 2.2. El acto administrativo como acto jurídico aplicativo.— 3. LA ESTRUCTURA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: 3.1. El acto administrativo y la identificación de la norma; 3.2. El acto administrativo y la enunciación de hecho; 3.3. El acto administrativo y la decisión.— 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: EL ACTO ADMINISTRATIVO ANTE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Durante largo tiempo, el acto administrativo se erigió como figura preeminente en la disciplina del Derecho Administrativo. Esta hegemonía descansaba en fundamentos de indudable relevancia: en el contexto de afirmación del Estado de Derecho, el concepto de acto administrativo ofrecía un marco formal capaz de ordenar la diversidad de manifestaciones de la actividad administrativa.

Esta constatación no es solo filosófica, sino histórico-práctica. Aunque vinculado al ejercicio de la autoridad estatal¹, el acto administrativo se concibió desde sus orígenes como un instrumento “propio del Estado de derecho”², funcional al perfeccionamiento del control jurídico —sobre todo, judicial— de las actividades administrativas, que solía restringirse, precisamente, a la impugnación de actos administrativos³.

2. Con todo, este papel preponderante se ha ido paulatinamente matizando. La enorme variedad de instrumentos necesarios para el cumplimiento de tareas administrativas no parece circunscribirse hoy en la institución del acto administrativo. La realidad, sobre todo ante la diversificación funcional de las sociedades modernas⁴, ha demostrado ser mucho más compleja. El control judicial, por su parte, ha dejado paulatinamente de lado su acotación al ámbito estricto del acto administrativo⁵.

Así, la figura del acto administrativo, que en su momento se consideraba el eje central de la actuación administrativa, parece haber “perdido parte de su capacidad

¹ Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 127.

² VELASCO CABALLERO (2020, pp. 127-128).

³ Véase Alejandro NIETO, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968, pp. 9-34 (pp. 13 y ss).

⁴ Niklas LUHMANN, *Teoría política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1993.

⁵ Así, Alejandro HUERGO, “Control judicial de la administración”, en Francisco VELASCO CABALLERO & Mercè DARNACULLETA (eds.), *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2024, pp. 860-895 (pp. 872 y ss).

ordenadora”⁶, mostrándose como “una institución más del Derecho Administrativo, no «la» institución por excelencia, que tenga que resumir todas las peculiaridades de este Derecho”⁷.

3. La constatación de otra multiplicidad de formas de actuación de la administración ha abierto terreno a otras explicaciones, que permiten captar nuevos matices. Esta diversificación abarca tanto la —centenaria, pero incrementalmente relevante— teoría del contrato administrativo, como el reconocimiento de medios alternativos de acción, tales como la actividad material⁸ o informal⁹ de la administración pública.

Este nuevo contexto dogmático favorece explicaciones plurales y diversificadas. El reconocimiento de instituciones diferentes, movidas cada una de ellas por lógicas diversas, inspira la creación de ramas dogmáticas metodológicamente distintas. Más allá de la tentación por la uniformidad, parece evidente que el derecho administrativo debe prestar atención a una diversidad de fuentes y medios de acción, variedad que resulta dogmáticamente provechosa¹⁰.

4. Con todo, la idea de acto administrativo sigue cumpliendo un rol de la máxima importancia en el derecho administrativo. Aunque desprendida de su hegemonía explicativa, se trata todavía de una “idea ordenadora”¹¹, que los diversos sistemas legislativos abordan con detalle.

En el marco de su especificación conceptual, resulta más necesario que nunca revisar la determinación del *concepto* de acto administrativo. Aunque ha sido objeto de extensa reflexión doctrinal, se trata de una pregunta aún pendiente de resolución.

5. Algunas propuestas de conceptualización parecen poco fructíferas. No son provechosas, por ejemplo, definiciones meramente nominativas, que consideran al acto administrativo como toda actuación que se indique o nombre como tal; la confusión de un concepto con su denominación solo denota superficialidad analítica¹², y puede conducir a mezclar instituciones distintas aunadas por etiquetas arbitrarias. También deben descartarse las versiones meramente *formales* del concepto de acto administrativo, que limitan su definición al medio documental en que se contienen; acotar su definición a esta dimensión impide asignarles un sentido jurídico sustantivo que lo distinga de acciones diferentes pero contenidas en documentos similares.

⁶ VELASCO CABALLERO (2020, pp. 127-128).

⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 14ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 551.

⁸ Jorge GARCÍA-ANDRADE, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

⁹ 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*, vol. 5, 2022, pp. 27-71.

¹⁰ Véase, para estos efectos, Eberhard SCHMIDT-ASSMAN, *La dogmática del derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021.

¹¹ VELASCO CABALLERO (2020, pp. 131 y ss).

¹² O, como explica Atría, un “fracaso interpretativo”. Fernando ATRÍA, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 145.

6. Otros intentos de conceptualización son bastante más útiles

Asumiendo su idoneidad como mecanismo para imponer efectos jurídicos imperativos, es habitual que la literatura defina a los actos administrativos a la luz de sus efectos o consecuencias, ya sea en virtud de su carácter individualizado¹³, su aplicabilidad a casos concretos (y no generales)¹⁴ o su duración efímera¹⁵. Ahora bien, aunque la pretensión de producir efectos es consustancial a la idea de acto administrativo, su definición basada en una clase particular de efectos se muestra incompleta. Los actos administrativos, ha ilustrado la doctrina¹⁶, pueden producir efectos de distinta índole, por lo que resulta apresurado limitarlos a cierta clase específica. Además, estas definiciones descuidan algo fundamental: las condiciones previas a su operativización, esenciales para otorgarle significado conceptual¹⁷.

También son atractivas algunas tesis sustantivas que pretenden conectar la noción de acto administrativo con ideas subyacentes, como la noción de “voluntad”. El acto administrativo sería, conforme a esta tesis, una manifestación de voluntad atribuible a la administración. Aunque la voluntad parece definir al acto administrativo en algún sentido¹⁸, acotar su conceptualización a esta esfera bloquea análisis conceptuales más profundos. La noción de “voluntad jurídica” es volátil: el derecho tiende a atribuir (ficticiamente) voluntades a entidades institucionales¹⁹, pero no lo hace directamente, sino a través de la mediación de reglas. La sola apelación a la voluntad se muestra, así, insuficiente, incapaz de distinguir actuaciones emanadas de un mismo órgano.

También se ha difundido una definición del acto administrativo en torno a la noción de “negocio jurídico”. Su cercanía terminológica²⁰, así como el fuerte influjo

¹³ Por ejemplo, Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo. Capítulo IX: El acto administrativo*, 11ª ed., F.D.A., Buenos Aires, 2014, pp. 199 y ss.

¹⁴ Así, Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2004, p. 334; y Ernest FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 284.

¹⁵ Según VALDIVIA, los actos administrativos se caracterizan porque “se extingue[n] por el cumplimiento de su objeto”, en contraste con los reglamentos administrativos, que, “en cuanto fijan auténticas reglas de derecho, tienen vocación de perpetuidad”. José Miguel VALDIVIA, *Manual de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 199.

¹⁶ Raúl LETELIER, *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Aranzadi, Madrid, 2011, pp. 55 y ss.

¹⁷ Definición que podría tener sentido si es que se descarta un significado conceptual autónomo. Pero ese descarte supondría un fracaso de la misión que este texto se propone.

¹⁸ Zanolini levó esta conceptualización al extremo: “si no son actos de voluntad, son actos voluntarios, es decir, actos que derivan su existencia de la voluntad de un sujeto de la administración pública”. Guido ZANOBINI, *Curso de derecho administrativo, Vol. I*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 329.

¹⁹ ATRIA (2016, p. 179).

²⁰ La noción misma de “acto” y, en seguida, de “acto jurídico” invoca un antiguo desarrollo del derecho romano, que a su vez inspira la teoría del “negocio jurídico” adoptada por el derecho civil moderno. El acto administrativo, especie dentro del género de los actos jurídicos, no ha escapado a la influencia de estos desarrollos teóricos. ZANOBINI (1954 pp. 285 y ss).

de la dogmática civilista en los albores del derecho administrativo²¹, e incluso su “alta consideración científica”²², han atizado la importancia de esta descripción, que ha sido ampliamente utilizada, incluso trasladándole algunos de sus esquemas prototípicos²³. No obstante, ni la definición, ni sus más conspicuas críticas²⁴, consiguen detectar los verdaderos problemas de esta explicación. La teoría fracasa por su incapacidad de asir la racionalidad en la que descansa la dictación de actos administrativos: al arraigarse en una racionalidad jurídica-privada, marcada por procesos racionales libres y estratégicos, resulta incapaz de dar cuenta de la estructura interna de los actos administrativos, que es la que realmente los define.

7. Más allá de sus propios inconvenientes, la problematicidad de estas respuestas tiene un rasgo común: una cierta desconsideración por la conformación lógica de las decisiones que se adoptan a través de los actos administrativos. Estas tesis se enfocan en el *acto administrativo ya emitido*, obviando el proceso y las condiciones necesarias para su emisión. El análisis de este proceso, se sabe bien, se ha tendido a relegar al área del “procedimiento administrativo”; pero este ámbito disciplinar ha tendido a desatender las estrechas conexiones entre ambas instituciones.

Así, pese a los múltiples ensayos, el propio *concepto* de acto administrativo parece todavía estar falto de una definición clara²⁵. Aunque bastante desarrollado, el edificio del acto administrativo parece estar falto de piezas conceptuales basales.

8. En este texto aventuro una reconceptualización del acto administrativo, basada en fuentes que considero seguras: la teoría del derecho y, particularmente, la teoría de las decisiones jurídicas. Las herramientas que provee la teoría del derecho

²¹ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018, p. 57.

²² Xabier ARZOZ, “Lección 17: Actos administrativos”, en Francisco VELASCO CABALLERO & Mercè DARNACULLETA (eds.), *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons. Madrid, 2024, pp. 427-450 (p. 429).

²³ Como sus “elementos constitutivos”. Véase Santi ROMANO, *Principii di Dritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1923, p. 59.

²⁴ FORSTHOFF (1958, pp. 284 y ss.) y Sabino CASSESE (*Las bases del derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 267), pusieron énfasis en la dimensión impersonal de la administración pública; también otros, como GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008) enfatizaron el arraigo normativo de la voluntad expresada en los actos administrativos.

Todas estas críticas, aunque explicativas del fenómeno, reposan sobre una comprensión no completamente acabada de la teoría del negocio jurídico. No parece correcto asumir que la teoría del negocio jurídico privado estudia solamente expresiones de autoseñorío o voluntad libre, como parece sugerir esa postura. Como enseña DE CASTRO, “[e]l negocio jurídico no se confunde ya hoy con la declaración de voluntad”. La voluntad está sometida a reglas que determinan la calificación de las cláusulas negociales y sus consecuencias jurídicas. Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 26.

²⁵ Se ha dicho que “se trata de un ámbito “sumid[o] en un estado de vaguedad conceptual, de confusión irreductible”. Luis CORDERO, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., LegalPublishing, Santiago, 2015, p. 242. Como se analizará luego, esa es una afirmación algo arriesgada: el concepto de acto administrativo ha sido abordado con relativa nitidez por la dogmática del derecho público, sin perjuicio de ambigüedades conceptuales ulteriores.

pueden permitir capturar algunas de las claves conceptuales interesantes, que comulguen con el desarrollo legal y dogmático jurídico-administrativo.

El análisis se realizará en dos grandes partes. Primero, se propondrá un examen del concepto de acto administrativo que, iniciando desde premisas jurídico-filosóficas, lo calificará como un “acto jurídico aplicativo”. Segundo, empleando como base ese concepto, se delinearán a grandes rasgos la estructura jurídica del acto administrativo.

2. ANÁLISIS SOBRE EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

2.1. Actos y normas jurídicas

9. El derecho moderno es un constructo artificial. Esta afirmación, que en la actualidad percibimos como una obviedad, tiene importantes consecuencias prácticas que no pueden pasar desapercibidas.

Una de estas consecuencias se vincula con el plano lingüístico. Se sabe, a lo menos desde FREGE, que el lenguaje predetermina el conocimiento humano de los hechos²⁶. El lenguaje permite —de forma más o menos precisa— asir la realidad, comprender y describir los hechos que suceden en la práctica. Es ese universo lingüístico el que se ve intervenido por el derecho. El derecho se estructura como un genuino fenómeno lingüístico²⁷, que articula sus herramientas, métodos y pretensiones de modificar la realidad a través de expresiones del lenguaje (requisitos, condiciones, sanciones, etc.).

Esta operación lingüística del derecho está repleta de complejidades y matices, y no es ajena a aspectos problemáticos. Uno de ellos dice relación con el tipo de lenguaje que tiende a incorporar el derecho. El derecho introduce un lenguaje que no es inocuo, ni menos un calco exacto y actualizado del uso común de los términos. Pensado para responder de forma eficaz a sus múltiples finalidades, el derecho opera en el plano lingüístico de una forma (comparativamente) rígida y estrecha²⁸. El derecho categoriza y describe²⁹ “los aspectos que considera significativos”³⁰ sobre los hechos —suprimiendo, en el camino, otras descripciones significativas en otros planos³¹.

10. La operación lingüística del derecho se encauza fundamentalmente en la figura que la literatura ha llamado *hechos institucionales*³². En contraste con los “hechos

²⁶ Gottlob FREGE, *Estudios sobre semántica*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.

²⁷ En general, Alf ROSS, *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971.

²⁸ Véase, en general, Juan Pablo MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, Santiago, Flandes Indiano, 2010.

²⁹ Emilios CHRISTODOULIDIS, (1999). “The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular”, *Law and Philosophy*, vol. 18, núm. 3, pp. 215-241 (p. 240).

³⁰ CHRISTODOULIDIS, (1999, pp. 233-234). Traducción libre.

³¹ Por ejemplo, aquellas “eventualmente significativas para lo particular” que no consiguen ajustarse a los márgenes jurídicos. CHRISTODOULIDIS, (1999, p. 236). Traducción libre.

³² John SEARLE, *Actos de habla*, 3ª ed., Cátedra, Madrid, 1990, pp. 58 y ss.

brutos” (aquello que simplemente acontece en la realidad), los hechos institucionales son entidades lingüísticas y fácticas cuya conceptualización depende de un conjunto de reglas. Un hecho institucional “presupone la existencia de ciertas instituciones humanas”³³; son hechos que “dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo”³⁴.

Es esta conexión con reglas vinculadas a instituciones jurídicas (MACCORMICK diría “reglas institutivas”³⁵) la que facilita la interacción del derecho con el dinámico universo en que opera. El carácter “institucional” de ciertos hechos permite armonizar las oscilaciones del mundo material con un marco preestablecido de reglas, necesario para la operación del derecho³⁶.

11. En su pretensión institucionalizadora, el derecho dispone a lo menos de dos fórmulas.

La primera es la más clásica: el establecimiento de obligaciones, prohibiciones o permisiones orientadas a un grupo de destinatarios. El derecho regula conductas humanas, ya sea prohibiéndolas, permitiéndolas u obligando a realizarlas. Esta tarea se consigue a través de lo que se ha tendido a llamar *reglas primarias*, también conocidas como *normas regulativas* o *normas de conducta*. Estas normas suelen estar contenidas en enunciados normativos cuya locución u “operador directivo”³⁷ es (o puede interpretarse como) la prohibición, permisión u obligación de una conducta en determinadas circunstancias³⁸.

Este tipo de reglas están vinculadas a hechos naturalmente realizados por seres humanos, que son los que caben o se subsumen en las hipótesis previstas por las reglas: las reglas permiten, obligan o prohíben hechos, que las personas pueden o no realizar. Lo interesante para estos efectos es notar que tales hechos son *a priori* independientes, tanto existencial como lingüísticamente, de las normas que los regulan. Los hechos en los que se basan esas reglas no requieren de ellas para existir³⁹, sino que se producen en la realidad de forma independiente. En términos lingüísticos: “su descripción es independiente”⁴⁰ de las reglas que los regulan.

³³ SEARLE (1990, p. 60).

³⁴ Neil MACCORMICK, *Instituciones del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 28.

³⁵ MACCORMICK (2011, p. 57).

³⁶ Solo así las esferas del “es” y el “debe”, cuya separación tiende a ser asumida por el positivismo jurídico irreflexivo, encuentra un espacio de interacción. John SEARLE, “How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’”, *The Philosophical Review*, vol. 73, núm. 1, 1964, pp. 43-58.

³⁷ ROSS (1971, pp. 108 y ss).

³⁸ Sobre la vinculación de las normas con las enunciaciones jurídicas, véase Eugenio BULYGIN, “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021(A).

³⁹ Fernando ATRIA, “La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 36, núm. 1, 2023, pp. 27-48 (p. 31).

⁴⁰ Beatriz ARRIAGADA, “Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 45, 2022, pp. 377-410 (p. 404).

12. Esa independencia ontológica (existencial o lingüística) entre hechos calificados como “hechos jurídicos” y las normas que los regulan, no se presenta respecto de aquellos hechos institucionales regidos por *reglas secundarias*.

El planteamiento original es de HART, quien advirtió que el derecho no estaba compuesto solo por reglas que imponen deberes u obligaciones, sino también por otras normas que confieren “potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro colectivo del derecho”⁴¹. Así, junto a las normas que regulan conductas, aparecen otras, lógicamente anteriores, cuyo propósito es regular la creación de otras normas.

A estas *reglas secundarias*⁴² se les ha tendido a asignar carácter *constitutivo*. La explicación es intuitiva: al prever la serie de condiciones necesarias para su existencia o validez, las instituciones (normas o actos) que estas normas crean “debe[n] su existencia”⁴³ a las *reglas secundarias*. Estas *reglas secundarias* son parte estructural de las normas o actos que crean; sin ellas, las normas o actos no podrían existir. Las reglas secundarias “permiten describir conductas de un modo que no sería posible si ellas no existieran”⁴⁴.

Así, en contraste con las *reglas primarias*, las normas o actos que emanan de *reglas secundarias* no existen ni pueden describirse al margen de ellas. Las *reglas secundarias* son condiciones de su única posible descripción: la de una institución normativamente configurada. Es esta dependencia ontológica la que ha permitido a ALCHOURRÓN y BULYGIN considerar a estas reglas como genuinas “definiciones”⁴⁵: postulados que prevén las condiciones para que una norma o acto *sea tal* en el marco de un sistema jurídico.

Este carácter constitutivo o definitorio tiene otra consecuencia relevante. A diferencia de las *reglas primarias*, que suponen la “licitud o ilicitud”⁴⁶ de determinados hechos brutos, las normas o actos derivados de *reglas secundarias* son juzgables a partir de su *validez*. La inconcurrencia de una de las circunstancias definidas por las reglas secundarias determina no su ilicitud sino su *invalidéz*, esto es, su falta de pertenencia a un sistema jurídico⁴⁷. Ese carácter los hace susceptibles de *nulidad* (o, a lo menos, anulabilidad), que es el medio por el cual los sistemas jurídicos se reafirman

⁴¹ H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Abeledo Perro, Madrid, 1990, p. 34.

⁴² Que HART divide en reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento (1990, pp. 125 y ss).

⁴³ ATRIA (2023, p. 36).

⁴⁴ ARRIAGADA (2022, p. 404).

⁴⁵ Que contienen, a su juicio, un cierto contenido regulativo. Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “Definiciones y normas”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021(A).

⁴⁶ Beatriz ARRIAGADA, “Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 40, 2017, pp. 93-121 (pp. 110 y ss).

⁴⁷ Sobre el significado de validez como pertenencia a un sistema jurídico, véase Eugenio BULYGIN, “Tiempo y validez”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021(B).

o conservan a sí mismos⁴⁸, excluyendo a las normas o actos que no satisfacen las condiciones para pertenecer a ellos.

13. En el párrafo anterior se incurrió deliberadamente en una imprecisión terminológica. Se ocuparon como sinónimos los términos *acto* y *norma*, que son conceptos que la filosofía del derecho suele considerar distintos.

Como se ha visto, las *reglas secundarias* se definen como normas que permiten la creación de otras normas. Pero estas normas no pueden expresarse en el aire, ni solo en las consciencias de las personas. Las normas requieren, para su eficacia e incluso existencia⁴⁹, de una expresión lingüística, generalmente escrita y documental.

Este acto comunicacional difícilmente puede entenderse como un equivalente de las normas. Se trata de una *acción*⁵⁰ *humana*, distinguible del reinado deóntico de las normas⁵¹, a las que sirve de soporte.

Esta distinción fue acertadamente realizada por CARACCIOLO, al analizar la ambigüedad del término “decisión judicial”. En palabras de este autor, “la expresión ‘decisión judicial’ es ambigua: por un lado, designa una acción de un juez, esto es, la elección de una solución a la controversia. Por otro, se refiere al contenido de la solución elegida”⁵².

Es este *contenido de la solución* lo que constituye la genuina *norma*. En contraste, a las acciones prácticas en que se expresan las normas se las puede denominar, paralelamente, “actos jurídicos”⁵³. Los actos jurídicos no son normas propiamente tales, sino actuaciones prácticas, ontológicamente equiparables a otras acciones humanas.

Su distinción con otras acciones humanas recae, precisamente, en su relación *intrínseca* con normas jurídicas. Los actos jurídicos no se confunden con las normas (operan a niveles distintos), pero su particularidad reside en su especial vinculación con ellas. Los actos jurídicos “invocan” normas: “son ejercicio de poderes normati-

⁴⁸ Josep AGUILÓ, “La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 10, 1991, pp. 223-258 (p. 257).

⁴⁹ Que es la visión de HERNÁNDEZ MARÍN, para quien los “cuerpos jurídicos”, que contienen “las normas jurídicas”, son “documentos (leyes, decretos del gobierno, constituciones, órdenes ministeriales, códigos, etc.) aprobados por los órganos de un Estado (o sea, por los titulares del poder legislativo, del poder ejecutivo y quizá también del poder judicial de un Estado) y que son publicados. Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons, Madrid, 2021(A), pp. 21-22.

⁵⁰ Como “actos que efectúan cambios en los estados de cosas” G.H. VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 54.

⁵¹ En contra de esta visión argumentarían los partidarios de una concepción *expresiva* de las normas, que asume a las normas como ontológicamente equivalentes a actos de habla de orden prescriptivo. En este texto se comparte, tímidamente, una concepción *hilética* de las normas, que traza una distinción entre las enunciaciones normativas y las normas. Véase, al respecto, Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “La concepción expresiva de las normas”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021(B).

⁵² Ricardo CARACCIOLO, “El problema de los hechos en la justificación de sentencias”, *Isonomía*, vol. 38, 2013, pp. 13-34 (p. 22).

⁵³ En general, ATRIA, 2023.

vos, son actos que necesaria e intrínsecamente invocan la regla de alguna manera”⁵⁴. Los actos jurídicos son, de tal modo, acciones “autoconscientemente normativas”, que se anuncian o autoconsideran como expresión o reflejo de normas previas.

Esa invocación de normas no es, por cierto, necesariamente explícita, sino que deriva de la configuración normativa de un poder jurídico. Se trata, como ha explicado RAZ, de acciones estandarizadas por el derecho de cara a la producción de determinadas consecuencias. En sus términos: “Una acción es el ejercicio de un poder jurídico solamente si una de las razones del derecho para reconocer que ella efectúa un cambio jurídico es que ella sea de un tipo tal que sea razonable esperar que acciones de ese tipo, si son reconocidas como teniendo ciertas consecuencias jurídicas, serán ejecutadas de manera estandarizada solo si la persona en cuestión quiere asegurar esas consecuencias jurídicas”⁵⁵.

14. La distinción entre la esfera *normativa* y la *práctica* es crucial

Las *normas* poseen, entre sí, relaciones abstractas, que siguen ciertos estándares lógicos especiales (de “lógica deóntica” o “normológica”⁵⁶). Para que una norma se entienda lógicamente vinculada a otra, debe corresponderse a un mismo sistema⁵⁷, anclado entre sí a través de cadenas jerárquicas de validez⁵⁸. El derecho se entreteje lógicamente, relacionando normas con otras normas.

No obstante, estas relaciones adquieren especial complejidad cuando se refieren a la resolución de casos particulares. Al afrontar hechos o casos concretos, estas conexiones de validez se ven obligadas no solo a lidiar con *normas*, sino con hechos o descripciones de hechos individuales y particulares, que demandan participación en el esquema lógico utilizado.

La filosofía del derecho de origen kelseniano⁵⁹ ha asignado esta tarea a las denominadas *normas individuales*, concepto que ha acuñado buena parte de la filosofía del derecho moderna. El objeto de estas normas es, precisamente, la “aplicación de normas jurídicas generales”⁶⁰, es decir, la “individualización (o concretización) de la norma general”⁶¹ con referencia a un caso concreto.

⁵⁴ Neil MACCORMICK, *H.L.A Hart*, Stanford University Press, San Francisco, 1981, p. 73.

⁵⁵ Joseph RAZ, “Voluntary Obligations and Normative Powers”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volumes, vol. 46, 1998, p. 81.

⁵⁶ VON WRIGHT (1970, pp. 143 y ss).

⁵⁷ Ricardo CARACCILO, “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 9, 1991, pp. 295-309.

⁵⁸ Hans KELSEN (1963). *Teoría pura del derecho*. Eudeba, Buenos Aires, p. 202.

⁵⁹ Cuestión que explícita, en el marco del derecho público, el discípulo de Kelsen Adolf Merkl. Adolf MERKL, “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 235-259; y Adolf MERKL, “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005, pp. 301-324.

⁶⁰ KELSEN (1963, p. 208).

⁶¹ KELSEN (1963, p. 240).

Se trata de una vinculación lógica entre una norma general o superior, que gobierna la resolución del caso, y una norma inferior, que dispone la consecuencia jurídica que se sigue del contacto con hechos particulares. De ahí que se pueda decir que la norma inferior *aplica* la superior: la individualiza o concretiza con referencia a determinados hechos.

15. Esta operación de *aplicación* debe seguir cánones lógicos, e incluir tanto elementos normativos como fácticos. Se trata de una tarea exigente, que requiere un instrumental lógico robusto, que permita trazar combinaciones entre esos dos tipos de factores.

Es por su potencial lógico y su flexibilidad adaptativa que suele usarse el “silogismo jurídico”⁶² para este propósito, precisamente un tipo *ad hoc* de razonamiento deductivo adaptado a las peculiaridades de esta función aplicativa.

