Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 13 | 2026

Marcial Pons

© **MARCIAL PONS**
**EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.**
**San Sotero, 6 - 28037 MADRID**
☎ (91) 304 33 03
*www.marcialpons.es*
*http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/*
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026
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

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

Alejandra Boto Álvarez
Catedrática de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo

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

Jorge García-Andrade
Catedrático de Derecho Administrativo.
UNED

## 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

Alicia I. Saavedra Bazaga, *Alternativas de autoridad en la era de la gobernanza regulatoria* ..... 7

Nuria Magaldi, *Sesgo ideológico e investigación jurídica. Un análisis de caso en derecho linguístico*..... 37

Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, *La búsqueda de la ley en el ordenamiento jurídico de la Unión: las limitaciones del acto legislativo europeo*..... 63

Francisco Velasco Caballero, *Metodología para el Derecho de la neurotecnología* 109

Nuria Ruiz Palazuelos, *Derecho y literatura. Una reflexión desde el Derecho público*..... 155

Mireia Molina Sánchez, *Violencia de género y omisión administrativa: una propuesta para cuantificar el daño* ..... 189

Albert Lladó Martínez, *Arquitectura normativa del urbanismo e integración del entorno físico: análisis comparado entre el modelo neerlandés y el catalán*..... 221

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 33-61
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3160
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Alicia I. Saavedra Bazaga
ISSN: 2695-7191
Recibido: 21/08/2025 | Aceptado: 04/12/2025

# ALTERNATIVAS DE AUTORIDAD EN LA ERA DE LA GOBERNANZA REGULATORIA*

## ALTERNATIVES TO AUTHORITY IN THE AGE OF REGULATORY GOVERNANCE

Alicia I. Saavedra Bazaga
Profesora ayudante doctora
Universidad de Huelva

**RESUMEN:** Los procesos regulatorios se han transformado profundamente en las últimas décadas tras la globalización, propiciando la emergencia de nuevas formas de gobernanza caracterizadas por redes horizontales y la creciente participación de actores no estatales en la producción normativa. Este artículo analiza el impacto de estas transformaciones sobre el Derecho administrativo, describiendo una autoridad regulatoria fragmentada y a menudo desplazada más allá del Estado. Se examinan diferentes formas no convencionales de autoridad (híbrida transnacional, líquida o relativa), evaluando cómo estas categorías permiten comprender la legitimidad de los actores no estatales que ejercen

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada para su debate en el Seminario de Teoría y Método del Derecho Público de la Universidad de Castilla-La Mancha, celebrado en Toledo el 30 de mayo de 2025. Expreso mi más sincero agradecimiento a sus organizadores por confiarme este tema, en especial a Susana de la Sierra Morón. Igualmente agradezco, por orden de intervención, en el foro virtual, a Juli Ponce Solé y Francisco Velasco Caballero, así como, en los intercambios informales de esa jornada, a Mercé Darnaculleta Gardella y José María Rodríguez de Santiago, por sus amables comentarios y oportunas observaciones. En el transcurso del seminario, mi gratitud responde a las aportaciones de Ignacio Aymerich Ojea, Héctor Iglesias Sevillano y Pablo Meix Cerceda, sin olvidar felicitar a Joseba Fernández Gaztea, quien desempeñó con gran acierto el papel de *discussant*, a Leonor Moral Soriano por su brillante ponencia y a la moderadora Alba Soriano Arnanz por su impecable labor facilitadora del diálogo. Por su lectura de este trabajo con anterioridad al evento, a Rosario Leñero Bohórquez y Javier Barnés Vázquez. No puedo dejar de agradecer, como siempre, el inestimable apoyo de Francisco M. Mora Sifuentes. A lo largo de este trabajo he tratado de incorporar algunas de las observaciones referidas. Cualquier error u omisión que persista en el mismo es de la exclusiva responsabilidad de la autora. Extiendo igualmente mi agradecimiento a los evaluadores anónimos de la revista por sus valiosas sugerencias. La versión final quedó concluida el 27 de noviembre de 2025, fecha en la que se verificaron por última vez las páginas web mencionadas en el texto.

funciones regulatorias con efectos en la esfera pública. Asimismo, se estudia la creciente interdependencia entre gobernanza regulatoria y Derecho administrativo: mientras los regímenes regulatorios privados se benefician de la seguridad y garantías propias del Derecho público, este último amplía su alcance y adapta sus principios para responder a escenarios regulatorios transnacionales, multinivel y multi-actor. Principios que lejos de perder relevancia, resultan esenciales para dotar de legitimidad a esas nuevas formas de regulación. Se sostiene que la crisis de los enfoques estatocéntricos exige una aproximación funcional al Derecho administrativo, capaz de integrar los nuevos espacios regulatorios. Se propone avanzar hacia un modelo en el que los mecanismos de control público incidan *ex ante* sobre los procesos regulatorios privados, sin sacrificar su autonomía funcional, garantizando así la protección de los intereses públicos en un entorno descentralizado.

**PALABRAS CLAVE:** derecho administrativo; regulación; gobernanza regulatoria; autoridad; espacio regulatorio global; legitimidad.

**ABSTRACT:** Regulatory processes have undergone profound transformations in recent decades due to globalisation, leading to the emergence of new forms of governance characterised by horizontal networks, overlapping normative frameworks, and the growing involvement of non-state actors in norm production. This article examines the implications of these transformations for administrative law, depicting a fragmented regulatory authority often displaced beyond the state and distributed across hybrid, multilevel, and transnational arenas. It explores unconventional forms of authority —hybrid authority, liquid authority, and relative authority — and evaluates how these categories contribute to explaining the legitimacy of non-state actors exercising regulatory functions with significant public effects.

Furthermore, the article analyses the increasing interdependence between regulatory governance and administrative law: while private regulatory regimes benefit from the safeguards, predictability, and procedural guarantees derived from public law, administrative law itself expands its scope and adapts its principles to respond to complex transnational regulatory settings involving multiple actors and overlapping jurisdictions.

It argues that the crisis of state-centric approaches requires reconceptualising administrative law in functional terms, enabling it to integrate new regulatory spaces and actors without eroding its foundational principles. Finally, the article proposes a model in which public oversight mechanisms should intervene *ex ante* in private regulatory processes without undermining their functional autonomy, thereby ensuring transparency, accountability, and the protection of public interests in a decentralised regulatory environment.

**KEYWORDS:** administrative law, regulatory governance, legitimate authority, global regulatory space, legitimacy.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. REGULACIÓN NO ESTATAL *DE FACTO* EN LOS LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.— 3. AUTORIDAD, LEGITIMIDAD Y PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REGULACIÓN *DE FACTO*: 3.1. Autoridad pública: una aproximación convencional; 3.2. Elementos públicos en la regulación no estatal; 3.3. Formas no convencionales de autoridad para la regulación más allá del Estado: 3.3.1. Autoridad pública internacional; 3.3.2. Autoridad híbrida transnacional; 3.3.3. Autoridad líquida. 3.3.4. Autoridad relativa. 3.4. La autoridad ¿legítima? de los sujetos regulatorios no estatales y el papel de los principios del Derecho administrativo en la era de la gobernanza regulatoria.— 4. REFLEXIONES FINALES.— 5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

La globalización ha fomentado nuevas formas de gobernanza caracterizadas por redes horizontales y por una participación creciente de sujetos no estatales en los procesos de elaboración normativa en distintos niveles. En respuesta a estas transformaciones, ha surgido un nuevo campo que busca comprender la evolución de la relación entre la regulación y la gobernanza en un contexto global: la gobernanza regulatoria. La gobernanza y la regulación, integradas en ese campo, pretenden dar respuesta, de manera adaptativa, a las demandas de sujetos y procesos regulatorios globales no predeterminados, de un modo que ni la gobernanza ni la regulación podrían alcanzar por sí solas dada la transformación del espacio regulatorio actual.

En este marco, el objeto de la regulación no es estático. Las normas y políticas surgen de interacciones entre diversos actores (gobiernos, partes interesadas, organismos reguladores) que configuran el contenido normativo mediante negociaciones, alianzas y conflictos. La gobernanza regulatoria opera como "una ideología que rechaza el espacio desregulado y como un espacio bien regulado que, sin embargo, carece de regulación"[1]. Sobre la base de la necesidad de regular, la política regulatoria resulta imprescindible para "superar los dos grandes males: los fallos del mercado y los fallos regulatorios"[2]. Los sistemas nacionales siguen siendo fundamentales, dado que los daños generados por la actividad económica promovida globalmente (como los vinculados al comercio, la inversión o la actividad empresarial) no son abordados de forma suficiente por los regímenes regulatorios globales[3]. Para algunos, ello implica un retorno al Derecho administrativo interno[4] como mecanismo para reforzar la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas en escenarios regulatorios globales[5]. Los principios propios del Derecho administrativo (como la participación, la transparencia y el control) podrían contribuir a paliar los déficits de legitimidad característicos de los regímenes regulatorios descentralizados que involucran a sujetos no estatales. En la medida en que la toma de decisiones globales se aleja cada vez más de las autoridades nacionales, la relevancia de estos principios se ve incrementada.[6].

---

[1] Larry C. BACKER, "Theorizing Regulatory Governance Within Its Ecology: The Structure of Management in an Age of Globalization", *Contemporary Politics*, vol. 24, núm. 5, 2018, pp. 607-630 (p. 623).

[2] BACKER, *ibid.*

[3] Richard B. STEWART, "Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness", *American Journal of International Law*, vol. 108, núm. 2, abril de 2014, pp. 211-270.

[4] O como prefieren expresarlo otros autores, acudir al Derecho doméstico como fuente, a través de sus principios generales. Gracias por esta sugerencia a la persona revisora anónima.

[5] Richard B. STEWART, "State Regulatory Capacity and Administrative Law and Governance under Globalization", *IILJ Working Paper* 2016/1 MegaReg Series, (p. 11).

[6] Esta visión es compartida por Cassese, quien destaca el valor de los mecanismos participativos en el incipiente orden jurídico global. Sabino CASSESE, *The Global Polity. Global dimensions of Democracy and the Rule of Law*. Global Law Press, Sevilla, 2012 (p. 168). Sobre el nuevo papel del Derecho

Se observa aquí una relación de refuerzo mutuo: el Derecho administrativo nacional se beneficia del dinamismo de los regímenes regulatorios globales no estatales, los cuales superan las rigideces burocráticas y ofrecen aplicabilidad transfronteriza. A su vez, estos regímenes se benefician de las garantías del Derecho público, que aportan protecciones esenciales para los destinatarios del Derecho, especialmente cuando el poder regulador se ejerce fuera de la esfera gubernamental nacional tradicional. No obstante, esta integración plantea nuevas cuestiones, en particular en lo relativo al ejercicio de autoridad pública por parte de actores no estatales.

En este trabajo, se pretende realizar un análisis de las formas de autoridad bajo las cuales podrían encuadrarse los sujetos no estatales en sus actividades regulatorias de cara a su debatida legitimidad. Se parte para ello de una contextualización de la regulación no estatal, para continuar con una aproximación a los conceptos de autoridad, poder y legitimidad, tradicionalmente considerados. A continuación se explican las distintas alternativas a la autoridad tradicional para los fenómenos regulatorios más allá del Estado. Se finaliza sugiriendo la utilidad que los principios de Derecho administrativo podrían tener en el plano de la legitimidad de las actividades regulatorias de esos sujetos. Se persigue así poner de manifiesto la relevancia de otras disciplinas y ramas, entre ellas la filosofía del Derecho, para la construcción del Derecho público. La legitimidad de la autoridad como objeto clásico de la filosofía política o la filosofía del Derecho conecta directamente con los intereses científicos del Derecho administrativo.

## 2. REGULACIÓN NO ESTATAL *DE FACTO* EN LOS LÍMITES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La noción de que la gobernanza contemporánea está definida por el «Estado regulador», como sostuvo Majone[7], aunque sigue teniendo peso, también se ha cuestionado. Hay quien sugiere que la proliferación de la regulación no estatal supera a la de los esfuerzos estatales y, por tanto, se habla de un «capitalismo regulador» en lugar de un Estado regulador[8]. Además, se observa un cambio hacia la gobernanza en red, caracterizada por ser más «corporativa» que «estatal»[9]. Según estos autores, esta corporativización de la gobernanza[10] moldea la vida cotidiana de los ciudadanos

---

Administrativo tras la globalización, véase: Sabino CASSESE, "New Paths for Administrative Law: A Manifesto", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 603-613.

[7] Giandomenico MAJONE, "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, pp. 77–101.

[8] David LEVI-FAUR, "The Global Diffusion of Regulatory Capitalism", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598, marzo 2005, pp. 12-32.

[9] John BRAITHWAITE, "The Regulatory State?", en R.A.W. RHODES, Sarah A. BINDER y Bert A. ROCKMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 408-427 (p. 408).

[10] El término gobernanza podríamos acotarlo, como contrapuesto al modelo clásico de regulación, caracterizándose por una organización institucional horizontal en red, en que los sujetos o actores cooperan en múltiples niveles de gobierno, de manera descentralizada con participación de agentes tanto

más profundamente que las instituciones públicas. Es más, se ha sugerido que la corporativización no es sólo un producto de la actividad reguladora, sino también una fuerza impulsora de su expansión[11]. Según Braithwaite y Drahos, el espacio regulador mundial está cada vez más dominado por los intereses empresariales, y los Estados se ven relegados al papel de "legislados" [*rule-takers*] en lugar de "legisladores" [*rule-makers*]. Como observan, no tienen voz sobre las normas que aplican, es un discurso de dominación:

> "[...] incluso en el plano de las normas, la medida en que los Estados se han convertido en 'rule-takers' en lugar de 'rule-makers' es mayor de lo que la mayoría de los ciudadanos piensa, en gran medida porque cuando los gobiernos anuncian nuevas leyes reguladoras les da cierta vergüenza revelar que el poder legislativo nacional votó a favor de esas leyes sin tener voz ni voto en su elaboración"[12].

Concluyen, por tanto, que "las instituciones contemporáneas de regulación empresarial mundial están erosionando la soberanía nacional y parlamentaria".[13]

En sintonía con lo expuesto, la concepción tradicional de la regulación en la teoría jurídica europea que incorpora la noción de control jerárquico ejercido por una autoridad superior, caracterizada por cumplir una "función directiva"[14], ha sido desplazada parcialmente, en determinados ámbitos de políticas públicas, por estrategias regulatorias alternativas, como la autorregulación[15]. Los sectores de alta complejidad técnica son particularmente adecuados para este tipo de enfoque. Esta preferencia

---

públicos como privados, con normas emanadas de forma descentralizada y con pluralidad de centros de producción normativa.

[11] BRAITHWAITE, *ibid.*

[12] John BRAITHWAITE y Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 (p. 3).

[13] BRAITHWAITE and DRAHOS, *ibid:* 628.

[14] Anthony I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart, Oxford, 2004, p. 2. En la doctrina española, sobre los orígenes de la noción de regulación y su expansión global, en particular, la caracterización del *Regulatory Law* anglosajón y el papel de la globalización como motor de difusión de los enfoques de regulación económica, puede verse Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "Manual de Derecho administrativo", Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2024, pp. 625-649.

[15] Si bien las definiciones de autorregulación son diversas, Baldwin *et al.* proponen una concepción interdisciplinar que identifica dos elementos fundamentales: experiencia técnica [*expertise*] y eficacia [*effectiveness*]. Robert BALDWIN *et al.*, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2012 (p. 139). En español, véase Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005. Y, más reciente y en el marco de la globalización, de la misma autora, "Autorregulación normativa y Derecho en la globalización" en Mercè DARNACULLETA GARDELLA, José ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015. Para una visión más reciente sobre estas estrategias reguladoras alternativas desde un punto de vista crítico tras la Gran Recesión Económica y la pandemia de Covid-19, cuestionando las presunciones en favor de las privatizaciones, la autorregulación y la eficiencia del sector privado, y apelando al control judicial de la Administración Pública, véase: Juli PONCE SOLÉ, "El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021 (p.2).

por la autorregulación responde a una lógica implícita que compara los regímenes regulatorios públicos con esquemas privados siendo estos últimos percibidos como más eficientes[16].

A pesar de su atractivo, la autorregulación plantea importantes desafíos en clave de Derecho público. Una crítica fundamental se refiere a la separación de poderes: los órganos autorregulatorios no solo ejercen funciones normativas, sino también interpretativas, adjudicatorias y de ejecución, incluida la imposición de sanciones[17]. En esta línea, Baldwin *et al.* llaman la atención sobre las preocupaciones de Derecho público que suscita la autorregulación, especialmente en relación con su capacidad para alcanzar los fines legítimos de la regulación (por ejemplo, en el caso de asociaciones profesionales privadas que dictan sus propias normas). Dado que tales asociaciones carecen de legitimidad democrática, resulta difícil justificar la adopción de decisiones regulatorias que afecten a terceros. Estas objeciones sobre la legitimidad son frecuentes en contextos donde actores privados ejercen funciones reguladoras[18].

Otras preocupaciones de Derecho público (como la rendición de cuentas y la justicia procedimental [*procedural fairness*] de las asociaciones autorreguladas) han sido abordadas por la profesora Black. Basándose en la teoría de sistemas, con herramientas como la autopoiesis y el Derecho reflexivo, ha explorado la posibilidad de "constitucionalizar" los regímenes autorregulatorios. Su modelo de "autonomía constitucionalizada" sugiere que los principios del control jurisdiccional podrían extenderse a estos organismos autorregulados[19]. Desde la perspectiva de la teoría regulatoria, su propuesta se enmarca dentro de un enfoque institucionalista, centrado en las dimensiones procedimentales de la regulación. Entender la regulación como un proceso (más que como un conjunto aislado de actuaciones públicas o privadas)

---

[16] Sin embargo, ciertas concepciones alternativas de la autorregulación superan dicha dicotomía público-privada. Julia Black, por ejemplo, propone una definición más inclusiva y dinámica. Conceptualiza la autorregulación como un proceso colaborativo: "La 'autorregulación' describe la situación en la que un grupo de personas u organismos, actuando de forma conjunta, desempeña una función reguladora respecto de sí mismos y de otros que aceptan su autoridad" Julia BLACK, "Constitutionalising Self-Regulation", *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 1, enero 1996 (p. 27). Es importante señalar que esta concepción se distingue de otros modelos como la autorregulación "consensual" de Ogus o la "autorregulación impuesta" de Ayres y Braithwaite, así como de los enfoques corporativistas o neocorporativistas, ya que cada uno plantea problemáticas distintas desde la perspectiva del Derecho público.

[17] Anthony I. OGUS, "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, pp. 97-108 (p. 99).

[18] Sobre estudios que analizan estos déficits de legitimidad véase: Susanne SCHALLER, "The Democratic Legitimacy of Private Governance. An Analysis of the Ethical Trading Initiative", Duisburgo: Institute for Development and Peace, Universidad de Duisburgo-Essen, INEF Report, 91/2007.

En la misma línea, Mendes y Venzke han estudiado los activos de legitimidad [*legitimacy assets*] de los sujetos no públicos en el contexto del Derecho europeo e internacional. Véase la sección de este trabajo sobre autoridad relativa. Véase Joana MENDES e Ingo VENZKE, "Introducing the Idea of Relative Authority", en *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.1-26.

[19] BLACK, 1996. Las bases son: un enfoque del Derecho que sea flexible, estratégico y contextual, un concepto no unitario de lo público y una comprensión compleja de la naturaleza de las asociaciones autorreguladoras.

podría constituir un primer paso para abordar los desafíos de legitimidad en espacios regulatorios multifactoriales y multinivel.

Muchas de estas propuestas teóricas pueden leerse como una respuesta a los abusos que la industria ha cometido con respecto del privilegio de la autorregulación [20]. Entre las estrategias regulatorias que han surgido para corregir los problemas derivados de aquella, tenemos los modelos metarregulatorios (autorregulación supervisada) [21], o marcos más ambiciosos como la "regulación inteligente" [*smart regulation*], un concepto introducido por Gunningham *et al.* en 1998 [22]. Esta estrategia defiende "una forma de pluralismo regulatorio que adopta mecanismos flexibles, imaginativos e innovadores de control social" [23]. Fue concebida como respuesta a la insuficiencia tanto del modelo de *command-and-control* [24] como de los mecanismos de mercado frente a retos medioambientales complejos.

Las opciones de mercado también se promovieron e implementaron, como alternativas al modelo de *command-and-control*, principalmente por economistas, que argumentaban a favor de su mayor eficiencia [25]. El papel de las instituciones públicas sigue siendo importante, aun cuando la autorregulación sin intervención estatal ha sido posible desde hace tiempo [26]. Es el caso del Derecho comercial transnacional de origen privado, esto es, la *Lex Mercatoria*, que surgió antes de que el Estado consolidara el monopolio de la autoridad legítima en su territorio, y se desarrolló en redes tempranas de comercio a larga distancia [27]. Hoy en día, sin embargo, en el ámbito

---

[20] OCDE, "Industry Self-Regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests", *OECD Digital Economy Papers*, núm. 247, OECD Publishing, París, 01-03-2015.

[21] Peter DRAHOS (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, ANU Press, Acton, Australia, 2017, (p. 13).

[22] Neil GUNNINGHAM, Peter GRABOSKY con Darren SINCLAIR, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998. Más elaborado en trabajos posteriores: Neil GUNNINGHAM, Darren SINCLAIR, "Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy", *Law & Social Inquiry*, vol. 24, núm. 4, 1999, pp. 853-896.

[23] Neil GUNNINGHAM y Darren SINCLAIR, "Smart Regulation", en *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Peter DRAHOS (ed.), ANU Press, Acton, Australia, 2017 (p. 133).

[24] Nótese, como bien señala la persona revisora anónima, para quien busque un correlativo en el ámbito hispánico de este concepto anglosajón, éste sería la potestad de ordenación y limitación. Uso el concepto original porque el contexto de la explicación de este artículo va más allá del Estado, del contexto español.

[25] Sin embargo, otros autores advierten que el simple hecho de tratarse de enfoques basados en el mercado no garantiza ni la eficiencia ni la eficacia, dado que los poderes públicos siguen desempeñando un papel relevante, incluso cuando ello conlleva decisiones regulatorias inadecuadas o lo que se ha denominado "fallos del Estado", Cento VELJANOVSKI, "Economic Approaches to Regulation", en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 18-35 (p. 31).

[26] Incluso en contextos carentes de autoridad estatal: Hans J. KLEINSTEUBER, "The Internet Between Regulation and Governance", en Christian MÖLLER y Arnaud AMOUROUX (eds.), *The Media Freedom Internet Cookbook*, OSCE, Viena, 2004 (p. 64).

[27] Hugh COLLINS, "Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of Ius Cogens", en Stefan GRUNDMANN, Florian MÖSLEIN y Karl RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (p. 385).

regulatorio global, el margen de actuación de las instituciones públicas para preservar el interés general se ha visto reducido. La regulación ha adquirido hoy una dimensión global que trasciende el aparato centralizado del Estado-nación: los marcos regulatorios no estatales se han multiplicado en espacios transnacionales, dando lugar a redes difusas de regulación privada no circunscritas a una única jurisdicción[28]. Este fenómeno contrasta con las formas tradicionales de cooperación internacional, tales como los tratados y acuerdos entre Estados soberanos, que representaban el modelo clásico de coordinación jurídica transfronteriza[29].

Históricamente, el Estado ha desempeñado un papel central en los regímenes regulatorios globales. Un rol que ha sido cuestionado por la internacionalización de la actividad económica y el ascenso de estructuras regulatorias no estatales. Más allá de la presencia o ausencia del Estado en la esfera reguladora global, existen argumentos doctrinales tanto a favor como en contra de su participación. Julia Black, entre otros, ha sostenido que una dependencia continuada del Estado limita el abanico de respuestas regulatorias posibles, por lo que aboga por una concepción "descentralizada" de la regulación. Considerar la regulación desde esta perspectiva, afirma Black, es también fundamental para "cuestionarnos nuestra comprensión acerca de dónde residen las fuentes de legitimidad, autoridad o poder en la sociedad"[30]. Si bien esta visión descentralizada puede contribuir a identificar las verdaderas fuentes de influencia regulatoria en un mundo globalizado también plantea interrogantes importantes. Otros autores advierten del riesgo de que dicha descentralización dé lugar a una fragmentación que afecte a la propia noción de estatalidad.

Una de las principales preocupaciones en este sentido es la dificultad para atribuir responsabilidad por los efectos de decisiones regulatorias adoptadas en esferas globales pero con impacto nacional. A medida que la autoridad se dispersa entre múltiples actores y niveles institucionales, se complica la identificación de los responsables de los resultados regulatorios que afectan materialmente al interés público. Esta dispersión de la responsabilidad plantea un desafío significativo a la legitimidad de la gobernanza regulatoria global. Además, se produce una competencia regulatoria. Los sistemas jurídicos nacionales se transforman en productos regulatorios que compiten dentro de un entorno regulador transnacional más amplio. Desde esta perspectiva, el cálculo político convencional (basado en la oferta y demanda de apoyo electoral) se amplía para incluir presiones de tipo mercantil. Si los sujetos regulados consideran que las normas nacionales son excesivamente gravosas, pueden "retirarse de la relación", es decir, "salir" de la jurisdicción mediante la deslocalización o reestructuración de sus operaciones más allá de las fronteras[31]. Para evitar tales salidas y retener

---

[28] Mathias KOENIG-ARCHIBUGI, "Global Regulation", en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2010 (p. 409).

[29] BALDWIN *et al.*, 2010: 425.

[30] Julia BLACK, "Critical Reflections on Regulation", *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27, 2002, pp. 1-36 (p. 5).

[31] Véase Albert O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States,* Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1970.

a los sujetos regulados, los legisladores nacionales tienden a adaptar sus normas, participando así en lo que comúnmente se denomina "selección regulatoria estratégica" [*regulatory shopping*].

Un ejemplo lo encontramos antes de la crisis financiera de 2008, cuando a las entidades financieras se les permitió seleccionar sus propios reguladores, lo que llevó a muchas de ellas a optar por supervisores más permisivos: "muchas firmas cambiaron de regulador a voluntad, en busca de las normas más laxas y los reguladores más indulgentes" [32].

Además, los reguladores no estatales (otro ejemplo serían los organismos de normalización o estandarización) también participan en esta competencia, no solo entre ellos, sino a veces incluso con los propios gobiernos. Como observa Scott:

> "los reguladores privados a veces compiten con los gobiernos, por ejemplo, en la fijación de normas medioambientales, y en ocasiones también los someten a escrutinio más directo, por ejemplo, mediante el establecimiento y monitoreo del cumplimiento de estándares en materia de derechos humanos" [33].

Cuando tales estándares globales se aplican en el ámbito nacional, son las instituciones domésticas las encargadas de interpretarlos y hacerlos operativos.

En consecuencia, los acuerdos regulatorios descentralizados generan dos dinámicas paralelas: por un lado, la producción normativa nacional se ve condicionada por las preferencias de los sujetos regulados, tratando así de evitar su salida de la jurisdicción; por otro, los estándares globales no estatales son interpretados e implementados internamente, con las autoridades nacionales actuando como ejecutoras y, en ocasiones, siendo ellas mismas objeto de supervisión. Ambos escenarios plantean desafíos similares, especialmente en lo que atañe a la legitimidad y la autoridad. Tales desafíos se sitúan en la intersección entre la regulación y la gobernanza.

## 3. AUTORIDAD, LEGITIMIDAD Y PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA REGULACIÓN *DE FACTO*

### 3.1. Autoridad pública: una aproximación convencional

Si buscamos en otros ámbitos de conocimiento, desde una perspectiva sociológica clásica, el término *Herrschaft* de Max Weber (traducido habitualmente como "autoridad") no guarda relación directa con el *dominium* latino, aunque en el siglo XVII fue traducido al inglés como "dominion" y como "authority". En un intercambio de correspondencia con Robert Michels, Weber reconoció la ambigüedad del término,

---

[32] "Regulator Shopping", *The New York Times*, 21 de mayo de 2009, vol. 158, núm., 54682, A34. Editorial.

[33] Colin SCOTT, "Independent Regulators", en Mark BOVENS, Robert E. GOODIN y Thomas SCHILLEMANS (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2014 (p. 475).

pero insistió en que este implicaba un gobierno de tipo personal, antes que una organización impersonal. En este sentido, *Herrschaft* hace referencia al poder (personal): la capacidad de imponer la voluntad propia sobre otros en una relación o estructura social. De acuerdo con ello, para Weber el objetivo de toda autoridad se expresa a través del concepto de poder[34].

El poder puede adoptar distintas formas, por ejemplo, un poder despótico es una forma diferente a un poder infraestructural. Desde una perspectiva foucaultiana, Kjaer distingue entre "poder", "autoridad" y "autoridad política", asociando el poder público con el poder político y el poder privado con el no político. El poder político, sostiene, se basa en una pretensión de autoridad y se distingue por su carácter público [*publicness*][35]. Para Kjaer, el Derecho constituye el medio a través del cual se configuran tanto el poder político como las pretensiones de autoridad:

> "y es a través de su estructuración jurídica como el poder se condensa y generaliza, y como las pretensiones de autoridad se justifican. El Derecho establece la distinción entre poder político y no político y, en ese sentido, es el Derecho el que constituye lo político como un ámbito específico de la sociedad, y no lo político lo que constituye el Derecho. El estudio de lo político es, por tanto, el estudio del Derecho"[36].

Desde esta perspectiva, los actores privados pueden ostentar poder, pero no autoridad pública, dado que su poder es de naturaleza no política y no está inserto en un marco jurídico que le confiera legitimidad en la esfera pública. Esto plantea una cuestión: ¿podría la mera obediencia a las normas o el cumplimiento dar lugar a una autoridad pública legítima? El poder político (o autoridad pública, o derecho a gobernar) exige legitimación a través del Derecho. En este punto, ha entrado en

---

[34] El término *Herrschaft* en la obra de Weber ha sido traducido al inglés principalmente como "authority". Sin embargo, en la más reciente traducción al inglés de *Economy and Society*, "Herrschaft" se traduce no como "authority", sino como "rule" o "rulership". Véase la traducción de Keith Tribe: Max WEBER, *Economy and Society: a new translation*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2019 (p. 472).

[35] Jeremy Waldron ha señalado que la definición del Estado de Max Weber resulta deficiente respecto de la aspiración a la "publicness", caracter público o cualidad pública. Véase: Jeremy WALDRON, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", *New York University School of Law, Public Law Research Paper,* núm. *08-35*, 2008. El elemento de *publicness* también ha sido utilizado con fines de gobernanza global, por ejemplo, por Goldmann, quien recurre a la teoría del discurso para criticar la gobernanza global desde esta perspectiva: véase Matthias GOLDMANN, "Public and Private Authority in a Global Setting: The Example of Sovereign Debt Restructuring", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 1, 2018, pp. 331-364. Artículo 14.

También en relación con el Derecho Internacional, véase: Armin von BOGDANDY, Philipp DANN y Matthias GOLDMANN, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1375-1400.

El importante papel del elemento del carácter público [*publicness*] también lo ha destacado, a nivel supranacional, Armin von Bogdandy, quien se refiere al "elemento de 'publicness' como la característica que distingue al Derecho público europeo del Derecho privado", en 'The Idea of European Public Law Today', *The Administrative State. The Max Planck Handbooks in European Public Law*. Vol. I.

[36] Poul F. KJAER, "From the Private to the Public to the Private? Historicizing the Evolution of Public and Private Authority", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 13, 2018 (pp. 3-4).

juego un tercer concepto: la legitimidad. La legitimidad, entendida como "la aceptación popular de un gobierno, régimen político o sistema de gobernanza", puede abordarse tanto desde una perspectiva normativa como desde un enfoque positivo o empírico. En sentido normativo, se refiere a la cuestión filosófica de si un orden político merece reconocimiento, esto es, trata asuntos como las fuentes adecuadas de legitimidad o la validez del reconocimiento de un régimen político determinado. En sentido empírico, se centra en el grado de aceptación que un sistema de gobernanza obtiene por parte de sus destinatarios, la legitimidad "se basa en enfoques empíricos que intentan medir el grado de aceptación popular de los regímenes existentes o probar explicaciones causales de niveles bajos o altos de legitimidad" [37]. Ambas dimensiones son relevantes al evaluar la legitimidad de la producción normativa privada. Por un lado, es preciso analizar hasta qué punto los regímenes regulatorios privados son aceptados en la práctica (dimensión empírica). Por otro lado, debe examinarse si los actores privados deben ser reconocidos como normativamente legítimos para ejercer funciones regulatorias, especialmente cuando ejercen autoridad que afecta a los destinatarios del Derecho público (dimensión normativa), esto es, qué fuentes de legitimidad resultan adecuadas para considerar legítimo un sistema de gobernanza en el que actores privados ejercen autoridad.