16. El silogismo jurídico incluye, primero, una premisa *normativa*, que enuncia la norma condicional o “supuesto de hecho” que se pretende dar por aplicada. En seguida, incorpora una premisa *fáctica*, que describe los hechos comprobados en el caso. Finalmente, dispone una *conclusión*, consistente en la enunciación de una norma individual o consecuencia jurídica. Así, bajo la clásica formulación silogística, “[s]iempre que el supuesto de hecho S esté realizado en un hecho concreto H, vale para H la consecuencia jurídica C”⁶³.

Esta forma silogística ha sido criticada, advirtiéndose algunos problemas lógicos significativos —asociados a la mezcla “lógicamente ilícita” de elementos descriptivos y normativos⁶⁴.

Sin embargo, las distintas propuestas críticas —y también sus defensas matizadas⁶⁵— tienden a recoger de este silogismo una serie de elementos, con los que coinciden basalmente. Para la generalidad de autores, una conexión normativa de “aplicación” exige, a lo menos, de dos pasos previos a la dictación de la *norma individual*, uno de ellos vinculado con *normas* y otro con *hechos*.

En primer lugar, se requiere la identificación de una *norma válida*, esto es, perteneciente al sistema jurídico en cuestión, y además *aplicable* al caso, conforme a su temporalidad y ámbito de intereses⁶⁶. En segundo lugar, es necesaria la descripción *verdadera* de un hecho, coincidente con los términos usados por la regla (semántica-

⁶² Jerzy WRÓBLEWSKI, “Legal syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974, pp. 33-46.

⁶³ Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980, p. 265.

⁶⁴ Véase, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN (“¿Qué es, cómo es y cómo debe ser la motivación de una decisión judicial?”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 14, 2021(B), pp. 27-53), quien propone soluciones “semánticas” o “sintácticas” a estos problemas.

⁶⁵ Una de las más persuasivas en Neil MACCORMICK, “La argumentación silogística: Una defensa matizada”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30, 2007, pp. 321-334.

⁶⁶ BULYGIN (2021A, pp. 233 y ss). Por supuesto, en cualquier área del derecho esta identificación o descripción debe lidiar con la indeterminación lingüística de las reglas. Véase María Cristina REDONDO, “Teorías del derecho e indeterminación normativa”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 20, 1997, pp. 177-196.

mente singularizados como “un caso individual de” aquel hecho genérico presentado por la norma⁶⁷). Solo la conjunción de una norma válida y aplicable con un hecho verdadero pueden producir como conclusión (ya sea silogística o conforme a otro instrumental lógico) una norma individual.

17. Pero ¿cómo poder definir que una norma individual está invocando una regla conectada con otra bajo una vinculación lícita de *validez lógica*? ¿Cómo es posible determinar la *verdad* de un hecho en un procedimiento jurídico?

Estos son, pues, problemas *prácticos*, que la sola “lógica deóntica” no consigue resolver. La configuración institucional del derecho acarrea importantes limitaciones, que le impiden operar como un simple reflejo de cadenas lógicas perfectas.

18. La aplicación del derecho, en términos prácticos, parece más bien un *objetivo aspiracional*. El derecho busca, como explica ATRIA, “hacer probables”⁶⁸ ciertos fines a través de medios institucionales, tarea que realiza de forma imperfecta, no necesaria. La aplicación del derecho, en cuanto función jurídica⁶⁹, parece caer en una implausibilidad similar: la perfecta validez normativa y veracidad fáctica se muestran como fines meramente aspiracionales, que el derecho debe canalizar, consciente de su propia imperfección.

Una figura institucional que permite esta mediación es, precisamente, el *acto jurídico*, una acción humana jurídicamente constituida que *invoca* o se autoconsidera expresión de determinadas reglas. Y, más precisamente, un *acto jurídico aplicativo*, es decir, un acto jurídico que tiene por objeto la vinculación entre normas generales y hechos individuales. Estos actos, y las reglas que los conforman, configuran una *estructura*, que —como toda estructura jurídica⁷⁰— pretende alcanzar el propósito de *aplicar el derecho*.

19. Los *actos jurídicos aplicativos* se erigen, de tal modo, como la expresión práctica e institucionalizada de la aspiración del derecho de aplicar normas. Se trata del tipo de actos jurídicos que encauzan la tarea de aplicar una norma a un conjunto de hechos individuales. Se asemeja a lo que RAZ conceptualizaba como “instituciones aplicadoras”⁷¹: estructuras jurídicas cuyo objeto era mediar entre el contenido abstracto del derecho preexistente y el contenido concreto de los hechos observados.

20. Esta aspiración se procesa, pues, a través de una cadena de fundamentaciones o argumentaciones, contenidas en estos actos jurídicos aplicativos. Los actos

⁶⁷ CARACCILO (2013, p. 19).

⁶⁸ Siguiendo a Michael MOORE (*Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford, 1997), ATRIA esgrime que los conceptos jurídicos serían siempre conceptos funcionales, en los que sería detectable “una idea pre-institucionalmente identificable”, cuya satisfacción sería improbable. La estructura jurídica buscaría mediar estas funciones, intentando hacerlas probables con completa opacidad a su trasfondo funcional. En general, ATRIA (2016).

⁶⁹ Como explica suficientemente ATRIA, en referencia a la “aplicación” propia del ejercicio jurisdiccional. ATRIA (2016, pp. 101 y ss).

⁷⁰ ATRIA (2016, pp. 133 y ss).

⁷¹ Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 132. Traducción libre.

jurídicos aplicativos poseen la naturaleza lingüística de *actos argumentativos*, pues justifican una decisión a través de una serie de fundamentos, que adquieren la forma de un razonamiento práctico⁷².

Es este razonamiento el que permite anclar el contenido general de una norma con un hecho particular. A través de ese razonamiento el acto invoca su propia función aplicativa, se *justifica*⁷³ o *prueba*⁷⁴ como acto de aplicación.

21. Ahora bien, ¿cómo se realiza ese razonamiento práctico? La posibilidad más segura (aunque no única) es acudir a los apartados clásicos del “silogismo jurídico”. Las premisas del silogismo jurídico pueden contribuir —con más o menos matizaciones internas— a encauzar el razonamiento práctico que expresan los actos jurídicos.

Como se sabe, se trata de un mecanismo basado en tres pasos sucesivos, todos los cuales pueden generar dificultades prácticas.

Un primer paso consiste en la identificación, y luego la enunciación, de una norma jurídica *aplicable*. Pese a la aparente sencillez de esta operación, no pueden soslayarse sus dificultades, que remiten a los múltiples desafíos de la interpretación jurídica.

Un segundo paso consiste en la aseveración del evento o circunstancia de hecho a la cual se responde, que debe “subsumirse” (es decir, incluirse su descripción) en la norma general. Como se analizará luego, frente a la implausibilidad de una búsqueda de la “verdad” a través de procedimientos jurídicos, al acto jurídico suele bastarle con la “prueba” de los hechos⁷⁵, alternativa rodeada de importantes filtros jurídicos.

Un tercer paso es la conclusión de este razonamiento por medio de una decisión final. Esta decisión puede ser afirmativa (la disposición del enunciado normativo contenido en la regla) o negativa, e incluso suponer la elección entre diversas posibles consecuencias jurídicas. Esta respuesta final se reputa siempre derivar de un proceso argumentativo o “motivación”.

22. Aunque esta serie de pasos aparenta ser inevitable, atendida su semejanza estructural con herramientas de lógica deóntica, su contenido viene modelado intrínseca y profundamente por el derecho positivo⁷⁶. Los distintos pasos de la argumentación y la vinculación entre ellos no siguen modelos lógicos necesarios, sino un instrumental jurídico imperfecto y contextualizado.

⁷² Neil MACCORMICK, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, Palestra, Madrid, 2018, p. 10. El razonamiento es *práctico* en el sentido de que “usa estándares de conducta, toma en consideración las circunstancias de una acción, y dibuja inferencias que envuelven la acción debida a partir de ellas. [Además], usa su propio vocabulario práctico (ej. derecho, deber, permiso), requiere argumentos razonados más que pruebas experimentales, y descansa en sus propios criterios distintivos de éxito”. Steven BURTON, “Law as Practical Reason”, *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989, pp. 747-793 (p. 769).

⁷³ María Cristina REDONDO, “La justificación de decisiones judiciales”, *Isegoría*, vol. 21, 1999, pp. 149-163.

⁷⁴ HERNÁNDEZ MARÍN (2021B, p. 33).

⁷⁵ En general, Jordi FERRER, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 27 y ss.

⁷⁶ HERNÁNDEZ MARÍN (2021A, pp. 149 y ss).

Así se puede observar en los tres pasos descritos. La identificación de la norma aplicable depende de herramientas interpretativas. Las cuestiones probatorias son, también, estructuradas por el derecho. Finalmente, la enunciación de una norma individual que *aplique* una norma general depende de la conexión lógica entre todos los enunciados anteriores.

2.2. El acto administrativo como acto jurídico aplicativo

23. El acto administrativo pertenece, pues, a la categoría de los *actos jurídicos aplicativos*.

Esta afirmación debe ser argumentada. Es cierto que KELSEN incluía a los actos administrativos dentro del conjunto de las “normas individuales”⁷⁷, cuestión que fue luego detallada por MERKL en su construcción escalonada del ordenamiento jurídico⁷⁸. Sin embargo, el uso de esta terminología ha tendido a ser cuestionada por la dogmática jurídico-administrativa⁷⁹, lo que exige una explicación adicional.

24. La discrepancia que marca este debate parece estar vinculada, sin embargo, simplemente a diferencias terminológicas.

Por una parte, la terminología mayoritaria en la filosofía del derecho tiende a utilizar un concepto amplio de *norma*, como proposición normativa vinculada a la utilización de *operadores prescriptivos*⁸⁰. La norma, bajo esta perspectiva, es la entidad que (por sí misma o por medio de enunciaciones que la expresan) se ocupa de *prescribir*, es decir, de reglar acciones humanas por medio de mandatos o potestades.

Visto desde esta perspectiva, el carácter normativo de los actos administrativos parece difícil de negar. Este tipo de operadores normativos se observan en el objeto o ítem decisorio de prácticamente toda decisión reconocible como un acto administrativo⁸¹. El objeto de los actos administrativos tiende a ser, precisamente, la prescripción de obligaciones, permisiones (o autorizaciones) o prohibiciones. Es esa la cualidad que los conduce a producir efectos, sean ampliativos o reductivos de la esfera jurídica de los particulares⁸².

⁷⁷ KELSEN (1963, p. 316).

⁷⁸ MERKL (2004) y MERKL (2005).

⁷⁹ Que tiende a distinguir entre “normas” y “actos” como dos tipos de acciones sustantivamente diferenciadas. Entre otros, José Luis MELLÁN *La distinción entre norma y acto administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967 y Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, “Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria a oposiciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40.

⁸⁰ Así, VON WRIGHT (1970, p. 22).

⁸¹ Lo que implicaría excluir los actos administrativos de orden interpretativo, informativo o, en general, no prescriptivos, que en ocasiones las propias leyes encuadran dentro del concepto de acto administrativo (Por ejemplo, en Chile, Ley N° 19.880, art. 3). No obstante, y aunque ha acaparado debate, a mi juicio se trata de una pregunta secundaria. La inclusión de actos interpretativos o informativos dentro del concepto (formal) de acto administrativo no distrae de sus diferencias fundamentales, lo que autoriza a tratarlos como conceptos diferenciados.

⁸² VALDIVIA (2018, pp. 213-214).

25. La objeción al carácter normativo de los actos administrativos, dominante en la dogmática del derecho administrativo, tiende a surgir de una comprensión más acotada del concepto de norma. En contraste con los “reglamentos” (a veces asumidos como sinónimos de “normas administrativas”), se señala corrientemente que los actos administrativos no podrían constituir genuinas *normas*, lo que recibiría diversas justificaciones: su diferencia procedimental, el carácter general de los reglamentos, su pretensión de perpetuidad o su contenido⁸³.

Estas diferencias no cuestionan, sin embargo, el carácter *prescriptivo* de las enunciaciones conclusivas de los actos administrativos. En realidad, esta mirada acota el concepto de *norma* a la noción kelseniana de *norma general*⁸⁴, distinguida de las *normas individuales*, que contendrían los actos administrativos. El acto administrativo no regula situaciones hipotéticas, sino que se relaciona con el acaecimiento de un hecho o serie de hechos al que se aplica una norma superior; los reglamentos, por su parte, prescriben *normas generales*, destinadas a regular más de un hecho conforme a un enunciado condicional abstracto.

26. Esta ambigüedad terminológica —que puede superarse, por ejemplo, cambiando la referencia a una norma individual por la de una “disposición”— no contradice, en cualquier caso, la inserción del acto administrativo en la estructura normativa de los sistemas jurídicos. Ese es el punto esencial del que da cuenta su juridificación: los actos administrativos integran el sistema de derecho, configurando derechos y obligaciones de carácter jurídico⁸⁵.

Esta normatividad o inserción jurídica de los actos administrativos se reconoce también en su propia regulación legal. Los actos administrativos son “inmediatamente ejecutorios”⁸⁶, atributo que les permite introducirse en la esfera jurídica de los ciudadanos sin necesidad de aprobación ulterior⁸⁷. Esta “ejecutoriedad” supone que las decisiones contenidas en los actos administrativos *pueden servir para fundar otras conductas* —como las destinadas a la ejecución de los propios actos—, aspecto fundamental que denota su normatividad. Si se omite su naturaleza propiamente jurídica, esta aptitud de los actos, esencial para su eficacia, perdería su razón de ser. Como explica LETELIER, la ejecutoriedad “no es sino una mera consecuencia del ejercicio de una potestad de ‘creación de normas’ que el ordenamiento jurídico le ha asignado a la Administración en tanto poder público”⁸⁸.

Esta inserción jurídica adquiere también visibilidad a la luz de sus mecanismos de ineficacia: la nulidad o la anulabilidad. Los actos administrativos no son simplemente

⁸³ Un repaso de estas críticas en LETELIER (2011, pp. 55-59).

⁸⁴ Concepto de norma parece respaldada en una concepción del sustantivo “norma”, arraigado en el concepto de ley. Así, VON WRIGHT (1970, pp. 21-22).

⁸⁵ Es lo que se argumenta en MERKL (2005).

⁸⁶ Entre otras normas, véase la ley chilena N° 19.880, art. 51.

⁸⁷ Raúl LETELIER, “La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna”, *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, año 2015, 2015, pp. 316-332 (p. 323).

⁸⁸ LETELIER (2015, p. 323).

te *ilícitos*, sino *inválidos*, consecuencia que el derecho prevé para la exclusión de “normas” inferiores contrarias a otras superiores⁸⁹. Su clásica “presunción de validez”⁹⁰ también expresa esta característica: mientras no sean impugnadas, las normas o disposiciones contenidas en actos administrativos se deben estimar válidas.

27. En cualquier caso, es el carácter *individual* de las normas o disposiciones el que convoca al acto administrativo a proponerse como un instrumento de “aplicación del derecho”. La función del acto administrativo, o a lo menos una de sus funciones esenciales, es dar aplicación a normas generales ante la verificación de hechos concretos.

28. Este carácter se expresa en tres de los típicos rasgos prototípicos de los actos administrativos.

Primero, en su característica producción a partir de *procedimientos administrativos*. Los actos administrativos son —quizá inherentemente⁹¹— el resultado de una serie de pasos relativamente homogéneos y dirigidos por normas, que la teoría caracteriza como prototípicamente *secundarias*. En los procedimientos se construyen los actos administrativos, en sus distintas dimensiones, tanto formales como sustantivas: es el escenario del que emana tanto su respaldo documental como su contenido.

Segundo, en su tradicional formato escrito, que suele incorporar una referencia a normas. Los actos administrativos *invocan*, generalmente en sus partes iniciales, las normas que otorgan competencia al órgano emisor y las que sirven de base a la decisión. A través de esa invocación, que se acompaña de una *motivación*, los actos demuestran que son esas normas las que dan pie a su actuación: se erigen como actuaciones “autoconscientemente normativas”.

Tercero, en sus modalidades de censura judicial. Diversos modelos comparados prevén sistemas para controlar la *validez* de los actos administrativos, sea a través de causales o a través de vicios conectados a “elementos” atribuidos al acto administrativo.

29. En fin, tanto la función como la estructura general del acto administrativo denotan su conceptualización como un *acto jurídico aplicativo*. El acto administrativo *invoca* normas y se configura como su instrumento de aplicación frente a determinados hechos, sustentado en una fundamentación o motivación. El acto administrativo requiere la comprobación de la concurrencia de normas secundarias y la tramitación de procedimientos, siempre a la luz de una serie de hechos que le otorgan justificación.

30. Sin embargo, sería miope asumir que el derecho administrativo solo se preocupa por la aplicación recta del derecho. En contraste con los tribunales de justicia, órganos configurados para la aplicación *justa* del derecho⁹² de cara a la resolución de

⁸⁹ En general, LETELIER (2011).

⁹⁰ Tomás CANO, “La presunción de validez de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, vol. 4, 2020, pp. 6-28.

⁹¹ Como se sugiere en GARCÍA-ANDRADE (2021).

⁹² ATRIA (2016, pp. 213 y ss).

conflictos, la administración persigue objetivos funcionales múltiples y heterogéneos. La administración es un órgano político, encargado de satisfacer el interés general, misión que reclama herramientas que sirvan a objetivos distintos a la sola aplicación de normas. La administración, ente de acción y satisfacción de intereses generales, no es simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la ley”⁹³.

Por consiguiente, no puede asumirse la unidireccionalidad de las normas hacia objetivos aplicativos. Las reglas pueden predisponer a la administración a seguir cursos distintos, a la luz de los fines heterogéneos que persiga el legislador (o la propia administración).

31. La programación normativa encaminada a la dictación de actos administrativos puede seguir distintas direcciones, incluso en su plano formal.

La toma de decisiones administrativas es, por ejemplo, sensible a la estructura orgánica de los entes administrativos. La organización administrativa es heterogénea, dirigida a objetivos diversos, y puede predisponer a la administración a realizar actuaciones con determinados carices —por ejemplo, políticos o técnicos⁹⁴. Su contraste con las estructuras orgánicas judiciales, pensadas con fines primordialmente aplicativos, resulta notorio: es difícilmente concebible que la organización administrativa alienta solo la “imparcialidad”⁹⁵.

En seguida, las formas procedimentales que preceden a los actos administrativos también influyen en ellos. El legislador estructura los procedimientos administrativos con sentidos diversos, en armonía con los objetivos relevantes para un determinado sector de referencia⁹⁶. Que un procedimiento administrativo se estructure bajo la sola lógica dialéctica del proceso judicial parecería una rareza⁹⁷.

32. Sin embargo, las diferencias más interesantes se encuentran en el plano sustantivo de la aplicación, que se observa en sus tres facetas prototípicas: la invocación de la norma general, el establecimiento de hechos y la disposición de una norma individual.

Las particularidades normativas se relacionan principalmente con el grado de programación de las normas. Es usual que las leyes que reglan la actuación administrativa sean deliberadamente vagas, o que derechamente omitan ciertas definiciones,

⁹³ La frase, como se sabe, es de MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Heliasta, Madrid, 1984, p. 112.

⁹⁴ Eberhard SCHMIDT-ASSMAN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 251 y ss.

⁹⁵ Véase Andrés BORDALÍ y Juan Carlos FERRADA, “Las facultades juzgadoras de la administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, núm. 1, 2002, pp. 187-205.

⁹⁶ SCHMIDT-ASSMAN (2003, pp. 360 y ss).

⁹⁷ Marcos VAQUER, “¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?”, en Luciano PAREJO y Marcos VAQUER (eds.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 54-82.

delegando las decisiones a la administración aplicadora. La ley se tiende a autolimitar, con el objeto de que la administración decida con cierta libertad.

Las peculiaridades en el plano fáctico son también interesantes. Los medios probatorios administrativos poseen rasgos especiales, que en ocasiones dificultan su paralelismo con los métodos usados en contextos jurisdiccionales.

Finalmente, es común que la ley no establezca consecuencias jurídicas únicas, dejando a la administración elección entre diferentes resultados normativos.

33. Todas estas singularidades —y otras que luego se abordarán— obligan a especificar el carácter “aplicativo” del acto administrativo. El acto administrativo realiza una *forma singular de aplicación*, diferenciada de otros prototipos, como las sentencias judiciales. Como se expondrá a continuación, las diferencias son de toda índole: organizativas y procedimentales, pero también sustantivas, tanto en el ámbito de la interpretación normativa, de la prueba de los hechos, como en el de la elección de consecuencias jurídicas.

Estos contrastes no excluyen en ningún sentido el carácter *aplicativo* del acto administrativo. Todas estas particularidades, aunque a veces alejadas del objetivo exclusivo de “aplicar la ley”, se desarrollan *en el marco* de una operación aplicativa, es decir, en el contexto, bajo el lenguaje y conforme a los métodos racionales de la aplicación del derecho. Se trata de matizaciones o morigeraciones de una operación dotada de rasgos propios, pero que es en todo caso definible como *aplicativa*.

Así, todas las normas que constituyen los actos (sus “normas constitutivas” o *reglas secundarias*), más allá de los intereses o fundamentos a los que responden, actúan en el marco de una operación de aplicación del derecho. Los actos administrativos se construyen sobre la base de normas heterogéneas, pero ancladas en la estructura de la aplicación jurídica.

Sin ánimo de exhaustividad, en el próximo capítulo se analizarán algunos de estos rasgos especiales.

3. LA ESTRUCTURA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

34. En cuanto *acto jurídico aplicativo*, regido por *reglas secundarias*, el acto administrativo se *constituye* por normas: su existencia depende de la mediación de determinadas normas jurídicas.

35. Como se ha analizado, la función central de estas reglas consiste en posicionar al acto administrativo como un instrumento de aplicación del derecho. Pero esta dimensión del acto administrativo —también se ha analizado— es solo parcial: las reglas son diversas y responden a objetivos variados.

Ahora bien, ¿cómo funciona la comunión entre estas reglas? ¿Cómo se estructura jurídicamente el acto administrativo?

36. Las *reglas secundarias* pueden clasificarse en “formales” y “materiales”. Se utilizará para estos efectos la nomenclatura de GUASTINI⁹⁸: “(i) normas “formales” sobre la producción jurídica, y (ii) normas “materiales” (o “sustanciales”) sobre el contenido de la producción normativa futura”⁹⁹.

Aunque las segundas son las que parecen más interesantes en el marco de este estudio, las primeras no pueden ser omitidas.

37. Los requisitos formales se dividen en dos grandes especies. Primero, requisitos *competenciales*, vinculados a la distribución subjetiva del ejercicio de atribuciones. Segundo, requisitos *procedimentales*, sobre el seguimiento regular de vías procedimentales.

Estas categorías no son desconocidas para el derecho administrativo, que tiende a diferenciar elementos o requisitos de orden formal y material¹⁰⁰.

Los requisitos formales son conocidos en la disciplina, de hecho, por su atenuada relevancia: la nulidad por vicios formales (competenciales o procedimentales) tiende a requerir de algún disvalor adicional¹⁰¹. En cualquier caso, las exigencias competenciales y procedimentales poseen una importancia crucial para el disciplinamiento jurídico de los actos administrativos: tanto la estructura organizativa (basada fundamentalmente en la noción de “competencia”¹⁰²) como las definiciones procedimentales influyen en el contenido de los actos.

38. Sin embargo, la clave para entender el *concepto* de acto administrativo está en sus *reglas constitutivas sustantivas*.

Estas reglas pueden disgregarse a través de *requisitos*, todos enmarcados en aquellos pasos que suelen caracterizar a los actos jurídicos aplicativos. En este texto se ha empleado una tríada para definir estos pasos (coincidente, a grandes rasgos, con las tres partes del silogismo jurídico), que se reutilizará para proceder al análisis. Se iniciará con el examen de la estructura de interpretación y aplicación de normas (3.1), para luego proceder a hacer un breve repaso de la estructura probatoria (3.2), y finalmente referir las normas vinculadas a la conexión lógica entre etapas y la disposición de una consecuencia jurídica (3.3).

Es en la unión de estas estructuras normativas que se encuentra el verdadero *concepto de acto administrativo*.

⁹⁸ Sin perjuicio de la utilización de esta nomenclatura, al aproximarnos a la vertiente “sustantiva” el texto se apoyará primordialmente en la fórmula del silogismo jurídico, de la que Guastini es crítico. Véase, al respecto, Riccardo GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 230 y ss.

⁹⁹ Riccardo GUASTINI, *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 307-308.

¹⁰⁰ Así, Fernando GARRIDO FALLA, “Los motivos de impugnación del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 17, 1955, pp. 11-85

¹⁰¹ Véase Javier GARCÍA LUENGO, *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Iustel, Madrid, 2016.

¹⁰² SANTAMARÍA PASTOR (2004, p. 446).

3.1. El acto administrativo y la identificación de la norma

39. La dictación de un acto administrativo reposa en la identificación de una norma general, generalmente legal (y eventualmente reglamentaria), a la que se pretende dar aplicación.

Pese al conocimiento que los órganos administrativos tienen del sistema jurídico (son órganos estatales burocráticamente conformados y ocupados corrientemente de esas tareas), la identificación de una norma no es una tarea sencilla. El descubrimiento de la norma aplicable requiere de acciones más allá de la sola individualización de un enunciado o disposición normativa. Se trata más bien de una tarea *interpretativa*, que demanda encontrar las normas que se ocultan detrás de las enunciaciones normativas¹⁰³.

Este ejercicio se dificulta ante la existencia de más de una norma para resolver un mismo asunto, ante el (corriente) uso intrincado o impreciso del lenguaje, la falta de sistematicidad de la redacción legal, la presencia de antinomias o el —interesante— problema de la subsistencia de normas inválidas¹⁰⁴.

Estas cuestiones pueden surgir en el contexto de la emisión de actos administrativos.

40. Con todo, parece indudable que el gran dilema al momento de aplicar normas se asocia a supuestos (diferenciados, pero con rasgos comunes) de indeterminación o laguna normativa.

Estos problemas se presentan también con regularidad en el marco del ejercicio de funciones jurisdiccionales. La indeterminación o falta de una norma que resuelva un asunto obliga a los tribunales de justicia a desplegar todo su instrumental interpretativo, acudiendo a fórmulas complejas y polémicas, como la *analogía* o los principios jurídicos.

Sin embargo, ante la falta de respuestas, pareciera que las decisiones se vuelven inevitablemente *discrecionales*. La observación de HART¹⁰⁵, debatida intensamente por los filósofos del derecho¹⁰⁶, parece seguir teniendo sentido: en algunos supuestos, más o menos excepcionales, el derecho no logra ofrecer respuestas a los casos que deben resolverse.

¹⁰³ Pierluigi CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 55-56.

¹⁰⁴ Que se resuelve apelando a las nociones de “existencia” y de “aplicabilidad”. Entre otros, BULYGIN (2021B); Juan Pablo MAÑALICH, “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos”, *Discusiones*, vol. 32, 2024, pp. 27-77; Fernando ATRIA, “Poderes normativos, nulidad y reconocimiento”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 255, 2024, pp. 111-154; y GUASTINI (2015, pp. 310 y ss).

¹⁰⁵ HART (1990, pp. 155 y ss).

¹⁰⁶ Debatida fundamentalmente por DWORKIN. Por ejemplo, tempranamente, Ronald DWORKIN, “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963, pp. 624-638. Un interesante análisis de estos debates en Isabel LIFANTE, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 25, 2002, pp. 413-439.

41. Estas situaciones, que para la función jurisdiccional suponen un déficit indeseable¹⁰⁷, en el contexto del derecho administrativo aparecen como usuales, y son incluso deliberadamente buscadas por el legislador. La indeterminación o la omisión de una regla lega, o incluso la encomienda directa de la decisión a la administración (típicamente, mediante conjugaciones del verbo “poder”), constituyen hipótesis de *discrecionalidad administrativa*, faceta característica del derecho administrativo en tanto disciplina¹⁰⁸.

La discrecionalidad administrativa, sostiene corrientemente la literatura, es expresiva de la “capacidad de decisión propia”¹⁰⁹ de los órganos administrativos, idea elemental para concebir a la administración pública como un poder autónomo en el marco de la separación de poderes¹¹⁰. La discrecionalidad se constituye como un verdadero elemento definitorio de la propia función administrativa¹¹¹, cuya connotación es positiva o a lo menos neutra: la discrecionalidad supone un “saludable —e inevitable— contrapeso de los rigores de la legalidad”¹¹².

La discrecionalidad administrativa es, además, esencial para el desempeño de buena parte de las funciones más relevantes que se encomiendan a la administración. Las tareas de servicio público serían inconcebibles sin márgenes de discrecionalidad, pero también lo serían las misiones de policía o control del orden público, y los cada vez más frecuentes asuntos que involucran deliberaciones técnicas¹¹³.

42. Esta capacidad propia de decisión se observa en los más diversos medios de actuación administrativa¹¹⁴, pero asume en el contexto de los actos administrativos un cariz especial. El tipo de razonamiento que involucra la discrecionalidad comulga con la operación lógica que la administración ejecuta con ocasión de la dictación de actos administrativos.

En efecto, la discrecionalidad se materializa mediante un *razonamiento jurídico aplicativo*, enmarcado en los pasos provistos por el silogismo jurídico. La discrecionalidad interviene en etapas lógico-silogísticas, que coinciden con las que caracterizan el ejercicio aplicativo que operativizan los actos administrativos.

¹⁰⁷ ATRIA (2016, pp. 200-201).

¹⁰⁸ Por supuesto, estas fórmulas suponen problemas diferenciados para el ejercicio de la discrecionalidad. Se explican en conjunto en atención a que todas ellas se vinculan de alguna u otra forma con la institución de la discrecionalidad.

¹⁰⁹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 88.

¹¹⁰ Que, además, suele estar respaldado por cadenas de legitimación democrática. Véase al respecto Ernst BOCKENFORDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

¹¹¹ Lo que se vincula con sus fuentes autónomas de legitimación, sea el principio democrático u otras vías de “legitimidad autónoma”. Véase, en general, SCHMIDT-ASSMAN (2003, pp. 108-109).

¹¹² Alejandro NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 248-249.

¹¹³ Sobre la aproximación de la discrecionalidad a la técnica, y la inclusión del concepto de “deferencia”, véase Luis ARROYO, “Control judicial y deferencia en el derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 125-169.

¹¹⁴ Lo que permite referir diversas especies de discrecionalidad. Algunas de ellas son relevadas en SÁNCHEZ MORÓN (1994, pp. 121 y ss).

Esa es posiblemente la explicación al tratamiento y ejemplificación general de la discrecionalidad administrativa en el contexto de las actividades administrativas formales. Aunque no monopoliza su ejercicio, el contexto propio del acto administrativo hace que el estudio de la discrecionalidad —a lo menos en su estado actual— resulte “teóricamente mucho más provechos[o]”¹¹⁵.

43. Pero la explicación dogmática va más allá. Buena parte del debate sobre la discrecionalidad se ha concentrado —asumiendo este marco lógico-silogístico— en la “localización lógico-normativa” en que la discrecionalidad interviene. La explicación que parece más convincente, que ha representado en el medio hispano Mariano BACIGALUPO, concibe a la discrecionalidad como una compleción normativa del “supuesto de hecho de la norma”¹¹⁶, es decir, como la incorporación de contenido adicional a una regla incompleta (por tratarse de una laguna) o indeterminada (por tratarse de un concepto jurídico indeterminado)¹¹⁷.

Así, a lo menos en el contexto del acto administrativo, la indeterminación o incompletitud de una norma se resolverían por medio de la creación (total o parcial) de la norma por la propia administración¹¹⁸. Enfrentada a una laguna o concepto jurídico indeterminado, la administración debe confeccionar una norma en la cual sea posible subsumir los hechos del caso.

Persiste intacto, en consecuencia, el mecanismo clásico de la aplicación normativa: al ente aplicador (la administración) se le encomienda la subsunción de un enunciado fáctico en una norma general en vistas a la enunciación de una norma individual. La peculiaridad es que la norma general debe ser creada por el propio ente administrativo de forma paralela (pero lógicamente diferenciada) de tal aplicación.

44. Vista desde el plano común de la teoría de las normas —naturalmente inspirado en el contexto jurisdiccional— las características de esta operación *discrecional* se revelan bastante curiosas.

Ante todo, la discrecionalidad se manifiesta como una genuina hipótesis de “creación normativa”, de un modo que recuerda a la creación de leyes o normas genera-

¹¹⁵ Tomás IZQUIERDO, *La discrecionalidad en la responsabilidad por acto administrativo*, Ediciones DER, Santiago, 2024, p. xx.

¹¹⁶ Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 191 y ss.

¹¹⁷ Se ha debatido la inclusión de los “conceptos jurídicos indeterminados” en este marco. El debate, muy extenso e intrincado, es bien relatado en BACIGALUPO (1997, pp. 193 y ss).

¹¹⁸ Es posible imaginar que otros contextos de actuación administrativa —por ejemplo: actividades materiales— supongan algún tipo de adaptación adicional de la teoría de la discrecionalidad. Es difícil pensar que la discrecionalidad ejercitada por la policía o por un agente de servicio público consistan genuinamente en la “compleción de un supuesto de hecho normativo”. Pero, al mismo tiempo, no parece lógico descartar su carácter discrecional, ni reservar la noción de “discrecionalidad” a solo un tipo de operación “libre” de la administración. En cualquier caso, otras teorías de la discrecionalidad deben, para ser exitosas, satisfacer la exigente prueba que la propuesta de ubicación lógico-normativa de la discrecionalidad en el supuesto de hecho de la norma satisface tan elegantemente: su diferenciación cualitativa de la arbitrariedad.

les¹¹⁹. Por medio de la discrecionalidad, la administración diseña o configura una norma jurídica. Se trata de un proceso verdaderamente creativo o “volitivo”¹²⁰: los criterios para erigir la norma no emanan de una interpretación de otra norma o de algún análisis del sistema jurídico, sino derechamente de su *voluntad*, esto es, de consideraciones atribuibles al propio órgano administrativo.

Sin embargo, esta creación no se realiza *en abstracto*, como sucede con las normas generales. Por el contrario, la norma se diseña “en sede aplicativa”, es decir, con conocimiento de los hechos de un caso concreto.

Se mezclan, de tal forma, creación normativa y aplicación, dos componentes que suelen verse como excluyentes: la configuración creativa de una norma y el conocimiento de hechos concretos. La discrecionalidad, operando en un plano intermedio, autoriza a la administración para crear normas observando o tomando en consideración los hechos del caso¹²¹.

45. Esta fórmula entraña algunos riesgos, que no pueden ser omitidos. Al permitirse la creación de normas conociendo los hechos de un caso, se abre cierta posibilidad de creación de reglas hechas a la medida de tales hechos, reglas que deberían considerarse arbitrarias.

Sin embargo, parece posible encontrar una solución jurídica a este problema. Es inevitable que las normas sean influidas por los hechos del caso concreto, pero la administración debe cerciorarse de que el ejercicio normativo se plantee *como si se tratase* de la creación de normas generales. La norma debe establecer criterios “objetivos”, cuya racionalidad sea transportable a otros casos que incurran en supuestos similares.

Esta exigencia corresponde a un cierto “principio de universalidad” o lógica universal, que es característico de las reglas generales. La fundamentación de un principio de esta naturaleza es poderosa: la generalidad, en cuanto máxima para la creación de normas, se constituye como un pilar fundamental del Estado de derecho contemporáneo¹²², y una base mínima de eticidad de las normas, a lo menos desde KANT¹²³. Para instituirse como un genuino mecanismo de aplicación del derecho

¹¹⁹ En general, véase Hans KELSEN, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1991.

¹²⁰ Carácter asumido, inclusive, por un clásico texto de García de Enterría, para contrastarlo con el “juicio o estimación” que conllevarían los conceptos jurídicos indeterminados. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 38, 1962.

¹²¹ Aunque es un rasgo que se detecta en algunos supuestos de discrecionalidad judicial, la fórmula parece revestir características peculiares que dan cuenta de las singularidades de la administración como ente. La administración, en contraste con otros órganos jurídicos, está autorizada para normar en concreto. Las consecuencias de esta modalidad normativa, que da pie a un equilibrio singular entre generalidad y particularidad, merecen, sin duda, un estudio especializado.

¹²² En ella “se encuentra la seguridad última de la vieja distinción del Estado de Derecho entre ley y mandato, *ratio* y voluntad, y, con ello, el último resto del fundamento ideal del Estado burgués de Derecho”. Carl SCHMITT, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 2011, p. 201.

¹²³ Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 23 y ss. Esta idea parece adaptable al derecho positivo moderno, a través de lógicas procedimentales, como se

(y no de simples decisiones arbitrarias), el acto administrativo debe basarse en reglas que a lo menos se planteen como poseedoras de tal racionalidad universal¹²⁴.

Este tipo de operación se explicita en la realización de la discrecionalidad: la norma debe obedecer a criterios (como los analizados por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO¹²⁵) racionales, y por tanto consistentes con su lógica universal. Tales criterios, de distinto orden, se explicitarán en la motivación del acto administrativo, de una forma que permita observar que, “desde cualquier enfoque objetivo del asunto, la acción debería haberse realizado, o incluso tenía que realizarse, dado el carácter de la acción y las circunstancias del caso”¹²⁶.

3.2. El acto administrativo y la enunciación de hechos

46. Las decisiones jurídicas aplicativas, como los actos administrativos, requieren la afirmación o aseveración de hechos. Al órgano de aplicación se le exige “apreciar la veracidad del hecho individual reconducible”¹²⁷ al supuesto de hecho previsto por esa norma.

Esta posibilidad se encuentra, sin embargo, obstaculizada por las dificultades que envuelve toda operación jurídica (y, en general, humana) de apreciación fáctica. Las limitaciones, jurídicas y sociales, a un conocimiento puro de la verdad impide fundar los actos administrativos en hechos necesariamente verdaderos.

La veracidad, indudablemente relevante para la función aplicativa, parece más bien erigirse como un fin que persigue el derecho¹²⁸, un *telos* improbable, al que el derecho solo puede aproximarse a través de herramientas imperfectas.

47. A los entes de aplicación del derecho parece requerírsele algo menos exigente que la veracidad: la *prueba de los hechos*. No se les demanda descubrir la verdad, sino ajustar sus aseveraciones fácticas (comprometidas con la verdad¹²⁹) a determinados cánones jurídico-epistemológicos¹³⁰.

propone magistralmente en Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 186 y ss.

¹²⁴ La explicación de MACCORMICK es brillante: “Justificar una acción es mostrar que es correcta. Mostrar que es correcta es mostrar que, desde cualquier enfoque objetivo del asunto, la acción debería haberse realizado, o incluso tenía que realizarse, dado el carácter de la acción y las circunstancias del caso. Decir: «es correcto hacer esto en estas circunstancias debido a lo que esto es y lo que estas son... Es sólo una vez que al «esto» y al «estas» se les da algún valor cuantificado... cuando hay algo susceptible de algún escrutinio objetivo”. Neil MACCORMICK, “Universales y particulares”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 32, 2009, pp. 127-159 (p. 148).

¹²⁵ Véase José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

¹²⁶ MACCORMICK (2009, p. 148).

¹²⁷ Luis MEDINA ALCOZ, “Los hechos en el derecho administrativo: Una aproximación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 77, pp. 103-158 (p. 136).

¹²⁸ Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 89 y ss.

¹²⁹ SEARLE (1990, p. 119).

¹³⁰ FERRER (2005).

Por supuesto, esta prueba se procesa por medio de canales jurídico-institucionales, y por tanto artificiales. Las instituciones probatorias son normas o conjuntos de normas concebidas con orientación a determinados fines, que pueden o no ser coincidentes con los mejores cánones o criterios epistemológicos. Aunque varios procesos se orientan a la búsqueda de la verdad, “al derecho no le interesa sólo la averiguación de la verdad, sino también la consecución de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria, sobre los medios de prueba admisibles o sobre el resultado probatorio mismo”¹³¹, que incluso pueden ser calificadas “como contra-epistémicas”¹³².

No hay nada “natural” en las instituciones probatorias. La prueba jurídica se proclama, más bien, como un supuesto de “epistemología social”¹³³: medios para arribar a respuestas sobre lo que es “epistémicamente mejor para” una determinada configuración institucional¹³⁴.

48. En el contexto judicial, el desarrollo teórico de la prueba ha avanzado de forma notable en unión con la epistemología.

Menos se ha estudiado en el contexto jurídico-administrativo, en que las cuestiones probatorias (y, en general, vinculadas a la provisión de información) suelen analizarse a la luz de instituciones procedimentales. Más allá de algunos aportes notables¹³⁵, la prueba suele ser una relativamente infraestudiada en el derecho administrativo.

49. Uno de los factores más peculiares, que todavía no ha sido abordado con la intensidad que merece, es la influencia probatoria de la *discrecionalidad administrativa*. La discrecionalidad opera en un ámbito intermedio, al mismo tiempo creativo y en conocimiento de los hechos del caso. Su operación requiere, así, un inevitable “ir y venir de la mirada de la premisa mayor al hecho de la vida”¹³⁶. El disciplinamiento jurídico de esta operación, que vuelve confusa la esencial distinción entre hechos y derecho, se presenta enormemente desafiante.

50. Es importante notar que todas estas peculiaridades, que matizan criterios epistemológico-jurídicos de difícil acoplamiento al derecho administrativo, no afectan en nada su encuadre o posicionamiento en un esquema de aplicación del derecho. Los actos administrativos están llamados a afirmar, a través del uso de oraciones aseverativas¹³⁷, que determinados hechos son verdaderos. Más allá de la relevancia intrínseca

¹³¹ Juan Carlos BAYÓN, “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”, *Revista Jurídica Mario Alario D’ Filippo*, vol. 2, núm. 4, 2010, pp. 6-30 (p. 9).

¹³² BAYÓN (2010, p. 9).

¹³³ Brian LEITER, “The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 803, 1997, pp. 803-819.

¹³⁴ LEITER (1997, p. 814).

¹³⁵ Entre ellos, MEDINA ALCOZ (2016), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2016) y Enrico CARLONI, “La verità amministrativa”, Giuffrè, Milano, 2011.

¹³⁶ LARENZ (1980, p. 275).

¹³⁷ SEARLE (1990, 119 y ss).

de la veracidad para el derecho administrativo¹³⁸, observado el acto administrativo como un acto jurídico aplicativo, esta afirmación se muestra como una necesidad: sin aseverar la veracidad de un hecho, una de sus premisas basales se vuelve inoperativa.

Las inclinaciones más o menos científicas de las normas administrativas no impiden el funcionamiento del esquema aplicativo. Por el contrario, de forma similar a lo que sucede con la “invocación de normas”, al postular la veracidad de los hechos, los actos administrativos adquieren las características semánticas exigidas por el esquema de aplicación del derecho.

3.2. El acto administrativo y la decisión

51. El paso final para todo acto aplicativo es la emisión de una decisión. Se trata de su “parte resolutoria”, que aparece como reflejo de la “consecuencia jurídica” prevista por una norma general.

La corrección de esta operación depende de conexiones lógicas con normas generales. Consecuentemente, a los actos administrativos suele requerírseles la formulación de un razonamiento o *motivación* que, a partir de las relaciones entre sus enunciados normativos y fácticos, permita desprender como conclusión un enunciado decisorio.

52. La decisión puede tener distintos sentidos.

Lo más usual es que el acto contenga una enunciación normativa individual, consistente con la norma general invocada. La norma general (con o sin mediación de discrecionalidad administrativa) prevé obligaciones, permisiones o prohibiciones formuladas en lenguaje condicional. De darse por comprobado el supuesto de hecho de tal norma, el resultado debiese consistir en la operativización de esas prescripciones.

Con todo, es también posible que la decisión sea la no aplicación de la norma, por la falta de comprobación de sus requisitos de validez. En tal caso —como sucede con las decisiones judiciales “desestimatorias” o “absolutorias”— la decisión reflejaría una conclusión negativa, consistente en no emplear la regla invocada.

53. Sin embargo, en el derecho administrativo hay otra hipótesis muy usual: que las normas generales no prevean una consecuencia jurídica ante la comprobación de un supuesto, sino una serie de alternativas, entre las cuales la administración está llamada a elegir.

Esta “discrecionalidad de elección”¹³⁹ se ha vinculado tradicionalmente a una mera determinación potestativa, entre indiferentes jurídicos o “alternativas igualmente justas”¹⁴⁰. Sin embargo, esta visión parece haber sido dogmáticamente supera-

¹³⁸ En general, CARLONI (2011).

¹³⁹ Mariano BACIGALUPO, “Lección 5: La vinculación de la Administración Pública a la Ley y el Derecho”. En Francisco VELASCO CABALLERO y Mercè DARNACULLETA (eds.), *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 137-156.

¹⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008, p. 468).

da. Como explicó BACIGALUPO, la discrecionalidad opera siempre en el contexto lógico del supuesto de hecho de la norma, y nunca en el de la consecuencia jurídica. La discrecionalidad consiste en “la transformación de su norma habilitante en una norma” a la que se añaden “condiciones o requisitos cuya concurrencia ha de determinar la aplicación preceptiva de una consecuencia jurídica u otra”¹⁴¹.

Así, incluso cuando el derecho aparenta atribuir a la administración la mera elección de una consecuencia entre varias posibles, la discrecionalidad se operativiza como la compleción de la norma general en cuestión. En estos casos, según BACIGALUPO, la discrecionalidad actuaría mediante una deconstrucción semántica, transformando el “elemento cópula de la norma que le habilita, es decir... la sustitución del operador permisivo que está contiene en origen (el ‘podrá’ o ‘está autorizado a’ [adoptar una entre varias consecuencias jurídicas]) por un operador imperativo (‘deberá’ o ‘está obligado a’)”¹⁴² al que se añaden las condiciones normativas que se estimen convenientes. El derecho administrativo redirige la posibilidad de elegir entre consecuencias jurídicas hacia la creación de normas que conduzcan a las distintas consecuencias jurídicas posibles.

Por consiguiente, la consecuencia jurídica emanaría no de una elección arbitraria entre varias opciones posibles, sino que sería siempre la consecuencia de la aplicación de una norma general. Esta operación se produce incluso cuando esa norma es creada circunstanciadamente por la administración en sede aplicativa.

54. Una vez aclarado ese punto, el puzle del razonamiento aplicativo parece acoplarse. La consecuencia jurídica es el producto de un conjunto de pasos, hilados entre sí a través de conexiones racionales. La decisión debe ser justificada como la consecuencia de ese razonamiento: es su conclusión, el resultado racional de una serie de relaciones.

Esta conexión relacional se refleja en la motivación del acto¹⁴³, que opera como un “discurso racional”¹⁴⁴. En su motivación se expresa esta cadena de pasos, cuya conexión (coherente racional y lógicamente¹⁴⁵) encamina a la decisión adoptada. Solo así el enunciado normativo individual (u “objeto”¹⁴⁶) del acto administrativo puede aparecer como un producto del derecho y no como un mero capricho.

¹⁴¹ BACIGALUPO (1997, p. 187).

¹⁴² BACIGALUPO (1997, p. 187).

¹⁴³ Labor que la fundamentación cumple, incluso, en el contexto de las decisiones judiciales.

¹⁴⁴ Juan IGARTUA, “Control judicial de la discrecionalidad técnica: Error manifiesto, inmediatez, sana crítica”, *Revista de Administración Pública*, vol. 204, 2017, pp. 11-39 (p. 33).

¹⁴⁵ Siguiendo ciertas máximas esenciales, como la no-contradicción. Flavia CARBONELL, “Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno”, *Política Criminal*, vol. 17, núm. 33, 2022, pp. 58-84.

¹⁴⁶ VALDIVIA (2018, pp. 223-224).

4. CONCLUSIONES

El texto ha propuesto algunas claves que pueden servir a la conceptualización del acto administrativo.

Ante todo, el acto administrativo aparece como un instrumento institucional (un “acto jurídico”) entre cuyas funciones se encuentra la aplicación del derecho. Se trata, así, de un *acto jurídico aplicativo*. Esa lógica funcional trasunta a su estructura jurídica, configurada por normas (constitutivas o secundarias) que explicitan su función de dar aplicación individual a normas jurídicas.

Con todo es también evidente que la aplicación del derecho no es el único fin del acto administrativo. A la dictación de actos también concurren otros intereses relevantes, no exentos de influencia estructural. Pero tales fines no destruyen la lógica aplicativa, sino que se procesan *en su marco*: aparecen como matizaciones de enunciados o postulados típicamente aplicativos.

Pues bien, es esta operación, realizada en el marco de la lógica aplicativa, la que diferencia al acto administrativo de otras acciones semejantes. El acto administrativo es el *acto jurídico aplicativo* que emana de la administración¹⁴⁷, es aquel tipo de actuación de la administración estructurada por medio de un esquema jurídico de orden aplicativo, que se inserta en el sistema normativo. Toda fórmula de actuación administrativa que se pueda caracterizar de ese modo puede caber en el concepto de acto administrativo.

Por el contrario, acciones administrativas que posean otra función o estructura, como la prestación de un profesional del servicio público, la acción espontánea de un policía, un contrato administrativo o el empleo de incentivos informales, quedan fuera de esta conceptualización. Tampoco caben en esta conceptualización sustantiva actuaciones procedimentales generalmente concebidas en términos formales como actos administrativos, como los informes o recomendaciones. Sin perjuicio de su posible equiparación terminológica, su base lógico-conceptual es diferente, y por tanto merecen ser distinguidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Josep AGUILÓ, “La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 10, 1991, pp. 223-258.
- Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “Definiciones y normas”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021 (A).
- Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, “La concepción expresiva de las normas”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021 (B).
- Beatriz ARRIAGADA, “Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 40, 2017, pp. 93-121.

¹⁴⁷ Lo que supone, por cierto, incluir el elemento subjetivo “administración” a la definición de acto administrativo.

- Beatriz ARRIAGADA, “Normas regulativas y normas constitutivas en el derecho. Ontología, interpretación y cultura jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 45, 2022, pp. 377-410.
- Luis ARROYO, “Control judicial y deferencia en el derecho administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 9, 2024, pp. 125-169.
- Xabier ARZOZ, “Lección 17: Actos administrativos”, en Francisco VELASCO CABALLERO & Mercè DARNACULLETA (eds.), *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons. Madrid, 2024.
- Fernando ATRIA, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Fernando ATRIA, “La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 36, núm. 1, 2023, pp. 27-48.
- Fernando ATRIA, “Poderes normativos, nulidad y reconocimiento”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 255, 2024, pp. 111-154.
- Mariano BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- Mariano BACIGALUPO, “Lección 5: La vinculación de la Administración Pública a la Ley y el Derecho”. En Francisco VELASCO CABALLERO y Mercè DARNACULLETA (eds.), *Manual de derecho administrativo*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, pp. 137-156.
- Ernst BOCKENFORDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Véase Andrés BORDALÍ y Juan Carlos FERRADA, “Las facultades juzgadoras de la administración: Una involución en relación al principio clásico de la división de poderes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, núm. 1, 2002, pp. 187-205.
- Eugenio BULYGIN, “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021(A).
- Eugenio BULYGIN, “Tiempo y validez”, en Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Trotta, Madrid, 2021(B).
- Steven BURTON, “Law as Practical Reason”, *Southern California Law Review*, vol. 62, 1989, pp. 747-793.
- Tomás CANO, “La presunción de validez de los actos administrativos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, vol. 4, 2020.
- Ricardo CARACCILO, “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 9, 1991.
- Ricardo CARACCILO, “El problema de los hechos en la justificación de sentencias”, *Isonomía*, vol. 38, 2013, pp. 13-34.
- Flavia CARBONELL, “Un modelo de decisión judicial justificada para el proceso penal chileno”, *Política Criminal*, vol. 17, núm. 33, 2022, pp. 58-84
- Enrico CARLONI, “La verità amministrativa”, Giuffrè, Milano, 2011.
- Sabino CASSESE, *Las bases del derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.
- Pierluigi CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica: Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Emilios CHRISTODOULIDIS, (1999). “The Irrationality of Merciful Legal Judgement: Exclusionary Reasoning and the Question of the Particular”, *Law and Philosophy*, vol. 18, núm. 3, pp. 215-241.
- Luis CORDERO, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., LegalPublishing, Santiago, 2015.
- Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.
- Ronald DWORKIN, “Judicial Discretion”, *The Journal of Philosophy*, vol. 60, 1963, pp. 624-638.
- Jordi FERRER, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Ernest FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- Gottlob FREGE, *Estudios sobre semántica*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1984.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 38, 1962.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 14ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

- Javier GARCÍA LUENGO, *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo*, Justel, Madrid, 2016
- Fernando GARRIDO FALLA, “Los motivos de impugnación del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 17, 1955.
- Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*. Capítulo IX: El acto administrativo, 11ª ed., F.D.A., Buenos Aires, 2014.
- Riccardo GUASTINI, *Interpretar y Argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- Riccardo GUASTINI, *Otras distinciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2005.
- H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, Abeledo Perro, Madrid, 1990.
- Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Teoría general de las decisiones judiciales*. Marcial Pons, Madrid, 2021(A).
- Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, “¿Qué es, cómo es y cómo debe ser la motivación de una decisión judicial?”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 14, 2021(B), pp. 27-53.
- Juan IGARTUA, “Control judicial de la discrecionalidad técnica: Error manifiesto, inmediatez, sana crítica”, *Revista de Administración Pública*, vol. 204, 2017, pp. 11-39.
- Tomás IZQUIERDO, *La discrecionalidad en la responsabilidad por acto administrativo*, Ediciones DER, Santiago, 2024.
- Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- Hans KELSEN (1963). *Teoría pura del derecho*. Eudeba, Buenos Aires.
- Hans KELSEN, *General Theory of Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1980.
- Brian LEITER, “The Epistemology of Admissibility: Why Even Good Philosophy of Science Would Not Make for Good Philosophy of Evidence”, *Brigham Young University Law Review*, vol. 803, 1997, pp. 803-819.
- Raúl LETELIER, *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Aranzadi, Madrid, 2011.
- Raúl LETELIER, “La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna”, *Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales*, año 2015, 2015, pp. 316-332.
- Isabel LIFANTE, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 25, 2002, pp. 413-439.
- Niklas LUHMANN, *Teoría política en el Estado de bienestar*, Alianza, Madrid, 1993.
- Niklas LUHMANN, *Sociología política*, Trotta, Madrid, 2014.
- Neil MACCORMICK, *H.L.A Hart*, Stanford University Press, San Francisco, 1981.
- Neil MACCORMICK, “La argumentación silogística: Una defensa matizada”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30, 2007.
- Neil MACCORMICK, “Universales y particulares”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 32, 2009, pp. 127-159.
- Neil MACCORMICK, *Instituciones del derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Neil MACCORMICK, *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*, Palestra, Madrid, 2018.
- Juan Pablo MAÑALICH, “Las normas de comportamiento como artefactos deónticos”, *Discusiones*, vol. 32, 2024, pp. 27-77.
- Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, “Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria a oposiciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40.
- Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2018.
- Otto MAYER, *Derecho Administrativo alemán*, 2ª ed., Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982.
- Luis MEDINA ALCOZ, “Los hechos en el derecho administrativo: Una aproximación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 77, pp. 103-158.
- Luis MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- José Luis MELLÁN, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967.