Es frecuente que la autoridad se equipare al "derecho a gobernar" [38]. Esto da lugar a una serie de preguntas fundamentales: ¿cómo se confiere hoy tal derecho a un sujeto? ¿Es necesario que los reguladores (especialmente los privados o híbridos) cuenten con autorización legal para que su autoridad se considere legítima? Mientras que las autoridades públicas derivan su legitimidad de mandatos legales, los reguladores privados suelen carecer de tal autorización formal. Como señala Kjaer, los instrumentos jurídicos ayudan a condensar y delimitar la autoridad como poder institucionalizado: "no existe forma de autoridad fuera de su forma jurídica", porque "el Derecho se convierte en constitutivo de la autoridad" [39]. Esta lógica suscita dudas sobre la legitimidad de reguladores *de facto* cuyo poder no se fundamenta en una autorización jurídica. ¿Pueden considerarse legítimas las normas que se observan y aplican en la práctica si no han sido validadas formalmente por el Derecho? Más aún: ¿puede la pericia técnica [*expertise*] justificar una excepción al principio del Estado de Derecho [*rule of law*]?

La idea de que el Derecho constituye un elemento esencial del ejercicio de la autoridad se ejemplifica en la sentencia *Meroni* del Tribunal de Justicia de la Unión

---

[37] https://www.britannica.com/topic/legitimacy

[38] T. CHRISTIANO, "Authority", entrada en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Publicado por primera vez el viernes 2 de julio de 2004; revisión sustantiva el miércoles 11 de enero de 2012.

[39] KJAER, 2018: 3-4. Sobre un enfoque de la autoridad desde la filosofía del Derecho que aborda la paradoja de la autoridad (es decir, si las autoridades legítimas tienen derecho a imponer obligaciones incluso cuando están equivocadas, y el poder de obligar en tales casos), véase: Scott J. SHAPIRO, "Authority", en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, en Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (eds.), editor asociado Kenneth Einar HIMMA, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 383-439 (p. 383), versión en línea.

Europea[40]. Esta decisión aclara que la delegación de poderes regulatorios dentro de la Unión está sujeta a límites jurídicos. Aunque las entidades privadas desempeñan un papel relevante en la ejecución del Derecho de la UE (a menudo en paralelo con las instituciones públicas tradicionales), sus funciones regulatorias deben ejercerse dentro del marco establecido por los Tratados.

En el asunto *Meroni*, el Tribunal abordó la delegación de funciones públicas (en particular, poderes normativos) a organismos privados creados al amparo del Derecho privado. El caso se refería a la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que había delegado poderes regulatorios en entidades externas no establecidas por el Tratado. El Tribunal sostuvo que dicha delegación era inadmisible cuando implicaba la transferencia de poderes discrecionales. En palabras de la sentencia:

> "No puede excluirse la posibilidad de confiar a *entidades creadas con arreglo al Derecho privado*, dotadas de personalidad jurídica propia y con facultades propias, *la tarea de poner en práctica* determinadas 'disposiciones financieras comunes a varias empresas' mencionadas en el apartado (a) del artículo 53" [énfasis añadido][41].

Sin embargo, el Tribunal introdujo una distinción esencial:

> "Delegar un poder discrecional, confiándolo *a organismos distintos de aquellos que el Tratado ha establecido* [énfasis añadido] para ejercer y controlar ese poder dentro de los límites de sus competencias respectivas, haría ineficaz tal garantía"[42].

En otras palabras, si bien la delegación de poderes ejecutivos claramente definidos puede ser admisible (siempre que estén sujetos a control jurídico estricto), no lo es la delegación de poderes discrecionales que impliquen un amplio margen de apreciación. El Tribunal concluyó que los poderes en cuestión habían sido delegados de forma indebida a entidades de Derecho privado completamente ajenas a la estructura institucional de la Comunidad. Conforme al Tratado, la delegación formal de poderes solo es aceptable cuando estos son de naturaleza puramente ejecutiva y su ejercicio puede ser fiscalizado conforme a criterios específicos establecidos por la autoridad delegante.

Esta sentencia subraya el principio conforme al cual la autoridad debe ser conferida por un órgano jurídicamente habilitado para delegarla. El Derecho no solo es el medio a través del cual se ejerce la autoridad, sino también su condición de posibilidad: constituye el fundamento jurídico del derecho a gobernar [*right to rule*].

En un mundo anteriormente dominado por una autoridad pública cimentada en el Derecho público, la creciente influencia de reguladores no estatales[43] que ejercen

---

[40] Asunto 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, S.p.A. contra Alta Autoridad de la CECA* [1957-58] ECR.

[41] *Ibid.*, p. 133.

[42] *Ibid.*, p. 135.

[43] Habría que matizar, como sugiere la persona revisora anónima que en muchos casos, estos centros regulatorios globales adoptan decisiones que no son vinculantes, aun cuando permean al ordenamiento interno y aun cuando no ejercen autoridad. Por ejemplo, Basilea. Véase: Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa

formas no convencionales de autoridad representa una transformación significativa. Este fenómeno se analiza en la sección siguiente.

### 3.2. Elementos públicos en la regulación no estatal

Aunque la distinción clásica entre autoridad pública y privada conserva su relevancia conceptual, la doctrina recientemente ha introducido enfoques más matizados. Kjaer, adoptando una perspectiva funcional e histórica, sostiene que "la función y el significado tanto de la autoridad pública como de la privada se han transformado fundamentalmente"[44]. Con el tiempo, ambas formas de autoridad (pública y privada) se han expandido y evolucionado, modificando así su papel y su significado dentro de la sociedad. Hoy en día, la frontera entre las esferas pública y privada es cada vez más difusa. No obstante, el elemento de lo público, o el carácter público [*publicness*] sigue desempeñando un papel central en la legitimación del ejercicio de la autoridad pública. Si, como se argumentó en el apartado anterior, el Derecho es lo que constituye la autoridad pública legítima, entonces el caracter público [*publicness*] se convierte en un criterio clave para identificar lo que califica como Derecho desde el inicio.

Aquí podríamos adentramos en debates más profundos, cuyo análisis pormenorizado sería demasiado ambicioso para este breve trabajo. Me refiero a la definición misma de Derecho, que sigue siendo intensamente disputada. Ha dado y sigue dando para ríos de tinta. Teóricos como H.L.A. Hart[45] o Robert Alexy[46] han debatido extensamente sobre la distinción entre lo que es y lo que no es Derecho, sin que se haya alcanzado un consenso. Me referiré a un aspecto concreto que considero podría ser relevante para este trabajo: el caracter público o cualidad pública [*publicness*] del Derecho. Algunos autores, como Jeremy Waldron, sostienen que la *publicness* es un elemento aspiracional del Derecho, intrínsecamente vinculado a la promoción del bien común. Más concretamente, Waldron afirma: "En lugar de decir que nada es Derecho si no promueve el bien común, podríamos decir que nada es Derecho a menos que *pretenda* promover el bien común, es decir, a menos que se presente como orientado en esa dirección"[47] [cursivas mías]. Según esta tesis, una norma califica como Derecho no porque alcance efectivamente el bien común, sino porque pretende orientarse hacia él. Es decir, el Derecho se presenta como dirigido al interés

---

bancaria. Implicaciones para el derecho público", en María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (coord.), *Regulación bancaria: transformaciones y estado de derecho*, 2014, pp. 184-251.

[44] KJAER, 2018: 1.

[45] H.L.A. HART, *The Concept of Law*, con epílogo editado por Penelope A. BULLOCH y Joseph RAZ, e introducción y notas de Leslie GREEN, Claredon law Series, Oxford, 2012, 3ª ed., (1.ª ed., Londres, Oxford University Press, 1961).

[46] Robert ALEXY, "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, septiembre de 2008, pp. 281–299.

[47] Jeremy WALDRON, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", *NYU School of Law, Public Law Research Paper,* núm 08-35, 2008. Traducido al castellano por mí en Francisco M. Mora Sifuentes (ed.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, 2.ª ed., Fontamara, México, 2017, pp. 237-284.

público. Desde esta perspectiva, las normas elaboradas por sujetos privados que benefician incidentalmente al interés general (sin proponérselo) no calificarían como Derecho en sentido normativo. Cuando la producción normativa privada se orienta principalmente a la defensa de intereses particulares, cualquier beneficio público es meramente accesorio y no resultado de un compromiso deliberado con el bien común. Así, para que una norma pueda considerarse Derecho, debe estar dirigida al interés público desde su origen, y no simplemente tolerada mientras sirva a objetivos privados.

Esto plantea la posibilidad de reforzar la legitimidad de la regulación privada mediante la integración de principios de Derecho público desde su diseño. La incorporación de *principios propios del Derecho administrativo* (como la transparencia, la participación y la rendición de cuentas) podría servir para introducir una orientación pública en regímenes regulatorios de carácter privado. De este modo, se contribuiría a garantizar que las normas privadas no solo permitan un beneficio público, sino que lo promuevan activamente. Si el Derecho es un elemento legitimador precisamente porque contiene una dimensión inherente de carácter público [*publicness*], ¿podría entonces la introducción de dicho elemento añadir legitimidad a la regulación privada? En este sentido, los principios de Derecho público podrían operar como elementos legitimadores dentro de sistemas regulatorios privados; su incorporación contribuiría a cerrar la brecha de legitimidad. Tales modelos híbridos resultan especialmente relevantes en el espacio regulatorio global, donde actores no estatales ejercen autoridad en ausencia de fuentes legales tradicionales o de mandatos claramente definidos.

Han surgido nuevos enfoques teóricos para dar cuenta de la transformación de la autoridad en un contexto postnacional. Estos buscan armonizar, en cuanto al aspecto de la legitimidad, formas no tradicionales de producción normativa con los marcos normativos tradicionales. El diálogo con tales teorías puede contribuir a esclarecer cómo las nuevas configuraciones regulatorias pueden coexistir con los principios jurídicos consolidados sobre quién puede ejercer autoridad y en qué condiciones.

## 3.3. Formas no convencionales de autoridad en el espacio regulatorio global

### *3.3.1. Autoridad pública internacional*

Tradicionalmente, el Derecho internacional público ha regulado el ejercicio de la autoridad pública a nivel internacional, siendo los Estados los titulares principales de dicha autoridad. Sin embargo, la internacionalización de la regulación ha conducido a la proliferación de regímenes regulatorios diversos. Este pluralismo genera desafíos complejos, como el de la selección estratégica de regímenes jurídicos beneficiosos [*regime shopping*] y disputas sobre qué normas resultan aplicables, en qué contextos y bajo la autoridad de quién [48].

[48] BALDWIN *et al.*, 2010: 373.

Junto a los sujetos estatales tradicionales, instituciones informales y estructuras en red (como los organismos financieros transnacionales) ejercen hoy funciones de elaboración de normas, difusión de información o resolución de controversias. Estas funciones suelen tener efectos significativos sobre los sistemas jurídicos nacionales[49], lo que exige una redefinición del concepto de autoridad y reabre los debates sobre su legitimidad.

Este fenómeno ha dado lugar al concepto de *gobernanza sin gobierno*, en particular en las críticas a formas opacas y carentes de control democrático de autoridad internacional privada, que hay quien considera una amenaza para las instituciones democráticas[50]. Como sostienen Bogdandy *et al.*, ciertos actos realizados por instituciones regulatorias informales pueden entenderse como actos de poder, esto es, como ejercicios de *autoridad pública internacional*. Sin embargo, para sostener esta idea, es necesario adoptar un concepto más amplio de autoridad (uno que vaya más allá de las nociones tradicionales fundadas en el poder coactivo porque si no, dichas instituciones no podrían considerarse como titulares de autoridad en el sentido clásico del Derecho público). Bajo una concepción ampliada, más allá del ejercicio tradicional de la autoridad pública internacional, dicha autoridad también puede residir en instituciones internacionales informales, en la medida en que sus actos "afecten la libertad de otros en la persecución de intereses comunes"[51]. Con base en esta definición, tales actos requieren una legitimidad adicional a la mera aquiescencia estatal al acuerdo fundacional de la institución. Identificar estos ejercicios de autoridad, desde una perspectiva más funcional que subjetiva, por tanto, permite abrir la posibilidad de someterlos a marcos jurídicos más eficaces en nombre de la legitimidad.

En este marco ampliado, la autoridad se entiende como "la capacidad jurídica para determinar a otros y reducir su libertad, es decir, para configurar unilateralmente su situación jurídica o fáctica"[52]. Cuando la autoridad se concibe de este modo, la autoridad pública internacional resulta posible y adopta múltiples formas que se desarrollan en paralelo a la lógica tradicional de *command-and-control*. Estas formas pueden afectar la libertad en el sentido ya desarrollado. Por ejemplo, algunas instituciones ejercen lo que se ha denominado "autoridad semántica" (una forma de autoridad construida discursivamente y reforzada por el contexto social)[53]. La información desempeña un papel central en estos modelos. Los reguladores informales ejercen su autoridad no mediante normas coactivas, sino a través de la producción y circulación estratégica de información. No obstante, como reconocen Bogdandy *et al.*, "es difícil determinar qué actos informativos tienen la suficiente influencia como para consti-

---

[49] Armin von BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE, "From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2017, pp. 115-145 (p. 116).

[50] A. Claire CUTLER, Virginia HAUFLER y Tony PORTER (eds.), *Private Authority and International Affairs*, State University of New York Press, Albany, 1999. En prefacio.

[51] BOGDANDY, GOLDMANN y VENZKE, 2017: 117.

[52] BOGDANDY, DANN y GOLDMANN, 2008: 1381-1382.

[53] BOGDANDY, GOLDMANN y VENZKE, 2017: 143.

tuir ejercicios de autoridad y, por tanto, deban ser analizados desde el paradigma del Derecho público" [54].

En definitiva, incluso cuando las instituciones internacionales informales actúan bajo marcos que buscan otorgarles legitimidad, su impacto constante sobre los individuos de a pie exige un examen más riguroso de sus fundamentos normativos. La desconfianza jurídica persiste, a pesar de los esfuerzos del Derecho internacional público por proporcionar legitimidad estructural. Otros modelos teóricos, que a continuación se explican, también han sido desarrollados para conceptualizar la autoridad no estatal en contextos globales y para abordar los problemas de legitimidad que tales modelos implican.

### *3.3.2. Autoridad híbrida transnacional*

Más allá del marco del Derecho internacional público, diversas disciplinas como la ciencia política, las relaciones internacionales y la economía política internacional han analizado la distribución cada vez más ambigua del poder regulador [55]. Uno de los conceptos surgidos de esta literatura es el de *autoridad híbrida transnacional*:

> "El poder de las normas técnicas se asemeja a una forma de autoridad híbrida transnacional, en la que la ambigüedad debe entenderse como una característica estructural. Dicha ambigüedad define no solo el estatuto de los actores públicos y privados implicados en la estandarización y la regulación, sino también el ámbito material de los asuntos regulados y el espacio en el que dicha autoridad es reconocida a través del cumplimiento de las normas" [56].

Al igual que otras formas no tradicionales de regulación, la autoridad híbrida transnacional plantea importantes cuestiones de legitimidad. La ambigüedad del término *hibridación* se extiende también a las fuentes de su legitimidad. Con frecuencia, los reguladores híbridos se benefician de esta incertidumbre puesto que, como señala Graz, esta situación difumina las fronteras entre el capitalismo transnacional y la soberanía territorial. Algunos de estos reguladores invocan la noción de autoridad híbrida transnacional para protegerse frente a mecanismos de control público, es decir, para "ejercer autoridad al margen del control soberano" [57]. Sin embargo, la *rendición de cuentas,* principio general con efectos jurídicos, sigue siendo una posible fuente de legitimidad. Para que esta rendición de cuentas resulte significativa, es preciso identificar claramente el papel que desempeña cada actor, tanto en los procesos regulatorios como en los mecanismos de control. La dificultad radica en que estos actores suelen estar integrados en redes complejas de relaciones formales e informales, lo que complica la delimitación de responsabilidades y actuaciones. En

---

[54] *Ibid.*, p. 144.

[55] Para un análisis desde el Derecho Público, véase: Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "Los sujetos del Derecho Público global", en Luis ARROYO JIMÉNEZ, Isaac MARTÍN DELGADO y Pablo MEIX CERECEDA (dirs.), *Derecho público global: fundamentos, actores y procesos*, 2020, pp. 115-157.

[56] Jean-Christophe GRAZ, *The Power of Standards: Hybrid Authority and the Globalisation of Services*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019 (p. 1).

[57] *Ibid.*, p. 496.

respuesta a esta complejidad, algunos autores han propuesto la idea de una *rendición de cuentas mediante la participación* (una forma de rendición de cuentas de carácter procedimental):

> "La rendición de cuentas tiene lugar, cada vez más, a través de la participación en estructuras en red, en las que pocos actores—ya sean nacionales o supranacionales, públicos o privados—ejercen verdadera autonomía, debiendo justificar constantemente sus actuaciones ante los demás miembros de la red"[58].

Este enfoque parte de la idea de que los sujetos no operan con plena autonomía, sino que deben justificar sus decisiones ante otros sujetos dentro del entramado regulatorio. La cuestión sigue siendo si la rendición de cuentas puramente procedimental basta por sí sola para legitimar las actividades regulatorias de organismos independientes que tienen un impacto significativo en los ordenamientos jurídicos internos.

### *3.3.3. Autoridad líquida*

Nico Krisch ofrece una alternativa a las concepciones estatales de la autoridad mediante su teoría de la *autoridad líquida*. Este modelo refleja un mayor dinamismo, impulsado por la informalidad y la multiplicidad institucional[59]: al considerar formas líquidas de autoridad, resulta posible una concepción más amplia de la misma. Krisch sostiene que las formas tradicionales o "sólidas" de autoridad (basadas en el mandato y en la jerarquía institucional) ocultan cuestiones cruciales de legitimidad, rendición de cuentas y legalidad en el plano global[60].

Para abordar estos problemas, derivados en gran medida del carácter particular de la gobernanza global, Krisch propone un *modelo de deferencia* de la autoridad. Este enfoque de inspiración sociológica "pretende captar formas de autoridad en una amplia variedad de contextos, públicos y privados, más allá de las instituciones gubernamentales formales del Estado moderno"[61]. En este modelo, la autoridad no se determina por actos jurídicos de reconocimiento, sino que emerge de prácticas sociales de reconocimiento. La autoridad se construye, por tanto, sobre la *deferencia*, no sobre el mandato, permitiendo que entren en juego formas de autoridad más "suaves". La autoridad se concibe así en grados, como una realidad ajustable, y sus fuentes de reconocimiento exceden el empoderamiento legal formal. Por ejemplo, la autoridad de los organismos de certificación en los mercados globales no deriva de una autorización formal, sino del reconocimiento generalizado de sus sellos por parte de consumidores, productores y distribuidores.

Krisch sugiere que esta concepción ampliada permite nuevas formas de analizar cómo se construye y ejerce la autoridad, y cómo podrían redefinirse los criterios de

---

[58] *Ibid.*, en p. 484.

[59] Nico KRISCH, "Liquid authority in global governance", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 237-260 (p. 237).

[60] *Ibid.*, p. 238.

[61] *Ibid.*, p. 241.

legitimidad y rendición de cuentas en el ámbito global[62]. Esta visión tiene afinidades con enfoques sociológicos y con teorías sistémicas basadas en la "autopoiesis" (reflexividad) y el "acoplamiento estructural", similares a los mecanismos de adaptación en sistemas biológicos[63]. Desde esta óptica, la autoridad no se confiere por una fuente legal externa, sino que se *autogenera* dentro del propio sistema. Sin embargo, esta autoridad es también volátil, ya que la reflexividad de ciertos sistemas puede proyectarse hacia el entorno y ejercer influencia sobre otros sistemas. Si se entiende correctamente, la autoridad no sería "establecida" por una autoridad jurídica o por el Derecho, sino "autocreada" en el seno de cada sistema.

Michael Zürn amplía esta idea de autoridad líquida al introducir el concepto de *autoridad reflexiva*[64]. A pesar de su carácter fluido y descentralizado, la autoridad reflexiva puede adoptar también características "sólidas", como la coerción. Según Zürn: "las agencias de calificación también ejercen presión sobre los Estados para que adopten políticas que les aseguren una buena calificación; de lo contrario, el acceso al crédito se vuelve imposible o, al menos, más costoso. Es en esta forma indirecta que la autoridad reflexiva puede adquirir un carácter coercitivo"[65]. De este modo, la autoridad líquida y reflexiva se torna coercitiva no a través de mandatos legales, sino mediante influencias estructurales.

Tanto Krisch como Zürn caracterizan la autoridad líquida como una forma no tradicional y descentralizada de poder regulador. Sin embargo, Zürn muestra que dicha autoridad puede exhibir rasgos propios de la autoridad sólida, como la coerción. Esta coerción no se deriva de un mandato legal, sino del efecto acumulado de las interacciones entre actores sociales y económicos. En otras palabras, incluso cuando interactúan con autoridades tradicionales otras formas de autoridad (como la autoridad epistémica[66]) ¿deberían poder llegar a coaccionar a autoridades democráticamente legitimadas? A mi juicio, debería establecerse algún tipo de control cuando esa reflexividad termina coaccionando el interés público mediante la presión sobre instituciones públicas creadas normativamente para protegerlo.

---

[62] *Ibid.*, p. 237.

[63] La teoría de sistemas disuelve el problema de la agencia en redes complejas de funciones, posiciones y roles comunicativos. Al hacerlo, abandona por completo la presuposición del sujeto unitario. Esta idea puede encontrarse en la teoría de sistemas sociales autopoiéticos de Luhmann. Para otros enfoques desde el Derecho y la teoría social, véase: Bruno LATOUR, *The Making of Law*, Malden, MA: Polity Press, Cambridge, UK, 2010.

[64] Michael ZÜRN, "From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 261–285.

[65] *Ibid.*, p. 269.

[66] Una autoridad epistémica es reconocida como experta e imparcial al mismo tiempo, sobre la base del prestigio general de una institución. Las agencias de calificación crediticia son un ejemplo de este tipo de autoridad epistémica. Estas pueden convertirse en "autoridades epistémicas políticamente asignadas", es decir, cuando una autoridad epistémica es investida de autoridad pública por instituciones políticas, adquiriendo mayor visibilidad en la gobernanza global. Más sobre este tipo de autoridad, véase Michael Zürn, en p. 271.

Incluso si se admitiera que fuentes de legitimidad distintas a las democráticas pueden justificar ciertas formas de autoridad reflexiva, dichas fuentes son tan fluidas como la autoridad líquida misma. Como advierte Julia Black, ello puede minar su capacidad funcional[67]. ¿Debe permitirse que una autoridad de carácter tan volátil prevalezca sobre formas tradicionales de autoridad que garantizan la protección del interés público? La cuestión es que la aplicación de una construcción sociológica de la autoridad en el plano global (que da lugar a formas líquidas) puede generar más problemas de los que pretende resolver. El Derecho administrativo, adaptado a los espacios regulatorios globales contemporáneos, podría arrojar mayor claridad sobre la legitimación de reguladores privados mediante la incorporación de principios propios del Derecho administrativo, en lugar de recurrir a nuevas formas de autoridad que requerirían mecanismos alternativos de legitimación, generando mayores problemas de legitimidad, control y seguridad jurídica.

### *3.3.4. Autoridad relativa*

Dado que persisten disputas sobre el ejercicio de la autoridad pública y las correspondientes cuestiones de legitimidad (que no se resuelven con un retorno al Estado, ni mediante la apelación a tribunales o administraciones internacionales —o al menos, no del todo—) el concepto de *autoridad relativa* ofrece un marco alternativo para analizar estos problemas en la gobernanza regulatoria.

Según Roughan, la autoridad relativa puede entenderse de dos formas. En un primer sentido, natural, se considera relativa cuando un actor posee más o menos autoridad que otro. En un segundo sentido, *relativo* equivale a dependiente o interconectado, es decir, "algo que existe o posee una determinada característica solo en comparación con otra cosa; no es absoluto ni independiente". Esta segunda acepción es la que prioriza la autora, quien define la autoridad relativa como una forma de poder normativo compartido o ejercido de manera independiente, y propone una "teoría justificativa relativizada, en la que las autoridades pueden ser legítimas de manera interdependiente y no exclusivamente independiente"[68]. Para ella, esta interdependencia afecta directamente a la evaluación de la legitimidad. Sostiene, por ejemplo, que la autoridad del Derecho internacional debe entenderse en relación con otros órdenes jurídicos e institucionales, y que solo mediante el establecimiento de relaciones apropiadas entre ellos pueden justificarse sus pretensiones normativas.

Una perspectiva complementaria es la propuesta por Mendes y Venzke, quienes abordan la autoridad relativa mediante el análisis de los *activos de legitimidad* [*le-*

---

[67] Julia BLACK, "'Says Who?' Liquid Authority and Interpretive Control in Transnational Regulatory Regimes", *International Theory*, vol.9, núm. 2, 2017, pp.271-300 (p. 286).

[68] Nicole ROUGHAN, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2013 (p. 137).

*gitimacy assets*] que pueden ser movilizados por distintos actores institucionales[69]. Estos activos corresponden a los recursos argumentativos que una institución puede invocar en apoyo de su autoridad.[70] Los autores sostienen que dichos recursos se relacionan específicamente con el grado de inclusión del actor, su especialización funcional y su capacidad para proteger derechos[71]. Su marco conceptual articula dos ideas fundamentales: en primer lugar, que la autoridad debe entenderse siempre en relación con otros actores institucionales; y, en segundo lugar, que debe evaluarse con base en los activos de legitimidad de cada actor.

En consecuencia, Mendes y Venzke afirman que el ejercicio de la autoridad pública debe justificarse tanto en relación con otros actores como en función de los recursos específicos que respaldan su legitimidad. Su objetivo es evitar la fragmentación y la dispersión de la autoridad, que podrían agravar los problemas de legitimidad. Abogan por una *gobernanza articulada*, en lugar de una gobernanza difusa, donde la autoridad esté claramente asignada y justificada en cada caso[72].

Si bien reconocen el valor normativo de los enfoques clásicos basados en la separación de poderes, Mendes y Venzke no adoptan esa perspectiva. Tampoco, como Roughan, buscan establecer "condiciones umbral" para la legitimidad última, es decir, "las condiciones bajo las cuales una autoridad puede exigir obediencia de manera justificada"[73]. En su lugar, la noción de autoridad relativa que proponen constituye un marco analítico que complementa, y no sustituye, las aproximaciones normativas existentes. Su finalidad es arrojar luz sobre problemas más profundos de legitimidad, especialmente en contextos donde actores *de facto*[74] ejercen autoridad junto a autoridades formales y deben evaluarse en relación unos con otros.

### 3.4. La autoridad ¿legítima? de los sujetos regulatorios no estatales y el papel de los principios del Derecho administrativo en la era de la gobernanza regulatoria

Los distintos enfoques sobre la autoridad expuestos anteriormente responden al surgimiento de formas *de facto* y no convencionales de autoridad que se han multiplicado en las últimas décadas, es decir, formas que no se ajustan a los modelos clásicos

---

[69] Joana MENDES e Ingo VENZKE, "Introducing the Idea of Relative Authority", en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.1-26

[70] *Ibid.*, p. 4.

[71] *Ibid.*, p. 11.

[72] *Ibid.*, p. 4.

[73] *Ibid.*, p. 3.

[74] Para una valoración realista de los activos de legitimidad en el nivel institucional de la UE, que tenga en cuenta las "relaciones de poder de facto", véase: Eoin CAROLAN y Deirdre CURTIN, "In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers", en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 53-76.

de autoridad pública. El auge de la nueva gobernanza refleja una transformación más amplia: la creciente influencia de los mercados y las redes; la creciente dependencia del Estado de sujetos no estatales para la ejecución de políticas públicas, especialmente tras las reformas del sector público de los años ochenta; y el desarrollo de estrategias orientadas a gestionar de manera eficaz ecosistemas regulatorios complejos.

Ya en 1998, Gunningham y Grabosky formularon esta transformación en su teoría de la regulación inteligente [*smart regulation*], señalando que las funciones regulatorias no son desempeñadas únicamente por los Estados, sino también por organizaciones, corporaciones y asociaciones profesionales. Hoy en día, los actores privados juegan un papel significativo en la aplicación del Derecho de la Unión Europea. Los órganos de expertos participan activamente en los procesos regulatorios nacionales, supranacionales e internacionales, no solo en estructuras ya consolidadas, sino también en nuevos espacios, a menudo informales. Cuando los actores privados operan dentro de estructuras tradicionales, su participación en la elaboración de normas puede ser sometida con mayor facilidad a mecanismos de control jurídico y político. No obstante, cuando actúan al margen o en paralelo a dichas estructuras, suelen eludir los mecanismos convencionales de rendición de cuentas. Estos espacios alternativos suelen ser no jerárquicos, en redes en las que diversos actores interactúan y ejercen poder fáctico sin estar integrados en marcos clásicos del Derecho administrativo.

Esta evolución de la gobernanza genera nuevas preocupaciones sobre la legitimidad de los "sujetos reguladores no estatales". En la era de la gobernanza regulatoria, el espacio regulatorio ya no gira en torno al Estado. En su lugar, se presenta como una constelación en red de entidades híbridas público-privadas. Coexiste una pluralidad de autoridades y los enfoques existentes centrados en el Estado sobre la autoridad no pueden explicar adecuadamente la pluralidad de autoridad legítima[75]. Sin embargo, ello no implica que el Derecho público interno (y, en particular, el Derecho administrativo) haya perdido su relevancia. Por el contrario, los conceptos del Derecho administrativo resultan cada vez más pertinentes en la esfera global: el derecho y la política nacionales resisten frente a la globalización[76]. Como señala Kingsbury, "los Estados establecen y sostienen regímenes regulatorios globales para construir mercados, corregir fallos de mercado, promover la seguridad y, en definitiva, avanzar en el bienestar de sus ciudadanos en condiciones de interdependencia global, donde la acción puramente doméstica resulta insuficiente"[77].

En el marco del Derecho Administrativo Global (en adelante GAL por sus siglas en inglés), los principios del Derecho administrativo (como la rendición de cuentas,

---

[75] ROUGHAN, 2013: 208-2015.

[76] Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK, en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, "Introduction: The Frontiers of Public Law", Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 1-16, p. 6.

[77] Benedict KINGSBURY, "Frontiers of Global Administrative Law in the 2020s", en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 41-70. En España, véase: Héctor IGLESIAS SEVILLANO, *Derecho Administrativo Global: Una teoría normativa*, Aranzadi, 1.ª ed., 2020, 352 pp.

la participación y la capacidad de respuesta) se han extendido a los entes reguladores privados e híbridos. Estos principios se han utilizado para proporcionar una justificación normativa de sus actuaciones y para mitigar los problemas de legitimidad. En algunos casos, se han invocado para proteger derechos fundamentales y el Estado de Derecho, así como para incidir sobre los efectos distributivos y de bienestar de los actores regulatorios globales[78]. Sin embargo, algunos autores han expresado su preocupación por el hecho de que la aplicación de principios del Derecho administrativo en contextos globales pueda, en ocasiones, legitimar sistemas injustos en lugar de promover la justicia sustantiva[79]. Mendes y Venzke advierten sobre este riesgo, subrayando la necesidad de marcos normativos que vayan más allá del formalismo procedimental y aborden cuestiones normativas más profundas[80]. Ante estas dificultades, el uso de principios del Derecho administrativo en el ámbito global, según Kingsbury, permite "proporcionar lentes valiosas desde las cuales criticar los arreglos institucionales existentes y exigir reformas"[81].

La capacidad de adaptación del Derecho administrativo a las realidades regulatorias contemporáneas se manifiesta en la vigencia del GAL como marco conceptual en el panorama actual de la gobernanza. Además de los argumentos de Kingsbury en favor de la relevancia del Derecho administrativo interno más allá del Estado, el enfoque contextual de Mendes y Venzke ofrece herramientas prácticas para delimitar la autoridad de los actores no estatales. Aunque no estén sometidos al Derecho administrativo en sentido estricto, estos actores pueden, no obstante, guiarse por principios de carácter análogo, que funcionan como instrumentos de control público y como posibles fuentes de legitimidad.