- Adolf MERKL, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (I)", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 2, 2004, pp. 235-259.
- Adolf MERKL, "Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005, pp. 301-324.
- Adolf MERKL, *Teoría general del Derecho administrativo*, Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2014.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Heliasta, Madrid, 1984.
- Michael MOORE, *Placing Blame*, Oxford University Press, Oxford, 1997.
- Alejandro NIETO, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- Alejandro NIETO, *El pensamiento burocrático*, Comares, Granada, 2002.
- Alejandro NIETO, "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 57, 1968, pp. 9-34.
- Aurelio RAS, *Reflexiones sobre la burocracia*. Librería Beltrán, Barcelona, 1944.
- Joseph RAZ, "Voluntary Obligations and Normative Powers", *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, vol. 46, 1998.
- Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Véase María Cristina REDONDO, "Teorías del derecho e indeterminación normativa", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 20, 1997, pp. 177-196.
- María Cristina REDONDO, "La justificación de decisiones judiciales", *Isegoría*, vol. 21, 1999.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Santi ROMANO, *Principii di Dritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Società Editrice Libreria, Milano, 1923.
- Alf ROSS, *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2004.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMAN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMAN, *La dogmática del derecho administrativo*, Global Law Press, Sevilla, 2021.
- Carl SCHMITT, *Teoría de la constitución*, Alianza, Madrid, 2011.
- John SEARLE, "How to Derive 'Ought' From 'Is'", *The Philosophical Review*, vol. 73, núm. 1, 1964.
- John SEARLE, *Actos de habla*, 3ª ed., Cátedra, Madrid, 1990.
- Michele TARUFFO, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002.
- David TORRES SANZ, "Teoría y práctica de la acción del gobierno en el mundo medieval castellano-leonés", *HID*, vol. 12, 1985, pp. 9-87.
- José Miguel VALDIVIA, *Manual de derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- Alejandro VALENCIA VIROSTA, "Los orígenes de la administración general del Estado: desde la organización palatina a la administración central de la Corona de Castilla hasta el S. XV", *Revista Aequitas*, vol. 22, 2023, pp. 530-590.
- Marcos VAQUER, "¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?", en Luciano PAREJO y Marcos VAQUER (eds.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 54-82.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- 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*, vol. 5, 2022, pp. 27-71.
- Adrian VERMEULE, *La abdicación del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- G.H. VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1970.
- Jerzy WRÓBLEWSKI, "Legal syllogism and Rationality of Judicial Decision", *Rechtstheorie*, vol. 5, 1974.
- Guido ZANOBINI, *Curso de derecho administrativo, Vol. I*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954.

CAMBIO CLIMÁTICO, INCERTIDUMBRE Y DERECHOS DE LAS GENERACIONES FUTURAS: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL *BVERfG* SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO*

Diego Rodríguez Cembellín
Profesor Ayudante Doctor de la Universidad de Oviedo

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un análisis de los elementos esenciales de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el cambio climático en el contexto de la construcción de una dogmática sobre el Derecho público “sobre el futuro”. El *BVerfG* va “viajando” en su Sentencia sobre las principales instituciones de protección de los derechos fundamentales relacionados con el medio ambiente para, finalmente, estimar el recurso de amparo frente a la Ley federal de protección del clima por considerar que se ha vulnerado el derecho de libertad de las generaciones futuras. Sobre esta nueva institución en la dogmática de los derechos fundamentales ya se han vertido varias críticas a la par que, por otro lado, se plantea su extensión a otros ámbitos del ordenamiento jurídico como puede ser el de las pensiones o el de la deuda pública. En esencia, la protección de la libertad de las generaciones futuras, bajo unos requisitos muy estrictos, exige distribuir los recursos *agotables* entre generaciones, de tal forma que las presentes no condicionen en exceso las condiciones de vida de las futuras. Esta jurisprudencia ha tenido eco en el TEDH, en el famoso asunto de las *KlimaSeniorinnen*. Por el momento, en España no se encuentran pronunciamientos similares.

* Este trabajo se enmarca en las actividades de investigación del Proyecto coordinado I+D+i de Retos de la Sociedad de la convocatoria de 2023: “La responsabilidad estratégica del Estado (STrATE 2.0)” (referencia: PID2023-149184OB). Una versión previa se presentó en el seminario “La precaución frente a la incertidumbre como tarea del Estado estratégico” en la Universidad Autónoma de Madrid el 3 de octubre de 2025, actividad que se financió con el citado proyecto. Agradezco a la profesora Silvia Díez Sastre la invitación, y a ella, y a los profesores Francisco Velasco Caballero, José María Rodríguez de Santiago y Sofía Simou sus valiosos comentarios y observaciones, así como a los dos evaluadores anónimos. También agradezco al profesor Alejandro Huergo Lora su ayuda y apoyo durante todo el proceso de elaboración de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: medio ambiente; deberes de protección, generaciones futuras; derechos intergeneracionales.

ABSTRACT: This paper examines the essential elements of the judgment of the German Federal Constitutional Court on climate change within the broader effort to develop a public law dogmatics oriented toward the future. In its ruling, the BVerfG “travels” through the main institutions of fundamental rights protection in relation to the environment, ultimately upholding the constitutional complaint against the Federal Climate Protection Act on the grounds that it infringed upon the freedom rights of future generations. This newly emerging institution in the dogmatics of fundamental rights has already been subject to criticism, while at the same time its potential extension to other areas of the legal order—such as pensions or public debt—has been suggested. At its core, the protection of the freedom of future generations, under very strict conditions, requires an intergenerational distribution of exhaustible resources so that present generations do not unduly predetermine the living conditions of those to come. This case law has resonated in the European Court of Human Rights, most notably in the *KlimaSeniorinnen* case. So far, however, no similar rulings have been issued in Spain.

KEYWORDS: environment; duties of protection; future generations; intergenerational rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1 Una aproximación al encaje constitucional del Derecho de las generaciones futuras; 1.2. La cuestión climática y su incidencia en los derechos fundamentales; 1.3 Los prolegómenos de la Sentencia alemana sobre el cambio climático.— 2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE DE LAS GENERACIONES FUTURAS: MÍNIMO VITAL ECOLÓGICO Y DEBERES DE PROTECCIÓN: 2.1 El derecho a un mínimo vital ecológico en relación con un “futuro digno”; 2.2. Los deberes de protección del Estado frente al cambio climático: 2.2.1 Objeto de los deberes de protección; 2.2.2 Parámetros de control de los deberes de protección; 2.2.3 La dimensión intergeneracional de los deberes de protección; 2.2.4 La dimensión extraterritorial de los deberes de protección.— 3. LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE Y DE LAS GENERACIONES FUTURAS COMO PRINCIPIO RECTOR: 3.1 El contenido mínimo del artículo 20a de la GG; 3.2 El control de la ley a partir de los principios rectores en el marco de un recurso de amparo; 3.3 Los límites de incremento de la temperatura y su control a raíz del artículo 20a de la GG; 3.4 Los límites de emisiones y su relación con el artículo 20a de la GG.— 4. LA PROTECCIÓN INTERGENERACIONAL DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD: 4.1 Obstáculos procesales: afectación actual, propia y directa en los derechos fundamentales; 4.2 Los efectos previos similares a una injerencia (*eingriffsähnliche Vorwirkung*); 4.3 El papel del legislador en el camino hacia la neutralidad climática.— 5. LA TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO: 5.1 Consecuencias en Alemania; 5.2 El reflejo de la jurisprudencia alemana en la STEDH *KlimaSeniorinnen*; 5.3 Posible recepción en España.— 6. OTRAS POSIBLES APLICACIONES DE LA SENTENCIA SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO.— 7. CONCLUSIONES.— 8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Una primera aproximación al encaje constitucional del Derecho de las generaciones futuras

El debate sobre la protección de las generaciones futuras ha trascendido lo meramente filosófico para adentrarse en lo jurídico. La pregunta es muy sencilla a la par que compleja: ¿hasta qué punto las generaciones presentes pueden condicionar el modo de vida de las generaciones futuras? O, en términos más precisos ¿protege nuestro ordenamiento jurídico y, más específicamente, nuestro sistema constitucional los intereses de las generaciones futuras como límite a la actividad de los poderes públicos? Precisamente sobre estas cuestiones ha versado la VI Conferencia Mundial de Justicia Constitucional celebrada en octubre de este año en la sede del Tribunal Constitucional español.

En este contexto, en los últimos años se han dictado dos sentencias que han sentado las bases para lo que podría ser la construcción de un Derecho Constitucional de las generaciones futuras o, como se ha dicho, “la dogmática constitucional de la garantía del futuro”¹. Lo que se pretende a través de esta dogmática, o de las sentencias que inician su construcción es la búsqueda de los instrumentos jurídicos adecuados para controlar aquellas decisiones de los poderes públicos que inciden y que podrían condicionar fuertemente la vida de las próximas generaciones. Dicho control jurídico-constitucional se enfrenta al siempre complejo debate del papel del legislador, la intensidad del control del juez constitucional, la separación de poderes y, en este caso, la incertidumbre sobre la validez o acierto de los pronósticos. Además, dicho control tiene que realizarse, necesariamente, a través del Derecho constitucional positivo, que tradicionalmente ha tenido un enfoque más centrado en el presente que en el futuro².

En relación con las mencionadas sentencias, la más reciente proviene del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el conocido asunto de las *KlimaSeniorinnen*, donde se consideró, al amparo del artículo 8.1 del CEDH, que la legislación suiza sobre cambio climático era insuficiente para proteger de forma adecuada a las generaciones futuras. Previamente, el 24 de marzo del año 2021, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BVerfG) estimó parcialmente unos recursos de amparo y declaró inconstitucional parte de la Ley alemana sobre cambio climático. Es la conocida como *Klimabeschluss* (en adelante “Sentencia sobre el cambio climático”), que será objeto de análisis en este trabajo por el enfoque y el interés dogmático que presenta.

¹ Vid. Daniel WOLFF, „Zukunftssicherung durch Verfassungsrecht: Verfassungsdogmatisches Nach- und Weiterdenken angesichts unzureichender Zukunftspolitik“, en Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (Dirs.), *Zukunftssicherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, pp. 3-29 (pp. 16-21).

² De nuevo, vid. WOLFF, 2024: 22-27, donde se enfrenta a las críticas ya realizadas, a partir de esas cuestiones, a la dogmática sobre el futuro y donde afirma la necesidad de dicha dogmática.

Como se puede apreciar, son dos sentencias relacionadas directamente con el cambio climático, el cual es un terreno ideal para el nacimiento de la justicia intergeneracional. Ya no se trata de las clásicas demandas sobre el exceso de ruido o contaminación³, sino, simplemente, del grado de sacrificio que deben de asumir las generaciones presentes para entregarles a las generaciones futuras un medioambiente habitable y saludable. Sin embargo, y, sobre todo, la Sentencia alemana no es solo un pronunciamiento (muy importante) sobre la justicia climática, sino que algunos de sus razonamientos podrían ser utilizados o extendidos a otros ámbitos donde también están presentes las cuestiones intergeneracionales como las pensiones o la deuda pública. Por eso se puede hablar de una doble “lectura” de esta Sentencia, en clave climática y en clave de justicia intergeneracional. Nos detendremos en ambos aspectos⁴.

1.2. La cuestión climática y su incidencia en los derechos fundamentales

Las demandas relacionadas con el calentamiento global persiguen, en esencia, que el Estado en cuestión adopte medidas más restrictivas sobre las emisiones de gases de efecto invernadero, principalmente de CO₂. La relación entre calentamiento global, reducción de emisiones y vulneración de derechos fundamentales es la siguiente. Las emisiones de gases de efecto invernadero producen un incremento de la temperatura global, lo que tiene efectos directos sobre la salud y sobre la propiedad por los daños causados a los terrenos les causan las sequías, el crecimiento de los mares por el deshielo o, incluso, fenómenos como las lluvias torrenciales. Además, existe la posibilidad de alcanzar un punto de no retorno climático, es decir, una situación en la que llegado a un nivel de calentamiento de la temperatura global los efectos de ese cambio climático sean aún más devastadores.

A esta problemática se suma la de la irreversibilidad del calentamiento global. Según el estado actual de la técnica, existen ciertas dificultades para la implementación a gran escala de las tecnologías de emisiones negativas (que recuperan parte de las emisiones de CO₂ ya vertidas) y ciertas dudas sobre su viabilidad económica⁵. Esto introduce un elemento intergeneracional evidente. Si el cambio climático no puede

³ Una clasificación sobre el tipo de demandas climáticas que existen en la actualidad, en la que se diferencia entre demandas frente a actuaciones concretas de una Administración, frente a los Estados para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y frente a sujetos privados (normalmente empresas), puede encontrarse en Sofía SIMOU, “The emergence and potential of climate change litigation: methodological and theoretical legal challenges”, *European Review of Public Law*, núm. 35, 2023, pp. 145-198 (pp. 167-177).

⁴ La posibilidad de leer la Sentencia tanto en clave climática como de justicia intergeneracional la apuntan Michael KLOEPFER y David BRUCH „Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Umwelt- und Klimaschutz“, en Robert VAN OUYEN, y Martin MÖLLERS (dirs.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 3ª edición, Springer, Wiesbaden, 2025, pp. 1385-1407 (pp. 1395-1396).

⁵ Así lo afirma el propio BVerfG en el relato de hechos de la Sentencia sobre el cambio climático a partir de las conclusiones extraídas en el Informe del IPCC.

detenerse y si existe un riesgo de llegar a un punto de no retorno climático, entonces es necesario aspirar o alcanzar la neutralidad climática. Ahora bien, no es inocuo el momento en el que se logre dicha neutralidad, porque cuanto más tarde se logre, mayores gases se habrán emitido y, por lo tanto, mayor será el incremento de la temperatura global. En consecuencia, se fija un incremento objetivo de la temperatura global y un presupuesto de emisiones. Es decir, para lograr que la temperatura global no supere una determinada cifra (que se puede considerar como “umbral de seguridad”), las emisiones tienen que estar limitadas a una cantidad; una vez que se agote tal presupuesto, se debería haber logrado la neutralidad climática pues ya no debería aumentar la temperatura global.

Para la valoración sobre los riesgos de alcanzar una determinada temperatura u otra y para el cálculo del presupuesto de emisiones (mayor cuanto más elevada sea esa temperatura objetivo) resulta esencial el Informe Especial sobre Calentamiento Global de 1, 5º del IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change), que reúne un amplio consenso científico y que ha servido de apoyo tanto para el BVerfG como para el TEDH en sus decisiones. A partir de los presupuestos globales que fija dicho informe, cada Estado realiza sus propios cálculos sobre su presupuesto nacional de emisiones⁶ y fija su calendario de reducción de emisiones correspondiente. A partir de estos elementos fácticos se han construido las demandas climáticas que han dado origen a esas sentencias del BVerfG y del TEDH⁷.

1.3. Los prolegómenos de la Sentencia alemana sobre el cambio climático

Como decíamos, el pasado 24 de marzo de 2021, el BVerfG publicó su conocida Sentencia sobre el cambio climático (*Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021*, - 1 BvR 2656/18-, - 1 BvR 78/20 -, - 1 BvR 96/20 -, - 1 BvR 288/20-). La sentencia, tildada de “histórica” o *epochal*⁸, declaró inconstitucionales los artículos 3.1

⁶ La importancia y el valor de estos informes es tal que, según se ha señalado, los efectos del cambio climático ya no se mueven en el terreno de la *incertidumbre* científica (asociada con el principio de precaución) sino en el de la *certidumbre* (asociada con el principio de prevención). En este sentido, Sofía SIMOU, *Derecho local del cambio climático*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 93 y, también, Andreas BUSER, „Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland“, *DVBl*, núm. 21, 2020, pp. 1389-1397 (p. 1394). No obstante, lo que aún se mueve en el terreno de la incertidumbre es el cálculo sobre los presupuestos de emisiones, como el propio informe del IPCC reconoce y como veremos más adelante.

⁷ Toda esta exposición de hechos se puede encontrar de forma mucho más detallada en los puntos 16 a 38 de la Sentencia alemana sobre el cambio climático que aquí se estudia.

⁸ Kurt FASSBENDER, „Der Klima-Beschluss des BVerfG.Inhalte, Folgen und offene Fragen“, *NJW*, núm. 29, 2021, pp.2085-2091 (p. 2085). En español, pueden encontrarse comentarios sobre la sentencia en Mario RUIZ PRIETO, “Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina”, *REALA*, núm. 17, 2022, pp. 78-93, Germán VALENCIA MARTÍN, “Cambio climático y garantía intertemporal de la libertad (reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de marzo de 2021)”, en Juan ROSA MORENO y Germán VALENCIA MARTÍN (dirs.), *Derecho y energías renovables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 927-1006, Jorge Alexander PORTOCARRERO QUISQUE, “La

frase segunda y 4.1 frase tercera en relación con el anexo 2 de la Ley alemana federal de cambio climático (*Bundesklimaschutzgesetz* o *KSG*) por vulnerar los derechos de libertad (en sentido amplio) de las generaciones futuras. El Tribunal Constitucional alemán entiende, en síntesis, que la actual falta de adopción de objetivos más ambiciosos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero obligaría a trasladar esas reducciones de una forma desproporcionada a las próximas generaciones, produciéndose una distribución no equitativa de esas cargas climáticas a lo largo del tiempo. Se trata, en definitiva, de la protección anticipada de un derecho fundamental de libertad.

La sentencia trae causa de la interposición de cuatro recursos de amparo frente a varios artículos de la KSG, que se había aprobado en diciembre de 2019 como consecuencia de la adopción del denominado Acuerdo de París por el que los Estados firmantes se comprometían a reducir la temperatura mundial a “muy por debajo de 2, preferiblemente a 1,5 grados centígrados, en comparación con los niveles preindustriales”⁹. La KSG buscaba (y de hecho busca) alcanzar dicho objetivo a través de la neutralidad climática, que en el momento de su publicación se fijaba para el año 2050. Entre medias, el artículo 3.1 frase 2 establecía el objetivo intermedio de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55 por 100 para el año 2030, detallando en el anexo II las cantidades anuales de emisión permitidas en cada sector (energía, industria, construcción, tráfico, agricultura, gestión de residuos y otros). Para el año 2031 en adelante, la KSG tan solo contenía una habilitación reglamentaria para que el Gobierno federal regulase las cantidades de emisión permitidas. Existía, por lo tanto, una diferencia muy notable en cuanto a la regulación de las emisiones para un periodo a otro. Mientras que para el primer periodo (2020-2030) había una ruta de reducción de emisiones más o menos definida en la KSG, para el segundo (2030-2050), en el que además se debería lograr el objetivo de la neutralidad climática, todo dependía de la norma reglamentaria que aprobase el Gobierno federal, norma que en último término requería de la aprobación final del Parlamento alemán (art. 4.6 de la KSG).

Los recurrentes en amparo consideraban que dicha regulación era insuficiente para contener el calentamiento global, incluso por debajo de los objetivos marcados en el Acuerdo de París, lo que vulneraría, principalmente, los deberes del Estado de proteger a sus ciudadanos (*Schutzpflicht*) frente a posibles vulneraciones de sus

proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley Federal de Protección del Clima”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 387-407, Giacomo PALOMBINO, “La dimensión constitucional del cambio climático en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021”, *REDC*, núm. 131, 2024, pp. 333-362.

⁹ Hay que recordar que, frente a lo que sucede en nuestro país, en Alemania es posible la interposición de recursos de amparo frente a leyes, siempre y cuando exista una afectación actual o presente, propia y directa en los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. La posibilidad de interponer este recurso de amparo se encuentra mencionada en el artículo 93.3 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – *BverfGG*).

derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y a la propiedad, derecho que en Alemania puede ser recurrible en amparo. También se alude a una posible vulneración de un derecho fundamental a un *mínimo ecológico* o un derecho fundamental a un *futuro digno*, todo ello a partir de previsiones más genéricas como el respeto a la dignidad del individuo (art. 1.1 GG) o el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG). Sin embargo, la estimación (parcial) de los recursos se produce por la vulneración del derecho a las libertades futuras o intergeneracionales (a partir del derecho de libertad del artículo 2.1 de la GG) y en ningún caso por los motivos que aducen los recurrentes, mucho más conocidos en la dogmática clásica de los derechos fundamentales y en la propia litigación medioambiental. No obstante, también sobre estas figuras la *Klimabeschluss* recoge reflexiones importantes sin las cuales no se puede entender alguno de los puntos clave de la Sentencia.

2. LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE DE LAS GENERACIONES FUTURAS: MÍNIMO VITAL ECOLÓGICO Y DEBERES DE PROTECCIÓN

La Sentencia sobre el cambio climático del BVerfG, a partir de los recursos de amparo, va “viajando” sobre diferentes instituciones que de una forma u otra permiten un control más intenso sobre la normativa climática. Ese incremento de las posibilidades del BVerfG se produce por dos motivos bien diferentes: o bien el ámbito de protección del derecho en cuestión es más extenso o, simplemente, el parámetro de control que emplea el BVerfG permite un enjuiciamiento más intenso. En esa suerte de viaje, a partir de las demandas de los recurrentes, la primera parada se hace en los dos instrumentos más clásicos de la propia dogmática de los derechos fundamentales y su relación con el medioambiente: el reconocimiento de un derecho a un mínimo vital ecológico y los deberes de protección iusfundamentales del Estado.

2.1. El derecho a un mínimo vital ecológico en relación con un “futuro digno”

En alguno de los recursos de amparo se planteaba la existencia y la consiguiente vulneración de un derecho fundamental a un mínimo vital ecológico. En uno de ellos, ese derecho se extraía del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1. GG) en relación con el respeto a la dignidad del individuo (1.1 GG). En términos muy similares (tal es así que el BVerfG agrupa en una misma respuesta ambos motivos) se aludía en otro de los recursos a un derecho a un futuro digno derivado del mismo art. 2.1 GG, apoyándose también en el artículo 20a GG, que recoge el principio rector de protección del medioambiente. Este derecho, como se puede apreciar, tiene una conexión muy evidente con las generaciones futuras pues trata de garantizar un mantenimiento de un contexto climático mínimamente habitable.

En Alemania, el respeto a la dignidad del individuo tiene naturaleza de derecho fundamental propia¹⁰ y, aunque sirve de “premisa” o punto de partida para el resto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana, contiene un derecho de prestación que garantiza al individuo un “mínimo existencial”¹¹. Como complemento de este mínimo existencial, en la doctrina se ha defendido la existencia de un derecho al mínimo vital ecológico, que trata de garantizar la existencia de elementos medioambientales básicos para la vida tales como el agua potable, aire respirable o alimentos consumibles¹². Por otro lado, también se aclara que el derecho al mínimo vital ecológico no es una manifestación de los deberes de protección estatal relacionados con los derechos fundamentales, sino, más bien, una manifestación del Estado social, en tanto que pretende garantizar las condiciones necesarias para que la persona pueda ejercer sus derechos¹³.

Siguiendo estos planteamientos doctrinales, los recurrentes consideran que la KSG no garantiza unas condiciones básicas para que en el futuro se pueda hablar de un mínimo existencial climático. El BVerfG reconoce que de la GG se puede extraer la existencia de tal derecho, aunque limita extraordinariamente su alcance y rechaza que en este caso la KSG lo haya vulnerado. En este sentido, según el propio BVerfG, la necesidad de garantizar que el individuo sea parte de la vida social, cultural y política, que está íntimamente relacionado con el art. 1.1. GG, no puede garantizarse tan solo mediante medidas económicas, si a ello no le acompaña un entorno medioambiental favorable. Estaríamos ante escenarios en los que las condiciones medioambientales sean tan adversas que la participación en la vida pública y en sociedad fuese prácticamente imposible.

Sin embargo, ese derecho al medioambiente digno tan solo permitiría demandar determinadas acciones de los poderes públicos, según el BVerfG, frente a daños medioambientales de dimensiones “catastróficas o incluso apocalípticas”, restringiendo, según creo, aún más su ámbito de protección. Apunta, además, que tal ámbito de protección ya quedaría, en principio, integrado dentro de los deberes estatales de protección de los derechos fundamentales por lo que su utilidad queda

¹⁰ Wolfram HÖFLING, „Art. 1: Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung“, en Michael SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 10ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2024, pp. 77-111, (pp. 81-82).