Ahora bien, dichos principios no deben aplicarse a los actores no estatales del mismo modo en que se aplican a las autoridades públicas. Así como la autoridad puede concebirse en grados (como muestran las teorías sobre autoridad líquida) las obligaciones que le corresponden deben también ser dependientes del contexto. Analizar a los reguladores no estatales en su contexto institucional, en relación con otros actores institucionales (nacionales, internacionales —autoridades tradicionales—, transnacionales y globales —autoridades híbridas, líquidas o relativas—) permite comprender con mayor precisión cómo los principios análogos al Derecho administrativo pueden ser adaptados y aplicados de manera significativa.

Desde la filosofía política, la legitimidad de la actividad regulatoria no estatal plantea preocupaciones fundamentales. Estas han sido abordadas parcialmente mediante las nociones de autoridad líquida, relativa e híbrida, todas las cuales revelan la insuficiencia de los modelos clásicos de autoridad pública para captar las nuevas realidades. La emergencia de estos constructos alternativos refleja la necesidad persistente de legitimar la regulación no estatal, una tarea para la cual los marcos tradicionales

---

[78] KINGSBURY, 2020: 69.
[79] *Ibidem*. Véase también STEWART, 2014: 211-270.
[80] MENDES y VENZKE, 2018: 3.
[81] KINGSBURY, 2020: 69.

ofrecen soluciones limitadas. El modelo clásico de separación de poderes no puede extenderse sin más para abarcar a los reguladores privados, pues ello suscitaría serias objeciones democráticas.

Mientras que la teoría jurídica puede abordar estas cuestiones con cierto grado de abstracción, la filosofía política pone de relieve su centralidad en el problema más amplio de la gobernanza en la sociedad contemporánea. Incluso si el interés principal aquí es jurídico, las implicaciones de una actividad regulatoria ejercida por sujetos privados sin legitimidad suficiente o con justificación débil deben ser tomadas en serio. En este contexto, los principios del Derecho administrativo pueden actuar como activos de legitimación [*legitimacy assests*] [82] capaces de responder a tales preocupaciones. Esas preocupaciones, provenientes tanto del Derecho público como de la filosofía política, suelen generar en el Derecho privado el temor de que se le impongan exigencias de legitimación contrarias a su funcionamiento. Sin embargo, sostengo que la capacidad adaptativa del Derecho administrativo puede extenderse a sus principios. Así, cuando son aplicados como activos de legitimidad por reguladores no estatales en todos los niveles, los principios del Derecho administrativo se "transfieren" al ámbito no estatal, donde son operativizados como "principios análogos al Derecho administrativo".

La idea no es exigir a los reguladores privados que cumplan los requerimientos del Derecho público del mismo modo que los funcionarios. Incluso si estuviesen dispuestos a ello, su modo de funcionamiento difiere sustancialmente, haciendo esa exigencia prácticamente inviable. No obstante, los principios del Derecho público pueden ser entendidos como activos de legitimidad, adaptados y operativizados adecuadamente por los reguladores no estatales. Al ser contextualizados según su entorno institucional, tales principios pueden contribuir a reforzar su legitimidad sin menoscabar su autonomía funcional; es decir, pueden ser concebidos como principios análogos a los de Derecho administrativo.

## 4. REFLEXIONES FINALES

El concepto de regulación ha experimentado una evolución significativa: de una noción cerrada y centrada en el Estado, ha pasado a concebirse como un fenómeno más abierto y plural. Históricamente, la regulación se asociaba a decisiones de política pública ejecutadas mediante mecanismos jerárquicos de tipo *command-and-control*. Sin embargo, en la actualidad, se reconoce cada vez más, desde un enfoque funcional, que la regulación puede ser ejercida por actores no estatales, cuando produce efectos en la esfera pública. Existe regulación *de facto* incluso en ausencia de legitimación democrática formal, pues los destinatarios a menudo acatan normas no vinculantes por razones pragmáticas (por ejemplo, debido a la autoridad técnica

[82] Véase Joana Mendes e Ingo Venzke, quienes definen los "activos de legitimidad" como "los recursos argumentativos que un actor institucional puede invocar en apoyo de su autoridad".

que se atribuye a ciertos estándares internacionales o a las calificaciones crediticias). En estos contextos, el cumplimiento no se impone mediante un mandato soberano, sino que surge de forma orgánica a partir de la confianza en el conocimiento experto, por motivos esencialmente prácticos (como sucede, por ejemplo, con los estándares internacionales sobre productos, o con calificaciones que los Estados siguen por considerar que los actores no estatales poseen el conocimiento técnico más sólido).

En segundo lugar, el panorama doctrinal que busca definir la regulación se encuentra altamente fragmentado. Las definiciones varían considerablemente entre disciplinas (desde la economía y el Derecho hasta la ciencia política y otras áreas) y no existe un consenso consolidado. Esta maleabilidad conceptual se refleja en nuevas estrategias regulatorias, como la regulación responsiva, en la que actores no estatales participan junto a autoridades públicas. En los actuales contextos de gobernanza regulatoria, un enfoque multidisciplinar ofrece el marco más prometedor para comprender las interacciones regulatorias transnacionales, multinivel y protagonizadas por actores públicos, privados e híbridos.

En tercer lugar, adoptar una aproximación funcional[83] a la regulación revela una relación estrecha con el Derecho administrativo. La capacidad del Derecho administrativo para adaptarse a nuevas formas de gobernanza ha estado impulsada, en parte, por la emergencia de actores regulatorios no convencionales. A medida que los actores privados asumen funciones tradicionalmente reservadas a las instituciones públicas (frecuentemente con implicaciones de Derecho público) el Derecho administrativo se ha visto compelido a evolucionar. Esta transformación ha dado lugar a lo que podría denominarse un nuevo Derecho administrativo, que coexiste con modelos tradicionales como los "procedimientos de primera generación"[84]. Desde una perspectiva funcional, actividades que antes estaban reservadas al Derecho público son desempeñadas por actores privados, muchas veces sin estar sometidos a

---

[83] Para una aproximación al Derecho administrativo en la doctrina española véase, entre otros: Francisco VELASCO CABALLERO, "Introducción al Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO *et al.* (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 48-49. José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho público: una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre-diciembre de 2012, pp. 11-40 (p. 34). Javier BARNÉS, "La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo", en Ana M. VAQUER CABALLERÍA, Antonio MORENO MOLINA y Antonio DESCALZO GONZÁLEZ (eds.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 213-249.

[84] "Los procedimientos de primera generación promueven resultados acordes con los mandatos legales y dentro de los límites de la autoridad conferida a quienes ejercen el poder. Los procedimientos de segunda generación procuran reglas simples para regular la actuación ejecutiva en el marco de una administración jerárquica. Los procedimientos de tercera generación en la formulación e implementación de políticas canalizan directamente nuevas necesidades derivadas de los modelos contemporáneos de gobernanza. Las dos primeras generaciones podrían representarse como estructuras lineales o escalonadas. Una red compleja o entrelazada podría representar la tercera". Véase Javier BARNES, "Three Generations of Administrative Procedures", en Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH y Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2.ª ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017 (p. 343).

las mismas garantías jurídicas. El auge de la gobernanza regulatoria ha estimulado y acelerado esta evolución. La doctrina administrativista ha abordado este fenómeno con rigor. Nuevos marcos teóricos, como el Derecho Administrativo Global, han surgido para abordar los déficits de legitimidad propios de la regulación transnacional y multiactor. El GAL pretende trasladar al plano global los principios procedimentales del Derecho administrativo (como la transparencia, la participación y la rendición de cuentas). Estos principios han sido aplicados a organismos reguladores globales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional[85]. No obstante, recordemos, como advierten Kingsbury, Mendes y Venzke, la aplicación de los principios del GAL puede generar efectos no deseados y no siempre logra resolver los desafíos normativos más profundos vinculados a la legitimidad.

En este contexto, se han explorado formas alternativas de legitimidad. Una de ellas es la teoría de la autoridad relativa [*relative authority*], que propone evaluar la legitimidad de los actores regulatorios en función de su inclusividad, especialización funcional y capacidad para proteger derechos. Estos criterios operan como activos de legitimidad, es decir, como recursos argumentativos que pueden justificar la autoridad de quienes dictan normas, incluso en ausencia de autorización formal en el Derecho público.

En suma, el panorama contemporáneo de la regulación ha puesto de relieve, y al mismo tiempo ha reforzado, la capacidad adaptativa del Derecho administrativo. Lejos de haber sido desplazado, el Derecho administrativo ha expandido su ámbito hacia "nuevas fronteras", en respuesta a la difusión de la autoridad regulatoria y a la diversificación de los actores regulatorios[86]. Regulación y Derecho administrativo se han vuelto crecientemente interdependientes. Un Derecho administrativo renovado debe comprender la naturaleza de la regulación en un espacio global, fragmentado y multiactor, si desea mantener su relevancia normativa. Al mismo tiempo, la regulación (en especial cuando es ejercida por actores no estatales) requiere de los principios del Derecho administrativo para salvaguardar el interés público y proteger a los individuos afectados. Esa protección no debe operar únicamente *ex post*, en respuesta a daños ya producidos. Por el contrario, los mecanismos del Derecho público deben adaptarse para incidir *ex ante* en los procesos regulatorios de los actores no estatales, configurándolos de manera que se respeten los valores públicos. Para ello, es preciso ajustar los principios administrativos a las estructuras y lógicas operativas de estos actores, permitiendo una supervisión pública efectiva sin menoscabar su autonomía funcional.

---

[85] Hassane CISSÉ, Daniel D. BRADLOW y Benedict KINGSBURY (eds.), *The World Bank Legal Review: International Financial Institutions and Global Legal Governance*, vol. 3, World Bank Publications, Washington D.C., 2012 (p. 11).

[86] Javier BARNES, "An Expanding Frontier of Administrative Law: The Public Life of Private Actors", *European Public Law*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 595-612.

## 5. BIBLIOGRAFÍA


Robert ALEXY, "On the Concept and the Nature of Law", *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, septiembre de 2008, pp. 281-299.

Larry C. BACKER, "Theorizing Regulatory Governance Within Its Ecology: The Structure of Management in an Age of Globalization", *Contemporary Politics*, vol. 24, núm. 5, 2018, pp. 607-630. DOI: 10.1080/13569775.2018.1452108

Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE, *Understanding Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Javier BARNES, "La vida pública de los sujetos privados, una expansión (cualitativa) del Derecho administrativo", en Ana M. VAQUER CABALLERÍA, Antonio MORENO MOLINA y Antonio DESCALZO GONZÁLEZ (eds.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 213-249.

Javier BARNES, "Three Generations of Administrative Procedures", en Susan ROSE-ACKERMAN, Peter L. LINDSETH y Blake EMERSON (eds.), *Comparative Administrative Law*, 2.ª ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, p. 343.

Javier BARNES, "An Expanding Frontier of Administrative Law: The Public Life of Private Actors", *European Public Law*, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 595-612.

Julia BLACK, "Constitutionalising Self-Regulation", *The Modern Law Review*, vol. 59, núm. 1, enero de 1996, p. 27.

Julia BLACK, "Critical Reflections on Regulation", *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 27, 2002, pp. 1-36

Julia BLACK, "'Says Who?' Liquid Authority and Interpretive Control in Transnational Regulatory Regimes", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 271-300. *https://eprints.lse.ac.uk/68918/1/Black_%27Says%20who%27%20liquid%20authority_author_2017%20LSERO.pdf*

Armin von BOGDANDY, Matthias GOLDMANN e Ingo VENZKE, "From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", *European Journal of International Law*, vol. 28, núm. 1, febrero de 2017, pp. 115-145 (p. 116).

Armin von BOGDANDY, Philipp DANN y Matthias GOLDMANN, "Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities", *German Law Journal*, vol. 9, núm. 11, 2008, pp. 1375-1400.

Armin von BOGDANDY, "The Idea of European Public Law Today", en *The Administrative State*, *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. I, Oxford University Press, Oxford, 2017.

John BRAITHWAITE, "The Regulatory State?", en R.A.W. RHODES, Sarah A. BINDER y Bert A. ROCKMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 408-427, p. 408. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199548460.003.0021.

John BRAITHWAITE y Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 3. Disponible en línea: *http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/06/Global-Business-Regulation.pdf*

Eoin CAROLAN y Deirdre CURTIN, "In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers", en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 53-76. *http://dx.doi.org/10.5040/9781509911943.ch-003*

Sabino CASSESE, *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*. Global Law Press, Sevilla, 2012. Disponible en línea: *http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/02-TheGlobalPolity.pdf*

Sabino CASSESE, "New Paths for Administrative Law: A Manifesto", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, núm. 3, julio de 2012, pp. 603-613.

Hassane CISSÉ, Daniel D. BRADLOW y Benedict KINGSBURY (eds.), *The World Bank Legal Review: International Financial Institutions and Global Legal Governance*, vol. 3, World Bank Publications, Washington D.C., 2012, p. 11.

Hugh COLLINS, "Flipping Wreck: Lex Mercatoria on the Shoals of *Ius Cogens*", en Stefan GRUNDMANN, Florian MÖSLEIN y Karl RIESENHUBER (eds.), *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 385. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780198723202.001.0001

Tom CHRISTIANO, "Authority", Stanford Encyclopedia of Philosophy, entrada publicada por primera vez el 2 de julio de 2004; revisión sustantiva el 11 de enero de 2012. Disponible en: *https://plato.stanford.edu/entries/authority/* Pronto actualización: Tom CHRISTIANO and Stefan SCIARAFFA, "Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de invierno 2025), Edward N. Zalta y Uri Nodelman (eds.), forthcoming URL = <https://plato.stanford.edu/archives/win2025/entries/authority/>.

A. Claire CUTLER, Virginia HAUFLER y Tony PORTER (eds.), *Private Authority and International Affairs*, State University of New York Press, Albany, 1999, prefacio.

Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

Mercè DARNACULLETA GARDELLA, "Autorregulación normativa y Derecho en la globalización", en Mercè DARNACULLETA GARDELLA, Josep ESTEVE PARDO e Indra SPIECKER GEN. DÖHMANN (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Peter DRAHOS (ed.), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, ANU Press, Acton, Australia, 2017, p. 13.

José ESTEVE PARDO, "La extensión del Derecho público: una reacción necesaria", *Revista de Administración Pública*, núm. 189, septiembre-diciembre de 2012, pp. 11-40.

Matthias GOLDMANN, "Public and Private Authority in a Global Setting: The Example of Sovereign Debt Restructuring", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 1, 2018, pp. 331-364, artículo 14. Disponible en: *https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol25/iss1/14*

Jean-Christophe GRAZ, *The Power of Standards: Hybrid Authority and the Globalisation of Services*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019. *https://doi.org/10.1017/9781108759038*

Neil GUNNINGHAM, Peter GRABOSKY con Darren SINCLAIR, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Clarendon, Oxford, 1998.

Neil GUNNINGHAM y Darren SINCLAIR, "Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy", *Law & Social Inquiry*, vol. 24, núm. 4, 1999, pp. 853-896. DOI: 10.1111/j.1747-4469.1999.tb00407.x

Neil GUNNINGHAM y Darren SINCLAIR, "Smart Regulation", en *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Peter DRAHOS (ed.), ANU Press, Acton, Australia, 2017, p. 133. Disponible en línea: *http://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n2304/pdf/ch07.pdf*

H.L.A. HART, *The Concept of Law*, con epílogo editado por Penelope A. BULLOCH y Joseph RAZ, e introducción y notas de Leslie GREEN, Claredon law Series, Oxford, 2012, 3ª ed., (1.ª ed., Londres, Oxford University Press, 1961).

Albert O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1970.

Benedict KINGSBURY, "Frontiers of Global Administrative Law in the 2020s", en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 41–70.

Poul F. KJAER, "From the Private to the Public to the Private? Historicizing the Evolution of Public and Private Authority", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 25, núm. 13, 2018, pp. 3-4.

Hans J. KLEINSTEUBER, "The Internet Between Regulation and Governance", en Christian MÖLLER y Arnaud AMOUROUX (eds.), *The Media Freedom Internet Cookbook*, OSCE, Viena, 2004, p. 64. Disponible en línea: *https://www.osce.org/files/f/documents/b/b/13836.pdf*

Mathias KOENIG-ARCHIBUGI, "Global Regulation", en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 409.

Nico KRISCH, "Liquid Authority in Global Governance", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 237-260 (p. 237).

Bruno LATOUR, *The Making of Law*, Polity Press, Cambridge, UK / Malden, MA, 2010.

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "El Comité de Basilea como poder público global para la armonización normativa bancaria. Implicaciones para el derecho público", en María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ (coord.), *Regulación bancaria: transformaciones y estado de derecho*, 2014, pp. 184-251.

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "Los sujetos del Derecho Público global", en Luis ARROYO JIMÉNEZ; Isaac MARTÍN DELGADO; y Pablo MEIX CERECEDA (dirs.), *Derecho público global: fundamentos, actores y procesos*, Iustel, 2020, pp. 115-157, ISBN 978-84-9890-384-3.

Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ, "Manual de Derecho administrativo", Revista de Derecho Público: Teoría y Método, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2024, pp. 625-649, DOI: 10.37417/ManDerAdm/L25.

David LEVI-FAUR, "The Global Diffusion of Regulatory Capitalism", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 598, marzo de 2005, pp. 12–32.

Giandomenico MAJONE, "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics*, vol. 17, núm. 3, 1994, pp. 77–101.

Joana MENDES e Ingo VENZKE, "Introducing the Idea of Relative Authority", en Joana MENDES e Ingo VENZKE (eds.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp.1-26 Disponible en: *http://dx.doi.org/10.5040/9781509911943.ch-001*

OCDE, "Industry Self-Regulation: Role and Use in Supporting Consumer Interests", *OECD Digital Economy Papers*, núm. 247, OECD Publishing, París, 1 de marzo de 2015. Disponible en: *http://dx.doi.org/10.1787/5js4k1fjqkwh-en*

Anthony I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Hart, Oxford, 2004.

Anthony I. OGUS, "Rethinking Self-Regulation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, pp. 97-108.

Juli PONCE SOLÉ, "El fracaso de la administración garante. Mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las administraciones públicas, el derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58, 2021, p.2.

Nicole ROUGHAN, *Authorities: Conflicts, Cooperation, and Transnational Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Susanne SCHALLER, "The Democratic Legitimacy of Private Governance. An Analysis of the Ethical Trading Initiative", *INEF Report*, núm. 91/2007, Institute for Development and Peace, Universidad de Duisburgo-Essen, Duisburgo, 2007. Disponible en línea: *https://ciaotest.cc.columbia.edu/wps/idp/0001309/0001309.pdf*

Héctor IGLESIAS SEVILLANO, *Derecho Administrativo Global: Una teoría normativa*, Aranzadi, 1.ª ed., 2020, 352 pp.

Scott J. SHAPIRO, "Authority", en Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO (eds.); editor asociado Kenneth Einar HIMMA, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 383-439. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199270972.013.0010

Colin SCOTT, "Independent Regulators", en Mark BOVENS, Robert E. GOODIN y Thomas SCHILLEMANS (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 475.

Richard B. STEWART, "Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation and Responsiveness", *American Journal of International Law*, vol. 108, núm. 2, abril de 2014, pp. 211-270.

Richard B. STEWART, "State Regulatory Capacity and Administrative Law and Governance under Globalization", *IILJ Working Paper* 2016/1 (MegaReg Series), disponible en: *https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Stewart-State-Regulatory-Capacity-and-Administrative-Law-and-Governance-under-Globalization-IILJ-WP-2016_1-MegaReg.pdf*

*Max WEBER, Economy and Society: A New Translation*, Keith TRIBE (trad.), Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2019, p. 472.

Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK, en Jason N. E. VARUHAS y Shona WILSON STARK (eds.), *The Frontiers of Public Law*, "Introduction: The Frontiers of Public Law", Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 1-16.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Introducción al Derecho administrativo", en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO *et al.* (eds.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 48-49.

Cento VELJANOVSKI, "Economic Approaches to Regulation", en Robert BALDWIN, Martin CAVE y Martin LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 18-35.

Jeremy WALDRON, "Can There Be a Democratic Jurisprudence?", *New York University School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 08-35, 2008. Disponible en SSRN: *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1280923*. Traducido por mí al castellano en Francisco M. MORA SIFUENTES (ed.), *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica*, 2.ª ed., Fontamara, México, 2017, pp. 237-284.

Michael ZÜRN, "From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: A Reflexive Approach", *International Theory*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 261–285. DOI: 10.1017/S1752971916000270.

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 7-31
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3161
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Nuria Magaldi
ISSN: 2695-7191
Recibido: 01/09/2025 | Aceptado: 03/12/2025

# SESGO IDEOLÓGICO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA. UN ANÁLISIS DE CASO EN DERECHO LINGUÍSTICO

## IDEOLOGICAL BIAS AND LEGAL RESEARCH. A CASE STUDY IN LANGUAGE LAW

Nuria Magaldi
Universidad de Córdoba*

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la posible existencia de sesgos ideológicos en la investigación jurídico-pública, tanto en el momento de la elección del tema de estudio (elemento volitivo) como durante el proceso mismo de la investigación (elemento cognitivo). A tal efecto, se realiza, en primer lugar, un planteamiento teórico de la cuestión para, posteriormente, contrastar su validez en un concreto ámbito de estudio jurídico-público, como es la investigación sobre derechos lingüísticos en España.

**PALABRAS CLAVE:** sesgos; sesgo ideológico; sesgo del *statu quo*; comportamientos gregarios; sesgo estético; investigación en derecho público; derechos linguísticos

**ABSTRACT:** This paper analyses the potential existence of ideological biases in public law research, both at the time of choosing the topic (volitional element) and during the research process itself (cognitive element). To do so, the author first presents a theoretical approach to the topic and then examines its validity in a specific area of public law research: the research on linguistic rights in Spain.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco de los proyectos "La Nueva Seguridad pública, Derecho Administrativo Sancionador y Estado de Derecho en Europa" (Junta de Andalucía Proyecto de Excelencia 00903) y "La Administración sancionadora de la Unión Europea" (Ministerio de Ciencia e Innovación, MCIN/AEI 10.13039/501100011033/FEDER, UE).

**KEYWORDS:** biases; ideological bias; *statu quo* bias; herd behaviours; aesthetic bias; public law research; linguistic rights

**SUMARIO:** PREMISA: QUÉ ES Y QUÉ NO ES ESTE TRABAJO.— 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LOS SESGOS IDEOLÓGICOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: 2.1. La ideología como sesgo volitivo: la elección del tema objeto de investigación; 2.2. La ideología como sesgo en la construcción del conocimiento.— 3. UN ANÁLISIS DE CASO: LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN MATERIA DE DERECHO LINGÜÍSTICO EN ESPAÑA: 3.1. El sesgo (volitivo) de selección: ¿quién se ocupa de derecho lingüístico en España? 3.2. Los sesgos cognitivos en la investigación sobre derecho lingüístico en España: *3.2.1. La investigación sobre derecho lingüístico en España y su sesgo a favor de los derechos lingüísticos en las lenguas cooficiales; 3.2.2. El caso de las investigaciones sobre la imposición de obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales y de consumo*.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

## PREMISA: QUÉ ES Y QUÉ NO ES ESTE TRABAJO

Este trabajo tiene su origen en la comunicación que presenté al *Seminario Teoría y Método del Derecho público (STEM)* celebrado el 29 de noviembre de 2024 en la Universitat de Girona. Por invitación de la profesora Mercè Darnaculleta traté en ella de analizar la posible existencia de sesgos ideológicos en la investigación jurídica y lo hice, también a sugerencia suya, buscando un ámbito de estudio concreto —un ejemplo particular— que me pudiera servir como elemento de contraste para confirmar o refutar, en la medida de lo posible, mis posiciones teóricas. Ciertamente, la responsabilidad sobre la elección del derecho lingüístico como ámbito concreto para ese ejercicio de contraste es enteramente mía, pero fue su sugerente propuesta lo que me permitió sin duda ordenar sistemáticamente algunas ideas e intuiciones que me rondaban por la cabeza desde que inicié mis estudios en materia lingüística en el año 2012.

Soy plenamente consciente de que buena parte del presente trabajo es especulación cuya verificación en la realidad es un trabajo que todavía está pendiente y que va más allá de las herramientas e instrumentos propios del jurista. Mi objetivo es, en este sentido, mucho más modesto: pretendo ofrecer una posible explicación (de entre otras, también teóricamente posibles) a la situación que se observa en España en un concreto ámbito de la investigación jurídica como es el derecho lingüístico. En este sentido, la explicación que ofrezco apunta, sintéticamente, a la posible existencia de sesgos ideológicos en las investigaciones sobre derecho lingüístico en nuestro país.

Por otra parte, debo advertir también que el lector no encontrará, en estas páginas, un estudio completo y acabado de derecho lingüístico. Las referencias que, en la segunda parte del texto, se harán a las obligaciones lingüísticas en el ámbito de las relaciones comerciales y de consumo buscan simplemente ofrecer un ejemplo, muy concreto, de posible sesgo ideológico en parte de la doctrina científica que en España se ha ocupado de ellas. Y precisamente por ello —porque no es el objeto ni el propósito de este trabajo— no se abordan cuestiones como, entre otras, las tensiones entre normalización lingüística y libertad de empresa, o las sentencias del Tribunal

Constitucional en relación con las obligaciones lingüísticas reguladas en el Código de Consumo de Cataluña[1].

## 1. INTRODUCCIÓN

En la actividad de cualquier investigador —también, pues, de un investigador jurídico— encontramos actuaciones cognitivas y actuaciones volitivas. Las actuaciones cognitivas o epistemológicas se relacionan con la pregunta *¿qué puedo saber?*, mientras que las actuaciones volitivas se vinculan, más bien, a la cuestión *¿cómo debo actuar?*

Una actuación volitiva sería, por ejemplo, la decisión sobre lo que vamos a investigar; esto es, la elección sobre el tema de nuestra investigación, pero también sobre cuánto queremos profundizar en él, cuál será la extensión de dicha investigación o la metodología que vamos a utilizar. Una actuación cognitiva, por su parte, sería la relativa a la forma en que construimos el conocimiento, al modo en que entendemos la realidad, a las reglas de validación del conocimiento que utilizamos (esto es, lo que podemos dar por cierto y lo que no, lo que aceptamos como verdadero y lo que rechazamos como falso).

En toda investigación —también, pues, en la investigación jurídica— pueden existir sesgos en relación con ambos tipos de actuaciones, las cognitivas y las volitivas. Así, habrá determinados elementos que podrán influir en nuestra voluntad, en cómo tomamos nuestras decisiones sobre la investigación, y entonces hablaremos de sesgos volitivos. Por otro lado, habrá también determinados elementos que podrán influir en nuestro conocimiento, en cómo percibimos la realidad o cómo construimos lo que creemos saber de ella, y entonces hablaremos de sesgos cognitivos[2].

Ambos tipos de sesgos pueden ser conscientes o inconscientes. Pero lo más interesante es que algunos de los elementos que provocan tales sesgos tiene un carácter anfibológico, lo que dará lugar, en esencia, a que puedan actuar como sesgos volitivos y como sesgos cognitivos. Un ejemplo clásico podría ser el interés crematístico. Como explica Alfaro Águila, en ocasiones el investigador elige determinadas cuestiones para estudiar porque le satisfacen económicamente, porque sabe que son los temas que

---

[1] Cuestiones de las que me he ocupado en otros trabajos. Cfr. Nuria Magaldi, "De nuevo sobre las obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales entre privados. A propósito de la regulación del Código de Consumo de Cataluña en materia lingüística", *Revista General de Derecho Administrativo* 35, 2014, pp. 1-34, Nuria Magaldi, "Obligaciones lingüísticas y comercio", en Santiago Muñoz Machado (dir.), Manuel Rebollo Puig (coord.), *El Derecho de la Regulación Económica*. *Vol. 9: Comercio interior*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 1311-1348 y Nuria Magaldi, "Público y privado en el régimen lingüístico del aranés", en Antonio Ezquerra Huerva (dir.), *Estudios jurídicos sobre el régimen especial de Arán,* ed. Aranzadi (Karnov), 2026, en prensa.

[2] Un estudio teórico sobre los tipos de sesgos lo encontramos en el trabajo, recientemente publicado, de Oriol Mir Puigpelat, "Los sesgos en la investigación del Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 12, 2025, pp. 7-42, al que nos remitimos *in totum*. No obstante, en este trabajo se ha optado por una clasificación distinta de los sesgos, pero que resulta especialmente útil para adentrarse en las particularidades de los sesgos ideológicos.

interesan, por ejemplo, a los abogados en ejercicio, a las grandes empresas privadas o a determinados organismos públicos (lo que este autor denomina sesgo de selección). Pero, además, el investigador también puede escribir sobre estos temas en el sentido que interesa a los actores con más medios e influencia, construyendo el conocimiento y llegando a ciertas conclusiones en un determinado sentido, con el objetivo, también, de obtener satisfacción económica[3]. En el primer caso podríamos hablar de sesgo volitivo; en el segundo, de sesgo cognitivo. Y en ambos casos pueden ser conscientes o inconscientes.

Lo mismo ocurre con otro sesgo clásico, el denominado sesgo del *statu quo.* Como señala Doménech Pascual, los individuos tendemos, consciente o inconscientemente, a dejar inalterada la situación existente (esto es, a mantener el *statu quo*) porque cambiar las cosas en el mundo real entraña costes y puede generar emociones negativas, ya sea al decidir o en un momento posterior[4]. Esta resistencia al cambio puede a su vez dar lugar tanto a sesgos volitivos como a sesgos cognitivos. Así, en ocasiones elegimos una y otra vez trabajar sobre un mismo tema, porque ello nos permite mantenernos en nuestra zona de *confort*, mientras que enfrentarnos a nuevos temas de investigación entraña costes (entre otros, de tiempo). Pero, además, con frecuencia nuestra forma de construir el conocimiento tiende también a privilegiar el *statu quo* frente al cambio. Ello explicaría, por ejemplo, que se siga manteniendo que el sistema de responsabilidad patrimonial en España es un sistema objetivo o que se continúe identificando servicio público con monopolio.

Otro ejemplo, que es el que se desarrollará en este trabajo, sería el elemento ideológico. La ideología, al igual que el interés crematístico o la resistencia al cambio, puede actuar como base para generar un sesgo volitivo, en el sentido de afectar a cómo tomamos ciertas decisiones relacionadas con la investigación (por ejemplo, la elección del tema de investigación)[5]. Pero, además, la ideología puede también conformar un sesgo cognitivo, al actuar sobre cómo construimos el conocimiento y cómo nos acercamos al conocimiento de la realidad; en nuestro caso, de la realidad jurídica.

Antes de pasar a desarrollar, propiamente, el objeto de este trabajo, considero necesario insistir en una cuestión. En mi opinión, un estudio certero de los sesgos en la investigación jurídica (y de los sesgos ideológicos en particular) requeriría contar con un análisis cuantitativo a partir del cual extraer conclusiones cualitativas. Es decir, habría que diseñar e implementar una herramienta de investigación social (preferentemente una encuesta; tal vez entrevistas cualitativas) y, posteriormente, interpretar los resultados obtenidos. Es lo que hicieron, hace algunos años, Chilton y Posner

---

[3] Jesús Alfaro Águila-Real, "Sesgos crematísticos en la investigación jurídica", en *https://almacendederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica*, p. 1.

[4] Gabriel Doménech Pascual, "Que innoven ellos", *InDret. Revista para el análisis del derecho* 2, 2016, pp. 5-6. En el mismo sentido también Santiago José Cavanillas Múgica, "Los sesgos del jurista (Una lección inaugural de curso)", *Zona Bolonia*, 23 de septiembre de 2016, p. 2.

[5] En este sentido, Jesús Alfaro Águila-Real (2016: 10) refiere lo que él denomina sesgo de selección a la elección, por parte del investigador, de los temas de estudio "cuyos resultados le satisfacen *ideológica* o económicamente" (la cursiva es nuestra).

en un trabajo titulado "An empirical study of political bias in legal scholarship", publicado en el *Journal of Legal Studies*[6]. Estos autores elaboraron e implementaron una encuesta y demostraron, utilizando métodos estadísticos, que, al menos en Estados Unidos, existe una vinculación entre ideología política e investigación jurídica. O, dicho con otras palabras, una correlación, estadísticamente significativa, entre la ideología de los profesores de las facultades de derecho americanas y la posición ideológica de los resultados de su investigación jurídica. No contando con una encuesta similar de la que poder extraer datos verificados, debo advertir ya por adelantado que las reflexiones y afirmaciones que aquí se realizarán son, simplemente, reflexiones y afirmaciones de carácter especulativo que, al menos de momento, no han podido ser testadas empíricamente en nuestro país.

Sea como fuere, y dado que, como señalé anteriormente, los sesgos pueden ser tanto conscientes como inconscientes, es perfectamente posible, e incluso probable, que algunas de estas reflexiones y afirmaciones (quién sabe si todas) no sean sino el producto de los sesgos de su autora, incluidos los ideológicos.

## 2. LOS SESGOS IDEOLÓGICOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

### 2.1. La ideología como sesgo volitivo. En especial, la elección del tema objeto de investigación

Los motivos por los que elegimos unos temas u otros de investigación son múltiples. El interés personal, la simple curiosidad intelectual, el encargo académico de algún colega, la propuesta de alguien con más experiencia que nosotros, algún fenómeno de la realidad que despierta nuestra curiosidad o la necesidad de obtener financiación de programas públicos que fomentan determinados temas que están en la agenda política, entre otros[7]. También son múltiples los motivos por los que

---

[6] Adam S. Chilton/ Eric A. Posner, "An empirical study of political bias in legal scholarship", *Journal of Legal Studies* 44 (2), 2015. La preocupación por cuantificar la ideología política del profesorado en las instituciones de educación superior americanas ha sido una constante desde los años sesenta del siglo pasado, cuando se hicieron los primeros estudios. Puede verse una síntesis de los distintos análisis llevados a cabo en Stanley Rothman/ S. Robert Lichter/ Neil Nevitte, "Politics and Professional Advancement Among College Faculty", *The Forum* vol. 3 (1), 2005, pp. 1-3. Estos autores, por su parte, retomando dichos trabajos anteriores y utilizando los datos obtenidos en 1999 por la *North American Academic Study Survey* en un total de 183 universidades y colleges americanos, realizaron un nuevo estudio para tratar de determinar si podía afirmarse empíricamente la preponderancia de profesorado progresista (*liberal/ left to center*) en las instituciones de educación superior americanas, y si ello determinaba a su vez una mayor dificultad de promoción profesional para el profesorado conservador (*right to center*), con resultados afirmativos.

[7] Sobre algunos de ellos llama la atención Jorge Agudo González, "De la libertad investigadora al activismo académico", *Almacén de Derecho*, 1 de julio de 2024. Así, dicho autor identifica diversos orígenes como posibles injerencias en la investigación jurídica y menciona, entre ellos, el origen institucional o académico (es decir, el hecho de que, al menos al principio, la carrera académica depende de quiénes están por encima y marcan o delimitan nuestros ámbitos de estudio) y el origen administrativo-

no elegimos un tema de investigación: porque creemos que no interesará a nadie, porque creemos que no será apreciado por nuestra comunidad científica, porque es un tema que ya hemos tratado anteriormente y volver a trabajar sobre él perjudica el desarrollo de nuestra carrera académica (por ejemplo, la variedad de temas de investigación es valorada positivamente por las agencias de acreditación) o, igual que antes, porque algún colega o alguien con más experiencia que nosotros nos dice que no lo elijamos. Lo que importa ahora destacar es que los motivos de nuestra elección pueden ser muchos, pero siempre se trata de eso, de una elección, de un ejercicio de nuestra voluntad, de un acto volitivo.

También nuestras creencias o convicciones ideológicas pueden, en ocasiones, llevarnos a escoger (o a descartar) un determinado tema de investigación. *A priori*, y sin perjuicio de lo que después diré, la elección del tema por motivos ideológicos es legítima y no tiene por qué desvirtuar los resultados que se obtengan en la investigación[8].

Ello no significa que la selección de los temas de investigación sea una cuestión neutra o baladí en el nivel epistemológico. Todo lo contrario. En primer lugar, puede ser determinante en la construcción teórica de una disciplina jurídica. Así lo cree, por ejemplo, Vaquer Caballería, quien sostiene que la preferencia de la doctrina jurídico-administrativa por ciertos sectores en lugar de otros puede contribuir a construir un derecho administrativo en el que primen ciertos valores (y no otros) en la comprensión de esta materia. Tal sería el caso, por ejemplo, de la preponderancia actual que este autor percibe de estudios sobre derecho administrativo económico y sobre servicios económicos de interés general en detrimento de investigaciones sobre servicios a las personas, que puede desembocar en una concepción sesgada de la actividad prestacional o del servicio público[9].

---

burocrático (esto es, las limitaciones que suponen los temas considerados prioritarios en cada momento por el poder público y, como tales, los más fácilmente susceptibles de financiación en las convocatorias de proyectos de investigación). Sobre la limitación de la libertad de elección de los temas de investigación como consecuencia de la necesidad de concurrir a convocatorias públicas para obtener financiación llamaba también la atención M. Mercè Darnaculleta Gardella, "Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general", en Fernando López Ramón/ Ricardo Rivero Ortega/ Marcos Fernando Pablo (coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2018, p. 261.

[8] Cfr. Alan Sokal, "How ideology threatens to corrupt science", *The Critic*, 22 de mayo 2024, p. 2 y Tarunabh Khaitan, "On scholactivism in constitutional studies: skeptical thoughts", *International Journal of Constitutional Law* vol. 20 (2), 2022, pp. 548 y 555. Asimismo, varios de los autores que participaron en el hilo de debate abierto por *Verfassungsblog* a raíz, precisamente, del trabajo de Khaitan sobre activismo académico son, también, de la misma opinión. Cfr. Adrienne Stone, "A defence of Scholactivism", *Verfassungsblog* 22 de agosto de 2022, p. 1; Vicki C. Jackson, "Scholarly responsibilities and public writing", *Verfassungsblog* 23 de agosto 2022, p. 2; Martin Sheinin, "Activism is not the problem", *Verfassungsblog* 24 de agosto 2022, p. 2; Thomas Bustamante, "Academic Roles, Political Freedoms and Practical Abilities, *Verfassungsblog*, 22 de agosto 2022, pp. 2 y 4.

[9] Marcos Vaquer Caballería, "El humanismo del Derecho administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública* 222, 2023, pp. 58-59, señalando que los servicios públicos como la educación, la cultura, la sanidad o los servicios sociales tienen por objeto necesidades existenciales de la persona, contribuyendo así al libre desarrollo de la personalidad y conectando directamente con su dignidad. En consecuencia, su estudio supone realzar un derecho administrativo inspirado por estos

En segundo lugar, puede ocurrir que un determinado tema de investigación solo sea elegido, o lo sea mayoritariamente, por personas de una determinada tendencia ideológica. Esta situación genera, a su vez, diversas situaciones de riesgo. Así, cuanta más gente de la misma ideología trate un tema, más difícil será que personas con ideología distinta elijan ese tema para su investigación. Ello puede explicarse en clave de los denominados comportamientos gregarios (*herd behaviours*), esto es, la tendencia de los individuos a imitar las acciones previamente realizadas por otros, incluso cuando ello no produzca los resultados deseables para el bienestar del conjunto de todos ellos[10]. Una tendencia que también se observa en la ciencia en general, y en los estudios jurídicos en particular[11].

Estos comportamientos gregarios pueden llevarnos a elegir tendencialmente aquellos temas de investigación que eligen "los nuestros". Y, a la inversa, a evitar aquellos temas de investigación que eligen "los otros". Ello también ocurre —quizás, incluso, ocurre especialmente— en aquellos casos en los que la dicotomía "los nuestros/los otros" se basa en un elemento ideológico. Sobre todo, si ese elemento ideológico determina no solo el tema elegido, sino también los futuros resultados de la investigación. Dicho en otras palabras: si quienes eligen un determinado tema de investigación tienen, mayoritariamente, una cierta ideología y los resultados a los que llegan, cuando tratan dicho tema, apuntan, mayoritariamente, en una misma dirección, entonces es poco probable que alguien de otra ideología, que crea que llegaría a conclusiones diversas si tratase ese tema, decida escogerlo como tema de investigación.

El resultado es que hay temas que habitualmente solo tratarán personas con una cierta ideología, mientras ese mismo tema será ignorado por el resto de la doctrina jurídica. Cuanto más se perpetúe esta situación, más difícil será que investigadores con otra ideología sientan interés en analizar y estudiar ese tema concreto, que acabará reducido *de facto* a un ámbito de investigación casi exclusivo de un cierto sector ideológico.

Por otra parte, si solo los investigadores de una determinada ideología tratan un determinado tema, también se corre el riesgo de que el conocimiento de esa parcela de la realidad jurídica se acabe construyendo solo desde una única perspectiva, perdiéndose la visión pluralista. El compromiso científico es, en realidad, un com-

---

valores y, en sentido contrario, dejarlos de lado como objeto de estudio implica colocar dichos valores en un segundo plano.

[10] Gabriel Doménech Pascual (2016: 7), quien afirma que "basta pensar en los temas, los conceptos y las teorías que por circunstancias muchas veces triviales o espurias se ponen de moda y que suscitan entre la comunidad científica una atención a todas luces excesiva".

[11] En este sentido, ha señalado recientemente Queralt que, aún a falta de estudios para poder hablar de una evidencia concluyente, sí "resulta evidente si uno revisa las principales revistas de humanidades y ciencias sociales (…) el predominio abrumador de artículos sobre temas alineados con la izquierda: fiscalidad progresiva, fronteras abiertas y democratización de las empresas, por mencionar unos cuantos. Lo mismo ocurre con los proyectos de investigación". Cfr. Yahel Queralt, "¿Son las universidades un nido de profesores izquierdistas?, *El País*, 14 de julio 2025 (*https://elpais.com/ideas/2025-07-14/son-las-universidades-un-nido-de-profesores-izquierdistas.html*).

promiso en favor del escepticismo y de la permanente revisabilidad: un investigador debe estar permanentemente abierto a la posibilidad de que sus hipótesis puedan ser desmentidas o rebatidas[12]. Y lo cierto es que cuando la gente piensa de la misma manera tiende a no examinar críticamente lo que dice el otro (porque equivale a revisar críticamente lo que dice uno mismo); no, al menos, con la misma intensidad con la que analizamos las afirmaciones de quienes creemos nuestros oponentes[13]. Como también ha afirmado recientemente Queralt (2025), en el avance del conocimiento "no hay mejor manera de reforzar la defensa de una idea, ya sea el impuesto de sucesiones o la baja por paternidad igualitaria y obligatoria, que discutiendo con quienes la cuestionan desde la raíz"[14].

## 2.2. La ideología como sesgo en la construcción del conocimiento

Ya hemos visto, por lo tanto, que un investigador jurídico puede verse influido por sus convicciones ideológicas en la selección de temas (consciente o inconscientemente) y que ello es legítimo, aunque no está exento de riesgos. En cualquier caso, lo que sí es importante es dejar sentado que esos valores ideológicos deben ser cuidadosamente dejados de lado a la hora de emprender y desarrollar la investigación. En este sentido, Sokal apunta que los investigadores "estamos moral e intelectualmente obligados a seguir las evidencias nos lleven donde nos lleven, con independencia de —o, sobre todo, si— estas entran en conflicto con nuestras preconcepciones o deseos" (Sokal, 2024: 2)[15].

Ahora bien, como también sabemos, la forma en que construimos la realidad y llegamos al conocimiento de la verdad puede verse distorsionada por sesgos cognitivos. En este sentido, es conocido que todas las personas, también los investigadores, tendemos, inconscientemente, a buscar y usar la información de manera que confirme nuestras creencias, expectativas e hipótesis preexistentes, interpretando de manera consistente con estas las nuevas evidencias y eludiendo, desechando o considerando equivocadas, no fiables o no representativas las contrarias (Doménech Pascual, 2016: 7).

---

[12] Tarunabh Khaitan (2022: 553-554); Vicki C. Jackson (2022: 1). Entre nosotros llamó la atención al respecto Francisco José Rodríguez Pontón, "La credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico", en Francisco José Rodríguez Pontón (coord.), In*vestigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales*, Publicaciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012, pp. 26 y 32.

[13] Leonid Sirota, "More and better. Intellectual diversity as a Response to Scholactivism", *Verfassungsblog* 23 de agosto 2022, p. 2. En el mismo sentido también Cory J. Clark *and alt*, "Taboos and Self-censorship Among U.S. Psychology Professors", *Perspectives on Psychological Science*, 2024, p. 1, para quienes es, precisamente, el conflicto y la competición lo que lleva al progreso científico, motivando a los académicos a seguir adelante con sus argumentos más persuasivos.

[14] Y concluye que "en filosofía, al menos, sabemos por Sócrates, John Stuart Mill y Karl Popper que el disenso no es una amenaza para el pensamiento, sino su condición de posibilidad".

[15] Aunque Sokal es un matemático, sus reflexiones incluyen, pues así lo indica expresamente, a los científicos sociales, por lo que creo que podemos extenderlas también a los investigadores jurídicos. En el ámbito jurídico-público cfr. Francisco José Rodríguez Pontón (2012: 31 y 39).

Este fenómeno psicológico, conocido como sesgo de la confirmación, se relaciona con la manera en que los seres humanos procesan la información y designa su querencia a mantener una determinada posición incluso cuando la información obtenida posteriormente la contradice (Doménech Pascual, 2016: 7). Parece lógico pensar que aquí la ideología jugará un papel relevante, puesto que las convicciones ideológico-políticas son una parte importante (no la única, ciertamente) del conjunto de creencias que caracterizan a cada persona. Todos tenemos una tendencia a ver el mundo de acuerdo con nuestras opiniones y convicciones, incluyendo las ideológicas, y ello es predicable también de los investigadores en general, y de los investigadores jurídicos en particular.

Ya hemos dicho antes que el hecho de que un tema sea elegido mayoritariamente por aquellos investigadores con una determinada ideología dificulta la entrada de otros investigadores en ese campo de estudio; es decir, hace que quienes tienen una ideología distinta probablemente descarten trabajar e investigar ese tema. Pero este no sería el único riesgo.

Además, quienes decidan tratar y estudiar ese tema es muy posible que puedan verse en cierto modo constreñidos a hacerlo en un determinado sentido (el mayoritario, ideológicamente hablando), en ocasiones incluso aunque no coincida con su posición ideológica. En efecto, como señalamos anteriormente, los temas investigados solo por quienes tienen una misma ideología es posible que sean estudiados y analizados adoptando unos mismos postulados de partida y alcanzando unas conclusiones muy similares. Como resultado, con el tiempo cada vez será más difícil que surja, en relación con estos temas, una construcción del conocimiento que lleve a resultados o a posiciones diferentes, lo que podría poner en peligro el avance mismo del conocimiento que, como es sabido, demanda discusión, debate y contraste permanentes y continuos. Como mínimo, estos comportamientos dificultarán enormemente los cambios y las innovaciones, tendiendo más bien a la preservación del *statu quo* (Doménech Pascual, 2016: 9). Al mismo tiempo, cada vez será más probable que se perpetúen errores o imprecisiones, que se asumirán como dogmas sin que nadie entre a discutirlos, haciéndose cada vez más difícil que salgan a la luz los defectos y los problemas de la posición mayoritaria[16].

Todo ello puede explicarse, precisamente, por la tendencia de los individuos a comportarnos gregariamente, a imitar las acciones previamente realizadas por otros. Así, puede ocurrir que, en aquellos ámbitos jurídicos en los que ciertos temas solo son tratados por personas de una determinada ideología, llegándose siempre a unas mismas conclusiones, la presión social para no defender públicamente conclusiones distintas sea elevada o muy elevada. En este sentido, y como ha señalado Doménech Pascual, las personas solemos preferir aquellos cursos de acción conformes con el comportamiento de otros individuos al objeto de "gustarles", obtener su aprobación, colaborar con ellos, labrarnos una buena reputación y evitar ser "castigados" de

[16] Cfr. Gabriel Doménech Pascual, "Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas", *Indret* 1, 2024, p. 419 y, con anterioridad, también en Gabriel Doménech Pascual (2016: 9).

alguna manera por ellos. La intensidad de estos comportamientos gregarios puede depender de múltiples factores, señalando dicho autor, como mínimo, los siguientes: la percepción que uno tenga acerca del grado de consenso existente en el correspondiente grupo social; el grado de contradicción existente entre las opiniones propias y las del grupo; el tamaño y la proximidad del mismo; la relevancia de los intereses en juego, etc. (Doménech Pascual, 2024: 418; Doménech Pascual, 2016: 9) [17].

Las reacciones de los investigadores ante estas situaciones pueden variar. Algunos orientarán los resultados de sus investigaciones sobre esos temas hacia la línea mayoritaria, aunque no sea necesariamente lo que piensan en privado. Es decir, tenderán a "falsificar sus preferencias" porque consideran que es la alternativa más conveniente para su reputación, o la que les permitirá obtener determinados beneficios reputacionales, pero también de financiación, por ejemplo [18].

En otras ocasiones, por el contrario, optarán por no decir nada, por no posicionarse, para de este modo no verse perjudicados en su actividad laboral (por ejemplo, a la hora de participar en convocatorias públicas y obtener financiación, a la hora de ser invitados a cursos y congresos, etc.) o incluso en su vida privada [19]. Y hay que insistir nuevamente en que no siempre serán conscientes de estar obrando así.

En el mencionado estudio de Chilton y Posner, una de las principales conclusiones alcanzadas fue que los investigadores que eran donantes demócratas escribían artículos altamente ideologizados, mientras que los investigadores que eran donantes republicanos escribían artículos más centrados y distribuidos en el espectro ideológico. Los resultados del estudio, por lo tanto, parecían sugerir que, en el ámbito académico estadounidense, los investigadores progresistas están más ideologizados que los investigadores conservadores.

No obstante, los autores ofrecían una explicación alternativa: quizás es el dominio progresista de las facultades de derecho americanas —empíricamente constatado [20]—

---

[17] Sobre estos riesgos advertía también recientemente Juan Pemán Gavín en el texto (inédito) del "Proyecto investigador" presentado para concursar a una plaza de Catedrático en la Universidad de Zaragoza (2022), pp. 27-28. Agradezco a su autor que me haya permitido manejarlo.

[18] Se habla, en este sentido, de "cascadas reputacionales": los individuos actúan de una determinada manera porque infieren de las acciones realizadas previamente por otros sujetos que se trata de la alternativa más conveniente para su reputación, a pesar de que puede no ser la más acorde con sus preferencias personales (entre las que cabría incluir las ideológicas). Cfr. Gabriel Doménech Pascual (2024: 418) y Gabriel Doménech Pascual (2016: 9).

[19] Queralt (2025) habla de una "discriminación percibida" que a menudo adopta la forma de presión para no investigar ciertos temas considerados tabú en el entorno universitario. En esta misma línea debe destacarse, por ejemplo, el reciente estudio empírico (estadístico) de Cory J. Clark *and alt*, "Taboos and Self-censorship Among U.S. Psychology Professors", *Perspectives on Psychological Science*, 2024, pp. 1-24, cuyos resultados muestran un elevado grado de autocensura entre los docentes en las Facultades de Psicología estadounidenses.

[20] Que los profesores de derecho americanos son predominantemente progresistas está empíricamente constatado. Por ejemplo, estudios de 2023 recogen que en torno al 70-80 por 100 de los profesores de las principales facultades de derecho americanas son políticamente de izquierdas; y solo en torno al 10 por 100 se definen como "conservadores", "algo conservadores" o "muy conservadores". Cfr. el gráfico elaborado por Eric Martínez/ Kevin Tobia, "What Do Law Professors Believe About

lo que lleva a los académicos conservadores a ocultar sus posiciones ideológicas en sus estudios, al temer que la doctrina mayoritaria (progresista) los percibirá como conservadores y que, por ello, serán rechazados por editores o colegas o verán dañadas sus posibilidades de promoción, financiación, etc.[21]. La cuestión más espinosa no es que exista el mencionado predominio, sino que, cuando ello ocurre, es altamente probable que los argumentos sesgados no sean combatidos, aunque solo sea por el simple hecho de que son muy pocos los que pueden combatir los argumentos problemáticos. Y, como señala Sirota, es un riesgo aún mayor que los argumentos de esa mayoría, a pesar de proceder de premisas cuestionables aunque incuestionadas, sean tomados por argumentos neutros, mientras que los argumentos de la otra parte, con independencia de lo sólidos que sean, parezcan argumentos sesgados ideológicamente[22].

Pues bien, sobre la base de esta misma idea, podríamos aventurar que haya investigadores que desechen la posibilidad no solo de tratar ciertos temas (sesgo volitivo), sino de plantear explicaciones alternativas de esa parcela de la realidad jurídica (sesgo cognitivo), ante el dominio de un sector ideológico en la elección y el tratamiento científico de dicho tema. Estos comportamientos responderían a lo que la politóloga alemana Elisabeth Noelle-Neumann denominó, ya en los años setenta del siglo pasado, la "espiral del silencio", pero aplicada ahora a la investigación jurídica.

## 3. UN ANÁLISIS DE CASO: LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN MATERIA DE DERECHO LINGÜÍSTICO EN ESPAÑA

Buena parte de cuanto acabo de exponer no deja de ser, como ya advertí en su momento, una mera especulación teórica. Sin análisis empíricos, sin mediciones, no es posible confirmar (ni tampoco refutar) muchas de las afirmaciones realizadas.

---

Law and the Legal Academy?", *The Georgetown Law Journal* 112, 2023, p. 141. Lo mismo afirmaban Chilton y Posner en 2015. cfr. Adam S. Chilton/ Eric A. Posner (2015: 2) y luego en Adam Bonica/ Adam Chilton/ Kyle Rozema/Maya Sen; "The legal Academy´s Ideological Uniformity", *Journal of Legal Studies* vol. 47, 2018, pp. 2-4. Lo mismo parece poder afirmarse, en realidad, respecto del conjunto del profesorado de las instituciones de educación superior estadounidenses. En efecto, según el estudio realizado por Stanley Rothman/ S. Robert Lichter/ Neil Nevitte (2005: 5-9, 12), la orientación política del profesorado universitario en Estados Unidos es tendencialmente de izquierdas (demócrata), y esta preponderancia no se limita a determinadas instituciones (de élite, como a veces se ha sostenido) ni a ciertos ámbitos de conocimiento (las humanidades o las ciencias sociales), sino que es general. De hecho, estos autores observaron en su análisis que dicha tendencia se habría acentuado en comparación con los datos de mediados de los ochenta, mientras que la situación se habría mantenido estable en relación con el público en general. Por su parte, Queralt (2025) ha aludido recientemente a una encuesta interna de *The Harvard Crimson* (2023), según la cual solo el 2 por 100 del profesorado universitario en ese país se identifica como conservador.

[21] Adam S. Chilton/ Eric A. Posner (2015: 18-20). Insiste en esta idea también Queralt (2025), para quien el hecho de que "seguramente haya conservadores en la sombra (…) que deban permanecer ocultos ya es revelador".

[22] Leonid Sirota (2022: 3).

No pretendo, en este trabajo, paliar esta carencia, pues carezco de los conocimientos y de las herramientas adecuadas para ello (no sé diseñar una encuesta ni tengo los medios para implementarla, menos aún para interpretarla). Mucho más modestamente, busco comprobar ahora si alguna de mis propuestas podría ser una de las (posibles) explicaciones de la situación en que se encuentra un concreto ámbito de investigación jurídica en nuestro país. En particular, el ámbito que he tomado como sector de contraste es el relativo al derecho lingüístico.

Se trata de una materia sobre la que se ha escrito e investigado ampliamente en nuestro país, habiéndose generado una abundante literatura científica en las ya casi cinco décadas que han transcurrido desde la promulgación de la Constitución. Este dato no puede extrañar, dada la realidad plurilingüe de nuestro país. La plasmación, en la Constitución y en los correspondientes Estatutos de Autonomía, así como en la normativa de desarrollo de una y otros, de esta realidad plurilingüe genera, como no puede ser de otro modo en el ámbito del derecho, dudas interpretativas, contradicciones normativas o vacíos que hay que colmar. Ciertamente, la producción científica en materia lingüística fue, como es lógico, especialmente abundante durante los primeros años de desarrollo del Estado autonómico, pero el interés se ha mantenido de forma constante en el tiempo, viviendo además un importante resurgir, en relación con la lengua catalana, coincidiendo con el proceso de elaboración y aprobación del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, primero, y con la posterior STC 31/2010, después.

Pero, además, resulta que la materia lingüística está frecuentemente vinculada a ideologías nacionalistas e independentistas. Un hecho incuestionable que, desde luego, no es exclusivo de España ni del momento actual, sino que se remonta al nacionalismo romántico identitario del siglo XIX en el que surgió la identificación entre nación y lengua. Esta circunstancia la convierte en una materia de investigación jurídica especialmente sensible a posibles sesgos ideológicos o, dicho de otro modo, en la que puede haber un mayor riesgo de que caigamos en tales sesgos[23].

[23] Hay que admitir que, en el ámbito del derecho público, son ciertamente numerosos los temas en los que pueda darse, potencialmente, esta cierta tendencia o mayor facilidad a la presencia de sesgos ideológicos. Ello es así por el propio objeto de estudio de la disciplina, por su cercanía con el poder público y con la política, tal y como han puesto de relieve diversos autores. Cfr. Alberto Alemanno, "Why academic Ivory Towerism can´t be the answer", *Verfassungsblog*, 31 de agosto 2022, pp. 2-3; Benoit Mayer, "From intellectual poker to open debate. A more fundamental issue with scholactivism", *Verfassungsblog*, 23 de agosto 2022, p. 1; Thomas Bustamante (2022: 1 y 3); Jan Komarek, "Freedom and Power of European Constitutional Scholarship", *Eu Const* 17, 2021, pp. 423 y 426; John Morijn, "Moving beyond restrictive conceptions of constitutional law scholarship", *Verfassungsblog*, 22 de agosto 2022, p. 1. También es la idea de fondo que late en el trabajo de Liora Lazarus, "Constitutional scholars as constitucional actors", *Federal Law Review* vol. 48 (4), 2020. Estos autores se refieren, con carácter general, al derecho constitucional, pero no encuentro impedimento alguno —más bien al contrario— en trasladar sus reflexiones al ámbito más amplio del derecho público.

### 3.1. El sesgo (volitivo) de selección: ¿quién se ocupa de derecho lingüístico en España?

Preguntémonos, primero, si hay en este ámbito de investigación jurídica un sesgo de selección, esto es, un sesgo en la elección del tema, en el sentido descrito en el apartado 2.1. ¿Quiénes, de entre los *iuspublicistas* españoles, se han dedicado al estudio de la materia lingüística?

Hay una primera respuesta rápida en la que creo que todos podríamos estar de acuerdo. Los estudios en materia de derechos lingüísticos han proliferado en aquellas Comunidades Autónomas con más de una lengua oficial, destacando, a la cabeza, el caso de Cataluña. A este hecho puede darse una explicación lógica. Parece bastante natural que seamos los investigadores de esas Comunidades Autónomas —nosotros mismos bilingües en la mayoría de los casos— quienes mostremos una mayor curiosidad intelectual y una sensibilidad especial por estas cuestiones. Ya lo señalamos en su momento: los motivos por los que escogemos un tema de investigación son múltiples y variados.

Por otro lado, dado que, como apuntábamos antes, en el ideario de los partidos nacionalistas y, en su caso, independentistas sigue presente la idea de que cada nación tiene una lengua, no es de extrañar que para ellos las cuestiones lingüísticas sean una prioridad y una preocupación de primer orden. Por lo tanto, sería también perfectamente plausible que algunos (o muchos) de los investigadores que se ocupan de derechos lingüísticos elijan hacerlo por motivos ideológicos vinculados a su identificación con postulados nacionalistas y/o independentistas.

En todo caso, esta última afirmación no es más que una intuición que no puede, por el momento, ser contrastada. Necesitaríamos una encuesta como la realizada por Posner y Chilton, pero no disponemos de ella. No disponemos, de hecho, ni siquiera de elementos externos tan claramente identificables como en Estados Unidos: allí el principal criterio usado por estos autores para el diseño de su encuesta se basaba en las donaciones realizadas a los partidos demócrata y republicano por parte de los profesores de derecho incluidos en la muestra. Información que, salvo error por nuestra parte, es pública.

Ahora bien, estos autores, en su trabajo, apuntan también a otros elementos que, haciendo la debida traslación, quizás podrían ayudarnos a nosotros. En efecto, Chilton y Posner eran conscientes de que no todo el mundo es donante en campañas políticas; de hecho, el 37 por 100 de los profesores incluidos en su muestra no había contribuido en este tipo de campañas. Obviamente, ello no podía significar que no tuvieran ideología o compromiso político, por lo que decidieron atribuirles una ideología en función de otros parámetros derivados de su *curriculum vitae* y, en general, de su trayectoria personal y académica[24]: si habían tenido algún cargo o responsabili-

[24] Adam S. Chilton/ Eric A. Posner (2015: 16), admitiendo, no obstante, las limitaciones de tales presunciones, pues no es posible identificar plenamente ni con total certeza la ideología de un académico solo teniendo en cuenta su *curriculum vitae* o su trayectoria vital.

dad política previa en algún partido o durante el gobierno de algún partido; si habían ocupado puestos en asociaciones o fundaciones vinculadas a uno u otro partido (la *Federalist Society*, que se asocia a los republicanos, o la *American Constitution Society*, que se asocia a los demócratas); si habían trabajado o colaborado con *think tanks* de uno u otro signo político; etc.

Tomando esta misma idea, pienso que quizás podría ser de utilidad para nosotros analizar si quienes eligen como objeto de investigación los derechos lingüísticos son personas que:

*a)* son o han sido candidatos en listas de partidos políticos nacionalistas o independentistas;

*b)* ocupan o han ocupado cargos políticos durante gobiernos nacionalistas o independentistas;

*c)* han sido nombrados por gobiernos nacionalistas o independentistas (o por parlamentos autonómicos con mayoría nacionalista o independentista) para ocupar puestos en ciertas instituciones relevantes, como podría ser, por ejemplo, el *Consell de Garanties Estatutaries* en el caso de Cataluña;

*d)* forman o han formado parte de asociaciones u organizaciones sociales nacionalistas o independentistas o vinculadas a su entorno;

*e)* reciben o han recibido, de forma reiterada en el tiempo, financiación pública para investigar sobre derechos lingüísticos (ya sea en forma de becas o proyectos de investigación o de apoyo a la publicación de los resultados de la investigación) otorgada por organismos públicos dirigidos por personas elegidas o nombradas por representantes políticos de partidos nacionalistas o independentistas[25].

Por otra parte, la intuición de que quienes se ocupan de derechos lingüísticos son, mayoritariamente, investigadores de ideología nacionalista periférica o independentista quizás podría verse fortalecida si se constatara, además, que las conclusiones a las que llegan, mayoritariamente, son *pro-derechos lingüísticos en la lengua cooficial*. Aclaro aquí que con esta expresión hago, simplemente, una traslación de la terminología que Chilton y Posner utilizan para catalogar los trabajos académicos de su muestra[26]. En todo caso, esta cuestión nos conduce directamente a lo que en el apar-

[25] Un ejemplo paradigmático es el del antiguo *Institut d´Estudis Autonòmics* (hoy reconvertido en el *Institut d´Estudis de l´Autogovern*), que ha jugado tradicionalmente un importante papel en la promoción de los estudios jurídicos sobre los derechos lingüísticos en las lenguas cooficiales. Y ello en, al menos, una triple vertiente: a) en la concesión de becas y ayudas a la investigación en materia de derecho lingüístico; b) en la organización de jornadas y seminarios sobre derecho lingüístico; c) en la publicación de los resultados de la investigación, en los tres casos bajo criterios altamente discrecionales que parecen tener una orientación *pro-derechos lingüísticos en la lengua cooficial* (utilizo aquí una terminología que aclararé seguidamente en texto).

[26] El sistema de codificación utilizado por estos autores relacionaba los resultados de casos con indicadores políticos plausibles. Así, los casos de derecho penal en el que el acusado resulta ser no culpable son considerados como progresistas, mientras que si es el poder público el que gana, lo son como conservadores. En asuntos de derecho civil, si son las mujeres, las personas homosexuales o los

tado anterior he denominado sesgos cognitivos, esto es, sesgos en la construcción del conocimiento y en nuestro acercamiento a la realidad jurídica.