¹¹ Peter HÄBERLE, „Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft“ en Josef ISENSEE/ Paul KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts: Band II. Verfassungsstaat*, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 317-368 (pp. 348-356).

¹² Christian CALLIES, *Rechtsstat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2001, pp. 298-300.

¹³ Josef ISENSEE, „Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht“, en Josef ISENSEE/ Paul KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts: Band IX. Allgemeine Grundrechtlehren*, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 413-569 (pp. 506-508). También existe una relación entre ese mínimo vital y lo que en Alemania se ha categorizado como “procura existencial”. Al respecto, *vid.* Nuria MAGALDÍ MENDAÑA, “El concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, 2020, pp. 147-174 (pp. 161-168).

aún más diluida¹⁴. Y aunque en la doctrina alemana se han hecho esos esfuerzos para diferenciar una categoría de la otra, lo cierto es que, si tanto el contenido como la legitimación para el ejercicio de ese derecho coincide, a efectos prácticos la diferencia es inocua. Existiría, según el BVerfG, una excepción referida a aquellos casos en los que, para proteger la integridad física y la vida de las personas, se adaptasen medidas tan intensas que prácticamente se excluya cualquier posibilidad de participación del individuo en esa vida social y política donde ejercer el libre desarrollo de su personalidad. Pensemos, por ejemplo, en restricciones muy intensas de los movimientos que limiten al mínimo las actividades que generan emisiones de CO₂ a la atmósfera. En este caso, en el que la ley alemana fijaba como objetivo la neutralidad climática y contenía una serie de porcentajes de reducción sobre las emisiones de gases de efectos invernaderos, se respetaba ese derecho al mínimo vital ecológico.

2.2. Los deberes de protección del Estado frente al cambio climático

2.2.1. Objeto de los deberes de protección

Una doctrina mucho más clásica y asentada en la jurisprudencia del BVerfG es la de los deberes de protección del Estado de los derechos fundamentales (*Schutzpflicht*). El Estado no solo no debe restringir de forma desproporcionada los derechos fundamentales del individuo, sino que, además, tiene que protegerlos y garantizar su ejercicio. Esto es, los derechos fundamentales no son exclusivamente derechos de defensa frente a injerencias estatales (*Abwehrrechte*), sino que también permiten exigir a los poderes públicos la protección del ejercicio de esos derechos¹⁵. Como el Estado tiene el monopolio del ejercicio de la violencia, tan solo él puede generar el contexto adecuado en el que ejercer tales derechos. Ya en el propio artículo 1.1 de la GG se advierte que es deber de todos los poderes públicos proteger (*schützen*) la dignidad de los ciudadanos, de la que derivan el resto de los derechos fundamentales.

¹⁴ De hecho en España se ha vinculado ese derecho al mínimo ecológico o medioambiental con el artículo 15 de la Constitución. *Vid.*, al respecto, Francisco VELASCO CABALLERO, “El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho subjetivo y/o principio rector?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994, pp. 77-121 (pp. 86-87).

¹⁵ Sobre esta conocida doctrina puede verse la clásica exposición de ISENSEE, 2011: 502-568, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, „Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, *Der Staat*, vol. 29, 1990, pp. 1-31 (pp. 12-21) o Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (trad. Carlos Bernal Pulido), CEPC, Madrid, 2007, pp. 398-416. Entre nosotros, *vid.* entre otros, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006. Esta doctrina también tiene su ámbito de aplicación en el Derecho penal, pues puede obligar a que esa protección que tiene que dispensar el Estado para la protección de un determinado derecho fundamental sea a través de una herramienta lo suficientemente efectiva y disuasoria como puede ser el Derecho penal frente a la imposición de meras sanciones administrativas (o penas distintas de la de prisión). Al respecto, *vid.* entre otros, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 38, 2025, pp. 174-221 y Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Lustel, Madrid, 2007, pp. 149-151.

En relación con la cuestión medioambiental, esas obligaciones de protección pueden surgir, fundamentalmente, frente a fenómenos naturales (o no causados por el ser humano) o frente a comportamientos de terceros que puedan poner en peligro o en riesgo¹⁶ esos derechos fundamentales¹⁷, lo que puede obligar al legislador a limitar, condicionar o directamente prohibir determinadas actividades ejercidas por terceros. De esta forma, la existencia de estas obligaciones de acción estatal provoca que para proteger un determinado derecho fundamental de una persona el Estado deba restringir el ejercicio de un derecho fundamental (a la libertad en sentido amplio) de aquella que, con sus acciones, puede dañar ese derecho fundamental. Evidentemente, ese daño tiene que ser sustancial y tener cierta entidad, no bastando cualquier posible afectación. De hecho, a veces se emplea el término *Restrisiko* (riesgo residual) para negar su protección constitucional. A esta relación triangular entre “víctima” (titular del derecho fundamental a la protección), Estado y “perturbador” (titular de un derecho de defensa o de no injerencia estatal) se la ha calificado como relaciones jurídico-constitucionales multipolares (*mehrpolege Verfassungsrechtsverhältnise*)¹⁸.

En relación con la protección frente al cambio climático, la teoría que se acaba de exponer se acopla perfectamente, por los vínculos evidentes entre los efectos del calentamiento global provocado por las emisiones de CO₂ de terceros sobre la salud y sobre algunas propiedades o terrenos especialmente vulnerables. De hecho, este era el principal argumento de los recurrentes en amparo (al menos el que podría tener más posibilidades de prosperar)¹⁹ para estimar los recursos. De esta forma, el Estado tiene un deber de protección frente a los efectos del cambio climático lo que obliga a adoptar medidas restrictivas que impidan y mitiguen el avance de tal calentamiento, admitiendo que siempre habrá un nivel de riesgo (mínimo) permitido o tolerado. Esas medidas desde luego que interceden en la libertad de acción o en la libertad de empresa, restringiendo, condicionando o prohibiendo aquellas actividades que generen efectos ambientales adversos. Como se trata de una restricción de un derecho (para proteger otro, como ya hemos apuntado) la reserva de ley otorga un papel preponderante al legislador en esa intervención en las relaciones jurídico-públicas multipolares.

Bajo esa perspectiva, las demandas climáticas frente a los poderes públicos siempre se canalizan bajo el argumento de que el Estado debe hacer más o, simplemente, debe hacer algo, para proteger de forma eficaz los derechos fundamentales afectados

¹⁶ Esta distinción entre peligro y riesgo ha sido en ocasiones cuestionada (DOMÉNECH PASCUAL, 2006: 264-267), sin embargo, como explica Fernando SIMÓN YARZA, sigue siendo útil para valorar el margen de apreciación del legislador ante una situación de peligro y ante una situación de riesgo. *Vid.* Fernando Simón Yarza, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 149-156.

¹⁷ Al respecto, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, 2006: 152-157 y más específicamente en relación con el medioambiente SIMÓN YARZA, 2012: 155-157.

¹⁸ Sobre el concepto, *vid.* ISENSEE, 2011: 565-567, CALLIES, 2001: 256-262, RUIZ PRIETO 2011: 84-88 y José María BAÑO LEÓN, “Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)”, *REDA*, núm. 198, 2018, pp. 47-64 (pp. 49-51).

¹⁹ Wolfgang KAHL, „Klimaschutz und Grundrechte“, *JURA*, vol. 43, núm. 2, 2021, pp. 117-129 (pp. 120-121).

por las implicaciones del cambio climático que, como ya decíamos, son, fundamentalmente, la vida y la integridad física y la propiedad.

2.2.2. *Parámetros de control de los deberes de protección*

Una de las limitaciones de esta doctrina para el éxito de las demandas climáticas es el control reducido que sobre el cumplimiento de dichas obligaciones pueden ejercer los tribunales y, en particular, los tribunales constitucionales. Mientras que un tribunal puede fácilmente (o al menos, con menores dificultades) determinar que una acción estatal ha restringido de forma desproporcionada un derecho, resulta más complicado determinar cuál es la forma constitucionalmente exigible de proteger tal derecho sin invadir el margen de apreciación y decisión política que tiene el legislador. Esto sucede especialmente en decisiones donde existe cierta incertidumbre sobre el alcance o los efectos de una determinada medida.

Precisamente por eso el propio BVerfG limita su control a esclarecer, tan solo, si se ha producido una violación de ese derecho (el *ob*) pero en ningún caso a señalar qué medidas se tienen que adoptar para proteger ese derecho (el *wie*). Pero, incluso, para fijar esa violación de los deberes de protección el BVerfG aplica un estándar de control muy deferente con el legislador. En concreto, su análisis se reduce a un control de “evidencia” de la norma (*Evidenzkontrolle*) que se concreta en apreciar si las medidas adoptadas por el legislador son (i) claramente inadecuadas, (ii) completamente insuficientes, (iii) se apartan o se quedan muy lejos del objetivo de protección o (iv) simplemente no existen dichas medidas de protección²⁰, lo que daría lugar a una inconstitucionalidad por omisión²¹.

Este parámetro de control constitucional de los deberes de protección ha sido objeto de críticas por ser extremadamente deferente con el legislador y por, en definitiva, vaciar de contenido o hacer prácticamente inútil ese control²². De hecho, en alguna ocasión el BVerfG ha utilizado un canon más estricto de control, el conocido como “defecto de protección” (*Untermassverbot*) que permitiría un análisis más intenso de las medidas adoptadas por el legislador (*Vertretbarkeitskontrolle* o control de razonabilidad). Sin embargo, dicho parámetro de enjuiciamiento se había utilizado en la sentencia alemana relativa al aborto y la protección de la vida de los no nacidos, pero en cuestiones medioambientales el criterio es el del control de la evidencia

²⁰ Andreas VOSSKUHLE, „Umweltschutz und Grundgesetz“, *NVwZ*, núm. 1-2, 2013, pp. 1-9 (p. 7).

²¹ En este caso se había planteado una posible inconstitucionalidad por omisión porque uno de los recursos de amparo se había interpuesto antes de la aprobación de la KSG. Sobre el concepto de constitucionalidad por omisión y su relación con los recursos de amparo para la protección de derechos fundamentales, *vid.* Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 181-190.

²² *Vid.* Christian CALLIES, „Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Aufwertung des Staatsziels des Art. 20a GG und Intertemporale Freiheitssicherung als neues Grundrecht auf Klimaschutz?“, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, núm. 146, 2023, pp. 2-31 (pp. 26-28).

antes expuesto²³. Esto ha provocado que, hasta el momento, en ningún caso el BVerfG haya declarado la violación de los deberes estatales de protección en un asunto medioambiental, incluida esta reciente sentencia sobre el cambio climático²⁴. No obstante, la intensidad del control, como se verá, es reducida pero variable, pues no es lo mismo que una Ley no exista, sea “claramente inadecuada” o esté “alejada” de los objetivos que tiene que perseguir.

En este sentido, la KSG no es “claramente inadecuada” para garantizar la protección de la vida y de la integridad física porque declara que su objetivo es alcanzar la neutralidad climática en el año 2050 y prevé una reducción continuada de las emisiones hasta dicho año. Lo que se apartaría de esos estándares mínimos de protección sería una ley de protección climática que contemplase reducciones de emisiones de gases de efecto invernadero sin aspirar a alcanzar ese objetivo de la neutralidad climática. Solo mediante dicha neutralidad se puede contener el calentamiento global (que es el causante de esos riesgos para la salud) y, por lo tanto, la discrecionalidad del legislador en este aspecto se reduce a cero: la Constitución alemana obliga, en algún momento, a alcanzar la neutralidad climática. Por motivos similares el BVerfG descarta que las medidas adoptadas por el legislador alemán hayan sido “completamente insuficientes”. Tal sería el caso si la protección frente al cambio climático se articulase única y exclusivamente a través de las “medidas de adaptación”, que, como su nombre indica, tan solo buscan adaptar o facilitar la vida de los ciudadanos a los efectos del cambio climático, sin que directamente traten de contenerlo.

El BVerfG se detiene algo más en justificar que la KSG no se queda “muy lejos del objetivo de protección” que dimana de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física. Los recurrentes consideraban que para cumplir con los deberes de protección iusfundamentales la KSG debería aspirar a alcanzar un incremento de la temperatura global de, como máximo, 1,5 grados y, por lo tanto, más ambicioso que el del propio Acuerdo de París (“claramente inferior a 2 grados y a ser posible de 1,5 grados”). Aspirar al objetivo de 1,5 grados reduciría las posibilidades de alcanzar un punto de “no retorno” climático, pero exigiría incrementar las restricciones sobre actividades contaminantes. Además, se alega que los planes de reducción de emisiones que contempla la KSG tan solo permitirían, para el año 2050, contener el aumento de la temperatura a 1,75 grados lo que se aleja, incluso, del objetivo marcado en el Acuerdo de París y en la propia KSG. Para lograrlo, sería necesario incrementar fuertemente los porcentajes de reducción de emisiones porque, si se siguiese el calendario de la KSG, en el año 2030 se habría consumido la mayor parte del presupuesto de CO₂ para Alemania²⁵.

²³ KAHL, 2021: 120.

²⁴ Sabine SCHLAKE, „Klimaschutzrecht-Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung“, *NVwZ*, núm. 13, 2021, pp. 912-917 (p. 914).

²⁵ Este cálculo puede realizarse porque, como se decía al principio, es posible hacer una “traducción” de los límites de la temperatura global en un presupuesto de carbono global y, a su vez, en un presupuesto de carbono nacional. Aquí cobra de nuevo relevancia los informes del IPCC que establecen la cantidad global de emisiones de CO₂ que todavía se pueden emitir para no sobrepasar un determinado

A partir de lo anterior, el BVerfG considera que el objetivo de contención del aumento de las temperaturas de la KSG es “políticamente poco ambicioso” (Rn. 162) pero que satisface las exigencias derivadas de los deberes de protección. Para alcanzar dicha conclusión diferencia el ámbito de protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de las obligaciones, también constitucionales, de proteger el medioambiente, ancladas en el artículo 20a de la GG. Aunque puedan existir ámbitos de protección coincidentes, hay medidas que son exigibles para proteger el medioambiente que no necesariamente son constitucionalmente exigibles para proteger la salud, y viceversa. Precisamente por eso, esa poca ambición o déficit de las medidas de protección climáticas puede ser compensado con la adopción de medidas de adaptación, que no revierten o no combaten las causas del calentamiento global, pero previenen o mitigan sus efectos. En resumen, no protegen el medioambiente, pero sí la salud y, por lo tanto, completan la protección del Estado frente a los riesgos del cambio climático. De esta forma, la suma de una estrategia nacional sobre medidas de adaptación más la asunción de unos objetivos de reducción del aumento de las temperaturas resulta suficiente para entender cumplidos los deberes de protección iusfundamentales.

2.2.3. *La dimensión intergeneracional de los deberes de protección*

En la doctrina alemana se ha defendido que los deberes de protección también lo son respecto a las generaciones futuras²⁶. En esa doble dimensión de los deberes de protección, como contenido subjetivo y contenido objetivo del derecho, la protección de las generaciones futuras se incardina en la segunda. En este sentido, si los deberes de protección tienen una relación directa con las tareas estatales (*Staatsaufgaben*), que pueden obligar a preservar un determinado bien en cuanto función o fin propio de un Estado²⁷, el Estado tiene que atender a aquellas situaciones que objetivamente pongan en riesgo o en peligro tales bienes constitucionalmente protegidos, independientemente de cuando se produzcan tales riesgos. De esta forma, el Estado

umbral de calentamiento global. Así, según el IPCC, si no se quisiese aumentar la temperatura global por encima de los 1,5 grados, todavía se podrían emitir una cantidad total de 420 gigatoneladas, mientras que dicha cantidad aumenta hasta 1.170 gigatoneladas si el límite del calentamiento global fuese de 2 grados. En principio, una vez que se hubiese consumido dicho presupuesto de CO₂ restante se debería haber alcanzado la neutralidad climática. A partir de estos cálculos, y teniendo en cuenta el tamaño y población de Alemania, el “Consejo de Expertos” establece el presupuesto restante de CO₂ para Alemania, es decir, las emisiones que Alemania puede emitir antes de alcanzar la neutralidad climática. En este caso, el cálculo que hace el Consejo de Expertos toma como referencia un incremento de la temperatura de 1,75 grados y determina que Alemania tiene un presupuesto de CO₂ restante de 6,7 gigatoneladas.

²⁶ Ivo APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004, pp. 112-116, ISENSEE, 2011: 518-519.

²⁷ Sobre las *Staatsaufgaben* (o un concepto próximo *Verwaltungsaufgaben*), puede consultarse, entre nosotros, el capital trabajo de Joseba FERNÁNDEZ GAZTEA, “Las *verwaltungsaufgaben*: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán”, *RAP*, núm. 221, 2023, pp. 93-120. De hecho, se menciona al medioambiente como objeto de las tareas estatales (p. 110). La relación entre deberes de protección y *Staatsaufgaben* la señala, entre otros BÖCKENFÖRDE, 1990: 23.

también tiene un deber de protección en relación con conductas que surgen hoy pero que producen efectos irreversibles en el futuro.

En la relación multipolar que se acaba de describir, los posibles perturbadores serían las generaciones presentes y las posibles víctimas las generaciones futuras. Entremedias estaría el Estado que deberá ponderar los intereses de ambas partes y asegurar la debida de protección de esas generaciones futuras. Cuando, además, esa protección se puede poner en relación con una persona en concreto, entonces surge la titularidad de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional.

Esta dimensión temporal de los deberes de protección había sido cuestionada en algún caso por el BVerfG²⁸. Sin embargo, la Sentencia sobre el cambio climático supone un auténtico respaldo a las posturas que aquí se acaban de exponer, y reconoce que tales deberes también lo son respecto a las generaciones futuras en situaciones en las que existe un desarrollo irreversible, como sucede con el cambio climático. De esta forma, existe un deber estatal de evitar aquellas situaciones que pudiesen poner en grave riesgo la salud o incluso la propia existencia de tales generaciones. Pero, de nuevo, el alcance de las implicaciones de esta dimensión temporal de los deberes de protección, cuando se trata de situaciones de incertidumbre (no así cuando los peligros son evidentes), me parece limitado. Si el BVerfG reconoce un margen de apreciación en situaciones de incertidumbre, mayor será dicho margen cuanto mayores sean los límites de cognoscibilidad respecto al futuro²⁹.

Por otro lado, la protección de las generaciones futuras no equivale a un reconocimiento de un sujeto titular de un derecho fundamental. Al igual que los *nasciturus*, las generaciones futuras no son ni como colectivo ni como suma de individuos titulares de ningún derecho. Sus deberes de protección tienen meramente una naturaleza objetiva, pero no subjetiva (como sí lo tienen con las presentes).

Tampoco esa protección de las generaciones futuras se traduce en alguna obligación constitucional de procedimiento o, incluso, de organización administrativa. Al menos, no lo ha recogido así el BVerfG en su sentencia. En este sentido, los deberes de protección también pueden tener una naturaleza procedimental, que puede concretarse en la necesidad de otorgar algún trámite de audiencia (o similares) a aquellos sujetos afectados por una determinada medida, en la necesidad de dar acceso a determinada información pública o³⁰, incluso, en la propia existencia de un procedimien-

²⁸ Lo apunta KAHL, 2011: 124, aludiendo a la Sentencia del BVerfG de 10 de noviembre de 2009 (-1 BvR 1178/07 -). En mi opinión, en ese caso tan solo se había rechazado la legitimación de un recurrente en amparo para alegar la posible vulneración de los derechos de las generaciones futuras relacionados con los riesgos derivados de la instalación de una planta de almacenamiento de residuos nucleares. Esa legitimación, sobre la que más tarde volveremos, requiere una afectación “presente” o “actual” en los derechos subjetivos del recurrente, lo que en ese caso no se daba. Sin embargo, tanto en España como en Alemania existen mecanismos de control objetivos de la constitucionalidad de una norma que permitirían ejercer dicho control.

²⁹ *Vid.* WOLFF, 2024: 22-23.

³⁰ Un repaso al reconocimiento de estos derechos en la jurisprudencia del BVerfG puede encontrarse en KLOEPFER y BRUCH, 2025: 1396-1397.

to que permita tener en cuenta esas cuestiones y ejercer una valoración necesaria de los riesgos que puede implicar la autorización de una determinada actividad³¹.

En la doctrina se han hecho propuestas para incorporar algún tipo de organismo o trámite que específicamente proteja a las generaciones futuras en los procedimientos de toma de decisiones. Tales propuestas abarcan tanto el procedimiento legislativo (dictámenes de una comisión experta en los procedimientos legislativos), la organización administrativa (un ministerio de generaciones futuras, un *Ombudsman* o un Consejo ecológico) o el procedimiento administrativo (la exigencia en los procedimientos administrativos de una “prueba de sostenibilidad intergeneracional”, al estilo de las declaraciones de impacto ambiental)³². Sin embargo, como apuntaba, el BVerfG se ha limitado a reconocer dicha naturaleza intertemporal de los deberes de protección sin que, de momento se puedan extraer mayores consecuencias.

2.2.4. *La dimensión extraterritorial de los deberes de protección*

Además de la dimensión temporal, la Sentencia sobre el cambio climático también incorpora o reconoce una dimensión extraterritorial de los deberes de protección. Esa dimensión internacional tiene una doble vertiente: por un lado, las actividades que un Estado tiene que realizar en el exterior para garantizar la protección interna de sus ciudadanos y, por el otro, los deberes de protección del Estado respecto a los ciudadanos de otros Estados, cuando sea Alemania la fuente del daño.

En relación con la primera cuestión, un argumento tradicional para negar la responsabilidad estatal sobre el cambio climático, al que acude el gobierno alemán en su contestación a los recursos de amparo, es la naturaleza global del incremento de las temperaturas. En este sentido, la incidencia de las emisiones alemanas sobre el total de las emisiones globales es escasa y, por lo tanto, no se incumpliría el deber de protección porque la fuente de riesgo proviene de otros Estados sobre los que no tiene capacidad para condicionar su comportamiento. El BVerfG, lejos de aceptar esta tesis, no solo afirma que la baja cantidad de emisiones alemanas sobre el total mundial no exime de la responsabilidad correspondiente (plano interno) sino que, además, tiene que buscar “una solución al problema del medioambiente también a nivel internacional”. Dicho carácter internacional también se desprende, como más adelante afirma el BVerfG, del contenido del principio rector de protección del

³¹ Sobre esta cuestión, BAÑO LEÓN, 2018: 47-64.

³² APPEL, 2004: 87-95. Algo crítico sobre estas propuestas, Martin NETTESHEIM, „Verfassungsrechtliche Festlegung von Entwicklungspfaden in eine klimaneutrale Zukunft“, en Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (Dirs.), *Zukunftssicherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, pp. 29-50 (pp. 36-37). Entre nosotros, Blanca SORO MATEO y Santiago ÁLVAREZ CARREÑO han destacado cómo la creciente mención a las generaciones futuras en la legislación española no se ha acompañado del reconocimiento de “figuras o instrumentos jurídicos para la defensa de sus derechos”. Vid. Blanca SORO MATEO y Santiago CARREÑO ÁLVAREZ, “Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito de la laguna del Mar Menor”, *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 39, 2024, pp. 61-122 (pp. 108-109).

medioambiente del artículo 20a de la GG y obliga al Estado a impulsar la firma de tratados internacionales vinculantes, participar en cumbres climáticas, en organizaciones internacionales sobre esta cuestión, etc.³³ Es una visión coherente sobre todo si tenemos en cuenta que los deberes de protección también protegen a los ciudadanos frente a fenómenos externos³⁴.

La otra vertiente de la extraterritorialidad de los deberes de protección se manifiesta con respecto a los ciudadanos de terceros países. Las emisiones autorizadas por Alemania ya no solo afectan a sus ciudadanos, sino también a los de otros territorios por el carácter global del cambio climático. Se plantea si a esos también les ampara o les reconoce derechos la Constitución alemana. En la doctrina se ha defendido esta posibilidad en relación, por ejemplo, con la autorización de una planta de energía nuclear y los efectos que en otros Estados pudiese generar un accidente en esa planta³⁵.

En la Sentencia sobre el cambio climático esta cuestión se plantea porque algunos de los recurrentes eran ciudadanos que vivían en Nepal y en Bangladés y que impugnaban también la KSG por considerar que vulneraba sus derechos fundamentales desde el punto de vista de los deberes de protección reconocidos en la Constitución alemana. En este caso, la falta de adopción de medidas más exigentes en Alemania contribuiría al aumento de la temperatura global provocando crecidas en el nivel del mar, olas de calor, sequías, etc., fenómenos todos ellos que afectan de forma más intensa a países más pobres y con menos medios para combatir esos efectos.

El BVerfG, en principio, había reconocido la eficacia extraterritorial de los derechos fundamentales de la Constitución alemana en alguna sentencia, pero desde la perspectiva de los derechos de defensa, no de los deberes de protección³⁶. La cuestión que aquí radica es si el Estado ya no solo debe abstenerse (derecho de defensa) de vulnerar los derechos fundamentales de personas que no guardan relación

³³ Al respecto, *vid.* Susan KROHN, „Die internationale Dimension der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG“, *ZUR*, núm. 603, 2021, pp. 1-13. Ya apuntaba SOMMERMAN en su día que los principios rectores pueden exigir determinadas acciones exteriores siempre y cuando no exista otra forma de cumplir con el contenido mínimo que impone un determinado principio. *Vid.* Karl-Peter SOMMERMAN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübinga, 1997, p. 389.

³⁴ Así lo ha defendido, con cita a la doctrina alemana, DOMÉNECH PASCUAL, 2006: 155-157.

³⁵ Hans-Georg DEDERER, „Grenzübergreifender Umweltschutz“ en Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts: Band XI: Internationale Bezüge*, C.F. Müller, Heildeberg, 3ª edición, 2013, pp. 857-911 (pp. 902-903).