## 3.2. Los sesgos cognitivos en la investigación sobre derecho lingüístico en España

### *3.2.1. La investigación sobre derecho lingüístico en España y su sesgo a favor de los derechos lingüísticos en las lenguas cooficiales*

A la pregunta que dejé planteada al final del epígrafe anterior sí puede ofrecerse una respuesta algo más contundente. Lo cierto es que, como mínimo en los últimos veinticinco años, si no más, son muy pocos los estudios de derecho lingüístico que cuestionan las normativas autonómicas o las prácticas administrativas autonómicas en materia lingüística (sea en el ámbito que sea: desde empleo público a Administración de Justicia o educación, pasando por consumo, comercio o medios de comunicación audiovisual…) y que no son *pro-derechos lingüísticos* en la lengua cooficial. Por el contrario, son abrumadora mayoría los trabajos que defienden el refuerzo de la regulación de la lengua cooficial y propia del territorio, que exigen la ampliación de su esfera de acción y de los derechos lingüísticos de sus hablantes (lo que, aunque casi nunca se mencione, significa muchas veces reclamar también la imposición de más obligaciones lingüísticas a otros ciudadanos) y que, en su caso, critican las decisiones judiciales supuestamente restrictivas de aquellos derechos.

Esta situación que acabo de describir permitiría considerar como probable, o incluso muy probable, la hipótesis que sugerí en el epígrafe anterior. Aquella, según la cual, cuando un determinado tema de investigación solo es elegido, o lo es mayoritariamente, por personas que comparten un mismo sesgo ideológico, cada vez se hace más difícil que personas con otra ideología distinta elijan ese tema para su investigación. Y que quienes en un primer momento lo hubieren elegido desistan de continuar trabajando en esos temas, bien porque pierdan interés, bien porque crean que no les conviene laboral o personalmente, bien por la presión social que puede suponer opinar diferente, bien por la espiral de silencio que se ha creado en torno a ese tema, o bien por la suma de varios de estos factores[27]. El resultado, al final, po-

---

afroamericanos quienes prevalecen, se considera que el resultado es progresista; en caso contrario, conservador. Cuando prevalecen los trabajadores o los consumidores sobre los empleadores o los comerciantes, se califica como progresista; en caso contrario, como conservador. Es decir, ser pro-trabajador o pro-consumidor (anti-*business*) se califica como progresista; ser pro-empleador o pro-*businessman*, por el contrario, se califica como conservador. Cfr. Adam S. Chilton/ Eric A. Posner (2015: 6-7).

[27] Lo cierto es que durante los primeros años de desarrollo de la Constitución de 1978 el derecho lingüístico sí fue un objeto de estudio ideológicamente transversal. A partir de un determinado momento, sin embargo, perdió interés para una parte de aquellos que se habían ocupado del tema; en particular, para quienes habían mostrado una posición menos *pro-derechos lingüísticos en la lengua cooficial* y valorado más críticamente determinadas normas autonómicas en materia lingüística aprobadas durante la década de los años noventa del siglo pasado (me refiero, por ejemplo, a la Ley de Política Lingüística

dría ser que haya temas que habitualmente solo traten personas con un mismo sesgo ideológico, mientras ese mismo tema es ignorado por el resto de la doctrina jurídica.

Una de las posibles consecuencias que podríamos deducir de ello es que, en España, el derecho lingüístico es abordado, mayoritariamente, por investigadores ideológicamente próximos al espectro del nacionalismo catalán/valenciano/balear, vasco/navarro y gallego. O, al menos, por investigadores que presentan el sesgo que sería esperable en personas con dicho posicionamiento. Y que estos investigadores tienden a llegar a unas conclusiones también muy similares.

Ya señalamos con anterioridad que el hecho de que un tema sea elegido mayoritariamente por aquellos investigadores con una determinada ideología no solo dificulta la entrada de otros investigadores en ese campo de estudio (o expulsa a los que, estando en él, llegan a conclusiones diferentes). También puede tener consecuencias sobre la misma construcción y avance del conocimiento, sobre la capacidad científica para innovar y sobre la perpetuación de teorías jurídicamente defectuosas, por utilizar la terminología de Doménech Pascual (2024).

### *3.2.2. El caso de las investigaciones sobre la imposición de obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales y de consumo*

Trataré de ilustrar lo señalado en apartados precedentes tomando como ejemplo los estudios existentes sobre las intervenciones lingüísticas constrictivas de los poderes públicos en las relaciones o actividades de naturaleza privada; en particular, en lo que se denomina "mundo socioeconómico". Es decir, la posibilidad de imponer obligaciones lingüísticas en la rotulación, cartelería, documentación económica, contractual y comercial de empresas y negocios, en el etiquetado de productos, o en la lengua de atención oral y escrita al público en los establecimientos privados abiertos al público[28].

---

catalana de 1998, que fue objeto de un monográfico, con estudios muy críticos, en el número 2 del año 1998 de la revista *Teoría y Realidad Constitucional*).

[28] La regulación más detallada y exhaustiva de estas obligaciones lingüísticas se encuentra en el artículo 128-1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, según el cual:

1. Las personas consumidoras, en sus relaciones de consumo, tienen derecho, de acuerdo con lo establecido por el Estatuto de autonomía y la legislación aplicable en materia lingüística, a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que escojan.

2. Las personas consumidoras, sin perjuicio del respeto pleno al deber de disponibilidad lingüística, tienen derecho a recibir en catalán:

*a)* Las invitaciones a comprar, la información de carácter fijo, la documentación contractual, los presupuestos, los resguardos de depósito, las facturas y los demás documentos que se refieran o que se deriven de ellos.

*b)* Las informaciones necesarias para el consumo, uso y manejo adecuados de los bienes y servicios, de acuerdo con sus características, con independencia del medio, formato o soporte utilizado, y, especialmente, los datos obligatorios relacionados directamente con la salvaguardia de la salud y la seguridad.

Una de las cuestiones claves que deben estudiarse en esta materia es la relativa al título jurídico que habilita este tipo de intervenciones constrictivas que, sin género de dudas, inciden en libertades individuales como la libertad de lengua, la libertad de expresión, la libertad de empresa, la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios.

La doctrina que se ha ocupado de esta cuestión ha tendido mayoritariamente a justificar la validez de estas medidas lingüísticas constrictivas en el ámbito de las relaciones comerciales y de consumo recurriendo, sobre todo, al principio de cooficialidad lingüística[29]. Así, por ejemplo, Urrutia Libarona ha afirmado que "la oficialidad supone el reconocimiento de derechos lingüísticos también ejercitables *en el ámbito privado* (…) y produce, como efecto necesario, el derecho a su utilización en los ámbitos públicos *y también en los privados*"[30]. Una extensión de los efectos de la oficialidad al ámbito privado que dicho autor justifica sobre el argumento de que tanto el catalán como el castellano, al ser lenguas oficiales, "pueden ser utilizadas indistintamente por los ciudadanos y ciudadanas en las actividades públicas *y privadas* sin discriminación" (Urrutia Libarona, 2008: 224)[31]. En su opinión, la doble oficialidad incluye "un fin igualitario, una función promocional para los poderes públicos, la adopción de medidas de afirmación positiva que favorezcan la lengua cuya oficialidad ha de materializarse y hacerse efectiva en todos los ámbitos, sean públicos *o privados*" (Urrutia Libarona, 2008: 207-208)[32].

En un sentido similar, Vernet i Llobet y Pou Pulolràs han argumentado también que el derecho de opción lingüística es el "derecho que tiene todo ciudadano de hacer

---

*c)* Los contratos de adhesión, los contratos con cláusulas tipo, los contratos normados, las condiciones generales y la documentación que se refiera a ellos o que se derive de la realización de alguno de estos contratos.

Ya con anterioridad a la aprobación del Código de Consumo de Cataluña existían obligaciones similares en la Ley 1/1998, de Política Lingüística e incluso en la anterior Ley 7/1983, de Normalización Lingüística de Cataluña. En este sentido, la normativa catalana es la normativa autonómica más desarrollada en este ámbito y la que, sin género de dudas, ha llegado más lejos en la imposición de obligaciones lingüísticas constrictivas en el ámbito de las relaciones comerciales y de consumo. Seguramente por ello es, también, la que ha recibido mayor atención por parte de la doctrina, lo que explica que también nosotros hayamos centrado en ella nuestro análisis.

[29] Expongo con amplio detenimiento esta posición doctrinal mayoritaria en Nuria Magaldi, "Obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales entre privados: ¿régimen de cooficialidad o normalización lingüística?", *Revista Española de Derecho Administrativo* 159, 2013, pp. 165-173.

[30] La cursiva es nuestra. Cfr. Iñigo Urrutia Libarona, "Los requisitos lingüísticos en la actividad socioeconómica y en el mundo del audiovisual", en AA.VV., *Mundialització, lliure circulació i immigració, i l´exigència d´una llengua com a requisit. El cas del català, llengua oficial en part del territori d´un Estat*, Institut d´Estudis Autonòmics, Barcelona, 2008, pp. 207 y 208.

[31] La cursiva es nuestra.

[32] La cursiva es nuestra. Una argumentación similar la ofrece también Alba Nogueira López, quien justifica las intervenciones lingüísticas coactivas en el ámbito privado sobre la base del mandato constitucional de protección de las lenguas, especialmente de las oficiales, afirmando que "la configuración de deberes lingüísticos en los sujetos privados es una consecuencia indirecta de la oficialidad de un idioma". Cfr. Alba Nogueira López, "La regulación del pluralismo lingüístico. Otra lectura del marco constitucional de los derechos y deberes lingüísticos", *Revista Vasca de Administración Pública* 58, 2000, p. 294.

un uso válido jurídicamente de la lengua oficial escogida ante los poderes públicos *y los particulares*", concepción que, a su modo de ver, es "tributaria, precisamente, de la noción de oficialidad contenida en la STC 82/1986" [33]. Igualmente se ha señalado que la oficialidad consiste en "el reconocimiento de la lengua en cuestión como instrumento válido y eficaz de comunicación tanto en las relaciones jurídico-públicas *como en las relaciones jurídico-privadas*", así como que "el contenido positivo de la oficialidad se traduciría en la posibilidad de usar la lengua social y oficialmente (…), en el derecho de uso activo frente a terceros, ya sean sujetos públicos, *ya sean privados*, con plena validez y eficacia" [34].

Sin embargo, lo cierto es que resulta difícil sostener tales afirmaciones si uno analiza con cierto detenimiento el concepto, plenamente aceptado en nuestro ordenamiento jurídico, de oficialidad de una lengua. Así, para el Tribunal Constitucional lengua oficial es aquella que "independientemente de su realidad y peso como fenómeno social, es reconocida por los poderes públicos *como medio normal de comunicación en y entre ellos y en su relación con los sujetos privados*, con plena validez y efectos jurídicos" [35]. Una definición que ha sido ampliamente acogida por la doctrina [36].

De la misma definición del concepto de "lengua oficial" o de "oficialidad" se desprende, pues, cuál es su ámbito natural o propio y, por lo tanto, el entorno en el que se mueve dicha construcción jurídica y en el que esta aparece dotada de contenido jurídico. Dicho entorno no es otro que el ámbito jurídico-público, es decir, las relaciones intra o inter-administrativas (en sentido amplio, relaciones *ad intra*: como lengua de trabajo dentro de una Administración, o en sus relaciones con otras Administraciones públicas) y las relaciones de la Administración con sus ciudadanos (esto es, las relaciones *ad extra*: como lengua de servicio al ciudadano) [37].

Es en este contexto, por demás, en el que se utilizan y entienden, en todo su alcance, los conceptos de "derecho de opción lingüística" (del ciudadano en relación con los poderes públicos en una Comunidad Autónoma con varias lenguas oficiales) y de "deber de disponibilidad" (de las Administraciones públicas respecto de los ciudadanos en aquellas Comunidades Autónomas con más de una lengua oficial). Los ejemplos que evidencian que es en este contexto en el que se utilizan son innumerables. Así, se habla "del *derecho de opción lingüística* que incluye tanto

---

[33] La cursiva es nuestra. Cfr. Jaume Vernet i Llobet/ Agustí Pou Pulolràs, "Derechos y deberes lingüísticos en las Comunidades Autónomas con lengua propia", en José Manuel Pérez Fernández (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 159; también en Jaume Vernet i Llobet, "Els drets lingüístics", en AA.VV, *Dret lingüístic*, Cossetània, Valls, 2006, p. 149.

[34] La cursiva es nuestra. Cfr. José Manuel Pérez Fernández, "Principios del régimen jurídico-lingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad", en José Manuel Pérez Fernández (coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 37 y 39.

[35] Entre otras muchas, cfr. SSTC 82/1986, FJ 2; 123/1988, FJ 5; 46/1991, FJ 2.

[36] Cfr. José Manuel Pérez Fernández (2006: 37), señalando que "la doctrina, por su parte, ha formulado definiciones de la oficialidad que no se alejan mucho de la configuración jurisprudencial, cuando no han asumido sin más el concepto dado por el Alto Tribunal".

[37] Josep Maria Puig Salellas, "La doble oficialitat lingüística del Tribunal Constitucional", *Revista Llengua i Dret* 8, 1986, p. 109.

el derecho de uso como el derecho del ciudadano a ser atendido en la lengua por él escogida ante todos los poderes públicos" (Corretja Torrens, 1991: 76); de que "la proclamación del derecho a usar la lengua oficial de su elección, del que son titulares los ciudadanos, comporta un *deber de disponibilidad* para las Administraciones públicas afectadas" (Corretja Torrens, 1991: 77); del "derecho de *elección lingüística* del ciudadano en sus relaciones con cualquier poder público del territorio", derecho que es "un aspecto fundamental de todo el sistema de la doble oficialidad (…) y que sería irrisorio de no existir por parte de los poderes públicos un *deber de disponibilidad lingüística*" (Puig Salellas, 1986: 117, 119, 123); de la "libertad de *opción lingüística* que se materializa en el derecho de uso de una u otra cuando se dirigen a los poderes públicos" (López Basaguren, 2007: 93); del "*derecho de opción lingüística* y el *correlativo deber de disponibilidad de las Administraciones e instituciones*" (Jou, 2011: 31)[38], entre otros muchos.

A la vista de que el ámbito propio y natural de los conceptos jurídicos de "oficialidad", "deber de disponibilidad" y "derecho de uso" es el de las relaciones jurídico-públicas, parece claro que el título jurídico que, en su caso, permitiría imponer las obligaciones lingüísticas antes aludidas (que son obligaciones que se imponen, recuérdense, en el ámbito jurídico-privado) en ningún caso puede ser el de la regulación de la oficialidad[39]. Y, sin embargo, como señalaba anteriormente, la oficialidad ha sido la base de la explicación que la doctrina mayoritaria que se ha ocupado de este tema ha ofrecido a la hora de justificar la imposición de aquellas medidas lingüísticas constrictivas, realizándose una traslación mimética de categorías del ámbito jurídico-público al ámbito jurídico-privado sin una adecuada justificación.

Por ejemplo, los ya mencionados Vernet i Llobet y Pou i Pulolràs (2006: 159) toman como punto de partida en sus estudios el denominado "derecho de opción lingüística". Este es entendido como "el derecho que tiene todo ciudadano de hacer un uso válido jurídicamente de la lengua oficial escogida ante los poderes públicos *y los particulares*"[40]. Obsérvese cómo, de entrada, se reproduce sin más la (irreprochable) afirmación que vimos anteriormente en relación con el derecho de opción lingüística, que deriva de la oficialidad y que tiene consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídico-públicas. Sin embargo, seguidamente se le añade la expresión "y los particulares", sin explicitar en modo alguno el motivo por el que se introducen estos nuevos sujetos en una relación que, hasta ahora, se había configurado como estrictamente jurídico-pública.

En desarrollo de su argumentación, aquellos autores entienden que el derecho de opción lingüística implicaría "que el poder público (*y el particular* cuando legítima-

[38] Todas las cursivas son nuestras.

[39] Lo que no significa, *a priori*, que no puedan imponerse sobre la base de otro título jurídico distinto, como sería el de la normalización lingüística, cfr. Nuria Magaldi, (2013a: 175-180). Con mayor detenimiento sobre ello en Nuria Magaldi (2014: 1-34) y en Nuria Magaldi (2013b:1311-1348).

[40] La cursiva es nuestra. En el mismo sentido también en Jaume Vernet i Llobet (2006: 149), así como en José Manuel Pérez Fernández (2006: 37-41).

mente el poder público así lo determine) no puede negligir la lengua utilizada por el ciudadano, la cual, en consecuencia, generará plenos efectos jurídicos". Por lo tanto —continúan— "el derecho de opción lingüística es el efecto principal de la declaración de una lengua como oficial", de modo que "en un territorio con más de un idioma oficial deviene el mecanismo que delimita los mínimos lingüísticos indisponibles de los que gozan los hablantes de ambas lenguas respecto las diferentes instancias públicas *y, también, de manera más matizada, respecto de los sujetos privados*" (Vernet i Llobet y Pou i Pulolràs, 2006: 159-163; Vernet i Llobet, 2006: 149-152). De este modo, y según estos mismos autores, el derecho de opción lingüística contendría dos vertientes. Por un lado, el derecho de usar la lengua de preferencia ante los poderes públicos *y los particulares*, lo que implicaría que cualquier uso del catalán o del castellano tiene que producir efectos jurídicos tanto en el ámbito público *como en el privado*. Por otro lado, el derecho a ser contestado en la lengua que el ciudadano ha escogido —se entiende, tanto por la Administración como por el particular— (Vernet i Llobet y Pou i Pulolràs, 2006: 161-165; Vernet i Llobet, 2006: 153-154) [41]. Obsérvese, nuevamente, cómo se traslada subrepticiamente todo el esquema jurídico construido en relación con la oficialidad y sus consecuencias en las relaciones jurídicas entre el ciudadano y las Administraciones Públicas (el derecho de opción lingüística de aquel, el correlativo deber lingüístico de estas) a las relaciones jurídico-privadas, sin que se justifique en modo alguno tal extensión.

Por otra parte, también suele ser habitual que al hilo del contenido y las consecuencias de la oficialidad afloren cuestiones propias de derechos fundamentales. Nada que objetar a las construcciones que vinculan la doble oficialidad con un doble derecho subjetivo, en el sentido en que se ha referido Prieto de Pedro (1984: 10). Dicho autor señala la existencia de una dimensión de *estatus* positivo (que el poder público garantice efectivamente la posibilidad de uso ante el poder público, con plenos efectos jurídicos, de cualquiera de las lenguas oficiales) y otra de *estatus* negativo, que aludiría a la típica libertad pública de abstención en virtud de la cual el poder público debe dejar al ciudadano un espacio libre de injerencias, para que pueda elegir el uso de una u otra lengua oficial en sus relaciones ante aquel. Por supuesto, tam-

[41] En sentido similar, Solé i Durany parte de la base de que la oficialidad permite a los usuarios y consumidores "utilizar la lengua declarada oficial y exigir que se respete eficazmente el derecho a ser comprendidos cuando se dirijan oralmente o por escrito a una empresa establecida en el territorio donde la lengua es oficial". Ello supone, correlativamente, que "el empleado que atiende al público debería comprender las dos lenguas oficiales, catalán y castellano". Cfr. Joan Ramon Solé i Durany, "La intervenció lingüística de l'Administració en l'àmbit socioeconòmic", *Revista de Llengua i Dret* num. 45, 2006, pp. 166 y 167. Por su parte, Urrutia Libarona (2008: 207) entiende el deber de disponibilidad lingüística de los establecimientos abiertos al público como "una obligación general de acomodarse a las exigencias de la doble oficialidad lingüística, que supone una carga de adaptarse lingüísticamente a su ejercicio, contratando al personal necesario para garantizarlo, por lo que el dominio de las lenguas oficiales por parte de los empleados y empleadas se convierte en una exigencia para dotar de contenido real al derecho de opción de lengua". En sentido similar también Anna M. Pla Boix, "La llengua al nou Estatut d'Autonomia de Catalunya", *Revista d´Estudis autonòmics i federals* 3/2006, p. 289 y Josep M. Puig Salellas, "La normativa lingüística i el món socieconòmic", en AA.VV, *Estudis jurídics sobre la Llei de Política Lingüística*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1999, pp. 442 y 443.

bién hay que compartir la perspectiva de que la libertad de utilizar una lengua (y no solo la oficial) es, con frecuencia, presupuesto para el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como la libertad personal en su acepción más amplia, la libertad de expresión o el derecho a la creación literaria y artística (Baño León, 1987: 229-230; Pérez Fernández, 2006: 25).

Ahora bien, cuestión distinta es la asunción de tales razonamientos cuando el sujeto respecto del que se predican no es un poder público sino otro particular (el titular de una empresa o establecimiento abierto al público). En este sentido, ¿es posible entender que el deber de disponibilidad lingüística a que se refiere, por ejemplo, el Código de Consumo de Cataluña reconoce "la garantía de un *estatus* negativo *por parte del establecimiento* de no limitar el derecho de opción individual"? ¿Es correcto indicar que aquel precepto supone la garantía del "deber de prestar el servicio u ofrecer el producto que se le ha solicitado en una de las lenguas oficiales sin que la lengua empleada pueda constituir razón de su negativa", porque "de no ser así se estaría incurriendo en una *vulneración del derecho fundamental* a no sufrir discriminación en razón de lengua"? ¿Es realmente posible hablar de que "el establecimiento deberá consentir la opción lingüística y otorgar efectos a las manifestaciones de voluntad del interesado realizadas en una lengua oficial"?[42] ¿No suponen tales afirmaciones un empleo impropio de lo que podríamos llamar el "lenguaje de los derechos"? No se olvide: los derechos fundamentales surgen históricamente y tienen sentido frente al poder público, y ello tanto en su vertiente más clásica (respeto a un ámbito individual libre de injerencias por parte del poder público) como en su vertiente positiva (obligación del poder público de realizar las actuaciones positivas necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho). Por ello, no tiene sentido hablar de la "garantía de un *estatus* negativo por parte del establecimiento" cuando dicho establecimiento no es un poder público, ni es posible hablar de vulneraciones de derechos fundamentales en los casos en que el establecimiento o empresa incumpla ese pretendido deber de disponibilidad, correlato de un pretendido derecho de opción lingüística.

Creo que lo que acabamos de exponer es un posible ejemplo de lo que Doménech Pascual califica como los efectos de los comportamientos gregarios sobre las teorías jurídicas defectuosas, y de cómo los referidos comportamientos juegan un papel relevante en la aceptación y la perpetuación de estas teorías. Cuanta más gente se sume a una teoría, "más fuerte es la presión social para aceptarla"; cuanto más se repita una teoría, más difícil será que esta "sea cuestionada, propici[ándose] que siga siendo tenida por válida durante mucho tiempo" sin que nadie entre a discutir los posibles errores o imprecisiones. O, acaso, ignorando (consciente o inconscientemente) las críticas que se hayan hecho a los mismos por parte del sector doctrinal minoritario[43].

---

[42] Iñigo Urrutia Libarona (2008: 226).

[43] Gabriel Doménech Pascual (2024: 419), quien señala que esta aceptación puede tener lugar de manera relativamente acrítica, sin apenas discusión y sin que salgan a la luz las razones que podría oponerse a la nueva teoría. Una vez se ha estabilizado el proceso y el número de seguidores llega a su punto más alto, las presiones sociales alcanzarán su máxima potencia, lo que hará extraordinariamente difícil que la teoría sea cuestionada, por lo que muy probablemente continuará siendo válida durante mucho tiempo.

A la perpetuación de esta teoría sobre las obligaciones lingüísticas constrictivas seguramente ha contribuido la manera en la que esta se suele formular. En efecto, conviene hacer notar que, tanto la normativa autonómica que regula cuestiones de este tipo, como sobre todo los análisis doctrinales que de ella se han hecho suelen plantearlas como una extensión de derechos de las personas consumidoras y usuarias. Recuérdese, por ejemplo, el mencionado derecho a ser atendido, oralmente y por escrito, en la lengua oficial que escoja (por tanto, en catalán/valenciano, en aranés, vasco o gallego, en los respectivos territorios donde estas lenguas sean cooficiales). Hemos hecho especial énfasis en cómo se destaca, sobre todo y fundamentalmente, que se trata de una regulación que amplía la esfera jurídica de los consumidores y usuarios, que extiende sus derechos. La teoría se formula en positivo, lo que la hace más atractiva.

Lo cierto, sin embargo, es que el otorgamiento de ese derecho, como no puede ser de otro modo, implica, correlativamente, la imposición de obligaciones sobre los sujetos privados titulares de los establecimientos (o sobre su personal). Lo mismo ocurre cuando hablamos del derecho lingüístico de un consumidor o usuario a recibir determinada información comercial en una de las lenguas cooficiales (las conocidas como cláusulas *como mínimo en* o *al menos en*). Igual que antes, la otra cara de la moneda de este reconocimiento de derechos es la imposición de obligaciones sobre los productores o comercializadores (privados) de los productos de que se trate.

Nos encontramos, en realidad, ante un posible sesgo estético: el hecho de plantear una regulación (o una teoría científica) en términos de *derechos* la hace infinitamente más hermosa (y, en consecuencia, más aceptable) que si se expresa en términos de *obligaciones*[44]. Y, como señala Doménech Pascual (2024: 410), "en la vida de las teorías jurídicas tienen gran relevancia sus atributos estéticos y, en particular, los del lenguaje empleado para formularlas", determinando significativamente su popularidad e incrementando el poder persuasivo de las soluciones postuladas[45].

## 4. CONCLUSIONES

Los (escasos) estudios llevados a cabo en otros países apuntan a que a los investigadores jurídicos nos acecha el doble riesgo de actuar, consciente o inconscientemente, bajo la amenaza de sesgos volitivos y de sesgos cognitivos. Algunas de nuestras decisiones sobre la elección y el desarrollo de nuestras investigaciones y algunas de nuestras reflexiones (y conclusiones) sobre los objetos de nuestros estudios podrían

[44] Sobre el uso del lenguaje en la dirección de conductas ha llamado la atención Elisa Moreu Carbonell, "Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del derecho", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 1, 2020, pp. 313-362, p. 330, advirtiendo que la selección de unos términos jurídicos en detrimento de otros no es en absoluto aséptica.

[45] También habla de sesgo estético Santiago José Cavanillas Múgica (2016: 3), aunque no en relación con la investigación jurídica sino, más bien, con los aplicadores del derecho (los abogados más atractivos ganan más, los procesados más atractivos obtienen condenas más favorables, los procesados obesos, en cambio, obtienen condenas más desfavorables, etc.).

estar mediatizadas (*sesgadas*) por elementos de muy distintos tipos. Algunos de ellos, como la ideología, podrían tener incluso un impacto en ambos niveles, el volitivo y el cognitivo.

Ciertamente, tal y como ya advertí al inicio de este trabajo, no es posible llegar a conclusiones ni sólidas ni definitivas acerca de si existe un sesgo ideológico en la doctrina iuspublicista española (y, en su caso, en relación con qué materias o con qué intensidad) sin llevar a cabo estudios basados en las técnicas de investigación social habituales, tanto cuantitativas como cualitativas. Estudios de los que, por ahora, carecemos por completo en nuestro país. Por ello, hago desde aquí un llamamiento a los científicos sociales para que acometan estudios empíricos en este sentido. Sería muy oportuno contar con análisis equivalentes a los realizados en Estados Unidos por Chilton y Posner, o antes por Rothman, Lichter y Nevitte, entre otros. Ello nos permitiría dar una respuesta más precisa a la pregunta sobre si, parafraseando a Queralt, "Las universidades son un nido de profesores izquierdistas" (*El País*, 14 de julio de 2025).

Mientras tanto, creo firmemente que existen indicios racionales que apuntan a que dicho sesgo ideológico podría existir, al menos, en relación con las investigaciones sobre derecho lingüístico, lo que tal vez lo convierte en un ámbito ideal para llevar a cabo los indicados estudios.

En efecto, el análisis de los trabajos publicados en nuestro país en materia lingüística pone de relieve que, al menos en este ámbito, es posible que los autores con sesgos propios de posturas ideológicas próximas al nacionalismo periférico hayan ganado la batalla científica. Que sean la comunidad epistémica dominante.

Lo cierto, en todo caso, es que ser, o convertirse en la comunidad epistémica dominante no merece *per se* reproche alguno. Al contrario. Forma parte de la ciencia y del funcionamiento normal del quehacer científico. Ahora bien, quienes conforman esa comunidad epistémica dominante deben ser especialmente conscientes de los inevitables riesgos que ese dominio conlleva, para tratar de evitarlos o reducirlos: el riesgo de cierto ensimismamiento como comunidad epistémica; el riesgo de asumir como dogma cuestiones que son discutibles o de pasar por alto problemas científicos; en fin, el riesgo, también, de dejar de lado u obviar posiciones distintas que enriquecerían el debate y harían avanzar el conocimiento científico.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, Jorge (2024): "De la libertad investigadora al activismo académico", *Almacén de Derecho* (*https://almacendederecho.org/de-la-libertad-investigadora-al-activismo-academico*).

Alemanno, Alberto (2022): "Why academic Ivory Towerism can´t be the answer", *Verfassungsblog* (*https://verfassungsblog.de/why-academic-ivory-towerism-cant-be-the-answer/*).

Alfaro Águila-Real, Jesús (2016): "Sesgos crematísticos en la investigación jurídica", *Almacén de Derecho*, (*https://almacendederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica).*

Baño León, José María (1987): "El ejercicio del pluralismo lingüístico en la Administración Pública", *Revista española de Derecho Administrativo* 54, pp. 252-242.

Bonica, Adam/Adam Chilton/Kyle Rozema/Maya Sen (2018): "The legal Academy´s Ideological Uniformity", *Journal of Legal Studies* vol. 47, pp. 1-43.

Bustamante, Thomas (2022): "Academic Roles, Political Freedoms and Practical Abilities, *Verfassungsblog (https://verfassungsblog.de/academic-roles-political-freedoms-and-practical-abilities/).*

Cavanillas Múgica, Santiago José (2016): "Los sesgos del jurista (Una lección inaugural de curso)" (*https://zonabolonia.blogspot.com/2016/09/los-sesgos-y-el-jurista-una-leccion.html*

Chilton, Adam S. / Eric A. Posner (2015): "An empirical study of political bias in legal scholarship", *Journal of Legal Studies* vol. 44 (2), pp. 1-41.

Clark, Cory J. *and alt* (2024): "Taboos and Self-censorship Among U.S. Psychology Professors", *Perspectives on Psychological Science*, pp. 1-24.

Corretja i Torrens, Mercè (1991): "Llengua propia i Tribunal Constitucional", *Revista de Llengua i Dret* 16, pp. 75-83.

Darnaculleta Gardella, M. Mercè (2018):"Libertad de investigación científica y promoción de la ciencia en beneficio del interés general", en Fernando López Ramón/Ricardo Rivero Ortega/ Marcos Fernando Pablo (coords.), *Organización de la Universidad y la Ciencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 231-269.

Doménech Pascual, Gabriel (2016): "Que innoven ellos", *InDret Revista para el análisis del derecho* 2, pp. 1-41.

Doménech Pascual, Gabriel (2024): "Nacimiento, consolidación y persistencia de las teorías jurídicas defectuosas", *Indret Revista para el análisis del derecho* 1, pp. 388-440.

Jackson, Vicki C. (2022): "Scholarly responsabilities and public writing", *Verfassungsblog* (*https://verfassungsblog.de/integrity-and-independence/*).

Jou, Lluís (2011): "La sentencia 31/2010 reinterpretada. Legislación lingüística, realidad social y política", *Revista de Estudis Autonòmics i Federals*, 12, pp. 1-41.

Khaitan, Tarunabh (2022): "On scholactivism in constitutional studies: skeptical thoughts", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 20 (2), pp. 547-556.

Komarek, Jan (2021): "Freedom and Power of European Constitutional Scholarship", *Eu Const* 17, pp. 422-441.

Lazarus, Liora (2020): "Constitutional scholars as constitucional actors", *Federal Law Review* vol. 48 (4), pp. 483-496.

López Basaguren, Alberto (2007): "Las lenguas oficiales entre Constitución y Comunidades Autónomas: ¿desarrollo o transformación del modelo constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* 79, pp. 83-112.

Magaldi, Nuria (2013a): "Obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales entre privados: ¿régimen de cooficialidad o normalización lingüística?", *Revista Española de Derecho Administrativo* 159, pp. 151-184.

Magaldi, Nuria (2013b): "Obligaciones lingüísticas y comercio", en Santiago Muñoz Machado (dir.), Manuel Rebollo Puig (Coord.), *El Derecho de la Regulación Económica*. *Vol. 9: Comercio interior*, Iustel, Madrid, pp. 1311-1348.

Magaldi, Nuria (2014): "De nuevo sobre las obligaciones lingüísticas en las relaciones comerciales entre privados. A propósito de la regulación del Código de Consumo de Cataluña en materia lingüística", *Revista General de Derecho Administrativo* 35, pp. 1-34.

Magaldi, Nuria (2026): "Público y privado en el régimen lingüístico del aranés", en Antonio Ezquerra Huerva (dir.), *Estudios jurídicos sobre el régimen especial de Arán,* ed. Aranzadi (Karnov), en prensa.