³⁶ Recientemente lo hizo en la Sentencia 19 de mayo de 2020 (-1 BvR 2835/17-), citada en la Sentencia sobre el cambio climático, en la que se impugnaba una Ley que habilitaba a los servicios de inteligencia alemana (*Bundesnachrichtendienst*) a realizar tareas de vigilancia y supervisión de las telecomunicaciones en el extranjero y a intercambiar determinada información entre los servicios de inteligencia de otros países, todo ello para garantizar la seguridad de Alemania. En este caso, el BVerfG declaró que, pese a que esas actividades estaban permitidas bajo determinadas circunstancias, la habilitación legal para realizarlas era muy amplia (no se circunscribía a determinados objetivos, había una ausencia de controles, no había garantías ni límites para el intercambio de información) y, por lo tanto, se vulneraban los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la libertad de prensa. Como se apuntaba, existe un matiz importante y es que este caso trataba sobre una intromisión estatal en los derechos fundamentales y, por lo tanto, era un supuesto de *Abwehrrechte*.

con ese país (no son nacionales ni residentes) pero que se ven igualmente afectados por la actuación, en este caso extraterritorial, de un poder público alemán, sino si, además, debe igualmente protegerlos (deber de protección). En este sentido, si el punto de partida de los deberes de protección es el monopolio estatal de la fuerza y la imposibilidad del ciudadano de defenderse por sí mismo ante determinados peligros, su proyección hacia el exterior también puede tener sentido. Cuando los daños medioambientales proceden de empresas situadas en un determinado Estado, tan solo ese Estado es el soberano para imponer límites al ejercicio de su actividad. Las emisiones autorizadas en Alemania no solo afectan a los ciudadanos alemanes, o a los ciudadanos que residen en Alemania, tienen una dimensión global y, por lo tanto, amplían el alcance de los deberes de protección.

Siguiendo los razonamientos que se acaban de exponer, el BVerfG admite esa dimensión extraterritorial de los deberes de protección, pero limita el contenido de estos³⁷. Esa limitación no se deriva del peso reducido de las emisiones alemanas en el conjunto de las emisiones globales (en torno al 2 por 100) sino, simplemente, del principio de soberanía que impide a Alemania intervenir en las políticas y medidas medioambientales de otros Estados. En consecuencia, si antes decíamos que el control de constitucionalidad se limitaba, además de la posible inconstitucional por omisión, a comprobar si las medidas eran (i) claramente inadecuadas, (ii) completamente insuficientes o (iii) se apartan o se quedan muy lejos del objetivo de protección, el BVerfG excluye este último parámetro (más exigente) de constitucionalidad y se limita a controlar los dos primeros. Es, por lo tanto, una legitimación universal que permite, lógicamente, una intensidad de control muy reducida y que sobradamente se cumple con el objetivo de neutralidad climática al que aspira la KSG.

3. LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE Y DE LAS GENERACIONES FUTURAS COMO PRINCIPIO RECTOR

3.1. El contenido mínimo del artículo 20a de la GG

El siguiente punto en el que se detiene el BVerfG es en comprobar si la KSG vulnera el artículo 20a de la GG que, al igual que el artículo 45 de nuestra Constitución, recoge la obligación de proteger el medioambiente y, además, menciona expresamente a las generaciones futuras. El artículo alemán dice así: “el Estado protege,

³⁷ La diferente intensidad del control de constitucionalidad que se puede hacer en función de si se trata de un asunto externo o interno, o, en definitiva, el contenido del derecho fundamental en función de las posibilidades de actuación estatal ya había sido reconocido en otros asuntos (no relacionados con los deberes de protección). Al respecto, *vid.* Christian WALDHOF, „Die innerstaatlichen Grundrechte als Maßstab der Außenpolitik?“, en Josef ISENSEE, (ed.), *Menschenrechte als Weltmission*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 43-80 (pp. 60-61). No obstante, el citado autor se muestra contrario a la vinculación de la acción exterior de los Estados a su Constitución interna.

también en su responsabilidad para con las generaciones futuras, los fundamentos naturales de la vida y a los animales, en el marco del orden constitucional mediante la legislación y conforme a la Ley y al Derecho, a través del poder ejecutivo y el poder judicial”. El artículo 20a de la GG se configura como un principio rector (*Staatsziel*) y en ningún caso reconoce un derecho fundamental al medioambiente³⁸. De hecho, en la redacción original de la GG no había ninguna mención al medioambiente; no es hasta una reforma en el año 1994 cuando por primera vez se recoge su protección en la GG, rechazando de hecho, propuestas de reforma constitucional que pretendían introducir un nuevo derecho fundamental al medioambiente³⁹.

A pesar del contenido abstracto del precepto, en la doctrina se ha defendido que en el artículo 20a se constitucionalizan algunos de los principios más clásicos del derecho del medioambiente. En primer lugar, esa referencia a las generaciones futuras incluye o recoge expresamente el principio de prevención frente a riesgos (*Risikovororge*)⁴⁰, lo que en palabras del BVerfG permite, ante situaciones de incertidumbre en cuanto al alcance de unos determinados daños, adoptar medidas restrictivas de derecho sin necesidad de que exista una “completa certidumbre científica” (Rn. 229). En este sentido, también la doctrina ha señalado que la referencia a las generaciones futuras incorpora el principio de desarrollo o consumo sostenible, que obliga a un uso equilibrado de los recursos no renovables y a su sustitución paulatina por recursos renovables⁴¹. Por otro lado, al introducir la protección climática en el año 1994, tras una reforma de la GG, se ha interpretado que implícitamente el constituyente está reconociendo una prohibición de no regresión medioambiental respecto a la situación existente en ese año⁴².

La Sentencia sobre el cambio climático, pese a entender que la KSG no vulnera el artículo 20a de la GG, supone un auténtico impulso al contenido de este principio rector y a su utilidad para el control constitucional de las leyes. Es, sin duda, la sentencia más importante del BVerfG sobre esta cuestión⁴³.

3.2. El control de la ley a partir de los principios rectores en el marco de un recurso de amparo

Previamente, es conveniente destacar, por su singularidad, el hecho de que a través de un recurso de amparo frente a una ley el BVerfG controle su validez a partir

³⁸ VOßKUHLE, 2013: 4-5.

³⁹ VOßKUHLE, 2013: 4-5.

⁴⁰ CALLIES, 2001: 181.

⁴¹ Dietrich MURSWIECK, „Art. 20a: Schutz der natürlichen Lebendgrundlagen und der Tiere“, en Michael SACHS, (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 10ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2024, pp. 862-881 (p. 870).

⁴² MURSWIECK, 2024: 871.

⁴³ FASSBENDER, 2021: 2087. Un repaso a la jurisprudencia previa sobre el artículo 20a se puede encontrar en Jörg BERKEMANN, „Freiheitschancen über die Generationen (Art. 20a GG) -Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel“, *DOV*, núm. 16, 2021, pp. 701-716 (pp. 701-706).

de lo dispuesto en un principio rector, que forma parte de las disposiciones de derecho objetivo de la Constitución, y, por lo tanto, no reconoce *a priori* ningún derecho subjetivo. No se trata de un control indirecto vinculado a su conexión con otros derechos fundamentales o de utilizar el principio rector para interpretar el alcance de un determinado derecho fundamental⁴⁴; es un control autónomo e independiente, más propio de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad que de un recurso de amparo, limitado, en teoría, a la protección de los derechos fundamentales.

En Alemania a partir de la conocida como Sentencia *Elfes* del BVerfG y apoyándose en el artículo 2.1 de la GG, se reconoce un genérico derecho a la libertad, que implica que cualquier restricción de la libertad individual de los ciudadanos tiene que ser compatible con la Constitución. Pero esa compatibilidad no se limita, únicamente, a valorar si esa restricción del derecho fundamental es “proporcional”, sino también si respeta a la Constitución en su conjunto, incluido las disposiciones de “derecho objetivo” de esta (normas sobre distribución de competencia, principios rectores, etc.)⁴⁵. En definitiva, es un derecho fundamental, invocable en un proceso de amparo, a que tan solo sean admisibles las medidas restrictivas de la libertad que respetan la Constitución en su conjunto⁴⁶. De esta forma, se produce una “subjetivación” de todo el ordenamiento constitucional, incluidos los principios rectores⁴⁷. Como apuntábamos al principio, el BVerfG declaró parte de la KSG inconstitucional a partir de la vulneración de ese derecho genérico a la libertad individual del artículo 2.1 de la GG, por las restricciones excesivas o desproporcionadas de esa libertad que tendrían que sufrir las generaciones futuras si no se adoptaban medidas más ambiciosas en el presente. Por lo tanto, a la hora de analizar la compatibilidad de la KSG con el artículo 2.1 de la GG, el BVerfG también puede y debe, en primer término, comprobar que la KSG es compatible con el resto del ordenamiento constitucional, incluidas esas disposiciones de derecho objetivo. Es decir, el control sobre la compatibilidad de la KSG con el artículo 20a se hace dentro del propio control sobre la restricción del derecho fundamental a la libertad⁴⁸.

⁴⁴ Vid. SOMMERMAN, 1997: 394-395.

⁴⁵ Wolfram HÖFLING, „Art. 2: Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person“, en Michael SACHS, (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 10ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2024, pp. 111-166 (p. 124), CALLIES, 2001: 417.

⁴⁶ Aunque el origen de esta jurisprudencia está en el asunto *Elfes*, también se extiende a cualquier recurso de amparo en el que se alegue la violación de un derecho fundamental específico. HÖFLING, 2024: 124.

⁴⁷ CALLIES, 2001: 417. Se habla también de la doble naturaleza del recurso de amparo. Vid. BERKEMANN, 2021: 707.

⁴⁸ Sin embargo, se ha criticado que se utilice la doctrina *Elfes* en este caso en el que realmente no se ha producido todavía ninguna restricción de la libertad, ya que la KSG tan solo introduce unos porcentajes sobre reducciones de emisiones. Serán las concretas medidas administrativas que luego se adopten las que, en su caso, permitirían activar la doctrina *Elfes*. Al respecto, Christoph MÖLLERS y Nils WEINBERG, „Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts“, *JZ*, núm. 76, 2021, pp. 1069-1078 (p. 1076). En definitiva, es, de nuevo, la crítica (que luego se verá) a considerar que en este caso exista una verdadera intromisión (anticipada) del Estado en un derecho fundamental.

No obstante, esto no convierte el principio rector en un derecho subjetivo al medioambiente, en el sentido de que cualquier ciudadano pueda recurrir en amparo una lesión de los supuestos derechos que le concedería el artículo 20a de la GG. Es necesario que previamente exista una intervención estatal que restrinja la libertad del individuo, lo que plantea el problema sobre el alcance del concepto de intervención a la hora de imputar una acción a los poderes públicos⁴⁹, especialmente cuando se trata de acciones de terceros que, en principio, no se atribuyen al Estado.

3.3. Los límites de incremento de la temperatura y su control a raíz del artículo 20a de la GG

Volviendo al contenido de la Sentencia, el BVerfG afirma que el artículo 20a de la GG incorpora el mandato de “neutralidad climática” (Rn. 198). Es decir, el Estado debe dirigirse hacia la neutralidad climática y, para ello, debe adoptar medidas que restrinjan las emisiones de gases de efecto invernadero. En este sentido, el artículo 1.1 de la KSG incorpora el objetivo del Acuerdo de París de limitar el calentamiento global a una temperatura claramente inferior a 2 grados y a ser posible de 1,5 grados, objetivo que, al igual que sucedía en el caso de los deberes de protección, los recurrentes consideraban insuficiente (debería ser de 1,5 grados) y, en este caso también contrario al artículo 20a de la GG.

De nuevo, el BVerfG reafirma el margen de apreciación del legislador a la hora de determinar los límites del calentamiento global. Dicho margen de apreciación se concede, por un lado, por la incertidumbre científica que existe sobre esta cuestión. Como no existen certezas sobre cuál sería la temperatura óptima a partir de la cual se evitase alcanzar ese punto de “no retorno” climático (tan solo informes sobre las distintas probabilidades de lograrlo en función del grado de calentamiento global y sometidos, además, a un elevado grado de incertidumbre), el artículo 20a de la GG no permite al Tribunal determinar o imponer una temperatura objetivo. No obstante, si el progreso científico despejase las incertidumbres actualmente existentes y determinase con mucha mayor exactitud los riesgos asociados a cada nivel de incremento de la temperatura global, el Estado estaría obligado a actualizar sus objetivos de protección climática, también a nivel internacional. De esta forma, en este tipo

⁴⁹ Christian CALLIES, „Das Klimaurteil des Bundesverfassungsgerichts: Versubjektivierung des Art. 20a GG?“, *ZUR*, núm. 6, 2021, pp. 355-357 (p. 356). Estos mismos problemas ya los había adelantado el propio CALLIES en su clásica obra *Rechtsstat und Umweltstaat*, donde además recoge los intentos de algún autor alemán (ALEXY) de restringir los efectos de la doctrina *Elfes* como también de aquellos otros (DIRNBERGER) que a partir de la misma han intentado construir un derecho fundamental al “disfrute de la naturaleza”. Para ello sería necesario extender la doctrina *Elfes* a los deberes de protección, es decir, convertir cualquier autorización estatal relacionada con el ejercicio de una actividad contaminante o cualquier ley habilitante en una injerencia del Estado en los derechos de las personas perjudicadas por esas actividades. En contra de tal posibilidad, CALLIES, 2001: 419-423. Para un estudio de esta cuestión en España, defendiendo una interpretación restrictiva del concepto de injerencia, *vid.* SIMÓN YARZA, 2012: 134-140.

de procesos desaparece la cosa juzgada, pues esa apertura, aunque no reserva, hacia la ciencia y hacia sus avances, obliga a someter a las leyes a una revisión periódica en función del surgimiento o no de nuevos hallazgos⁵⁰.

Por otro lado, el margen de apreciación también está justificado en el propio tenor literal del artículo 20 que establece que esa protección medioambiental se realizará “mediante la legislación”. Es la propia Constitución alemana la que asigna un “mandato de concretización” de la protección del medioambiente. Lo sorprendente en este caso es que el BVerfG reconoce que ese objetivo de limitar el calentamiento global a una temperatura claramente inferior a 2 grados y a ser posible a 1,5 grados no solo respeta el margen de apreciación del legislador, sino que es una concretización de ese artículo 20 y, por lo tanto, puede servir de parámetro de constitucionalidad de la normativa medioambiental, incluso, de otras disposiciones de la propia KSG.

En el propio artículo 1.1 de la KSG se establece que el “fundamento” (*Grundlage*) de la política medioambiental alemana, en consonancia con los compromisos asumidos en el Acuerdo de París, es la reducción de la temperatura global a una cuantía inferior a 2 grados y a ser posible de 1,5 grados. El empleo del término “fundamento” (sin citar expresamente el artículo 20a GG) es decisivo en este caso para que el BVerfG considere que no existe en la legislación medioambiental otra fijación de objetivos que tenga esa aspiración de determinar el grado de protección climática del artículo 20a de la GG. En consecuencia, ese umbral de temperatura, en cuanto concreción de la Constitución, “debe tomarse como base para el control de constitucionalidad” (Rn. 208). Es parte, en definitiva, del contenido del artículo 20a.

Estas afirmaciones del BVerfG, que en el fondo pretenden dotar de una mayor eficacia, o “justiciabilidad” al mandato constitucional de protección del medioambiente⁵¹, han sido criticadas por algunos autores alemanes, al producirse una “elevación de rango” de ese artículo de la KSG⁵². Para que ese umbral de temperatura pueda ser un parámetro de control de la constitucionalidad se debe, simplemente, modificar la Constitución por los cauces que la propia Constitución ofrece (en concreto, el artículo 79 de la GG)⁵³ sin que en la Constitución alemana se reconozca la posibilidad de que el legislador se autovincule por sus propias decisiones⁵⁴. Pero, además, como la KSG y, en concreto, ese umbral de temperatura es fruto del Acuer-

⁵⁰ En este sentido, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, 2006: 341-350 y también, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 54-55.

⁵¹ SCHLAKE, 2021: 915.

⁵² Monika POLZIN, „Menschenrechtliche Klimaklagen: Kreative Justiz und überforderte Grundrechte“, *DÖV*, 2021, pp. 1089-1099 (pp. 1094-1095), MÖLLERS y WEINBERG, 2021: 1074. MURSWIECK, 2024: 879, SCHLAKE, 2021: 915.

⁵³ POLZIN, 2021: 1094-1095.

⁵⁴ Wolfgang KAHL, „Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts. Zwischen tradierter Schutzpflichtendogmatik und innovativer Abwehrrechtssonderdogmatik“, *EurUP*, núm. 1, 2022, pp. 2-19 (p. 16).

do de París, también se produce, en definitiva, una elevación del rango del Tratado Internacional, que según el artículo 59.2 de la GG se equipara al de las Leyes⁵⁵.

A pesar de lo anterior, ese umbral de temperatura “cuasi” constitucionalizado no es, en absoluto, inmodificable. El BVerfG admite y permite en la propia sentencia que el legislador cambie, en un sentido u en otro, ese umbral, siempre y cuando se siga un proceso legislativo “abierto y transparente” en el que claramente se muestre la intención de introducir una nueva concretización de ese artículo 20 a de la GG. Además, si, como antes habíamos señalado, la actual incertidumbre científica desaparece, el legislador estaría obligado a modificar ese objetivo de contención de aumento de las temperaturas. Por lo tanto, creo que puede afirmarse que, aunque el artículo 1.3 de la KSG puede servir como canon de control de constitucionalidad de otras leyes e, incluso, de otras disposiciones de la KSG, es incorrecto hablar de “elevación de rango”. El artículo mencionado carece de “fuerza pasiva”, es decir, de capacidad o resistencia para no ser derogada por otra Ley que quiera incorporar un objetivo diferente⁵⁶. Como conclusión, se podría afirmar que esta jurisprudencia del BVerfG supone que las decisiones esenciales en materia de regulación ambiental adoptadas por el legislador sirven como parámetro de control de la constitucionalidad, aunque no forman parte de la Constitución.

3.4. Los límites de emisiones y su relación con el artículo 20a de la GG

En relación con lo anterior, el BVerfG también analiza la compatibilidad de los artículos 3.1 y 4.1 en relación con el Anexo 2, donde se fijan las emisiones de CO₂ permitidas en Alemania hasta el año 2030, con el artículo 20a de la GG y, en concreto, con el objetivo de limitar la temperatura global una cuantía inferior a 2 grados y a ser posible de 1,5 grados, es decir, con el artículo 1.3 de la propia KSG.

A partir de los informes del IPCC el BVerfG realiza su control de constitucionalidad, constatando, en primer lugar, que las emisiones permitidas por la KSG hasta el año 2030 consumirían prácticamente todo el presupuesto de CO₂ calculado para Alemania, que además está calculado sobre 1,75 grados lo que se aleja de ese objetivo de los 1,5⁵⁷. Es decir, si Alemania quisiese alcanzar el objetivo que se autoimpone en la KSG, que además es canon de control de la constitucionalidad según se ha visto, debería alcanzar la neutralidad climática prácticamente en el año 2030 ya que habría agotado su presupuesto de CO₂. Toda emisión adicional provocaría que no se lograse el objetivo constitucional de limitar el aumento global de la temperatura. Sin embargo, pese a este análisis aparentemente tan sencillo, el BVerfG no considera incompatible con el artículo 20a GG los artículos 3.1 y 4.1 en relación con el Anexo 2.

⁵⁵ SCHLAKE, 2021: 915.

⁵⁶ Si dos normas pueden derogarse entre sí (fuerza activa) pero no pueden impedir que la otra la derogue (fuerza pasiva) se entiende que tienen el mismo rango. En este sentido, *vid.* Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 89.

⁵⁷ *Vid.* supra, nota al pie número 23.

De nuevo, la declaración de constitucionalidad de tales artículos se fundamenta en la ausencia de certidumbres y, por lo tanto, en la falta de certezas que ofrecen los informes y los cálculos anteriormente expuestos. El propio IPCC ya asume que sus cálculos pueden tener unas oscilaciones de aproximadamente 400 gigatoneladas de CO₂ en ambas direcciones (mayor o menor presupuesto global de CO₂). Además, a tal incertidumbre contribuye el posible desarrollo en el futuro de tecnología de emisiones negativas que permitan eliminar CO₂ de la atmósfera o, por ejemplo, el hecho de que al amparo del Acuerdo de París se pueda aumentar el límite de emisiones de un país a partir de la transferencia de esos límites a otro. Por lo tanto, el BVerfG considera que la incertidumbre de esos informes es tan elevada que no permite determinar que el legislador se haya excedido en el uso del margen de apreciación constitucionalmente garantizado (Rn. 236).

4. LA PROTECCIÓN INTERGENERACIONAL DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD

La verdadera novedad de la Sentencia sobre el cambio climático es la creación del concepto de “efecto previo similar a una injerencia” (*eingriffsähnliche Vorwirkung*) por el cual, bajo determinados requisitos en los que ahora nos detendremos, se puede declarar vulnerado un derecho fundamental de forma anticipada; es decir, sin que se haya producido todavía esa violación del derecho. Se abre la puerta, por lo tanto, a la protección intergeneracional de los derechos.

Como apuntábamos, aunque son importantes los pronunciamientos sobre los deberes de protección en materia climática o sobre el principio rector de protección del medioambiente y las generaciones futuras, la inconstitucionalidad de la KSG se produce por restringir de forma desproporcionada los derechos de libertad de las próximas generaciones. En concreto, se declaran inconstitucionales el artículo 3.1 frase 2, en el que se recoge el objetivo intermedio de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55 por 100 para el año 2030 y el 4.1 frase tercera en relación con el anexo 2, que dispone que las “cantidades de emisiones permitidas hasta el año 2030 se establecerán conforme lo dispuesto en el anexo 2, en el que se distribuye las cantidades de emisión hasta el año 2030 entre los diferentes sectores de la economía (energía, industria, construcción, movilidad, agricultura y gestión de residuos y otros sectores)”.

El razonamiento del BVerfG parte de la base de que cualquier actividad que realicemos en nuestra vida cotidiana genera huella de carbono y, por lo tanto, contribuye al calentamiento global. Esas actividades, en cuanto manifestaciones de nuestra libertad de actuación en general, gozan, en Alemania, de una protección iusfundamental anclada en el artículo 2.1 de la GG (derecho de libertad en sentido amplio). El legislador puede restringir o prohibir tales actividades siempre y cuando dichas restricciones sean proporcionales y se ajusten al ordenamiento constitucional. A la par, el Estado también está constitucionalmente obligado a alcanzar la neutralidad climática- como objetivo directamente vinculado a la protección del medioambiente-, por imperativo tanto de los deberes de protección como del principio rector.

Este principio rector, además, se ha concretado constitucionalmente en la reducción de la temperatura global en las cantidades ya conocidas. Por lo tanto, si las emisiones de CO₂ permitidas hasta el año 2030 prácticamente consumen el presupuesto de CO₂ restante para Alemania hasta alcanzar la neutralidad climática, a partir del año 2030 será constitucionalmente exigible la adopción de medidas mucho más restrictivas de esa libertad. Esto no significa que una vez que se haya llegado a esa situación cualquier conducta contaminante sea, directamente, contraria a la Constitución. La protección climática no tiene primacía respecto a otros bienes constitucionales con los que puede entrar en conflicto, pero cuanto mayor es el calentamiento global y, por lo tanto, mayores son las consecuencias colaterales que puede acarrear, mayor peso tendrá la protección climática a la hora de ponderar su protección frente a otros bienes constitucionales o derechos fundamentales (Rn. 198). Por ello, el BVerfG pretende que esas restricciones *constitucionalmente obligatorias* de la libertad sean repartidas proporcionalmente entre generaciones.

4.1. Obstáculos procesales: afectación actual, propia y directa en los derechos fundamentales

En Alemania la admisión del recurso de amparo frente a leyes, en aras de evitar una acción popular que permita a cualquier ciudadano impugnar cualquier norma con rango de ley, queda condicionada a que la ley en cuestión afecte de forma “actual, propia y directa” a los derechos fundamentales del recurrente. En este caso, la admisión de una posible vulneración futura (y no “actual”) de un derecho relacionada con la protección medioambiental en la que prácticamente todos pueden estar afectados plantea obstáculos procesales importantes.

En primer lugar, el BVerfG se esfuerza en justificar que la vulneración del derecho fundamental a la libertad ya se produce en el presente. La KSG no impone ninguna restricción actual de ninguna actividad, sino, tan solo, un calendario de reducción de emisiones que puede servir de base para tales restricciones. Sin embargo, el BVerfG argumenta que cualquier ley que permita o regule las emisiones de carbono, en cuanto que son irreversibles, ya generan una intromisión en los derechos fundamentales de libertad de las próximas generaciones. Por lo tanto, se produce, en palabras del BVerfG una afectación “jurídica” (y no solo fáctica) de los derechos de libertad en tanto que todo lo que se permita hoy condiciona la actividad del mañana⁵⁸. En este caso, cuando se trata de situaciones irreversibles como el calentamiento global exigir el acaecimiento de un daño para admitir la demanda de amparo provocaría, simple-

⁵⁸ Esta interpretación del requisito de admisibilidad de la afectación presente a los derechos fundamentales venía prácticamente exigida por el elemento esencial de la Sentencia, que es la declaración de una vulneración anticipada de los derechos fundamentales. Lo señalan Thies WAHNSCHAFFE y Felix LÜCKE, „Die eingriffsähnliche Vorwirkung auf Freiheitsrechte als Ansatz intertemporaler Freiheitsprüfung“, *DÖV*, núm. 24, 2021, pp. 1099-1109 (p. 1107).

mente, que la admisión del derecho de amparo se produjese, únicamente, cuando la resolución del recurso deviene prácticamente inútil⁵⁹.

El otro requisito procedimental que plantea problemas es el de la afectación “propia” de un derecho fundamental. Son dos los motivos. En primer lugar, esas restricciones futuras de la libertad afectan a prácticamente todo el mundo por lo que no existe, en principio, un sacrificio especial o una afectación personal frente al resto de la población. Sin embargo, el BVerfG admite que el hecho de que haya un número muy elevado de personas afectadas no impide que efectivamente exista una afectación personal e individual en los derechos fundamentales de una persona (Rn. 110). En este sentido, el BVerfG, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el recurso de anulación comunitario a partir de la clásica jurisprudencia *Plaumann*, no exige que en el recurrente concurra una situación individualizada, o una afectación en sus derechos mucho más intensa que le diferencie de la generalidad de la población que pueda estar afectada por dicha medida⁶⁰. Pese a que el BVerfG expresamente lo rechaza, algunos autores han entendido que esta interpretación abre la puerta a una acción popular en materia climática⁶¹.

⁵⁹ Lo defiende KAHL, 2021: 124-125.