Martínez, Eric/ Kevin Tobia (2023): "What Do Law Professors Believe About Law and the Legal Academy?", *The Georgetown Law Journal* 112, pp. 111-189.

Mayer, Benoit (2022): "From intellectual poker to open debate. A more fundamental issue with scholactivism", *Verfassungsblog* (*https://verfassungsblog.de/from-intellectual-poker-to-open-debate/*).

Mir Puigpelat, Oriol (2025): "Los sesgos en la investigación del Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 12, pp. 7-42.

Moreu Carbonell, Elisa (2020): "Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del derecho", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 1, pp. 313-362.

Morijn, John (2022): "Moving beyond restrictive conceptions of constitutional law scholarship", *Verfassungsblog* (*https://verfassungsblog.de/the-language-of-power/*).

Nogueira López, Alba (2000) "La regulación del pluralismo lingüístico. Otra lectura del marco constitucional de los derechos y deberes lingüísticos", *Revista Vasca de Administración Pública* 58, pp. 279-298.

Pemán Gavín, Juan María (2022): "Proyecto investigador", presentado para concursar a la plaza de Catedrático de Universidad de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza 2002-01, trabajo inédito.

Pérez Fernández, José Manuel (2006): "Principios del régimen jurídico-lingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad", en José Manuel Pérez Fernández, *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, pp. 23-64.

Pla Boix, Anna M. (2006): "La llengua al nou Estatut d'Autonomia de Catalunya", *Revista d´Estudis autonòmics i federals* 3, pp. 259-294.

Prieto de Pedro, Jesús (1984): "Libertades lingüísticas, doble oficialidad e igualdad en la jurisprudencia", *Revista de Llengua i Dret* 3, pp. 5-26.

Puig Salellas, Josep Maria (1986): "La doble oficialitat lingüística del Tribunal Constitucional", *Revista Llengua i Dret* 8, pp. 105-136.

Puig Salellas, Josep Maria (1999): "La normativa lingüística i el món socieconòmic", en AA.VV, *Estudis jurídics sobre la Llei de Política Lingüística*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona.

Queralt, Yahel (2025): "¿Son las universidades un nido de profesores izquierdistas?, *El País* (*https://elpais.com/ideas/2025-07-14/son-las-universidades-un-nido-de-profesores-izquierdistas.html*)

Rodríguez Pontón, Francisco José (2012): "La credibilidad de los resultados y la legitimidad de los procedimientos en la encrucijada del debate científico y jurídico", en Francisco José Rodríguez Pontón (coord.), *Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Barcelona, pp. 21-99.

Rothman, Stanley/ Lichter, S. Robert/ Nevitte, Neil (2025): "Politics and Professional Advancement Among College Faculty", *The Forum* vol. 3 (1).

Sirota, Leonid (2022): "More and better. Intellectual diversity as a Response to Scholactivism" (*https://verfassungsblog.de/more-and-better/*).

Sokal, Alan (2024): "How ideology threatens to corrupt science", *The Critic* (*https://thecritic.co.uk/how-ideology-threatens-to-corrupt-science/*).

Solé i Durany, Joan Ramon (2006): "La intervenció lingüística de l'Administració en l'àmbit socioeconòmic", *Revista de Llengua i Dret* 45, pp. 147-200.

Sheinin, Martin (2022): "Activism is not the problem" (*https://verfassungsblog.de/activism-is-not-the-problem/*).

Stone, Adrienne (2022): "A defence of Scholactivism" (*https://verfassungsblog.de/a-defence-of-scholactivism/*).

Urrutia Libarona, Íñigo (2008): "Los requisitos lingüísticos en la actividad socioeconómica y en el mundo del audiovisual", en AA.VV., *Mundialització, lliure circulació i immigració, i l´exigència d´una lengua com a requisit. El cas del català, llengua oficial en part del territori d´un Estat*, Institut d´Estudis Autonòmics, Barcelona, pp. 173-310.

Vaquer Caballería, Marcos (2023): "El humanismo del Derecho administrativo de nuestro tiempo", *Revista de Administración Pública* 222, pp. 33-64.

Vernet i Llobet, Jaume/ Agustí Pou i Pulolràs (2006): "Derechos y deberes lingüísticos en las Comunidades Autónomas con lengua propia", en José Manuel Pérez Fernández (Coord.), *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, pp.147-174.

Vernet i Llobet, Jaume (2006): "Els drets lingüístics", en AA.VV., *Dret lingüístic*, Cossetània, Valls.

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 63-107
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3274
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Jesús Ángel Fuentetaja Pastor
ISSN: 2695-7191
Recibido: 09/12/2025 | Aceptado: 09/02/2026

# LA BÚSQUEDA DE LA LEY EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN: LAS LIMITACIONES DEL ACTO LEGISLATIVO EUROPEO*

## THE QUEST FOR LAW IN THE EUROPEAN UNION LEGAL ORDER: THE LIMITS OF THE EUROPEAN LEGISLATIVE ACT

Jesús Ángel Fuentetaja Pastor
Catedrático de Derecho Administrativo
en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**RESUMEN:** Aunque la «ley», en sentido formal en cuanto instrumento jurídico de naturaleza legislativa, no ha formado parte de los actos jurídicos del Ordenamiento europeo, por sus connotaciones estatales o federales, ello no ha impedido que se haya utilizado como referencia doctrinal y jurisprudencial para caracterizar algunos actos jurídicos por la generalidad de su estructura normativa o por las relaciones internormativas entre ellos (jerarquía). Finalmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha creado la categoría del acto legislativo, que se confiere a los reglamentos, directivas y decisiones que son adoptados conforme a un procedimiento legislativo. Este criterio

* El presente artículo tiene su origen en la ponencia presentada en el XXV Seminario Teoría y Método, celebrado en Córdoba el 28 de noviembre de 2025, en el marco de la sesión dedicada a *La Administración europea y el sistema de fuentes del Derecho de la Unión*, organizada por los profesores Bueno Armijo y Magaldi Mendaña, cuya invitación deseo reconocer expresamente. El texto final se ha visto enriquecido por el intenso y fructífero debate suscitado en dicho Seminario, por lo que quiero dejar constancia de mi gratitud a todos sus participantes. Asimismo, soy particularmente deudor de las observaciones y sugerencias que, en su momento, formularon los profesores Luis Arroyo, Xabier Arzoz y Mariano Bacigalupo sobre el primer borrador de la ponencia. Por último, debo reconocer la valiosa contribución de los evaluadores anónimos de la revista, cuyas observaciones, advertencias y propuestas de mejora han permitido perfeccionar la versión definitiva del trabajo. Lista de abreviaturas utilizadas: CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero); CEE (Comunidad Económica Europea); CDFUE (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea); REDA (Revista Española de Derecho Administrativo); PESC (Política Exterior y de Seguridad Común); TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea); TUE (Tratado de la Unión Europea).

formal de definición debe completarse, materialmente, con la regla según la cual los elementos esenciales de un ámbito le están reservados al acto legislativo, sin que pueda atribuirse su regulación a actos delegados o actos de ejecución. Por otra parte, el ámbito normativo de los actos legislativos se establece en cada base jurídica del Tratado. De esta manera, el acto legislativo constituye una categoría específica que confiere tal naturaleza legislativa a los actos jurídicos vinculantes del Derecho de la Unión, como expresión del principio democrático, para reforzar la legitimación de la Unión Europea. A pesar de este fundamento democrático, la naturaleza legislativa no confiere al acto una posición de centralidad y preeminencia en el seno del Ordenamiento europeo, permitiéndole cumplir las funciones que se le suponen hoy día a la ley para articular jurídicamente no tanto las decisiones más importantes de la Unión como la garantía de los derechos fundamentales, pues ambas funciones son compartidas con los actos no legislativos originarios y autónomos.

**PALABRAS CLAVE:** ley; acto legislativo; elementos esenciales; actos delegados; actos de ejecución

**ABSTRACT:** Although the «law» has never been included among the legal acts of the European legal order, due to its state-bound or federal connotations, this has not prevented doctrine and case-law from using it as an analytical reference when characterising certain Union acts—either because of the generality of their normative structure or because of the internormative relations between them (hierarchy). Ultimately, the Treaty on the Functioning of the European Union established the category of the *legislative act*, which is conferred upon regulations, directives and decisions adopted in accordance with a legislative procedure. This formal criterion of definition must be complemented, in substantive terms, by the rule whereby the essential elements of a given policy area are reserved to the legislative act, such that their regulation cannot be entrusted to delegated acts or implementing acts. Moreover, the normative scope of legislative acts is determined in each legal basis of the Treaty. In this way, the legislative act constitutes a specific category that attributes legislative status to binding Union legal acts as an expression of the democratic principle, thereby strengthening the legitimacy of the European Union. Despite this democratic foundation, legislative nature does not confer upon the act a position of centrality or pre-eminence within the European legal order; nor does it allow it to fulfil the functions commonly associated with the formal notion of law, such as legally articulating the Union's most important decisions or guaranteeing fundamental rights, since both functions are shared with non-legislative acts of original and autonomous character.

**KEYWORDS:** law (in the formal sense); legislative act; essential elements; delegated acts; implementing acts

**SUMARIO:** 1. ENTRE EL CONCEPTO DE «LEY» Y LA DEFINICIÓN CONVENCIONAL DE «ACTO LEGISLATIVO».— 2. EL ACTO LEGISLATIVO: 2.1. El inicial criterio de la generalidad del acto; 2.2. El posterior criterio de la jerarquización de los actos; 2.3. El final criterio del procedimiento de adopción de los actos: 2.3.1. El procedimiento legislativo europeo.- 2.3.2. Fundamento y principios: legitimación y articulación de intereses.— 3. LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS: 3.1. Actos no legislativos con base en el Tratado: la delimitación normativa horizontal del acto legislativo; 3.2. Actos delegados y actos de ejecución: los contenidos esenciales del acto legislativo: 3.2.1. Definición, función y fundamento de los «elementos esenciales» del acto legislativo; 3.2.2. Alcance de los «elementos esenciales».- 3.2.2.1. Configuración sustantiva de una Política o ámbito de actividad; 3.2.2.2. «Afectación» de derechos fundamentales.— 4. LAS LIMITACIONES DEL ACTO LEGISLATIVO EUROPEO.— 5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. ENTRE EL CONCEPTO DE «LEY» Y LA DEFINICIÓN CONVENCIONAL DE «ACTO LEGISLATIVO»

*A) «Ley» y «acto legislativo»*. Aunque la «ley» haya estado formalmente ausente del sistema de actos jurídicos del Ordenamiento europeo, no por ello ha dejado de utilizarse como referencia en los estudios de la doctrina, en la retórica jurisprudencial[1] y, ocasionalmente, en la propia normativa europea, propiciando —en palabras del Abogado General CRUZ VILLALÓN— "el proceso de «interiorización» de las categorías, de la lógica y del imaginario «legislativo»"[2]. No será, sin embargo, hasta el Tratado Constitucional de 2004 que irrumpa en el Derecho originario, decayendo el término —significativamente junto con el de «Constitución»— en el Tratado de 2007. La «ley» de la Constitución Europea, en efecto, se transformó en el «acto legislativo» del Tratado de Lisboa, cambio que no se limita —como veremos— a las meras palabras.

El objetivo de este trabajo es analizar el fundamento y alcance de la innovación que constituye este acto legislativo, lo que permitirá valorar si con dicha categoría convencional el Ordenamiento europeo ha encontrado, finalmente, su «ley». Esta categoría había sido conscientemente evitada en los Tratados de París y Roma por sus connotaciones estatales y federales[3], aunque, por un lado, la doctrina y la jurisprudencia, a partir de algunas de las características materiales o formales de los actos jurídicos o de las relaciones entre ellos, se habían empeñado en identificar o en equiparar algunos de esos actos con una pretendida «ley» europea y, por otro, la evolución del sistema político de la Unión habría exigido la introducción de tal categoría como resultado de la elevación institucional del Parlamento Europeo y como necesidad de legitimación del proceso de construcción europea.

---

[1] El Tribunal de Justicia no dudó en utilizar expresiones relacionadas con lo legislativo, como «competencia legislativa» [*Italia v. Alta Autoridad*, 15 junio 1960 (20/59): «*compétence légiferante*»], «sistema legislativo» [*Koster,* 17 diciembre 1970 (25/70)], «poder legislativo» [*Francia, Italia y Reino Unido v. Comisión*, 6 julio 1982 (188-190/80): «*pouvoir législatif*»] o «Legislador comunitario» [*Alemania v. Comisión*, 27 octubre 1992 (C-240/90)]. Hay que advertir, no obstante, que las versiones en inglés de las sentencias utilizan el término «legislativo» para referirse a lo que las versiones en francés denominan «normativo», lo cual es particularmente significativo en lo que respecta a la primera época del Tribunal de Justicia, generando, en ocasiones, equívocos y conclusiones inadecuadas al leer tales sentencias o la doctrina que las utiliza. Así lo observamos, por ejemplo, en la tan citada *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes* e.a. *v. Consejo*, 14 diciembre 1962 (16/62 y 17/62), donde la versión en francés recoge que «*le règlement, de caractère essentiellement normatif*», mientras que en inglés figura como «*a regulation, being essentially of a legislative nature*».

[2] Conclusiones del Abogado General CRUZ VILLALÓN, de 16 de mayo de 2013, en el asunto *Consejo v. Access Info Europe* (C-280/11P), n. 39.

[3] Las connotaciones «estatales» y «federales» del término «ley» han pesado siempre durante el proceso de integración europea para eludirlo (ARZOZ, X.: "Las fuentes legales y supralegales del Derecho administrativo" en DEL SAZ, S. y ARZOZ, X., *Derecho Administrativo I: Sistema de fuentes y organización administrativa*, Tirant lo blanch 2024, p. 92), desde sus propios orígenes hasta la «desmovilización semántica» del Tratado Constitucional (BAST, J., "New Categories of Acts after the Lisbon Reform. Dynamics of Parliamentarization in EU Law", *CMLRev*, núm. 49(3), 2012, p. 887).

*B) Conceptos, categorías y definiciones*[4] *en el sistema de fuentes del Ordenamiento europeo*. Si bien, en la actualidad, el Tratado de Funcionamiento de la Unión establece convencionalmente el concepto de acto legislativo, así como su propia definición, esta no agota todos los elementos que lo caracterizan en el Ordenamiento europeo. Por ello, es imprescindible tener en cuenta la distinción —pero también la relación mutua— entre los conceptos positivos, jurisprudenciales y doctrinales que concurren a ordenar y a comprender el sistema de fuentes de la Unión. Así, conceptos como «acto legislativo», «acto no legislativo», «procedimiento legislativo», «acto delegado», «acto de ejecución» o «elementos esenciales», entre los primeros; «acto normativo», «ejecución», «opciones políticas» o «afectación de derechos», entre los segundos; y «actos materialmente legislativos», «actos ejecutivos», «Instituciones ejecutivas» o, simplemente, «ley», entre las nociones a las que puede llegar a recurrir la doctrina para clasificar y explicar algunos elementos del sistema de actos jurídicos de la Unión y que, por su origen y finalidad, se prestan a mayor cuestionamiento.

Sin perjuicio de sus diferentes concreciones en cada Ordenamiento, las cuales han podido operar tanto de referencia como de inspiración al Derecho europeo[5], podemos señalar una serie de elementos característicos de la ley en cuanto categoría[6] que, más allá de servir a la doctrina para formular diferentes conceptos de ley, permitirán valorar las semejanzas, singularidades, insuficiencias o inconsistencias del «acto legislativo» en el Ordenamiento europeo. Tales elementos pueden ser de carácter formal o material. Entre los primeros, encontraríamos, de entrada, la propia forma o instrumento jurídico en que se exterioriza o el procedimiento legislativo específico de adopción, destacándose, sin duda, la autoría por órgano parlamentario legitimado democráticamente como representante de la voluntad general y, sobre todo, la superioridad de la Ley en el Ordenamiento, superioridad que se expresa con la noción de «fuerza de ley» y que se manifiesta, por un lado y sin perjuicio de su sometimiento a la Constitución, en su más alta posición en la jerarquía normativa, en virtud de la cual puede modificar o derogar cualquier otra norma y sólo puede ser modificada o derogada por otra ley[7].

---

[4] Aunque se deban distinguir todas estas nociones —concepto, categoría, definición— [imprescindible DIAZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons 2018], lo cierto es que el Derecho de la Unión Europea ha eludido tradicionalmente tales clarificaciones, moviéndose entre el pragmatismo de los Tratados y su creación jurisprudencial. No obstante, el Tratado de Lisboa, a partir de las reflexiones propiciadas durante la elaboración del Tratado Constitucional, constituye un punto de inflexión en la creación de conceptos y categorías en el Derecho de la Unión. Piénsese, en particular, en la sistematización de las competencias o en la definición y redefinición de los actos jurídicos de la Unión. *Vid.* BERTRAND, B.: "Les categories juridiques établies par le Traité de Lisbonne: un mal nécessaire?", *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne* (Dir. B. Bertrand), Bruylant 2016, pp. 15-48.

[5] Por ejemplo, ZILLER, J.: "National Constitutional Concepts in the New Constitution for Europe", *European Constitutional Law Review*, 1, 2005, pp. 452-480.

[6] DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel 1987, pp. 102-181; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces 1991, pp. 513-553.

[7] DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel 1987, p. 148.

Como elementos de carácter material, es preciso señalar la estructura general y abstracta de su contenido, su alcance regulatorio en principio potencialmente ilimitado[8] o las materias que constituyen su objeto, definiendo al acto como ley, o que le están reservadas, en particular para proteger los derechos y libertades o para aglutinar las decisiones más trascendentales e importantes para la sociedad.

Estos elementos permitirán —como decimos— analizar y enjuiciar el acto legislativo europeo mediante una suerte de método comparado con fines no tanto de crítica constructiva o receptiva del sistema[9] como de comprensión de las categorías propias de un Ordenamiento cuya especificidad el Tribunal de Justicia se ha afanado en afirmar. No obstante, la autonomía jurídica de sus categorías no puede llevarse hasta el extremo de afirmar, incluso, su autonomía conceptual[10], aunque sin obviar sus singularidades ni dejar de analizar tales categorías según su propio contenido y funcionalidad, sin forzarlas ni falsearlas, como ocurre con el propio concepto de «acto» en el Derecho europeo, del que es necesario partir.

C) El *«acto» en el Ordenamiento europeo*, en efecto, resulta ambiguo y fuente de equívocos. Al hablar del acto jurídico europeo, es necesario distinguir, por un lado, los actos en cuanto que actos típicos y, por otro, los actos en cuanto que categoría que expresa su naturaleza legislativa o no legislativa, acepción que recientemente se ha superpuesto a la primera. En el primer caso, los «actos típicos» son las *formas o instrumentos jurídicos* tipificados en el Tratado, cuyo contenido específico produce unos efectos jurídicos determinados y genuinos según su estructura interna y su función; estos instrumentos revisten las conocidas formas de «reglamento», «directiva» o «decisión», además de los actos no vinculantes («recomendaciones» y «dictámenes»)[11]. En el segundo caso, el Tratado de Lisboa ha introducido la *categoría* convencional de los actos en función de su naturaleza legislativa o no legislativa («actos legislativos», «actos delegados» y «actos de ejecución»)[12].

D) *Perspectivas normativa e institucional*. La necesidad de identificar o de formular un concepto de ley en el Ordenamiento europeo no deriva únicamente de la exigencia de ordenación y sistematización de sus fuentes en una aproximación estrictamente normativa, pues al abordar esta cuestión no se puede prescindir de una perspectiva institucional que tenga en cuenta el reparto vertical y horizontal de poderes, respectivamente, entre los Estados y la Unión y entre las Instituciones de esta. Resulta, en efecto, significativo que la «búsqueda de la ley» en el Derecho europeo haya evolucionado de forma paralela a la de la transformación y consolidación del Parlamento Europeo en el sistema político de la Unión, en cuanto que Institución que articula en este el principio democrático y como su fuente más directa de legitimación.

---

[8] *Ibídem*.

[9] VELASCO, F., "Metodología comparativa para el Derecho administrativo", *REDA*, núm. 200, 2019, p. 57.

[10] GUILLOUD, L., *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration,* LGDJ 2010, p. 34.

[11] Art. 288 TFUE.

[12] Arts. 289-291 TFUE.

Al fin y al cabo, el sistema de actos jurídicos de un Ordenamiento no deja de ser una proyección de la ordenación de los poderes de su Estado, asignados a órganos distintos y manifestándose su ejercicio en actos típicos diferenciados y articulados mediante criterios como el de competencia, según su función, o el de jerarquía, según la legitimación democrática de su autor. Sin embargo, en el caso de las Comunidades europeas, primero, y de la Unión europea, después, los poderes que le han sido atribuidos no se organizan conforme a un principio de separación, puesto que, por un lado, las funciones en que aquellos se plasman se pueden encontrar atribuidas a una misma Institución —caso del Consejo, que ejerce tanto funciones de carácter legislativo como ejecutivo— y, por otro, sólo progresivamente —como señalábamos— el Parlamento Europeo ha ido afirmándose y reforzándose como Institución en su forma de composición —elecciones democráticas directas— y en sus competencias.

Por otra parte, el estudio del acto legislativo europeo, en cuanto que manifestaciones de la función legislativa, permite la identificación y exige la delimitación de la propia *función ejecutiva europea*. Ésta, como veremos, surge en realidad de aquella, pues las Instituciones de la Unión —en particular, la Comisión— carecen de una potestad originaria y autónoma para la ejecución de los actos derivados del Tratado, la cual se exterioriza, a su vez, en actos específicos, sujetos a procedimientos y controles que reflejan ese reparto de poder aludido y que han terminado por condicionar la evolución misma del sistema de actos jurídicos.

Ausente esa habilitación legislativa, lo más que puede hacer la Comisión es configurar la ejecución de los actos derivados del Tratado mediante instrumentos de *soft law*[13], con un alcance que trasciende, en ocasiones, su objetivo más genuino[14] de prestablecer criterios para el ejercicio de los márgenes de apreciación que, en forma de potestades discrecionales o conceptos jurídicos indeterminados, figuran en los actos que sí le atribuyen competencias, sin perjuicio de que, posteriormente, el propio Legislador juridifique el contenido de ese *soft law*, prescribiendo a la Comisión la regulación de su contenido vía actos ejecutivos[15].

---

[13] Sobre el *soft law* en el Derecho europeo, *Vid.* LÁNCOS, L., XANTHOUILIS, N. y ARROYO, L., (Eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law. Theory, Language and Sectoral Insights* (Ed. P), Edward Elgar 2023, obra colectiva en la que es preciso destacar, desde la perspectiva de nuestro estudio, ARROYO, L.: «Beyond bindingness: A tipology of EU soft law legal effects», *The Legal Effects of EU Soft Law. Theory, Language and Sectoral Insights* (Ed. P. L. Láncos, N. Xanthouilis y L. Arroyo), Edward Elgar 2023, pp. 9-32.

[14] RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Sistema de fuentes del Derecho administrativo", *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos* (Coords. J.M Rodríguez de Santiago, G. Doménech y L. Arroyo), Marcial Pons 2021, pp. 847.

[15] Así lo observamos, por ejemplo, en el ámbito de la ejecución de los Fondos Estructurales, donde los criterios de determinación de las correcciones financieras que la Comisión impone a los Estados fueron establecidos, primero, mediante Directrices no vinculantes que se autoimpuso la Comisió, pero después el Legislador obligó a la Comisión a que lo hiciera a través de actos delegados que completaban los Reglamentos legislativos, para pasar, finalmente, a regularlos el propio acto legislativo en sus Anexos, aunque objeto de modificación vía acto delegado. *Vid.*, FUENTETAJA, J., *Derecho Administrativo Europeo*, 5ª ed., Aranzadi La Ley 2025, pp. 121 y ss (en lo que respecta a la utilización por la Comisión del *soft law* para configurar ejecutivamente las Políticas europeas) y p. 744 (para el caso mencionado de los Fondos europeos).

E) Por último, merece la pena tener en cuenta las principales *consecuencias que se derivan de calificar un acto como legislativo*[16], conformando un singular régimen jurídico. Además de atribuirle, en principio, una mayor legitimidad democrática, los actos legislativos se someten a un procedimiento legislativo para su adopción, incluyendo la intervención de los Parlamentos nacionales[17] y exigencias más intensas de transparencia[18]. Por otra parte, la función legislativa se encuentra expresamente excluida de las que corresponden al Consejo Europeo (art. 15.1 TUE) y del ámbito de la PESC (24.1 TUE). En lo concerniente al régimen procesal del acto legislativo, este carece de un tratamiento especial que residencie su control en un órgano jurisdiccional europeo *ad hoc* o que se encauce a través de un recurso específico[19], más allá de excluirlo de la legitimación facilitada a las personas físicas y jurídicas cuando un acto normativo constituye, a efectos procesales, un acto reglamentario (art. 263 TFUE). Finalmente, en cuanto a la posición jerárquica del acto legislativo, aquella solo será superior respecto a los actos habilitados por el propio acto legislativo, pero no en relación con los actos no legislativos basados directamente en el Tratado, según estudiaremos.

## 2. EL ACTO LEGISLATIVO

A lo largo de su historia, se han explorado diferentes criterios materiales y formales para caracterizar como legislativos algunos actos del Ordenamiento europeo. Tal calificación fue inicialmente realizada por la doctrina, en un intento de comprender el original fenómeno del Derecho comunitario a partir de categorías familiares en los Estados miembros, pero sin finalidades dogmáticas o conceptualizadoras[20]. A ello se

---

[16] *Vid.* MARTINEZ CAPDEVILA, C., "A vueltas con la noción de «acto legislativo» y sus consecuencias jurídicas en el Derecho de la Unión Europea", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2013, pp. 128-154.

[17] Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la UE y al de aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad [art. 12 a) y b) TUE]

[18] Las sesiones del Parlamento serán públicas, por principio, mientras que las del Consejo también lo serán, «cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo», dividiendo, a tal efecto, su orden del día y el desarrollo de sus sesiones (arts. 16.8 TUE y 15.2 TFUE). Ambas Instituciones, además, «garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos», conforme al Reglamento 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Por su parte, en *Suecia y Turco v. Consejo*, 1 julio 2008 (C-39/05P y C-52/05P), el Tribunal de Justicia consideró que, con el objetivo de buscar una «mayor apertura, a saber, una mayor participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones y una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración para con los ciudadanos en un sistema democrático», la transparencia constituía el presupuesto efectivo del ejercicio de los derechos democráticos de los ciudadanos, por cuanto «contribuye a reforzar la democracia al permitir que los ciudadanos controlen toda la información que ha constituido el fundamento de un acto legislativo» (nn. 45-47).

[19] *Vid*, al respecto, DA CRUZ VILAÇA, J.L., "Reflections on Judicial Review of the Constitutionality of EU Legislation", *EU Law and Integration. Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart 2014, pp. 44-54.

[20] Por ejemplo, ISAAC señalaba, en el marco de las Comunidades europeas, que «habiéndose institucionalizado la capacidad de crear reglas jurídicas, es decir, confiado a ciertos órganos que la ejercen conforme a un procedimiento preestablecido, nos encontramos en presencia de un poder normativo

sumaría, igualmente, el propio Tribunal de Justicia, aunque sin mayores pretensiones que ordenar los actos europeos y racionalizar y controlar el ejercicio de las potestades normativas que los Tratados atribuían a las Instituciones. Todo ello desembocará, finalmente, en el Tratado de Lisboa de 2007, que define por primera vez la categoría del acto legislativo y, en relación con ella, redefine los actos no legislativos, sin que el sistema así alumbrado prescinda de los elementos que se habían configurado anteriormente conforme a los criterios de la generalidad de los actos o de las relaciones jerárquicas entre ellos, criterios que se aplicarán, igualmente, a los actos legislativos, razón por la cual es necesario desarrollarlos.

### 2.1. El inicial criterio de la generalidad del acto

Los Tratados de París y de Roma optaron, para los actos jurídicos que permitían adoptar a las Instituciones comunitarias, por una nomenclatura tan aséptica como inexpresiva de su naturaleza, menos aún legislativa. Este planteamiento reflejaba que los poderes normativos atribuidos a las nuevas Comunidades no solo se concebían como de carácter ejecutivo, sino que tampoco requerían una legitimación democrática, ni de origen ni de ejercicio.

Tal concepción resultaba coherente con el carácter y el alcance de las competencias y facultades cedidas por los Estados. En el caso de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951, aquellas se limitaban a la ordenación y gestión de tales materias a partir de una regulación sustantiva más intensa contenida en el propio Tratado —que, significativamente, llegó incluso a caracterizarse como un «Tratado-Ley»—, plasmándose todo ello en la posición decisoria preeminente de la Alta Autoridad. Seis años después, tal posición institucional se desplazó al Consejo de Ministros en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, el cual incorporaba también regulaciones materiales precisas en ámbitos como la competencia, las ayudas de Estado o la agricultura, aunque presentaba ya una definición más indeterminada de sus fines y objetivos, cuya concreción propiciará, precisamente, la adopción de opciones políticas orientadas a definir la acción comunitaria y a conciliar intereses contrapuestos[21].

---

completamente comparable a un poder legislativo. A este respecto, y pese a la prudencia de los redactores de los tratados que se han cuidado de utilizar los términos "ley" o "legislación", el Tribunal de Justicia no duda hoy día en evocar —al menos en el ámbito de la C.E.E:, donde el tratado no es más que un marco muy flexible—, "el sistema legislativo del Tratado" (17.12.1970, *Koster*, aff. 25/70, *Rec*. 1161) o el "poder legislativo de la Comunidad"» (9.3.1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec*. 629): ISAAC, G., *Droit communautaire général*, 3ª ed., 1992, p. 115. A partir de estas premisas y con la advertencia ya realizada de la finalidad meramente comprensiva y explicatoria del sistema de actos jurídicos, este autor, por ejemplo, señalaba que la completa e inequívoca definición que de los efectos jurídicos del reglamento hacía el Tratado «le confieren una naturaleza y una eficacia completamente comparables a la de la ley en los sistemas nacionales», destacando, por ejemplo, que en virtud de su alcance general, el reglamento, «como la ley, contiene prescripciones generales e impersonales, es decir, establece normas de manera abstracta» (p. 116).

[21] La inicial caracterización ejecutiva de la integración europea —evidente en el Tratado de la CECA y más matizada en los de Roma de 1957— se habría ido atenuando a medida que las Comuni-

Por tanto, el nuevo Poder público así creado tendría una naturaleza eminentemente ejecutiva, asignándose su ejercicio a las Instituciones ejecutivas, sin que la ley fuese funcionalmente necesaria —por las determinaciones materiales recogidas ya en los propios Tratados— ni institucionalmente adecuada —por la precaria posición de la entonces Asamblea parlamentaria, carente de facultades decisorias y compuesta por delegaciones de los Parlamentos nacionales—.

No obstante, algunos autores —aunque, insistimos, sin intencionalidad dogmática o conceptualizadora— hicieron de la generalidad del acto europeo el criterio para equiparar o considerar a los reglamentos, en particular, como las «leyes» del Derecho comunitario[22]. No en vano, su definición en el Tratado establecía que tales actos tenían «alcance general», constituyendo el instrumento más eficaz para garantizar el establecimiento de normas iguales en el nuevo mercado común europeo. No obstante, ese carácter general terminaría por reconocerse, eventualmente, a directivas y decisiones.

Si la generalidad hace referencia a los destinatarios del acto, pero también a la manera abstracta y objetiva en que se formula el contenido sustantivo del propio acto[23], podemos encontrar, sincréticamente, ambos aspectos en la interpretación que hace la jurisprudencia de esta propiedad del acto europeo. En efecto, para el Tribunal de Justicia un acto es de alcance general cuando las reglas que contiene se aplican «a situaciones determinadas objetivamente y producen efectos jurídicos respecto a categorías de personas contempladas de manera general y abstracta»[24]. Esta com-

---

dades, primero, y la Unión Europea, después, fueron ampliando sus ámbitos materiales de actuación y el alcance de sus potestades y facultades, experimentando cualitativamente una evolución que se ha reflejado en los cambios institucionales y normativos que, finalmente, alumbrarían —entre otros aspectos— la categoría del acto legislativo.