⁶⁰ Explica estas diferencias procesales entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho alemán, Christian BICKENBACH, „Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung von den Gerichten“, *JZ*, núm. 75, 2020, pp. 169-177 (pp. 176-177). Relacionado con la cuestión climática es muy importante la STJUE de 25 de marzo de 2021, Armando Carvalho y otros/Parlamento y Consejo, C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252 en la que se impugnaba precisamente, entre otras normas, el Reglamento 2018/842 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, mediante el cual se fijaban los objetivos mínimos de emisiones que debían cumplir los Estados miembros para el año 2030 en relación con los compromisos asumidos por la UE en el marco del Acuerdo de París. La sentencia del Tribunal de Justicia trae causa de la impugnación de la inadmisión del recurso de anulación frente a dicho Reglamento (y otros) interpuesto ante el Tribunal General. El Tribunal General inadmite, y el Tribunal de Justicia confirma dicha inadmisión por la falta del requisito de la afectación individual. En este caso, además, los recurrentes entendían que gozaban de una posición particular distinta de la generalidad de individuos que pueden estar afectados por el calentamiento global por sus circunstancias personales y profesionales (los recurrentes eran granjeros, agricultores, propietarios de bosques o de negocios en el sector turístico). El Tribunal de Justicia confirma el criterio del Tribunal General por el cual el hecho de que los efectos del cambio climático puedan ser “diferentes” para una persona o grupos de personas, entendiendo que todos están afectados, no permite hablar de una afectación individual. Tampoco ve en este caso el Tribunal de Justicia una violación del artículo 47 de la CEDH, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y rechaza la posibilidad de hacer una interpretación más flexible de los requisitos de admisibilidad de la acción de anulación por el simple motivo de que la demanda pretenda proteger determinados derechos fundamentales. Como ha explicado Javier GARCÍA LUENGO, *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad. Un estudio sobre el contencioso comunitario*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 285-290, esta interpretación tan estricta poco proclive a permitir la impugnación de Reglamentos comunitarios por parte de los ciudadanos tiene sentido si se asimila, como parece suceder en el Tribunal de Justicia, el control de reglamentos comunitarios con el control de las leyes en los principales sistemas jurídicos de la Unión en los que, por lo general, no cabe un control abstracto de las normas con rango de ley a iniciativa de un particular. Sin embargo, como demuestra el mismo autor, cuando se trata de actos administrativos que afectaban a terceros el Tribunal de Justicia ha sido mucho más laxo en la interpretación de tales requisitos.

⁶¹ CALLIES, 2021, POLZIN, 2021: 1091, KAHL, 2021: 5.

Por otro lado, ese requisito de la afectación “propia” de los derechos no permite la defensa judicial de los derechos de otras personas o de otros colectivos. Es decir, los recurrentes en amparo no pueden alegar la posible afectación de los derechos de libertad de las generaciones futuras sino, simplemente, que ellos mismos se ven afectados por tales medidas. En este caso, el BVerG argumenta que es probable que los recurrentes aún vivan después del año 2030, fecha a partir de la cual se deberían adoptar medidas mucho más restrictivas para poder contener el aumento de las temperaturas. La existencia en este caso de un límite temporal tan claro facilita la admisión del recurso de amparo, lo que no sucede cuando los efectos se pueden producir en un horizonte temporal mucho más lejano como el caso del almacenamiento de los residuos nucleares. El criterio de la edad es, en consecuencia, congruente con la idea de protección anticipada de los derechos de libertad y con la no exigencia de una condición especial de “víctima” para reconocer la legitimación a los recurrentes.

4.2. Los efectos previos similares a una injerencia (*eingriffsähnliche Vorwirkung*)

La declaración de inconstitucionalidad de los objetivos de la KSG de reducción de emisiones por una restricción desproporcionada del derecho fundamental a la libertad sigue, como se puede apreciar, la estructura de los *Abwehrrechte* o derechos de defensa. En este caso la injerencia no se califica como tal (*Eingriff*) porque realmente no se ha producido, todavía, un comportamiento estatal que incida en la esfera individual del derecho de libertad de los recurrentes y, por eso, se utiliza el concepto de “efecto previo similar a una injerencia”. La verdadera restricción se produciría, en su caso, cuando el Estado estuviese obligado a adoptar medidas mucho más restrictivas de aquellas actividades que generen huella de carbono por encontrarse en una situación en la que prácticamente se hubiese agotado el presupuesto de carbono.

En definitiva, si en la estructura ordinaria de los derechos de defensa se reacciona frente a injerencias *ilegales*, mediante el concepto de *eingriffsähnliche Vorwirkung* se permite que el ciudadano se proteja frente a medidas que en un futuro serán *legales*⁶². Esto provoca que la institución de la injerencia anticipada se limite a contextos en los que los daños son irreversibles. Como el calentamiento global, según el estado de la ciencia actual, no puede ser revertido (no existen o son muy difíciles de implementar, por el momento, emisiones de CO₂ negativas), tan solo un recurso preventivo de este tipo ofrece a los ciudadanos una protección eficaz frente a futuras restricciones más intensas de sus derechos porque, como se apuntaba, tales restricciones serán constitucionales y, además, obligatorias para alcanzar el objetivo de neutralidad climática⁶³.

⁶² MÖLLERS y WEINBERG, 2021: 1074.

⁶³ Esta valoración sobre el estado de la técnica y viabilidad de la tecnología de emisiones negativas la recoge el BVerfG en varios puntos de la Sentencia, tal y como se ha visto en este artículo, ya que es una cuestión esencial para la irreversibilidad del calentamiento global y las predicciones sobre las medidas de contención necesarias. Se ha dicho, de hecho, que el BVerfG ha ido demasiado lejos con la figura de la

Una vez que se admite la existencia de una “injerencia”, para entender vulnerado el derecho en cuestión es necesario que, o bien esa injerencia sea contraria al ordenamiento constitucional o, simplemente, que sea desproporcionada (lo que hace que, tan solo, vulnere el derecho afectado y no otra norma de la Constitución). Ya se ha señalado que en este caso el BVerfG considera que las restricciones son conformes con el artículo 20a de la GG. Sin embargo, el segundo de los requisitos no se cumpliría en tanto que se produciría una distribución injustificadamente desigual de las obligaciones futuras entre las diferentes generaciones. El hecho de que, según los informes ya mencionados, las reducciones de emisiones planificadas en la KSG hasta el año 2030 prácticamente agoten el presupuesto de carbono restante para Alemania sin haber alcanzado la neutralidad climática (recuérdese que en este año el objetivo era una reducción del 55 por 100), es decisivo para entender que las próximas generaciones sufrirán unas restricciones más intensas de ciertas actividades para poder alcanzar dicha neutralidad climática.

En este caso todas las consideraciones sobre la incertidumbre y la imprecisión de los informes o del mero hecho de realizar proyecciones a futuro no impiden al BVerfG declarar la inconstitucionalidad de determinados artículos de la KSG, como sí lo hicieron con respecto al artículo 20a de la GG y, en parte también, con los deberes de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, al tratarse de un derecho de defensa, el BVerfG aplica un estándar de control más intenso que le permite, a partir de los mismos hechos, declarar la inconstitucionalidad de la KSG. No se trata, en estos casos, de que el alcance o el contenido de los artículos fuese diferente, especialmente en lo que se refiere al mandato de protección del medioambiente y de las generaciones futuras. Si existiese una mayor certidumbre científica sobre el consumo del presupuesto de CO₂ restante, el BVerfG hubiese declarado, también, que la KSG incumplía el artículo 20a de la GG o sus deberes de protección de los derechos fundamentales (aunque aquí existe la salvaguarda de las medidas de adaptación).

Por eso creo que expresiones como la de “reserva de ciencia” que se han utilizado para explicar el papel de la ciencia en esta Sentencia, aunque útiles, no son lo suficientemente precisas para explicar el papel de los informes citados⁶⁴. Si esta reserva se entiende, como creo que se hace, como la utilización de fuentes “no jurídicas” para la toma de decisiones judiciales en nada se diferencia del valor de los dictámenes periciales. Pero, además, cuando el estándar de control es el de la “evidencia”, preci-

eingriffsähnliche Vorwirkung porque el desarrollo tecnológico y la capacidad de innovación podrían, en un futuro, modificar esas predicciones o incluso frenar notablemente el calentamiento global sin necesidad de realizar los esfuerzos que hoy en día pensamos que son necesarios (*Vid.* KAHL, 2021: 15). Esto enlaza directamente con una cuestión que trasciende al medioambiente y es la de la base fáctica a partir de la cual se debe realizar el control judicial sobre un pronóstico. Si se entiende (como hace el BVerfG) que el control de validez de una determinada norma (o sobre su pronóstico) debe hacerse con la información que actualmente se tiene al respecto, a pesar de los eventuales cambios en el futuro, la crítica de KAHL debe ser rechazada. Sobre esta cuestión en nuestro país y a raíz de la muy reciente Sentencia del TC sobre la denominada “Ley de Amnistía” (STC 137/2025), pueden verse las reflexiones de Francisco VELASCO CABALLERO, “Interpretación constitucional y ley de amnistía”, *Indret*, núm. 4, 2025, pp. 496-539 (p. 515)..

⁶⁴ Utiliza esta expresión, con referencia a la doctrina italiana, PALOMBINO, 2024: 347.

samente esa reserva de ciencia se difumina en cuanto que es la falta de certezas sólidas (más allá del propio fenómeno del calentamiento global) la que impide al BVerfG estimar los recursos⁶⁵. El BVerfG llega a afirmar que “en vista de la elevada inseguridad, que el IPCC a través de la indicación de una serie de rasgos e incertidumbres ha documentado, el legislador retiene un amplio margen de apreciación para el cumplimiento de sus deberes de protección iusfundamentales”. (Rn. 163). Aquí casi podríamos hablar de “reserva de política”⁶⁶. El verdadero cambio se produce cuando el BVerfG, pese a esa falta de certezas, sí realiza un control del contenido de la KSG y un análisis de su suficiencia⁶⁷.

Como conclusión de lo anterior, parece evidente que el recurso a la estructura de los derechos de defensa viene precedido de una necesidad de elevar el estándar de control sobre las medidas estatales⁶⁸. Y es precisamente este “trasfondo” el que ha suscitado más críticas entre la doctrina alemana. Así, se ha reclamado que hubiese sido suficiente la elevación de los estándares de control de los deberes de protección iusfundamentales (que es lo que precisamente trata de evitar el BVerfG) para estimar, al menos en parte, los recursos de amparo⁶⁹. Se trataría de recuperar el canon de control de razonabilidad (*Vertretbarkeitskontrolle*) que el BVerfG había utilizado en la sentencia sobre el aborto para así abandonar el del *Evidenzkontrolle* (control de evidencia), que es muy deferente con el legislador y sobre el que se ha dicho que permite dejar “vacío” el contenido de los deberes de protección⁷⁰. De hecho, otra de las críticas sobre la Sentencia es la del anclaje que hace en los derechos de defensa en un asunto que propiamente se trataba de una omisión o falta de protección y, por lo tanto, de un incumplimiento de los deberes de protección. No hay verdaderamente una acción estatal y sí una omisión o una falta de protección⁷¹. Se produce, además, una deformación del concepto de libertad constitucionalmente protegido

⁶⁵ De hecho, una de las críticas que se ha hecho a la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre, marcadas por el principio de precaución, es su dependencia excesiva a una ciencia incapaz de ofrecer las “certidumbres y verdades seguras de antaño”, por lo que el “derecho ya no puede encontrar en ella un apoyo firme para fundar sus decisiones”. Vid. José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 147-149. En este caso, el control de evidencia supone que si existe una incertidumbre el legislador tiene un amplio margen de apreciación, por lo que no existe tal vinculación a la ciencia, porque, simplemente, esta no puede servir de apoyo firme.

⁶⁶ Es lo que se ha calificado como “la decisión política sobre el riesgo”, en la que a partir de la “descripción natural del riesgo, se realiza una valoración en la que el órgano decisor incorpora valores constitucionales y criterios de tipo puramente político distintos al de la mera verdad epistémica y para la que dicho órgano dispone de un amplio (aunque no limitado) margen de apreciación”. Vid., José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Los hechos en el Derecho administrativo del riesgo”, *Indret*, núm. 4, 2025, pp. 370-411 (p. 404).

⁶⁷ En esta línea, apunta WOLFF que “es tarea de la Ciencia Jurídica el desarrollo de un tratamiento racional de la inseguridad epistémica”. Vid. WOLFF, 2024: 23-24.

⁶⁸ KAHL, 2021, 16.

⁶⁹ KAHL, 2021: 14, WAHNSCHAFFE y LÜCKE, 2021: 1107, CALLIES, 2023: 25-27. Entre nosotros, SIMOU, 2023: 50-51.

⁷⁰ CALLIES, 2023: 27.

⁷¹ BERKEMANN, 2021: 710-712.

transformándolo en un derecho a la igualdad en el reparto de las cargas climáticas, más que una restricción desproporcionada de los futuros derechos de libertad.

4.3. El papel del legislador en el camino hacia la neutralidad climática

Lo dicho hasta ahora ya resultaba suficiente para la estimación parcial de los recursos de amparo. El legislador alemán tiene el deber de introducir mayores reducciones de emisiones CO₂ en el periodo comprendido hasta el año 2030 para así lograr un equilibrio intergeneracional en las restricciones de las actividades contaminantes. Sin embargo, el BVerfG también cuestiona la regulación de las emisiones que la LKS preveía para el año 2031 en adelante. En resumidas cuentas, el artículo 4(6) contenía una habilitación reglamentaria para que el Gobierno, a partir del año 2025, fijase los límites de emisiones anuales a partir del año 2031, al igual que la propia LKS hacía hasta el año 2030. La LKG exigía que dicho reglamento contase con aprobación final del Bundestag (recuérdese que en Alemania no existe la figura del Decreto-ley) pero no ofrecía ningún tipo de criterios, guías o límites sobre la forma de fijar tales emisiones. Para el BVerfG, esta habilitación reglamentaria en blanco es inconstitucional porque el legislador incumple su “función orientadora” y por tratarse de una materia reservada a la ley, en conexión con la conocida doctrina alemana de la “esencialidad”.

En relación con la obligación de alcanzar la neutralidad climática, como el legislador por sí solo no es capaz de determinar cómo se tienen que producir esas transformaciones tecnológicas y de infraestructuras para reducir la huella de carbono, tiene, al menos, “la obligación constitucional de crear las condiciones previas e incentivos básicos que permitan que estos desarrollos se lleven a cabo” (Rn. 248). Si no hay ningún tipo de planificación desde el año 2030 en adelante, el legislador incumple su “función orientadora” (*Orientierungsfunktion*), la cual permite a los afectados por dichas medidas planificarse para un futuro climáticamente neutro. El problema en este caso no era, solo, la ausencia de un calendario de emisiones con mayor proyección temporal, sino que, además, la fijación de las emisiones de CO₂ para el segundo periodo se produciría muy tarde, en un momento en el que, recordemos, sería posible que se hubiese agotado el presupuesto de CO₂ restante. De hecho, tras la reforma de la KSG, operada como consecuencia de la sentencia del BVerfG, se ha incorporado en la propia Ley un calendario de reducciones hasta el año 2040 y para el año 2040 hasta el 2045, la Ley obliga al Gobierno a presentar, como tarde en el año 2032, una proposición de ley que fije las reducciones hasta ese año.

Esta función orientadora del legislador tiene una conexión directa con la distribución proporcionada de las cargas climáticas. Si desde un primer momento no se configura el escenario regulador adecuado a partir del cual se tiene que producir esa transformación tecnológica y económica, los cambios en esas actividades amparadas por el derecho fundamental de libertad serán aún más bruscos. La labor del legislador no se reduce a distribuir entre generaciones los esfuerzos climáticos sino, también, a

planificar el tránsito hacia un mundo climáticamente neutro de tal forma que incida lo menos posible en nuestra esfera de libertad (Rn. 248).

Por otro lado, esta habilitación en blanco también plantea problemas desde el punto de vista de la reserva de ley. En Alemania existe una doctrina conocida como de la “esencialidad” que exige que aquellas cuestiones que inciden de forma “esencial” (*wesentlich*) en la libertad y la igualdad de los ciudadanos tienen que ser reguladas por ley. Evidentemente la ley no tiene que “agotar” el contenido de esa regulación, aunque sí fijar sus “fundamentos esenciales”, y se admiten las habilitaciones reglamentarias, que deberán ser más “precisas” cuanto mayor sea el grado de injerencia en los derechos fundamentales (*Bestimmtheitsgebot*)⁷².

A partir de estas premisas, como la reducción de emisiones de CO₂ afecta al derecho de libertad de los ciudadanos, el BVerfG exige que las mismas se determinen en una norma con rango de ley o que, al menos, el legislador ofrezca criterios claros y precisos a partir de los cuales se deben fijar dichos niveles de emisiones. Lo que en ningún caso es compatible con el principio de reserva de ley es una remisión en blanco al reglamento para que determine el alcance de unas medidas que afectan de forma esencial a la libertad de los ciudadanos. No es suficiente, como sucedía en este caso, que el parlamento tenga que “aceptar” en última instancia el reglamento como paso previo a su aprobación, pues el sentido actual de la reserva de ley, tanto en España como en Alemania, es la reserva de una materia a un procedimiento (el legislativo)⁷³.

En definitiva, el legislador está constitucionalmente obligado a planificar de forma anticipada el camino hacia la neutralidad climática. La ley no tiene necesariamente que agotar dicha regulación, pero es necesario que establezca aquellas cuestiones que inciden de forma esencial en los derechos fundamentales de las personas que, en este caso, son los niveles de emisión permitidos y, en mi opinión, el límite del aumento de la temperatura.

5. LA TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO

5.1. Consecuencias en Alemania

Al poco de publicarse la sentencia del BVerfG el Gobierno alemán presentó un proyecto de ley para reformar la KSG y cumplir con los requisitos que el BVerfG había impuesto. La reforma de la KSG modificó los objetivos de reducción de emi-

⁷² Franz REIMER, „Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab“, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I*, 2ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2012, pp. 587-675 (pp. 620-624).

⁷³ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmática del Derecho Administrativo*, (trad. coordinada por Javier Barnés), Global Law Press, Sevilla, 2021, p. 94-95.

siones para el año 2030 (ahora en 65 por 100) y estableció, además, para el año 2040 un objetivo de reducción del 88 por 100 de las emisiones. Además, como ya se ha señalado, extendió el calendario anual de reducción de las emisiones hasta el año 2040 con la previsión de que para los periodos posteriores el gobierno presente un proyecto de ley para aprobar ese calendario, como tarde, en 2032.

Como se puede apreciar, la Sentencia tuvo una respuesta inmediata del poder ejecutivo y legislativo alemán. Sin embargo, dicha eficacia no ha podido trasladarse a la hora de impugnar medidas administrativas concretas que eran perjudiciales para el medioambiente. Por ejemplo, el Tribunal Supremo alemán (Bundesverwaltungsgerichts) desestimó un recurso en el que se impugnaba la construcción de un tramo de autopista en Alta-Sajonia señalando que tal medida representaba un porcentaje muy pequeño de las emisiones en el sector. También se puede mencionar la inadmisión de un recurso de amparo ante el BVerfG en el que se solicitaba que el legislador suprimiese la falta de límites de velocidad en determinados tramos de la autopista. En este caso, el BVerfG señala que el demandante no había acreditado que la ausencia de límites de velocidad produjese una *eingriffsähnliche Vorwirkung* y que, por lo tanto, se superasen las emisiones permitidas en el sector de la automoción en la KSG⁷⁴.

El (por el momento) déficit de implementación de la jurisprudencia del BVerfG en la jurisdicción-contenciosa alemana se debe, en mi opinión, a las dificultades y límites en el control que pueden ejercer los tribunales en estos asuntos. En este sentido, ni la GG ni la Sentencia sobre el cambio climático han prohibido cualquier actividad contaminante que pueda ser autorizada por la Administración. Una Administración, a la hora de autorizar o aprobar un proyecto contaminante desde luego que debe tener en cuenta tales efectos o los riesgos que ello pueda suponer. Pero la sentencia del BVerfG hace referencia a los objetivos globales de Alemania en materia de cambio climático, por lo que el control individual de cada una de las actividades que produce emisiones contaminantes es más difícil, al menos desde la perspectiva de la protección de la libertad intergeneracional⁷⁵. No obstante, la Sentencia sobre el cambio climático supone un impulso a aquellas medidas que restrinjan o limiten una actividad con el objetivo de proteger el medioambiente, ya que encontrarán una justificación mucho más sencilla.

⁷⁴ Vid. Thomas GROSS, „Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsrechts: Eine Zwischenbilanz der weitgehenden Rezeptionsverweigerung“, *Verfassungsblog*, disponible en: <https://verfassungsblog.de/zwei-jahre-klimabeschluss-des-bundesverfassungsgerichts/>

⁷⁵ Esa diferencia entre el objeto de la Sentencia sobre el cambio climático y la adopción de medidas administrativas concretas para lograr los objetivos de la KSG la explica Martin BURGUI, „Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal“, en *NVwZ*, núm. 19, 2021, pp. 1401-109 (pp. 1403-1407).

5.2. El reflejo de la jurisprudencia alemana en la STEDH *KlimaSeniorinnen*

Un caso muy similar al alemán ha sido la famosa sentencia del STEDH *KlimaSeniorinnen* en la que cuatro señoras suizas y una asociación a la que ellas pertenecían demandaron a Suiza por una vulneración de los artículos 2 (derecho a la vida), 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (respeto a la vida privada y familiar) del CEDH. En resumidas cuentas, al igual que sucedía en el caso alemán, las demandantes consideraban que el Estado Suizo no había adoptado las medidas necesarias para mitigar los efectos del cambio climático, lo que es confirmado por el TEDH que condena a Suiza por vulnerar el artículo 8 y 6.1 de la CEDH. Dejando a un lado las cuestiones procesales (artículo 6.1), el TEDH considera que Suiza vulneró el artículo 8.1 porque su Ley de Cambio Climático tan solo contemplaba porcentajes de reducción intermedios de emisiones a partir del periodo 2031-2040, sin que se hubiese previsto nada para el periodo anterior, y porque tampoco se preveían medidas concretas para implementar dichos objetivos.

Se ha querido ver una línea de continuidad entre la sentencia del BVerfG y la del TEDH⁷⁶. Lo cierto es que entre la argumentación de uno y otro tribunal se pueden encontrar paralelismos y similitudes evidentes que muestran un nuevo ejemplo del diálogo entre tribunales en cuestiones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales⁷⁷. De una forma un tanto similar a la del BVerfG, el TEDH considera que es obligación de los Estados la adopción de medidas de reducción de emisiones con el objetivo final de lograr la neutralidad climática (548). De nuevo, como el cambio climático es un fenómeno irreversible, las restricciones derivadas de esas medidas tienen que adoptarse de forma inmediata y equilibrada para evitar una “carga desproporcionada sobre las generaciones futuras” (549). Para el control de la proporcionalidad intergeneracional la utilización del presupuesto de carbono se torna en un elemento esencial por lo que, se vuelve a resaltar el valor de los informes del IPCC a la hora de controlar los objetivos de reducción de emisiones (550). Y aunque el fenómeno del cambio climático sea global, ello no es óbice para que los Estados no adopten medidas en su propio territorio.

No obstante lo anterior, también existen diferencias notables entre una sentencia y otra. Además de la cuestión de la legitimación⁷⁸, el TEDH se aproxima al problema del

⁷⁶ Mario RUIZ PRIETO, “Los derechos fundamentales diacrónicos en la jurisprudencia europea de cambio climático”, *RAJ* núm. 225, 2024, pp. 215-260 (pp. 234-249).

⁷⁷ De nuevo, se puede ver una comparación clarificadora entre ambas sentencias en RUIZ PRIETO, 2024: 234-249.

⁷⁸ En esta Sentencia, el TEDH niega la legitimación a las personas físicas recurrentes (señoras suizas de avanzada edad) a partir de una interpretación muy estricta del concepto de “víctima” pero se lo reconoce a la asociación de la que forman parte, imponiendo una serie de requisitos en cuanto a los fines o importancia de esas asociaciones para evitar que cualquier asociación pueda entablar un litigio climático ante el TEDH. Por el contrario, el BVerfG niega la legitimación a las asociaciones climáticas

cambio climático desde su doctrina de las *positive obligations*, similar a la *Schutzpflicht* alemana, que obliga al Estado a proteger a los individuos de aquellas actividades que puedan poner en riesgo “su bienestar y calidad de vida” (435) protegida por el artículo 8 del CEDH. Para cumplir con esas *positive obligations* relacionadas con la contención del avance del cambio climático, el TEDH exige lo siguiente: (i) establecer una fecha límite para alcanzar la neutralidad climática y su correlativo presupuesto de emisiones hasta esa fecha (ii) introducir objetivos intermedios de reducciones y las medidas para alcanzarlos (iii) aportar pruebas sobre el cumplimiento de los objetivos anteriores. (iv) adaptar los objetivos según la “best available evidence” y (v) adoptar estas medidas en el momento oportuno. Además, dichas exigencias se complementan con una serie de obligaciones de transparencia de la información a partir de la cual se toman las decisiones pertinentes y la necesidad de reconocer un derecho de participación o audiencia de las personas afectadas antes de la toma de tales decisiones.

De esta forma, lo que expresamente pretende el TEDH es configurar las leyes sobre cambio climático de una determinada forma para poder asegurar el respeto a los derechos derivados del artículo 8.1 de la CEDH. Es un enfoque mucho más procedimental que el del BVerfG que parte, al contrario que el BVerfG, de cierta desconfianza frente al legislador, al que le “indica” la forma más adecuada de garantizar esos derechos de las generaciones futuras⁷⁹.

5.3. Posible recepción en España

La recepción en España de la sentencia del BVerfG es compleja, sobre todo por los obstáculos procesales existentes. Nuestro Tribunal Constitucional ha reiterado que nuestra Constitución no reconoce un derecho genérico a la libertad susceptible de amparo constitucional y, además, en nuestro ordenamiento jurídico no existe un recurso de amparo frente a leyes. Tampoco sería posible, en este momento, un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, cuyo artículo 3.1 a) recoge la reducción de gases de efecto invernadero en un 23 por 100 para el año 2030. El transcurso del plazo de 3 meses desde la entrada en vigor de la Ley lo impide (art. 33.1 de la LOTC).

La única vía abierta sería a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. De hecho, se ha perdido una oportunidad con la desestimación por

que presentaron también sus recursos de amparo, mientras que se lo reconoce a cualquier persona física entendiéndose que existe una afectación a sus derechos fundamentales (que no necesariamente tiene que ser más intensa o singularizada). Aquí también juega un papel importante la naturaleza del recurso de amparo y el reconocimiento (limitado) de derechos fundamentales a personas jurídicas. Sobre la cuestión de la legitimación en la Sentencia del TEDH, *vid.* Omar BOUAZZA ARIÑO “El desafío del cambio climático ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RAP*, núm. 224, 2024, pp. 155-192 (pp. 178-185).