[22] Tal equiparación era, incluso, considerada innecesaria por el Abogado General LAGRANGE en sus Conclusiones al célebre asunto *Costa ENEL* (6/64), relativo a la primacía del Derecho comunitario: «en lo que se refiere a Alemania (donde el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado hasta la fecha), las objeciones parecen derivar del hecho de que el ordenamiento jurídico de la Comunidad (del que se admite la existencia como distinto del ordenamiento jurídico alemán), acaso no ofrezca a los ciudadanos de la República Federal la plenitud de garantías que les reconoce la Ley Fundamental, en especial en cuanto pueden ser adoptados en la Comunidad actos de carácter legislativo por órganos no parlamentarios (Consejo, Comisión) en supuestos que, en el ordenamiento interno, corresponderían a la potestad legislativa del Parlamento. ¿Qué responder a ello, sino que los Reglamentos comunitarios, incluso los más importantes, no son actos legislativos, ni siquiera «cuasi-legislativos», como a veces se dice, sino actos emanantes de un poder ejecutivo (Consejo o Comisión) que no puede actuar más que dentro de los límites de la potestad normativa que le otorga el Tratado, y bajo el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia?», *Rec*. p. 120.

[23] *Vid*. DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Trotta 2000, p. 47.

[24] *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH v. Consejo*, 11 julio 1968 (6/68), *Rec*. p. 595. Por lo demás, la generalidad de destinatarios «no se pone en tela de juicio por la posibilidad de determinar con mayor o menor precisión el número o incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica en un momento dado, siempre que conste que dicha aplicación se hace en virtud de una situación objetiva de hecho o de Derecho definida por el acto y relacionada con la finalidad de este»: *Giuffrida e.a. v. Consejo,* 26 febrero 1981 (64/80), nn. 6-7.

prensión de la generalidad determina, asimismo, la utilización por la jurisprudencia europea de la categoría de «*acto normativo*»[25].

Mientras que la problemática de la generalidad de destinatarios se ha planteado, principalmente, a efectos de la legitimación para impugnar el acto que presenta tal cualidad[26], la necesidad de reducir el grado de abstracción de los actos derivados del Tratado propició, por su parte, el desdoblamiento de la función normativa europea, alumbrando, en el propio nivel europeo, actos normativos ejecutivos que permitirían calificar como legislativos aquellos de los que a su vez derivaban.

En lo que respecta al contenido, la generalidad demanda la abstracción en la redacción del acto y una limitación a los aspectos básicos y fundamentales del objeto regulado. Esta generalidad de contenido permite, por un lado, diferenciar los actos normativos —de alcance general— respecto a los actos individuales y concretos[27] y, por otro, impide al propio autor de aquellos derogarlos para supuestos concretos[28]. El grado de abstracción del acto legislativo en Derecho europeo será decidido por el Legislador, siempre que sea conforme con las exigencias que impone el principio de seguridad jurídica relativas a la claridad y precisión de su contenido y a la previsibilidad de su aplicación. Pero ello no es incompatible ni con la utilización por el

---

[25] El concepto jurisprudencial de «acto normativo» sigue utilizándose habitualmente y, en su día, revistió particular importancia para diferenciar las exigencias de responsabilidad extracontractual según el tipo de acto, ámbito en el que, por cierto, se contrapuso a una supuesta categoría confusa de «*acto administrativo*» – *Vid*., al respecto, COUTRON, L. y PICOD, F.: "Responsabilité de l'Union européenne du fait de son activité administrative", *Traité de droit administratif européen* (Dir. J.B. Auby/ Jean-Bernard Auby et J. Dutheil de la Rochère), 2022, pp. 189-227, así como la obra de GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario,* Tirant lo blanch 2001—. Esta noción de «acto administrativo» apenas es utilizada en la legislación sectorial —por ejemplo, Reglamento (1367/2006/CE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente—, evidenciando la dificultad o imposiblidad de construir un concepto de acto administrativo europeo ARZOZ, X: "La europeización del acto administrativo", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 11, 2025, pp. 261-266 y, en todo caso, el menor protagonismo «de la diferencia entre norma acto en el Derecho de la Unión» ARROYO, L., "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020 p. 203.

[26] La generalidad de destinatarios del acto se erige, en efecto, en obstáculo para admitir la legitimación de las personas físicas y jurídicas de cara a impugnarlo en anulación, precisándose exigencias adicionales de afectación directa e individual [*Veromar di Tudisco Alfio & Salvatore v. Comisión*, 30 noviembre 2009 (T-313/08); *Plaumann v. Comisión*, 15 julio 1963 (25/62); *Unión de Pequeños Agricultores v. Consejo*, 25 julio 2002 (C-50/00P)] o de mera afectación directa —en caso de «actos reglamentarios» (art. 263 TFUE), es decir, «actos no legislativos» [*Inuit e.a. v. Parlamento y Consejo*, de 3 de octubre de 2013 (C-583/11P)] cuando no precisen medidas de aplicación—. *Inuit e.a. v. Parlamento y Consejo*, de 3 de octubre de 2013 (C-583/11P)

[27] *Roquette Frères v. Consejo*, 30 septiembre 1982 (242/81), Rec. p. 3213, nn. 6-7.

[28] *Nippon Seiko v. Consejo*, 29 marzo 1979 (119/79), n. 24: «el Consejo, después de haber adoptado un Reglamento general para alcanzar uno de los objetivos del artículo 113 del Tratado, no puede establecer excepciones a las normas establecidas de esta forma al aplicarlas a los particulares, sin perturbar el sistema legislativo de la Comunidad y quebrantar la igualdad de los justiciables ante la Ley».

Legislador de conceptos jurídicos indeterminados ni con la posibilidad de limitarse a un marco jurídico general al redactar la norma[29].

Precisamente, ese limitarse a un «marco jurídico general» de principios o cuestiones básicas y fundamentales[30] de una materia o sector es el que explica y justifica el desdoblamiento de la función normativa en el entonces Derecho comunitario. Si los actos aprobados sobre la base del Tratado se limitaban a ese marco jurídico general, resultaban necesarias normas que lo precisaran y complementaran, en particular en sus aspectos técnicos, para evitar o atenuar la falta de uniformidad, ya en fase de ejecución. Estas normas de ejecución no estaban previstas en el Tratado, pero se atribuyeron a la Comisión para terminar de conformar un marco normativo más completo que pudiera ser aplicado, de manera más uniforme, por los Estados miembros. Estos dos escalones normativos alumbrarían una nueva concepción de la «ley» en el Derecho europeo.

En efecto, como señalábamos, si en los orígenes del Ordenamiento europeo su inicial simplicidad posibilitó asimilar los actos generales a las leyes, la progresiva complejidad del sistema jurídico e institucional de las Comunidades reveló lo inconsistente de tal equiparación, a medida que la función normativa se desdobló entre actos generales basados en el Tratado y otros actos, igualmente de alcance general, que eran adoptados sobre la base de aquellos actos[31]. Precisamente, este desdoblamiento de la función normativa, que refutaba el criterio material de la generalidad para calificar como leyes los actos de alcance general, dio paso, en cambio, al criterio formal jerárquico. En virtud de este criterio se consideraron como legislativos los actos que derivaban directamente del Tratado y que, a su vez, servían de base para adoptar otros actos generales, aunque no pasasen de constituir denominaciones doctrinales, puesto que la jurisprudencia se limitó a diferenciarlos, respectivamente, con las expresiones «actos de base» y «actos de ejecución». Lo abordaremos a continuación al exponer ese criterio jerárquico.

No obstante, es preciso insistir en que, si bien la generalidad no permite distinguir los actos legislativos dentro de los actos normativos, sí resulta necesaria para calificar estos como tales y diferenciarlos de los actos individuales y concretos, aunque tal distinción sea irrelevante a efectos de calificar un acto como legislativo, pues esta aproximación material al acto europeo se utiliza, no a efectos de su recalificación por los Tribunales europeos, sino para reconocer la legitimidad de su impugnación a los afectados no destinatarios del acto.

---

[29] *Hungría v. Parlamento y Consejo*, 16 febrero 2022 (C-156/21), nn. 223-225.

[30] Significativamente, la definición que de la ley europea hacía el art. 34.1 del proyecto de Tratado estableciendo una Unión Europea de 1984 —el conocido como «proyecto Spinelli»—, señalaba que «[l]a ley fija las reglas que se aplican a la acción común. En lo posible, se limitará a determinar los principios fundamentales que rigen la acción común y dejará a las autoridades encargadas de su ejecución, dependientes de la Unión o de los Estados miembros, el cuidado de precisar las modalidades de aplicación».

[31] Hoy en día, incluso, se reconoce con naturalidad ese alcance general a actos jurídicos de *soft law*: *Dansk Rørindustri e.a. v. Comisión*, 28 junio 2005 (C-189/02P), nn. 211-213; *Telefónica v. Comisión*, 28 junio 2016 (T-216/13), nn. 236-238.

En todo caso, el carácter estructural de la generalidad, como elemento definitorio del reglamento —eventualmente reconocida a otros instrumentos—, y su fuerza persuasiva por su vinculación con el principio de igualdad y por su funcionalidad en el Derecho de la Unión para crear un marco jurídico común, explican que, en el seno de los trabajos de la Convención, se postulara como criterio principal para caracterizar los actos legislativos[32] y que, doctrinalmente, continúe propugnándose como presupuesto necesario de toda aproximación a la categoría legislativa en el Ordenamiento europeo[33].

### 2.2. El posterior criterio de la jerarquización de los actos

*A)* Como adelantábamos, la disociación de la función normativa europea permitió identificar un *criterio jerárquico* que caracterizara como legislativos los actos que constituían el fundamento de otros actos, que ostentarían, por su parte, naturaleza ejecutiva. En la terminología usada por la jurisprudencia, «actos de base» y «actos de ejecución», respectivamente. En realidad, el criterio conforme al cual el acto de base es jerárquicamente superior al acto de ejecución debe ser complementado con el criterio de la *base jurídica*, en el sentido estricto que esta expresión tiene en el Derecho europeo[34], en cuanto que atribución de competencia a la Unión —con el contenido y alcance que el específico artículo del Tratado establezca—, sujeta en su ejercicio al procedimiento regulado en el precepto que la recoge[35]. De esta manera, la base de un acto de base será siempre un precepto del Tratado, constituyendo el acto de base, a su vez, la base del acto de ejecución[36].

En esta ordenación vertical de los actos (Tratados-actos de base-actos de ejecución), los actos de base —como decimos— se identificaron con las leyes o actos legislativos europeos, equiparación a la que se prestó, incluso, la jurisprudencia[37]. Se trata, pues, no de una jerarquía de carácter orgánico —ante la inexistencia de superioridad entre las Instituciones autoras de los actos—, sino normativa, en tanto en cuanto un acto servía de fundamento —base— para la producción y validez de otro.

Esta jerarquización de los actos europeos exigió del Tribunal de Justicia no solo clarificar la naturaleza de los actos jurídicos europeos y sus relaciones entre ellos, sino

---

[32] LIISBERG, J.B., *The EU Constitutional Treaty and its distinction between legislative and non-legislative acts – Oranges into apples?*, Jean Monnet Working Papers, 2006.

[33] TURK, A., *The Concept of Legislation in European Community Law. A Comparative Perspective,* Kluwer 2006, p. 239.

[34] SARMIENTO, D., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Marcial Pons 2025, pp. 128-130.

[35] PRECHAL, S.; DE VRIES, S. & VAN EIJKEN, H., "The Principle of Attributed Powers and the «Scope of EU Law»", *The Eclipe of the Legality Principle in the European Union* (Ed. L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal), Wolters Kluwer 2011, p. 214.

[36] El Tribunal de Justicia distinguió, claramente, entre «medidas que encuentran directamente su base en el Tratado mismo y el Derecho derivado destinado a asegurar su ejecución»: *Koster,* 17 diciembre 1970 (25/70), n. 6.

[37] *Reino Unido v. Comisión*, 6 diciembre 2005 (C-66/04), n. 50.

también delimitar el alcance de las funciones legislativa y ejecutiva[38] en las Comunidades Europeas, estableciendo los límites a las posibilidades del Legislador para atribuir competencias de ejecución a las Instituciones europeas. Institucionalmente, además, se establecieron condiciones procedimentales y orgánicas para el ejercicio de estas nuevas competencias ejecutivas derivadas de los actos de base, creando un escenario político complejo de relaciones entre las Instituciones y los Estados que se dio en llamar «*Comitología*».

*B) Fuerza jurídica del acto de base*. La superioridad derivada de la jerarquía del acto de base respecto al acto de ejecución se manifiesta no sólo en la capacidad del primero para imponer al segundo sus requisitos sustantivos y formales de producción, sino también para determinar la invalidez del acto de ejecución en caso de inobservancia de tales requisitos.

*C) Condiciones sustantivas*. La exigencia de delimitación por el acto de base del contenido de la habilitación ejecutiva resultaba muy genérica, pues la jurisprudencia entendía que el Tratado no imponía, por entonces, al Legislador precisar los elementos de las competencias ejecutivas delegadas o atribuidas[39]. Ello implicaba que las condiciones sustantivas que debían ser respetadas por el acto de ejecución no solían ser muy precisas —en particular en sectores como la Política Agrícola común—, reconociéndosele a la Comisión una suerte de poder general de ejecución en virtud del cual, una vez conferida la competencia ejecutiva que la habilitaba y obligaba[40], se encontraba autorizada para adoptar todas las decisiones necesarias[41] y útiles para ejecutar el acto de base.

De esta manera, las exigencias de sujeción del acto de ejecución al acto de base dependían del grado de determinación de este y del carácter reglado o discrecional de las competencias ejecutivas conferidas, oscilando entre la estricta conformidad y una imprecisa compatibilidad o no contrariedad[42], respectivamente. Por ello, si bien se afirma, con carácter general, que el acto de ejecución no puede «derogar» el acto de base[43] —ni siquiera cuando ambos actos sean dictados por la misma Institución[44]—,

---

[38] Así, por ejemplo, la jurisprudencia optó por un concepto amplio de «ejecución», englobando tanto actos de alcance general como de carácter individual: *Comisión v. Consejo*, 24 octubre 1989 (16/88), nn. 10-19.

[39] De forma confusa, el Tribunal de Justicia hablaba de los «elementos esenciales de las competencias delegadas» para referirse al objeto, objetivos y alcance de las competencias ejecutivas que el acto de base autorizaba ejercer a una Institución ejecutiva (Consejo o Comisión), terminología que era imprescindible diferenciar de los «elementos esenciales que deben ser regulados por el acto de base», que estudiaremos más adelante. Así lo encontramos, por ejemplo, en *Alemania v. Comisión*, 27 octubre 1992 (C-240/90), nn. 41-42.

[40] *Merkur Fleisch-Import GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Ericus*, 29 abril 1982 (147/81), n. 7.

[41] *Westzucker GmbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Zucker*, 14 marzo 1973 (57/72).

[42] GUILLOUD, L., *La loi dans l'Union européenne… op. cit.*, pp. 171-174.

[43] *Deutsche Tradax GmbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 10 marzo 1971 (38/70); *España v. Comisión*, 2 marzo 1999 (C-179/97), n. 20.

[44] *Deutsche Tradax GmbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 10 marzo 1971 (38/70);

el control del ejercicio de la habilitación resultaba más flexible si los actos de ejecución concurrían a la consecución de los objetivos fijados por el Legislador en el acto de base, lo que permitía a la Comisión, por ejemplo, establecer límites y requisitos no previstos en este[45].

*D)* El criterio jerárquico, con su presupuesto de la base jurídica, aportaba mayor claridad a la posible consideración como legislativos de los actos europeos que se adoptaban al amparo directo del Tratado, aunque lo hiciese a costa de ampliar de forma desmesurada e inconsistente la nómina de actos con carácter legislativo, pues se prescindía, a efectos de esta calificación, del contenido y funcionalidad de los actos en cuestión, es decir, si eran de alcance general o individual. Ello resultaba particularmente complejo cuando las bases jurídicas atribuían competencias en una materia o ámbito tanto al Legislador comunitario —Consejo, con alguna intervención del Parlamento— como a las Instituciones ejecutivas —Comisión[46] o Consejo—, pudiendo coexistir actos generales con otros individuales de igual rango jerárquico y a los que, en virtud de tal criterio, se podía caracterizar como legislativos[47].

El Tratado de Lisboa sustituyó, a la postre, ese criterio formal por otro, igualmente formal, que atiende al procedimiento legislativo de adopción, corrigiendo esa desmesura, pero no la inconsistencia de la decisión de los actos que no se sujetan a dicho procedimiento. En última instancia, la problemática del criterio jerárquico para caracterizar legislativamente a los actos europeos no radicaba tanto en su estricta dimensión normativa como en las implicaciones institucionales de su funcionamiento dinámico, donde el poder de las Instituciones —en particular, de un Parlamento aún en fase consolidación— y de los Estados no terminó de encontrar ni equilibrio ni acomodo.

---

[45] *Eridiana*, 13 marzo 1997 (C-103/96), nn. 22-26.

[46] *Francia, Italia y Reino Unido v. Comisión*, 6 julio 1982 (188-190/80), relativa a una Directiva de la Comisión que establecía medidas de transparencia en las relaciones financieras entre los Estados y sus empresas públicas —adoptada al amparo del entonces 90.3 TCEE, que establecía sus poderes de vigilancia y control en materia de competencia—. Los Estados recurrentes postulaban que «todo el poder normativo» correspondía originariamente al Consejo —significativamente la versión en francés de la sentencia, que era la lengua de procedimiento, habla de «*pouvoir législatif originaire*»—, correspondiendo exclusivamente a la Comisión poderes de vigilancia y de control, por lo que no era competente para aprobar un acto general de tal naturaleza. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, en su sentencia, rechaza la tesis de los Estados, afirmando el poder normativo autónomo de la Comisión al amparo del Tratado, sin que dicho poder y los actos normativos en que se manifiesta puedan verse obstaculizados por los actos normativos dictados por el Consejo en cuanto que Legislador. Así lo confirmó, además, en *Francia v. Comisión*, 19 marzo 1991 (C-202/88).

[47] *Wirtschaftsvereinigung Stah e.a. v. Comisión*, 23 noviembre 2000 (C-441/97P), donde, al amparo del art. 95 del Tratado CECA, la Comisión había dictado tanto un acto normativo —Código general de ayudas— como decisiones individuales de autorización a algún Estado para la concesión de ayudas a empresas siderúrgicas. La pretendida incompatibilidad de la decisión individual con el Código general —de igual rango, según el criterio jerárquico de base jurídica— fue, no obstante, negada por el Tribunal, apreciando el distinto ámbito objetivo de cada acto, pero no porque el acto individual tuviera que someterse necesariamente al acto general cuando ambos eran adoptados directamente con base en el Tratado. En este sentido, GUILLOUD, L., *La loi dans l'Union européenne… op. cit.,* p. 187.

### 2.3. El final criterio del procedimiento de adopción de los actos

Tras el inicial criterio material consistente en la generalidad del acto y el posterior criterio formal relativo a su ubicación jerárquica, el Tratado de Lisboa ha terminado por consagrar —por primera vez en sede de Derecho originario— un criterio para establecer el carácter legislativo de un acto, criterio formal consistente en el procedimiento de adopción. Sin embargo, a pesar de que dicho Tratado se caracterizó por salvar los restos del naufragio del Tratado Constitucional de 2004, se apartó del concepto material que este pretendía consagrar en su nuevo y original sistema de actos jurídicos[48].

*A) Régimen jurídico de los actos legislativos*. El régimen jurídico de los actos legislativos viene establecido en diferentes artículos del Tratado de Lisboa, pudiéndose distinguir una regulación general, por un lado, y disposiciones especiales, por otro. Es importante tener en cuenta esta diferenciación para comprender no sólo la configuración del sistema de actos jurídicos de la Unión, sino también los problemas que el mismo suscita.

La regulación general de los actos jurídicos de la Unión —en lo que nos interesa a efectos del estudio de los actos legislativos— comprende, de entrada, el clásico elenco de tipos de actos en cuanto instrumentos jurídicos (art. 288 TFUE: reglamento, directiva y decisión, por limitarnos a los vinculantes). A continuación, incluye la definición de los dos tipos de procedimientos legislativos, pero también la del acto legislativo como resultante de aquellos (art. 289 TFUE). Posteriormente, establece el régimen de los actos delegados (art. 290 TFUE) y de los actos de ejecución (art. 291 TFUE), que indirectamente también permiten —como veremos— caracterizar al acto legislativo, al identificar un mínimo contenido regulatorio esencial no susceptible de atribución por delegación o ejecución y al permitir, en cambio, que dicho contenido se expanda ilimitadamente por no existir reserva de elementos no esenciales en favor de las Instituciones ejecutivas. Por último, otros preceptos relevantes son el propio régimen jurídico del procedimiento legislativo ordinario (art. 294 TFUE) o las reglas sobre el tipo de acto o instrumento jurídico utilizable en cada caso (art. 296 TFUE).

---

[48] En el sistema del Tratado Constitucional, se creaban dos nuevos tipos de actos cuya naturaleza de acto legislativo estaba vinculada a su contenido: la «ley europea» —heredera del reglamento— era un «acto legislativo de alcance general», obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro; mientras que la «ley marco europea» también se definía como «acto legislativo», con la estructura propia de la directiva europea, a la que sucedía. Además, su adopción debía realizarse mediante procedimiento legislativo —ordinario o especial—, sin que la utilización de dicho procedimiento fuese la causa de la naturaleza legislativa de la «ley», sino su consecuencia. Por tanto, en la Constitución europea, la naturaleza legislativa del acto jurídico derivaba de su contenido, no del procedimiento seguido en su adopción. *Vid*. NIETO, E. y MARTIN, I., *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart 2007, pp. 11-12; TÜRK, A.: "The Concept of the "Legislative" Act in the Constitutional Treaty", *German Law Journal*, vol. 06, No. 11, pp. 1555-1570; LENAERTS, K. y DESOMER, M.: "Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures", *European Law Journal*, Vol. 11, No. 6, 2005, pp. 744-765.

Esta regulación general debe ser complementada, necesariamente, con las específicas disposiciones que, a lo largo del Tratado de Funcionamiento, establecen no ya las bases jurídicas de atribución de competencia a la Unión, sino sobre todo su concreto régimen jurídico de ejercicio. Este régimen jurídico es el que fija, ante todo, la necesidad de seguir o no un procedimiento legislativo; después, en caso de imponerlo, determina si debe ser el ordinario o el especial, que la propia disposición configura; y, por último y en su caso, el tipo de acto —en cuanto instrumento— que debe ser utilizado por el Legislador.

Finalmente, es preciso recordar que el concepto jurisprudencial de «acto de base», —creado para configurar la relación con los «actos de ejecución» según contenidos y efectos jurídicos propios de la jerarquía normativa— se predica igualmente del acto legislativo, aunque no se identifique con él, puesto que existen, también, actos de base que no son legislativos. La relación jerárquica ya explicada es la que dota de su fuerza jurídica propia al acto legislativo en cuanto acto de base respecto a los actos que lo ejecutan —actos delegados y actos de ejecución—, fuerza jurídica que, en cambio, no se proyecta sobre los actos no legislativos basados directamente en el Tratado, respecto a los cuales —como veremos— no se relaciona conforme al principio de jerarquía, sino el de competencia.

*B) Criterio procedimental*. El Tratado de Lisboa, como ya hemos señalado, utiliza el criterio del procedimiento seguido en la adopción del acto para determinar su naturaleza legislativa. Conforme al mismo, «*los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos*» (art. 289.3TFUE). En consecuencia, los actos legislativos sólo pueden ser adoptados en un procedimiento legislativo, aunque ello no implica necesariamente que todo acto resultante de un procedimiento legislativo tenga tal naturaleza legislativa[49]. En contraste, pues, con la regulación del Tratado Constitucional, el objeto del procedimiento legislativo no se encuentra ahora circunscrito al acto legislativo.

*C) Actos legislativos y actos típicos*. A diferencia de lo que hacía el Tratado Constitucional, el Tratado de Funcionamiento no establece ya la «ley» como instrumento jurídico o acto típico del Ordenamiento europeo. Inexistente la «ley» como acto típico, la definición prescriptiva de acto legislativo no impone a este un instrumento jurídico determinado, por lo que podrá revestir la forma y el contenido de cualquiera de los «actos típicos» del Derecho de la Unión (reglamento, directiva o decisión), mencionándose todos ellos —y sólo ellos— en las definiciones respectivas de los procedimientos legislativos. Más aún, el Tratado impone a Parlamento y Consejo que,

[49] Así lo señaló el Tribunal de Justicia en relación con el singular acto que pone fin al procedimiento legislativo especial mediante el que se establece el presupuesto de la Unión Europea (art. 314 TFUE), acto que es adoptado por el Presidente del Parlamento y que confiere fuerza obligatoria a dicho presupuesto. Para el Tribunal, dicho acto «no adopta la forma de un acto legislativo propiamente dicho, en el sentido de los artículos 288 y 289 TFUE, apartado 2, debido a la naturaleza del presupuesto», al que caracteriza como «documento esencialmente contable que contiene las previsiones para la Unión de todos los ingresos y los gastos que deben realizarse durante un determinado período»: *Consejo v. Parlamento*, 17 septiembre 2013 (C-77/11), nn. 59-60.

cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, se abstengan «de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable al ámbito de que se trate»[50], referencia implícita a las bases jurídicas que pueden, en cambio, prever excepcionalmente otros actos, incluso no vinculantes[51].

Por tanto, aunque el elenco de actos jurídicos del Ordenamiento europeo ex art. 288 TFUE no constituya un *numerus clausus*, el régimen jurídico de los actos legislativos sí limita a reglamentos, directivas o decisiones los instrumentos en que aquellos se pueden plasmar. Ahora bien, de la regla general definitoria de los procedimientos legislativos, que exige la utilización de los instrumentos o actos típicos explicitados del Derecho europeo —insistimos, reglamento, directiva y decisión, exclusivamente—, cabría entender que los actos legislativos deben producir efectos jurídicos vinculantes

*D)* ¿Un *criterio orgánico* complementario? Pese a la explicitación por el Tratado del procedimiento legislativo en cuanto que criterio formal determinante para constituir un acto como legislativo, no por ello se ha dejado de propugnar, asimismo, un criterio orgánico para tal calificación, atendiendo a las Instituciones decisorias que necesariamente intervienen en el procedimiento.

La utilización de semejante criterio ha sido tradicionalmente descartada en el Ordenamiento europeo por las peculiaridades del sistema institucional de las Comunidades, primero, y de la Unión, después. Peculiaridades que se manifestaban no sólo en el reducido —aunque evolutivo— papel del Parlamento Europeo, sino también en la confusión de funciones legislativas y ejecutivas en el Consejo, impidiendo atisbar algo parecido a una separación de poderes[52]. Configurado, hoy día, el Parlamento como representante de los pueblos de los Estados y consolidada su legitimación democrática, su intervención decisoria en el procedimiento legislativo es necesaria y su participación en un procedimiento decisorio permitiría considerar legislativo el acto resultante, aunque el Tratado no califique como tal el procedimiento[53]. Sin em-

---

[50] Art. 296, párrafo tercero, del TFUE. La definición general que hace el Tratado de los procedimientos legislativos ordinario y especial también se refiere, explícitamente, a los actos típicos de reglamento, directiva y decisión como los instrumentos de formalización de los actos legislativos (arts. 289.1 y 289.2 del TFUE).

[51] Es el caso, por ejemplo, de las «orientaciones» y demás medidas que el Parlamento y el Consejo pueden adoptar, en el ámbito de las redes transeuropeas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (art. 172 TFUE).

[52] LENAERTS, K., "Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community", *CMLRev*, vol. 28, 1991, pp. 11-35; LEINO-SANDBERG, P. y MINKKINEN, P., "From Separated Powers to Consensual Executive Gorvernment in the EU", *The Dynamics of Powers in the European Union* (Ed. C. Eckes, P. Leino-Sandberg, A. Ghavanini), Hart 2024; pp. 19-36.

[53] Por ejemplo, en el caso de la aprobación que el Parlamento Europeo debe dar a las Decisiones del Consejo para la celebración de ciertos acuerdos entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales [art. 218.6 a) TFUE]: aunque el Tribunal de Primera Instancia, en aras de esa intervención parlamentaria, consideró tales decisiones actos legislativos [*Frente Polisario v. Consejo*, 10 diciembre 2015 (T-512/12), n. 72] y que el Abogado General WATHELET lo respaldó en sus Conclusiones, el Tribunal de Justicia, finalmente, obvió por completo tal argumentación para casar la sentencia [*Consejo v. Frente Polisario*, 21 diciembre 2016 (C-104/16P)].

bargo, el criterio estrictamente procedimental ha sido el confirmado por el Tribunal de Justicia, lo que nos exige precisar el propio concepto de «procedimiento legislativo» en cuanto que presupuesto necesario del acto legislativo.

### *2.3.1. El procedimiento legislativo europeo*

El Tratado contempla la existencia de dos tipos de procedimientos legislativos: uno «ordinario», con una regulación única para todos los casos en que debe seguirse, y otro «especial» que, en realidad, constituye una referencia genérica que engloba los específicos casos en que se aplica según los concretos preceptos del Tratado, en los que se establece el régimen procedimental singular para cada uno de ellos.

*A) Procedimiento legislativo ordinario*. El artículo 289.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que el procedimiento legislativo ordinario «*consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión*», señalando, a continuación que «*se define*» —esto es, que se regula— en el artículo 294. Este procedimiento «sólo se aplicará cuando la disposición de los Tratados que constituya la base jurídica del acto en cuestión «haga referencia» a dicho procedimiento legislativo»[54].

*B) Procedimiento legislativo especial*. A diferencia del ordinario, «*en los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial*»: art. 289.2 TFUE). El precepto es tan impreciso como confundente, puesto que, además de no existir un procedimiento legislativo especial como tal categoría general —sino que serán las concretas bases jurídicas las que lo establezcan y regulen en cada caso—, presenta una apariencia de ordenación equivalente de posiciones de Parlamento y Consejo que no es tal. En efecto, si algo resulta común a los diferentes procedimientos especiales es que la competencia decisoria corresponde al Consejo[55], mientras que la «participación» del Parlamento en ellos oscila entre su conformidad[56]

---

[54] *República Eslovaca y Hungría v. Consejo*, 6 septiembre 2017 (C-643/15 y C-647/15), n. 60.

[55] Las únicas excepciones no harían sino confirmar la afirmación general señalada, puesto que se refieren a reglamentos relativos a la organización y funcionamiento del propio Parlamento Europeo, resultantes de procedimientos legislativos especiales en los que dicha Institución no sólo ostenta la potestad de adopción del acto, sino que también asume, significativamente, la iniciativa legislativa, lo que nos sitúa, más bien, en una suerte de ejercicio de la potestad de autoorganización del Parlamento. A saber, el régimen jurídico tanto del estatuto y ejercicio de las funciones de los miembros del Parlamento (art. 223.2 TFUE) —incluido su derecho de investigación (art. 226 TFUE)— como del Defensor del Pueblo (228.4 TFUE).

[56] Al limitar la intervención del Parlamento Europeo, en estos procedimientos legislativos especiales, a prestar su aprobación, impide a esta Institución conformar el contenido del acto legislativo resultante, pues carece de participación negociadora formal en el procedimiento: MARTINEZ ALARCÓN, M.L. y GARCÍA GUERRERO, J.L., "El Parlamento Europeo", *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Vol I. Instituciones de la Unión Europea* (Dir. A. López Castillo), 4ª ed, Tirant lo blanch 2022, p. 607.

y la mera consulta. De ahí que se cuestione lo adecuado de calificar como «legislativos» aquellos procedimientos —y, por tanto, sus actos resultantes— en los que la intervención del Parlamento no es determinante. En todo caso, a partir de la regulación del Tratado y de su aplicación se ha llegado no ya simplemente a constatar el hecho de que el procedimiento legislativo ordinario es el más habitual, sino también a propugnar que el recurso a uno especial precisaría una particular motivación[57].

En suma, tanto los casos en los que se aplica uno u otro tipo de procedimiento legislativo como la singular regulación de cada procedimiento especial constituyen determinaciones expresas del Tratado en las respectivas bases jurídicas[58]. En contra de lo que pudiera parecer, los procedimientos legislativos especiales no se han de delimitar y valorar respecto al procedimiento legislativo ordinario, sino por relación a los actos que las Instituciones ejecutivas (Consejo, Comisión y Banco Central Europeo) adoptan directamente por atribución expresa del Tratado y que se sujetan a procedimientos específicos en cada caso, que se analizarán más adelante[59]. Como hemos señalado anteriormente en relación con la eventual virtualidad de un supuesto criterio orgánico complementario al procedimental para calificar como legislativos los actos, cuando las bases jurídicas atributivas de esos poderes autónomos regulan su ejercicio mediante procedimientos que prevén la intervención del Parlamento, se han planteado dudas sobre la calificación de los actos resultantes, puesto que la presencia del Parlamento —y la frecuente iniciativa de la Comisión— permitirían la equiparación de esos procedimientos con un procedimiento legislativo especial[60]. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha rechazado esa asimilación basada en los órganos intervinientes en el procedimiento, descartando, con ello, que se puedan calificar como legislativos los actos que no se adopten en procedimientos explícitamente considerados así por el propio Tratado[61].