⁷⁹ *Vid.* al respecto, Christian CALLIES y Niklas TÄUBER, „Klimaklagen nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Analyse und Vergleich mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts“, *NVwZ*, núm. 13, 2024, pp. 945-954 (pp. 953-954).

parte del TS del recurso de Greenpeace contra el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) en la STS de 24 de julio de 2023, ECLI:ES:TS:2023:3556. El PNIEC, que tiene naturaleza reglamentaria, reproduce el objetivo de reducción de gases de efecto invernadero del artículo 3.1 a) de la Ley de cambio climático, lo que según los recurrentes era insuficiente para garantizar la protección frente al cambio climático, exigiendo un incremento en las reducciones de hasta el 55 por 100.

En este caso, el Tribunal Supremo sigue una línea clásica del control de la discrecionalidad y se muestra extremadamente deferente con la Administración, deferencia que el propio Tribunal condensa de forma muy clara en la siguiente afirmación: “si toda actividad de planificación, por diversa que sea su materia, está sometida a un importante margen de discrecionalidad, resulta evidente que cuando se trata de una planificación de la entidad y características como la lucha, a largo plazo, contra el cambio climático ese margen de discrecionalidad se ve acentuado.” El Tribunal Supremo se mantiene al margen, pues, de instrumentos como el presupuesto de carbono o los informes del IPCC que han servido para, de alguna forma, introducir algún elemento de control en las decisiones de pronóstico de los poderes públicos.

Por último, también se podría plantear una recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del TC. El control a través de los deberes de protección tiene mucho mejor acomodo (y tradición) en nuestra justicia constitucional y parece un camino más sencillo. No obstante, sin ánimo de agotar esta cuestión, en materia medioambiental la recepción de la jurisprudencia de Estrasburgo es una cuestión compleja ya que el concepto de “vida privada y familiar” del artículo 8 del CEDH no encuentra acomodo sencillo en nuestro texto Constitucional, como se ha puesto de manifiesto a raíz del denominado “derecho al silencio” o a la “calidad medioambiental”⁸⁰. El asunto del cambio climático no guarda, en mi opinión, similitud con estos casos pues no estamos ante actividades ruidosas o contaminantes que perturben el modo de vida de una determinada persona⁸¹. Se trata más bien de un supuesto relacionado con la protección de la vida y la integridad física (y no con la intimidad) frente a los daños que puede genera el cambio climático. Repárese, sin embargo, en que el ámbito de protección del artículo 15 no es coincidente, como es obvio, con el del artículo 43 o el artículo 45 de la Constitución y que, al igual que sucedió en la Sentencia alemana, la existencia de medidas de adaptación ante el cambio climático podría ser suficiente para entender que se protege de forma adecuada tales derechos. Esta también falta de coincidencia entre la protección entre el derecho a la vida y a la integridad física y el

⁸⁰ Un análisis muy completo y reciente sobre esta problemática puede encontrarse en Penélope OLIVA BOZA, “La relevancia iusfundamental del Derecho a la vida privada y familiar en España”, *RGDC*, núm. 40, 2024, pp. 214-261 (pp. 243-251).

⁸¹ *Vid.* Giacomo PALOMBINO, “El clima a juicio: la capacidad transformadora de la protección multinivel de los derechos”, en Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Carlos VIDAL PRADO y Cristina ELÍAS MÉNDEZ (coords.), *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo*, CEPC, Madrid, 2025, pp. 659-672 (pp. 662-663).

más amplio derecho a la vida privada y familiar podría complicar la recepción de esta jurisprudencia en España⁸².

6. OTRAS POSIBLES APLICACIONES DE LA SENTENCIA SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO

Se ha discutido, aunque sin alcanzar resultados concluyentes, si la protección de la libertad desde una perspectiva intergeneracional trasciende de la cuestión climática y sirve para controlar aspectos tales como el gasto en pensiones o el incremento de la deuda pública⁸³. Antes de entrar a valorar estas cuestiones, hay que apuntar que pese a que estemos ante una nueva “institución” o una nueva dimensión en la dogmática de los derechos fundamentales⁸⁴, de la sentencia del BVerfG no se puede extraer un principio de “justicia intergeneracional” o la creación de un derecho a la “igualdad” entre generaciones⁸⁵. El propio BVerfG ya señala que “la Constitución obliga, *bajo determinados requisitos*, a asegurar la libertad garantizada por los derechos fundamentales a lo largo del tiempo y de repartir proporcionalmente las posibilidades de ejercer dicha libertad entre las generaciones” (Rn. 183). Estos requisitos son (i) la existencia de un recurso (el que sea) limitado, (ii) la imposibilidad de revertir (o sustituir) el agotamiento de dicho recurso y (iii) que el consumo de ese recurso por parte de las generaciones presentes afecte a los derechos de las generaciones futuras. Si se cumplen estos tres requisitos, el uso de tal recurso tiene que hacerse de forma proporcionada entre las generaciones. A partir de estas premisas se discute si se puede aplicar esta doctrina en otros ámbitos⁸⁶.

En relación con la seguridad social y específicamente con las pensiones de jubilación, el sistema de financiación alemán al igual que el español depende de las cotizaciones de las personas en activo. Existe una relación entre el número de personas que “aportan” al sistema y el número de personas que “reciben” de ese sistema pues las primeras son las que financian las pensiones de las segundas. Factores como el incremento de la esperanza de vida, el descenso de la tasa de natalidad y la jubilación de la conocida como generación del *baby boom* plantean importantes retos para la sostenibilidad del modelo de “reparto”. Para poder aplicar ese derecho a la protec-

⁸² Sobre el alcance distinto entre un derecho y otro, *vid.* SIMÓN YARZA, 2012: 311-312. Por su parte, también alberga dudas sobre una posible recepción de esta jurisprudencia del TEDH en España, aventurando un nuevo caso *López Ostras*, María Eugenia HERNÁNDEZ PERIBÁÑEZ, “La sentencia del TEDH en el caso *Klimasenioren* y su potencial recepción por el Tribunal Constitucional español en el primer litigio por el clima”, *Revista de Derecho Político*, núm. 122, pp. 327-351 (pp. 343-346).

⁸³ Lo señala Christian CALLIES, „Verfassungsprinzip der Zukunftssicherung“, Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (dirs.), *Zukunftssicherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, pp. 107-145 (pp. 132-133).

⁸⁴ Así lo cataloga Gregor KIRCHHOF, *Intertemporale Freiheitssicherung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022, p. 10.

⁸⁵ CALLIES, 2024: 127.

⁸⁶ Destaca especialmente el trabajo de KIRCHHOF, 2022.

ción intertemporal de la libertad, que en este caso podría incluso exigir un tránsito hacia un sistema de capitalización, es necesario que se cumplan los requisitos antes mencionados. En este caso, el descenso del número de cotizantes debería ser “irreversible”, tendría que existir un momento a partir del cual el presupuesto para las pensiones se agotase y, además, sería necesario que existiese un deber del Estado de otorgar dichas prestaciones sociales.

En la doctrina se ha cuestionado que se cumpliesen estos requisitos⁸⁷. En primer lugar, pese a que el sistema de reparto plantea importantes problemas de sostenibilidad o de financiación, la merma de ingresos podría ser compensada mediante la financiación a través de impuestos o asignaciones presupuestarias, o, también, mediante el incremento del número de cotizantes a través de los procesos de inmigración.

En segundo lugar, también se ha apuntado la falta una protección constitucional de las pensiones equivalente a la del medioambiente. Uno de los pilares de la sentencia sobre el cambio climático era el deber del Estado, a partir del artículo 20a de la GG, de alcanzar la neutralidad climática. En la Constitución alemana no hay un artículo similar para el sistema de pensiones como sí hay, por cierto, en la Constitución española (art. 50). No obstante, frente a tal objeción, Kirchof, principal defensor de la aplicación de la Sentencia en otras áreas, alega que en la GG se menciona el Estado social (artículo 20 de la GG), el cual exige el aseguramiento de esas prestaciones sociales⁸⁸. Además, el BVerfG ha introducido un principio de proporcionalidad entre el importe de las cotizaciones y las prestaciones que se pueden recibir. Como existe una adscripción obligatoria al sistema de seguridad social, el BVerfG ha considerado que aquí también se produce una restricción de la libertad de acción del individuo amparado en el artículo 2.1 de la GG, lo que exige, de nuevo, según algún autor, el aseguramiento de un importe adecuado de esas prestaciones⁸⁹.

Desde esta perspectiva, sí parece *teóricamente* posible un traslado de la jurisprudencia de la sentencia del cambio climático al sistema de seguridad social. Sin embargo, me parece extremadamente complejo el control que en su caso puede ejercer el BVerfG. Téngase en cuenta que en la sentencia del cambio climático existían una serie de cantidades (presupuesto de CO₂, cantidades de emisiones anuales, presupuesto restante de CO₂ a partir del año 2030) a partir de las cuales el BVerfG hacía un cálculo lineal y sencillo. Es decir, se ejercía un control de constitucionalidad a partir de una “presupuestación” (*Budgetierung*) del cambio climático. En el ámbito de la seguridad social no existen tales parámetros y, de existir, parece difícil que puedan servir de base para el control de constitucionalidad. Es extremadamente complejo calcular, con una certidumbre suficiente, el presupuesto del que un Estado va a dis-

⁸⁷ Vid. KAHL, 2021: 18-19, FASSBENDER, 2021: 2089, WAHNSCHAFFE y LÜCKE, 2021: 1109 y SCHLAKE, 2021: 917, quien además cita una declaración del por aquel entonces presidente del Bundessozialgericht (BSG) en las que rechaza la aplicación de la Sentencia a los asuntos sobre seguridad social.

⁸⁸ KIRCHHOF, 2022: 70.

⁸⁹ KIRCHHOF, 2022: 50-51.

poner en el futuro para afrontar un determinado gasto, sobre todo cuando tampoco se conoce cuál es el importe exacto de ese gasto. Además, en cuestiones económicas o de política social (donde también los pronósticos están llenos de incertidumbres) el margen del legislador debe ser aún mayor.

Conclusiones similares creo que pueden extraerse a la aplicabilidad de esta cuestión a la deuda pública. El excesivo endeudamiento de un Estado puede generar una carga desproporcionada para las generaciones futuras. De hecho, tanto el TFUE (art. 126) como la propia GG (art. 109.3) imponen límites a ese endeudamiento. Sin embargo, a las consideraciones anteriormente expuestas (dificultad de calcular el momento a partir del cual no se puede incrementar la deuda de un Estado desde la perspectiva de la protección de las generaciones futuras) se une un factor que dificulta aún más el control de constitucionalidad. En ese hipotético control de proporcionalidad que valora la distribución de las cargas entre generaciones habría que tener en cuenta los beneficios del endeudamiento del Estado para las generaciones futuras, que se benefician de las inversiones que se realizan a partir de los créditos recibidos⁹⁰. De nuevo es un control marcado por una incertidumbre muy elevada en una materia (la presupuestaria) donde el margen de apreciación es muy elevado⁹¹.

Por último, sin profundar más sobre esta cuestión, hay que apuntar que esta jurisprudencia podría aplicarse en ámbitos relacionados con la protección de otros recursos naturales por lo que parece que su recorrido se limitaría a cuestiones de índole medioambiental⁹². Pero, de nuevo, tendrían que buscarse supuestos en los que se tratase de recursos limitados, que según el estado actual de la ciencia no tuviesen reemplazo y que existiese una obligación constitucional de conservarlos por lo que llegado un momento se pueda justificar una restricción de las actividades que consumen dicho recurso.

⁹⁰ Lukas MÄRTIN y Carl MÜHLBACH, „Generationengerechtigkeit und Fiskalpolitik: Staatsverschuldung und Schuldenbremse im Lichte des Klima-Beschlusses des BVerfG“, en *Verfassungsblog*, disponible en: <https://verfassungsblog.de/generationengerechtigkeit-und-fiskalpolitik/>.

⁹¹ Creo que en el difícil traslado de la Sentencia sobre el cambio climático subyace una cuestión apuntada por José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO y es la de la acotación del “Derecho de riesgos” a la incertidumbre científica y no a otro tipo de incertidumbres (sociales, económicas) a las que también se puede enfrentar el Derecho. La primera de ellas tiene unas características propias que dificultan la extensión de ese concepto de Derecho de riesgos a otras áreas. *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO: 2025.

⁹² Por ejemplo, para la escasez de agua lo han defendido Katharina KOTULLA y Michael KOTULLA, „Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz- wenn die Zukunft über die Gegenwart mitentscheiden darf“, *NuR*, núm. 44, 2022, pp. 1-10 (p. 10). Por el contrario, para el fosfato se ha rechazado la aplicación de dicha jurisprudencia, *vid.* Jessica STUBENRAUCH, „Übertragbarkeit des BVerfG-Beschlusses zum Klimaschutz auf andere Umweltbereiche am Beispiel Phosphor“, *ZUR*, núm. 32, 2021, pp. 617-623.

7. CONCLUSIONES

La Sentencia alemana sobre el cambio climático es un hito para el avance en el discurso y el debate sobre la salvaguardia de los intereses de las generaciones futuras. Una de las tareas del Derecho público del presente será la de la protección de unas condiciones adecuadas para el ejercicio de determinados derechos en el futuro. Por eso ya se habla en ese país del “Derecho constitucional de aseguramiento del futuro” u orientado a garantizar el futuro (*zukunftsicherndes Verfassungsrecht*)⁹³. En este debate la cuestión climática adquiere una dimensión especial pues las emisiones de gases de efecto invernadero que hoy se permitan son, en principio, irreversibles y pueden obligar, en un futuro, a restringir la libertad de los ciudadanos para cumplir con las obligaciones de protección del medioambiente resultantes de la Constitución.

En este contexto, el BVerfG ha creado la figura de la protección intergeneracional de la libertad, a partir de un concepto, el de *eingriffsähnliche Vorwirkung*, mediante el cual se asegura que siempre y cuando se trate de un recurso escaso (el presupuesto de emisiones) el consumo de este se tenga que hacer de forma proporcionada entre generaciones. Como el Estado alemán tiene la obligación constitucional de alcanzar la neutralidad climática, los esfuerzos que ello supone tienen que ser repartidos de forma justa y adecuada. Al tratarse de una “futura injerencia” en esos derechos, la protección intergeneracional de la libertad se construye a partir de la perspectiva de los derechos de defensa.

Pese a la novedad e interés del concepto, una parte de la doctrina alemana ha sido crítica con la Sentencia por entender que, en realidad, se podría haber resuelto este caso de forma más sencilla a partir de la doctrina de los deberes de protección iusfundamentales. El problema es que el BVerfG mantiene un estándar de control muy deferente con el legislador (*Evidenzkontrolle*), especialmente cuando se trata de situaciones de incertidumbre científica. Lo mismo sucede con respecto al principio rector de protección del medioambiente y de las generaciones futuras. Sin embargo, esa incertidumbre no le impidió al BVerfG entender que la KSG realizaba un reparto desproporcionado de las cargas climáticas, pues, en principio, cuando se trata de un derecho de defensa el control puede ser más elevado. Es, en definitiva, un problema sobre la suficiencia de los dictámenes climáticos y los parámetros de control que utiliza un Tribunal a la hora de enjuiciar una decisión de pronóstico.

Esta jurisprudencia del BVerfG ha sido en parte acogida por el TEDH en el Asunto *KlimaSeniorinnen*, aunque desde la perspectiva de las *positive obligations* en relación con la protección de la vida privada y familiar del artículo 8.1 del CEDH. Con sus debidos matices, ambas sentencias resaltan la necesidad, en aras a garantizar la protección de los derechos fundamentales vinculados con el cambio climático, de que los Estados cuenten con una Ley climática que prevea un calendario de reduc-

⁹³ Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (dirs.), *Zukunftsicherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024.

ción de emisiones, que deberá actualizarse en función del surgimiento de nuevas evidencias científicas. Esta apertura a la ciencia provoca que en estos casos desaparezca la cosa juzgada, pues el avance del conocimiento puede modificar los parámetros a partir de los cuales se ejerce tal control.

Queda por ver la recepción de esta jurisprudencia (en sentido amplio) en nuestro país por parte del Tribunal Constitucional. Parece más sencillo un acogimiento de la doctrina de Estrasburgo, con todos los problemas que ya ha planteado en otras ocasiones. Sin embargo, el ámbito de protección del artículo 8.1 del CEDH no siempre coincide con el de los derechos constitucionales reconocidos en nuestra Constitución y la cláusula del artículo 10.1 no permite la creación de nuevos derechos. En este caso, es cierto que la jurisprudencia europea podría tener acoplo en la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, pero recuérdese que el BVerfG ha considerado que la combinación de la protección de las leyes de cambio climático con la existencia de medidas de adaptación resulta suficiente para garantizar tales derechos.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, (trad. Carlos Bernal Pulido), CEPC, Madrid, 2007.
- Ivo APPEL, *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2004.
- José María BAÑO LEÓN, “Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar (los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones)”, *REDA*, núm. 198, 2018.
- Jörg BERKEMANN, „Freiheitschancen über die Generationen (Art. 20a GG) -Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel“, *DOV*, núm. 16, 2021, pp. 701-716.
- Christian BICKENBACH, „Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung von den Gerichten“, *JZ*, núm. 75, 2020, pp. 169-177.
- Omar BOUAZZA ARIÑO “El desafío del cambio climático ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RAP*, núm. 224, 2024, pp. 155-192.
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, „Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik“, *Der Staat*, vol. 29, 1990, pp. 1-31.
- Martin BURGUIL, „Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal“, en *NVwZ*, núm. 19, 2021, pp. 1401-109.
- Christian CALLIES, „Das Klimaurteil des Bundesverfassungsgerichts: Versubjektivierung des Art. 20a GG?“, *ZUR*, núm. 6, 2021, pp. 355-357.
- Christian CALLIES, „Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Aufwertung des Staatsziels des Art. 20a GG und Intertemporale Freiheitssicherung als neues Grundrecht auf Klimaschutz?“, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, núm. 146, 2023, pp. 2-31.
- Christian CALLIES, *Rechtsstat und Umweltstaat*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2001.
- Christian CALLIES, „Verfassungsprinzip der Zukunftssicherung“, Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (dirs.), *Zukunftssicherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, pp. 107-145.
- Christian CALLIES y Niklas TÄUBER, „Klimaklagen nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: Analyse und Vergleich mit dem Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts“, *NVwZ*, núm. 13, 2024, pp. 945-954.
- Ignacio DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- Hans-Georg DEDERER, „Grenzübergreifender Umweltschutz“ en Josef ISENSEE/Paul KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts: Band XI: Internationale Bezüge*, C.F. Müller, Heildeberg, 3ª edición, 2013, pp. 857-911.

- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 38, 2025, pp. 174-221.
- José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Kurt FASSBENDER, „Der Klima-Beschluss des BVerfG.Inhalte, Folgen und offene Fragen“, *NJW* núm. 29, 2021, pp.2085-2091.
- Jobesa FERNÁNDEZ GAZTEA, “Las *verwaltungsaufgaben*: las funciones o tareas administrativas en el Derecho público alemán”, *RAP*, núm. 221, 2023, pp. 93-120.
- Javier GARCÍA LUENGO, *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad. Un estudio sobre el contencioso comunitario*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- Thomas GROSS, „Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsrechts: Eine Zwischenbilanz der weitgehenden Rezeptionsverweigerung“, *Verfassungsblog*, disponible en: Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts.
- Peter HÄBERLE, „Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft“ en Josef ISENSEE/ Paul KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts: Band II. Verfassungsstaat*, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, pp. 317-368.
- María Eugenia HERNÁNDEZ PERIBÁÑEZ, “La sentencia del TEDH en el caso *Klimaseniorinnen* y su potencial recepción por el Tribunal Constitucional español en el primer litigio por el clima”, *Revista de Derecho Político*, núm. 122, pp. 327-351.
- Wolfram HÖFLING, „Art. 1: Schutz der Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechtsbindung“, en Michael SACHS (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 10ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2024, pp. 77-111.
- Wolfram HÖFLING, „Art. 2: Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person“, en Michael SACHS, (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 10ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2024, pp. 111-166.
- Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- Josef ISENSEE, „Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht“, en Josef ISENSEE/ Paul KIRCHHOF (dirs.), *Handbuch des Staatsrechts: Band IX. Allgemeine Grundrechtlehren*, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, pp. 413-569.
- Wolfgang KAHL, „Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts. Zwischen tradierter Schutzpflichtendogmatik und innovativer Abwehrrechtssonderdogmatik“, *EurUP*, núm. 1, 2022, pp. 2-19.
- Wolfgang KAHL, „Klimaschutz und Grundrechte“, *JURA*, vol. 43, núm. 2, 2021, pp. 117-129.
- Gregor KIRCHHOF, *Intertemporale Freiheitssicherung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2022.
- Michael KLOEPFER y David BRUCH „Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich des Umwelt- und Klimaschutzes“, en Robert VAN OUYEN y Martin MÖLLERS (dirs.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 3ª edición, Springer, Wiesbaden, 2025, pp. 1385-1407.
- Katharina KOTULLA y Michael KOTULLA, „Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz- wenn die Zukunft über die Gegenwart mitentscheiden darf“, *NuR*, núm. 44, 2022, pp. 1-10.
- Susan KROHN, „Die internationale Dimension der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG“, *ZUR*, núm. 603, 2021, pp. 1-13.
- Nuria MAGALDI MENDAÑA, “El concepto de procura existencial (*Daseinvorsorge*) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1, 2020, pp. 147-174.
- Lukas MÄRTIN y Carl MÜHLBACH, „Generationengerechtigkeit und Fiskalpolitik: Staatsverschuldung und Schuldenbremse im Lichte des Klima-Beschlusses des BVerfG“, en *Verfassungsblog*, disponible en: <https://verfassungsblog.de/generationengerechtigkeit-und-fiskalpolitik/>.
- Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Cristoph MÖLLERS y Nils WEINBERG, „Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts“, *JZ*, núm. 76, 2021, pp. 1069-1078.
- Dietrich MURSWIECK, „Art. 20a: Schutz der natürlichen Lebendgrundlagen und der Tiere“, en Michael SACHS, (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 10ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2024, pp. 862-881.

- Martin NETTESHEIM, „Verfassungsrechtliche Festlegung von Entwicklungspfaden in eine klimaneutrale Zukunft“, en Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (Dirs.), *Zukunftsfisscherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2024, pp. 29-50.
- Penélope OLIVA BOZA, “La relevancia iusfundamental del Derecho a la vida privada y familiar en España”, *RGDC*, núm. 40, 2024, pp. 214-261.
- Giacomo PALOMBINO, “El clima a juicio: la capacidad transformadora de la protección multinivel de los derechos”, en Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Carlos VIDAL PRADO y Cristina ELÍAS MÉNDEZ (coords.), *Estudios sobre Derecho Constitucional Español, Comparado y Europeo*, CEPC, Madrid, 2025, pp. 659-672.
- Giacomo PALOMBINO, “La dimensión constitucional del cambio climático en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021”, *REDC*, núm.131, 2024, pp. 333-362.
- Monika POLZIN, „Menschenrechtliche Klimaklagen: Kreative Justiz und überforderte Grundrechte“, *DÖV*, 2021, pp. 1089-1099.
- Jorge Alexander PORTOCARRERO QUISQUE, “La proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley Federal de Protección del Clima”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 387-407.
- Franz REIMER, „Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab“, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I*, 2ª edición, C.H. Beck, Múnich, 2012, pp. 587-675.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Los hechos en el Derecho administrativo del riesgo”, *Indret*, núm. 4, 2025, pp. 370-411.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Mario RUIZ PRIETO, “Cambio climático y derechos fundamentales diacrónicos: la Sentencia alemana del Cambio climático y su doctrina”, *REALA*, núm. 17, 2022, pp. 78-93.
- Mario RUIZ PRIETO, “Los derechos fundamentales diacrónicos en la jurisprudencia europea de cambio climático”, *RAP*, núm. 225, 2024, pp. 215-260.
- Sabine SCHLAKE, „Klimaschutzrecht-Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung“, *NVwZ*, núm. 13, 2021, pp. 912-917.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmática del Derecho Administrativo*, (trad. coordinada por Javier Barnés), Global Law Press, Sevilla, 2021.
- Fernando Simón Yarza, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 149-156.
- Sofía SIMOU, *Derecho local del cambio climático*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- Sofía SIMOU, “The emergence and potential of climate change litigation: methodological and theoretical legal challenges”, *European Review of Public Law*, núm. 35, 2023, pp. 145-198.
- Karl-Peter SOMMERMAN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tubinga, 1997.
- Blanca SORO MATEO y Santiago CARREÑO ÁLVAREZ, “Derechos de la naturaleza y Constitución, a propósito de la laguna del Mar Menor”, *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 39, 2024, pp. 61-122.
- Jessica STUBENRAUCH, „Übertragbarkeit des BVerfG-Beschlusses zum Klimaschutz auf andere Umweltbereiche am Beispiel Phosphor“, *ZUR*, núm. 32, 2021, pp. 617-623.
- Germán VALENCIA MARTÍN, “Cambio climático y garantía intertemporal de la libertad (reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de marzo de 2021)”, en Juan ROSA MORENO y Germán VALENCIA MARTÍN (dirs.), *Derecho y energías renovables*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 927-1006.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho subjetivo y/o principio rector?”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994, pp. 77-121.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “Interpretación constitucional y ley de amnistía”, *Indret*, núm. 4, 2025, pp. 496-539.
- Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Andreas VOSSKUHLE, „Umweltschutz und Grundgesetz“, *NVwZ*, núm. 1-2, 2013, pp. 1-9.

- Thies WAHNSCHAFFE y Felix LÜCKE, „Die eingriffsähnliche Vorwirkung auf Freiheitsrechte als Ansatz intertemporaler Freiheitssicherung“, *DÖV*, núm. 24, 2021, pp. 1099-1109.
- Christian WALDHOF, „Die innerstaatlichen Grundrechte als Maßstab der Außenpolitik?“, en Josef ISENSEE, (ed.), *Menschenrechte als Weltmission*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 43-80.
- Daniel WOLFF, „Zukunftssicherung durch Verfassungsrecht: Verfassungsdogmatisches Nach- und Weiterdenken angesichts unzureichender Zukunftspolitik“, en Gregor KIRCHHOF y Daniel WOLFF (Dirs.), *Zukunftssicherndes Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2024, pp. 1-29.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

 Marcial
Pons