---

[57] LEINO, P., "The Institutional Politics of Objective Choice: Competence as a Framework for Argumentation", *The Division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future* (Ed. S. Garben & I. Govaere), Hart 2017, p. 222.

[58] Ello le lleva a BAST a definir los actos legislativos no tanto en virtud del procedimiento como por la competencia atribuida. Según él, el Tratado utilizaría «una definición basada en la competencia: un acto legislativo es un acto jurídico vinculante que se fundamenta en una disposición del Tratado que está expresamente calificada como otorgante de una competencia legislativa»: BAST, J.: "New Categories of Acts after the Lisbon Reform. Dynamics of Parliamentarization in EU Law", *CMLRev*, núm. 49(3), 2012, p. 893.

[59] *Vid*. Epígrafe 3.1: «Actos no legislativos basados en el Tratado»

[60] *Frente Polisario v. Consejo*, 10 diciembre 2015 (T-512/12), n. 71: «En el presente caso, tal como se desprende de su preámbulo, la Decisión impugnada fue adoptada siguiendo el procedimiento definido en el artículo 218 TFUE, apartado 6, letra a), que prevé que el Consejo, a propuesta del negociador, en el presente asunto la Comisión, adopte la decisión de celebración del acuerdo tras la aprobación del Parlamento. Este procedimiento responde a los criterios definidos en el artículo 289 TFUE, apartado 2, y constituye, por consiguiente, un procedimiento legislativo especial».

[61] Así, en el ámbito de la Política de asilo, el Tratado establece que, si «uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo» (78.3 TFUE). El Tribunal de Justicia rechazó la argumentación de Hungría según la cual la

Por tanto, «un acto jurídico sólo puede calificarse de acto legislativo de la Unión si se ha adoptado sobre la base de una disposición de los Tratados que expresamente haga referencia al procedimiento legislativo ordinario o al procedimiento legislativo especial»[62]. Esta perspectiva estrictamente formalista la fundamenta el Tribunal de Justica en el principio de seguridad jurídica, pues «permite, por un lado, determinar con claridad las bases jurídicas que facultan a las instituciones de la Unión para adoptar actos legislativos y, por otro, distinguir dichas bases de las que sólo pueden servir de fundamento para la adopción de actos no legislativos»[63].

### *2.3.2. Fundamento y principios: legitimación y articulación de intereses*

Sin necesidad de analizar ahora con detalle su régimen jurídico, es preciso tener en cuenta que el procedimiento legislativo, en sentido amplio, se configura como expresión de una serie de principios que lo inspiran y que, a su vez, lo fundamentan.

*A)* En primer lugar, el procedimiento legislativo se suele radicar, exclusivamente, en el *principio democrático*, por cuanto su regulación garantiza, en todos los casos, la intervención del Parlamento Europeo, a través del cual los «ciudadanos estarán directamente representados en la Unión» (art. 10.2 TUE). De esta manera, en la medida en que articula dicho principio democrático, el procedimiento legislativo dota a la norma europea de su categoría legislativa, de manera similar a lo que ocurre con las leyes de los Estados miembros[64].

No obstante, es preciso tener en cuenta la comprensión que la propia Unión alberga de la «legitimación democrática» en el proceso decisorio, pues no la residencia, exclusivamente, en el Parlamento, sino que la extiende, en igualdad de condiciones, al Consejo, conformando una «representación democrática dual»[65]. Aunque la legitimación

---

consulta al Parlamento hacía del procedimiento uno legislativo especial: *República Eslovaca y Hungría v. Consejo*, 6 septiembre 2017 (C-643/15 y C-647/15), nn. 57-67. Otros procedimientos no considerados legislativos serían: decisión de celebrar un Acuerdo de asociación con terceros países [arts. 217, en relación con el 218 TFUE: *Thomas y Julien v. Consejo*, 24 febrero 2022 (T-442/21), n. 43.; procedimiento de aplicación, a nivel de la Unión, de acuerdos celebrados por los interlocutores sociales [art. 155 TFUE: decisión del Consejo, a propuesta de la Comisión e información al Parlamento; *EPSU y Goudriaan v. Comisión*, 24 octubre 2019 (T-310/18), n. 69].

[62] *República Eslovaca y Hungría v. Consejo*, 6 septiembre 2017 (C-643/15 y C-647/15), n. 62.

[63] *República Eslovaca y Hungría v. Consejo*, 6 septiembre 2017 (C-643/15 y C-647/15), n. 63.

[64] Como señalara el Abogado General CRUZ VILLALÓN, «pese a las diferencias que pueden mediar entre la ley nacional y la «ley» de la Unión, o entre el legislador de los Estados y el «legislador» de la Unión, el «procedimiento legislativo» impuesto al Consejo por el artículo 289 TFUE para elaborar sus Reglamentos (y el observado por el Consejo al ejercer su «capacidad legislativa» ex artículo 207 TCE) es conceptualmente muy próximo al «procedimiento legislativo» nacional, quiere decirse, desde el punto de vista de su ratio y, por tanto, de los principios que deben inspirarlo. Al fin y al cabo, ambos tienen en común la necesidad de satisfacer exigencias inexcusables de legitimación democrática»: Conclusiones de 16 de mayo de 2013, en el asunto *Consejo v. Access Info Europe* (C-280/11P), n. 42.

[65] MENDES, J.: "The Making of Delegated and Implementing Acts. Legitimacy beyond Institutional Balance", *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, p. 235 y ss.

sea un concepto gradual[66], la que deriva de Parlamento y Consejo es cualitativamente diferente por sus respectivos fundamentos, trascendiendo su mera consideración de directa o indirecta. En efecto, si aquel aporta una legitimación democrática directa a través de las elecciones, el Consejo no dejaría de ser un órgano integrado por Gobiernos democráticamente elegidos por los ciudadanos de los Estados miembros. Sin embargo, a pesar de tal justificación legitimadora del Consejo, este articula en el proceso decisorio europeo, en general, y en el legislativo, en particular, el *principio de soberanía* de los Estados, en cuanto que representación de los intereses de sus Gobiernos.

*B)* Además de los principios democrático y de soberanía, el procedimiento legislativo articula, igualmente, el *principio de integración*, encarnado en el papel trascendental de la Comisión que, a través de su poder de iniciativa y de su posterior presencia activa en el procedimiento —que incluso le permite retirar su propuesta, si es desnaturalizada por Consejo y Parlamento[67]—, articula la representación del interés general de la Unión, desde la posición de independencia con la que los Tratados la configuran para el ejercicio de sus responsabilidades[68].

*C)* En la medida en que el proceso legislativo no se reduce al estricto procedimiento legislativo, es necesario señalar, asimismo, la *participación de los Parlamentos nacionales* en el mismo, conforme al Protocolo (núm. 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, participación que se verifica en fase de iniciativa sobre todo «proyecto de acto legislativo»[69]. Aunque esta participación se realiza al amparo de tales principios, no hay duda de que la implicación de los Parlamentos nacionales refuerza, igualmente, la legitimación democrática de la Unión[70], por lo que su intervención no se limitaría a garantizar el respeto de la dimensión

---

[66] ARROYO, L.: "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos* (Coords. J.M Rodríguez de Santiago, G. Doménech y L. Arroyo), Marcial Pons 2021, pp. 640-641.

[67] Las modificaciones que Consejo y Parlamento pueden introducir en la propuesta de la Comisión no pueden extenderse hasta permitirles desnaturalizarla en un sentido contrario a la realización de los objetivos que esta persigue y que, por tanto, la privarían de su razón de ser [*Consejo v. Comisión*, 14 abril 2015 (C-409/13), n. 83)], salvo que no excedan del objeto de dicha propuesta ni modifiquen su finalidad [*Eurotunel e.a.*, 11 noviembre 1997 (C-408/95), n. 39]; *Comisión v. Consejo (Adhesión al Acta de Ginebra)*, 22 noviembre 2022, nn. 102-110.

[68] *One of Us e.a. v. Comisión*, 23 abril 2018 (T-561/14), n. 110.

[69] Art. 4 Protocolo (núm. 2).

[70] Así lo sostienen LUPO, N. y PICCIRILLI, G., "The Relocation of the Legality Principle by de European Courts' Case Law", *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2015, quienes consideran que, ante las complejidades y equilibrios del sistema institucional de la Unión, son precisamente los Parlamentos nacionales los llamados a constituir el auténtico contrapeso a lo que denominan "desconexión democrática" del proceso de integración europea (p. 68), entendida como la «disociación entre la delegación de poderes normativos al nivel supranacional a través de los Gobiernos nacionales y las fuentes de legitimidad democrática, ya que resulta difícil desvincular estas últimas de los Estados nación» (p. 66). Asimismo, GARBEN destaca la triple vía de legitimación democrática del procedimiento legislativo ordinario al establecer la intervención del Parlamento Europeo, de los Gobiernos nacionales y de los Parlamentos nacionales: GARBEN, S., "The European Union ant its Three Constitutional Problems", *The Future of EU Constitutionalism* (Ed. M. Avbelj), Hart 2023, p. 87

competencial del acto legislativo desde una perspectiva meramente formal, sino que también debe contribuir a la conformación de su contenido y al ejercicio efectivo del poder legislativo, cuestionando, por ejemplo, que el acto legislativo no incluya los elementos esenciales necesarios por delegarlos en la Comisión[71].

*D)* Todo ello manifiesta que el procedimiento legislativo europeo no solo articula el principio democrático, sino que también responde a las lógicas de intergubernamentalidad y de supranacionalidad que derivan del reparto vertical y horizontal de poderes en la Unión[72]. Tanto las Instituciones y órganos intervinientes como los trámites y actuaciones que contempla garantizan no sólo la legitimidad democrática del proceso legislativo, sino también una amplia representatividad de intereses. De esta manera, ni el procedimiento legislativo ni su acto resultante deben apreciarse exclusivamente desde la perspectiva formal de la manera en que se ejerce el poder legislativo europeo, sino que también deben comprenderse tanto en clave de reparto de poderes —allá donde el Tratado no lo establezca o, aun exigiéndolo en cuanto procedimiento especial, según la calidad de la intervención del Parlamento— como en clave funcional, en la medida en que los actos legislativos en la Unión Europea no hacen sino desarrollar y concretar el programa político y normativo que los Tratados formulan en términos de objetivos a alcanzar (art. 3 TUE). Todas esas perspectivas —democrática, política y funcional— de comprensión de los actos legislativos fundamentan —como veremos más adelante— la reserva que los Tratados hacen al Legislador para establecer los «elementos esenciales» de un ámbito.

## 3. LOS ACTOS NO LEGISLATIVOS

*A)* El criterio procedimental califica como legislativos todos los actos cuya adopción establecen los Tratados que se haga a través de procedimientos legislativos. Esto determina, por eliminación, que el resto de actos no puedan ser considerados tales: desde los actos que, pese a encontrar su base jurídica en el Tratado, no están sometidos a procedimiento legislativo ordinario o especial para su adopción (actos no legislativos con base en el Tratado), hasta los actos cuya base la constituye un acto legislativo (actos delegados y actos de ejecución), pasando por la singularidad de régimen de los actos de la Política Exterior y de Seguridad Común[73] —incluidas las medidas restrictivas del Consejo que los apliquen ya en el marco del TFUE[74]—.

---

[71] GRANAT, K., *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Hart 2018, p. 188.

[72] BURSENS, P., "Recalibration of Executive-Legislative Relations in the European Union. Strategies Inspired by the Trilemma of Democracy, Sovereignty and Integration", *Executive-Legislative (Im) Balance in the European Union* (Ed. D. Fromage y A. Herranz-Surrallès), Hart 2020, pp. 19-33.

[73] Diferentes artículos del Tratado de la Unión Europea (arts. 24.1, 31.1) excluyen explícitamente el carácter legislativo de los actos adoptados por el Consejo Europeo y por el Consejo en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común; *UC v. Consejo*, 17 abril 2024 (T-6/23).

[74] Art. 215 TFUE; *Venezuela v. Consejo*, 22 junio 2021 (C-872/19P), n. 92.

Este conjunto heterogéneo de «actos no legislativos» no constituye, sin embargo, una mera amalgama integrada por exclusión respecto a los actos legislativos y cuya presentación sólo serviría para proporcionar un cuadro completo de los actos europeos. Y es que el análisis de estos actos no legislativos permite, por un lado y a través de una relación horizontal, delimitar el alcance de los propios actos legislativos por su relación con los actos no legislativos con base en el Tratado y, por otro y mediante una relación vertical con los actos derivados de los propios actos legislativos, caracterizar estos materialmente en virtud de la reserva de elementos esenciales que establece hoy día el Tratado[75].

*B) Naturaleza* y *terminología*. Aunque los Tratados utilizan la categoría «actos legislativos», definiéndola formalmente como hemos visto, carecen de un término para englobar el resto de actos. Sí dicen, expresamente, que los actos delegados serán «actos no legislativos», pero tal denominación negativa carece de contenido sustantivo alguno, más allá de carecer del rasgo legislativo por adoptarse conforme a procedimientos no legislativos. Además de vacía de contenido conceptual, la fórmula de «acto no legislativo» nada expresa positivamente sobre la naturaleza y carácter de los actos que engloba[76].

Sea como fuere, por su carácter formalmente no legislativo, por la autoridad que los aprueba y por su funcionalidad —en particular cuando «ejecutan» un acto legislativo u otro acto normativo basado en el Tratado—, estos actos bien se pueden calificar de «*actos ejecutivos*». El carácter y la funcionalidad ejecutiva de los actos delegados y de los actos de ejecución puede aparecer más clara respecto al acto legislativo —al que, según los casos, completan, modifican o precisan—, mientras que en el caso de los actos basados directamente en el Tratado tal caracterización resulta, sin duda, más equívoca y problemática[77]. Se trataría, en todo caso, de una categoría

---

[75] MARTINEZ CAPDEVILA amplía la perspectiva sustantiva de análisis del acto legislativo más allá de su propia estructura normativa según la reserva de elementos esenciales al mismo respecto a los actos que puede habilitar, para incluir, en particular, las razones que fundamentarían o explicarían que el Tratado determinase la regulación mediante acto legislativo, en lugar de prever que se lleve a cabo a través de un acto no legislativo basado directamente en el propio Tratado: MARTINEZ CAPDEVILA, C., *A vueltas con la noción de «acto legislativo»… op. cit.*, pp. 118-125

[76] Para añadir más confusión a esta cuestión, el Tratado (art. 263 TFUE) utiliza el concepto «*actos reglamentarios*» con fines estrictamente procesales, para regular la legitimación, en sede de recurso de anulación, de cualquier persona para recurrir actos de carácter general que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución. Para la jurisprudencia, esta expresión viene a significar cualquier acto no legislativo de carácter general: *Microban International y Microban (Europe) v. Comisión, 25 octubre 2011 (T-262/10)*; *Inuit e.a. v. Comisión*, 3 octubre 2013 (C-583/11P); *Cindu Chemicals BV e.a v. Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA)*, 7 marzo 2013 (T-95/10).

[77] A este respecto, merece la pensa señalar que, en el caso del Tratado Constitucional de 2004 —cuya regulación de los actos jurídicos de la Unión reflejaba mejor la correlación entre su forma y su naturaleza—, respecto a los actos no legislativos —los legislativos eran la «ley europea» y la «ley marco europea»—, se preveía que el Consejo, la Comisión y el Banco Central Europeo podían adoptar, en los casos específicos previstos en la propia Constitución, «reglamentos o decisiones europeos» (art. I-35.2), que serían los reglamentos que tendrían como objeto «la ejecución […] de determinadas disposiciones de la Constitución» (art. I-33.1).

doctrinal[78], con finalidad clasificatoria, que el Tratado y la jurisprudencia —insistimos— han evitado contraponer a la de «acto legislativo».

Estos actos no legislativos se manifiestan, principalmente[79], como actos originarios y autónomos —por estar basados directamente en el Tratado y por no estar subordinados al acto legislativo— y como actos derivados de actos legislativos que constituyen su base (actos delegados y actos de ejecución[80]).

### 3.1. Actos no legislativos con base en el Tratado: la delimitación normativa horizonal del acto legislativo

A) Las bases jurídicas del Tratado atribuyen competencias a la Unión y potestades a las Instituciones, cuya calificación como legislativa —conforme al criterio jerárquico ya expuesto— resultaba cuestionable cuando se conferían directamente a la Comisión, pero también al Consejo, por no hablar, hoy día, del Banco Central Europeo. Si, en el primer y último caso, tales atribuciones podían fundamentarse en el carácter técnico de las tareas conferidas y en operar, eventualmente, conforme a criterios prestablecidos en el propio Tratado, en el caso del Consejo la explicación radicaría, más bien, en constituir reductos remanentes de intergubernamentalidad en el sistema institucional europeo. De ahí la heterogeneidad de estos poderes atribuidos directamente por el Tratado a las Instituciones ejecutivas de la Unión, que comprenden desde todas las decisiones que se adoptan en el seno de la PESC hasta la regulación de la política de competencia o de ayudas de Estado, pasando por cuestiones tan delicadas y sensibles como el régimen lingüístico de las Instituciones de la Unión[81].

---

[78] Por ejemplo, para el caso de los actos basados directamente en el Tratado, se han utilizado expresiones como «poderes ejecutivos de reglamentación» [SARMIENTO, D., *Curso de Derecho de la Unión Europea… op. cit.*, p. 143] o «actos autónomos ejecutivos» [CHAMON, M., *The European Parliament and Delegated Legislation. An Institutional Balance Perspective*, Hart 2022, pp. 14 y, en particular, 45-50].

[79] No todos los actos ejecutivos se reducen a los que aquí se van a exponer —actos no legislativos basados directamente en el Tratado y derivados de actos legislativos en forma de actos delegados o actos de ejecución—, selección que en el trabajo se hace en tanto en cuanto contribuye a comprender el acto legislativo. Otros supuestos de actos no legislativos, de carácter ejecutivo, serían los actos que adoptan otras Instituciones, órganos y organismos de la Unión, como el Banco Central Europeo, Agencias europeas, agencias ejecutivas de la Comisión u organismos especializados (por ejemplo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos al imponer sanciones a las Instituciones, órganos y organismos de la Unión en cuanto que Administración europea en aplicación del Reglamento de Inteligencia Artificial). Pero también actos ejecutivos de la Comisión que no se reconducen al régimen de los actos delegados ni al de los actos de ejecución, así como actos del Consejo [por ejemplo, la imposición de multas a un Estado miembro en el marco de la supervisión económica y presupuestaria de la zona euro por manipulación de datos estadísticos: *España v. Consejo*, 20 diciembre 2017 (C-521/15), nn. 43-44].

[80] Es importante advertir, en todo caso, que los actos de ejecución no son tales exclusivamente con relación a los actos legislativos, puesto que el Tratado (291.1 TFUE) los relaciona funcionalmente —«[*c]uando se requieran condiciones uniformes de ejecución*»— con «*los actos jurídicamente vinculantes de la Unión*», por lo que también pueden constituir base jurídica de los actos de ejecución los actos no legislativos.

[81] Acertadamente destacado por MARTINEZ CAPDEVILA, C., *A vueltas con la noción de «acto legislativo»… op. cit.*, p. 125

Esta heterogeneidad justifica, asimismo, la especificidad de su régimen jurídico, por cuanto el objeto y alcance de cada potestad así atribuida, pero también el procedimiento que la Institución debe seguir para su ejercicio, son los establecidos para cada supuesto en las correspondientes bases jurídicas. En lo que respecta a su alcance, además de actos individuales, se atribuyen igualmente potestades normativas; mientras que los procedimientos son variados, asemejándolos a los procedimientos legislativos especiales cuando el órgano decisor es el Consejo, al incluir, en ocasiones, la intervención de la Comisión —en fase de iniciativa— o del Parlamento —a título de consulta o excepcionalmente de aprobación[82]—, si bien —como hemos visto— la jurisprudencia rechaza que se puedan homologar a aquellos para calificar los actos resultantes como legislativos.

Como se ha señalado, la actual definición formal y convencional de acto legislativo —que deja fuera todos los actos basados en el Tratado que se adoptan sin seguir procedimiento legislativo— plantea, desde una perspectiva material, cuestiones sobre la naturaleza de algunos de estos actos no legislativos, pero también sobre su relación con los actos legislativos.

B) Más allá de su caracterización funcional y de su denominación, algunos de estos poderes basados directamente en el Tratado atribuyen a las Instituciones la posibilidad de llevar a cabo configuraciones generales de sectores de actividad o de adoptar decisiones de gran trascendencia. Suele mencionarse, como más significativo, el caso de la Política de competencia (art. 103.1 TFUE) que, por mucho que su base jurídica señale que los reglamentos y directivas del Consejo aplicarán los principios fijados en el Tratado y que precise, en su apartado segundo, los objetivos y elementos que deberán tener especialmente en cuenta, no deja de otorgar una amplísima discrecionalidad al Consejo —que actúa a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento— para llevar a cabo la ordenación de un sector de gran trascendencia, para lo que deberá realizar apreciaciones y ponderaciones de principios, bienes e intereses que son las que —como veremos— caracterizarían materialmente la función legislativa. Por tales razones, se ha destacado la «relevancia legislativa» de este tipo de procedimientos no legislativos y denominada su resultante como «actos materialmente legislativos»[83], en una consciente contradicción terminológica que refleja bien la artificiosidad de su clasificación en virtud del criterio procedimental del Tratado.

C) *Relación con los actos legislativos*. Tanto si las bases de una misma materia como de materias conexas o independientes contemplan poderes legislativos y no legislativos, estos no se encuentran, por ello, subordinados a los primeros, sino que dependerán del objeto y alcance concretos de las respectivas potestades. En ambos casos, será la base jurídica la que delimite positivamente el alcance de la potestad atribuida de manera explícita[84], sin que su configuración se realice por exclusión de

---

[82] Arts. 352.1, inciso primero; 82.2, d) y 83.1, párrafo tercero, del TFUE.

[83] SARMIENTO, D., *Curso de Derecho de la Unión Europea… op. cit.*, p. 140.

[84] *Reino Unido v. Banco Central Europeo*, 4 marzo 2015 (T-496/11), donde el Tribunal General negó una potestad normativa implícita al Banco Central Europeo para regular los sistemas de compensación de valores.

la otra. En consecuencia, ni el acto legislativo puede regular el objeto preciso de la potestad no legislativa basada en el Tratado, ni el ejercicio de esta se encuentra supeditada a la previa actuación legislativa. Se trata, pues, de poderes autónomos y los actos en que se expresan se relacionarán en función del objeto y alcance de la base jurídica de la que derivan.

De esta manera, al igual que el Consejo debe respetar los límites de sus competencias cuando adopta medidas basadas directamente en el Tratado, el legislador de la Unión está obligado a respetar los límites de las competencias que se le han atribuido cuando adopta medidas basadas en el propio Tratado, no dudando el Tribunal de Justicia en anular la disposición de un acto legislativo que fijaba umbrales y precios de referencia para intervenir en determinados mercados agrícolas por estar atribuida esta competencia al Consejo[85].

Por tanto, el Legislador no ostenta una competencia general sobre las materias recogidas en el Tratado, sino que debe ceñirse a las que específicamente le atribuyen las bases jurídicas respectivas, con su objeto y alcance, respetando las competencias originariamente conferidas a Instituciones ejecutivas, igualmente con su propio objeto y alcance.

### 3.2. Actos delegados y actos de ejecución: los contenidos esenciales del acto legislativo

El sistema de actos de ejecución que permitió utilizar el criterio jerárquico para caracterizar como legislativos los actos que constituían su base fue profundamente reformado por el Tratado de Lisboa. Prescindiendo de la dimensión institucional y de equilibrio de poder que la nueva regulación implica, así como de su funcionalidad específica respecto al acto legislativo, del cual constituyen su ejecución en el ámbito europeo[86], el estudio ahora de estos actos no legislativos que pueden ser adoptados por delegación o por atribución interesa en la medida en que su régimen jurídico permite caracterizar al acto legislativo desde el punto de vista de su contenido, trascendiendo la estricta definición formal que el Tratado lleva a cabo.

---

[85] En materia de Política Agrícola, *Alemania v. Parlamento y Consejo*, 7 septiembre 2016 (C-113/14), en relación con los artículos 43.2 y 43.3 del TFUE.

[86] Como ya se ha advertido, las competencias ejecutivas sobre los actos legislativos presentan un carácter derivado respecto a estos, por cuanto no existe una cláusula general de atribución de potestad ejecutiva originaria para ejecutar, a nivel normativo europeo, los actos legislativos. Incluso si se pretendiera deducir tal cláusula de ciertos enunciados del Tratado que presentan un carácter más descriptivo que constitutivo de tal potestad en beneficio de la Comisión —v.gr. art. 17 TUE—, es necesario recordar que la atribución de competencias ejecutivas a las Instituciones ejecutivas de la Unión supone una excepción al principio de ejecución indirecta, principio, por cierto, incorporado expresamente al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 291.1). Por ello, resulta siempre imprescindible una atribución explícita y específica de competencias ejecutivas a las Instituciones, órganos u organismos de la Unión, a través de actos basados directamente en el Tratado, sean actos legislativos, sean actos no legislativos originarios. De ahí que, en el caso de los primeros, el acto legislativo constituya el fundamento y el límite de los poderes ejecutivos sobre el acto legislativo.

No se trata, por tanto, de realizar una exposición exhaustiva de estos actos delegados y de ejecución —cuya cierta originalidad, sobre todo de los primeros, ha atraído la atención de los especialistas desde el primer momento[87], exigiendo la interpretación de los Tribunales europeos y la reflexión de la doctrina[88]—, sino, como decimos, de destacar los elementos de su régimen jurídico que contribuyen a completar la estricta definición convencional y formal del acto legislativo europeo.

### *3.2.1. Definición, función y fundamento de los «elementos esenciales» del acto legislativo*

*A) Concepto*. En la década de los setenta del pasado siglo, al admitir la jurisprudencia la posibilidad de atribución de competencias ejecutivas a la Comisión por parte del Legislador, le señaló a este un límite: «los elementos esenciales de la materia a regular»[89]. Estos elementos serían el objeto propio de la función legislativa europea, por lo que las normas esenciales de la materia objeto de regulación debían adoptarse en un acto de base y no podían ser objeto de delegación[90], sin que fuera necesario que aquel procediera a una regulación detallada de la materia[91]. Aunque el contenido y alcance de dichos elementos esenciales apenas sí fueron precisados por el Tribunal de Justicia en pronunciamientos posteriores, el concepto se consolidó en el sistema de delegación de competencias ejecutivas y, vía Tratado Constitucional, fue recogido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al establecer el régimen jurídico de los actos delegados: «*La regulación de los elementos esenciales de*

---

[87] Así, por ejemplo, limitándonos exclusivamente a algunos autores españoles, es preciso referirnos a trabajos como MANGAS MARTIN, A., "Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 18, 2009; GARZON CLARIANA, G., "Los actos delegados en el sistema de fuentes de Derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 721-760; FUENTETAJA, J., "Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, pp. 55-89; CASTILLO DE LA TORRE, F., "La Comisión Europea y los cambios en el Poder ejecutivo de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 85-124; GARCIA LUENGO, J., "Normativa delegada, normativa de ejecución y el poder de libre configuración del legislador de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 18 de marzo de 2014 en el Asunto 427/12", *REDE. Revista española de derecho europeo*, Nº 52, 2014, pp. 141-158.

[88] Por ejemplo, THIERY, S., *Les actes délegués en droit de l'Union européenne*, Bruylant 2020; TAUSCHINSKY, E. y WEIß, W. (ed.), *The Legislative Choice Between Delegated and Implementing Acts in EU Law. Walking a Labyrinth,* Edward Elgar Publishing 2018; ENGLISCH, J.: "`Detailing' EU Legislation through Implementing Acts", *Yearbook of European Law*, Vol. 40, núm. 1 (2021), pp. 111-145; TÜRK, A.: "Legislative, delegated acts, comitology and interinstitutional conundrum in EU law – configuring EU normative spaces", *European Law Journal*, Vol. 26, 2020, pp. 415-428.

[89] *Koster*, 17 diciembre 1970 (22/70).

[90] *Parlamento v. Comisión*, 13 julio 1995 (C156/93).

[91] *Romkes / Officier van Justitie*, 16 junio 1987 (46/86), n. 16; *España v. Consejo*, 20 septiembre 1988 (203/86), n. 34.

*un ámbito estará reservada al acto legislativo y, por lo tanto, no podrá ser objeto de una delegación de poderes*»[92].

Inicialmente, la jurisprudencia consideró que los elementos esenciales de una materia objeto de regulación por el Legislador expresaban las opciones fundamentales posibilitadas por el Tratado[93] o procedían a la atribución de derechos por el Ordenamiento europeo[94]. Se trataría, pues, de opciones políticas encauzadas jurídicamente por el Legislador y para lo cual goza de una gran discrecionalidad. Más adelante, aclaró que «un elemento reviste carácter esencial, en el sentido del artículo 290 TFUE, apartado 1, párrafo segundo, segunda frase, si su adopción hace necesarias elecciones políticas que entran en el ámbito de las responsabilidades propias del legislador de la Unión, dado que implica una ponderación de los intereses divergentes en liza sobre la base de apreciaciones múltiples, o si afecta de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que hace necesaria la intervención del legislador de la Unión»[95].

Al realizar esa ponderación de intereses, el Legislador goza de un amplio margen de apreciación, lo que limita el control judicial al error manifiesto, la desviación de poder o una vulneración manifiesta de los límites de sus facultades decisorias[96]. A este respecto, ni siquiera se le exige una ponderación específica y motivada de los diferentes intereses en juego, siempre que el acto legislativo permita apreciar la parte esencial de los objetivos perseguidos[97].

*B) Alcance*. Asimismo, es necesario tener en cuenta que, si bien los elementos esenciales están reservados al acto legislativo, este no se encuentra circunscrito a ellos. Es decir, que el acto legislativo puede cubrir, igualmente, elementos no esenciales. Aunque estos son el ámbito propio de los actos delegados —tal y como reza el art. 291.1 TFUE— y de los actos de ejecución, nada le impide al Legislador incluirlos en su acto, dotando de mayor extensión regulatoria a su acto y restringiendo,

---

[92] Art. 290.1, párrafo segundo, del TFUE. Aunque el Tratado mencione los elementos esenciales en el régimen jurídico de los actos delegados, su eficacia alcanza, igualmente, los actos de ejecución, de manera que el Legislador no pueda atribuir tampoco competencias de ejecución a Comisión o Consejo que impliquen la facultad de decidir sobre elementos esenciales: *Fenix International*, 28 febrero 2023 (C-695/20), n. 41.

[93] *Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen*, 6 julio 2000 (C-356/97), nn. 21-24.

[94] *Chemiefarma v. Comisión*, 15 julio 1970 (41/69), donde el reglamento del Consejo, que estableció las normas sobre la Política de competencia en aplicación de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado, atribuyó a las empresas imputadas en un procedimiento sancionador el derecho a ser oídas por la Comisión, autorizando a esta «a adoptar las disposiciones de aplicación relativas a estas audiencias», cosa que hizo a través su Decisión de 16 de julio de 1969.

[95] *Parlamento v. Consejo*, 5 septiembre 2012 (C-355/10).

[96] *Friends of the Irish Environment (Posibilidades de pesca superiores a cero)*, 11 enero 2024 (C-330/22), n. 80.

[97] *España. v. Comisión*, 11 junio 2025 (T-681/22), donde España alegaba que, al establecer la prohibición de pesca con artes de fondo fijos a más de 400 metros de profundidad en zonas con actuales o potenciales ecosistemas marinos vulnerables, el Legislador no había considerado suficientemente el impacto que tal determinación iba a tener sobre las actividades pesqueras en esas zonas; es decir, una inadecuada ponderación de la protección del medio ambiente y de los intereses socioeconómicos afectados.

correlativamente, el alcance de las competencias ejecutivas originarias de los Estados o de las que, eventualmente, confiera a la Comisión o al Consejo. Más aún, la modalidad de acto delegado que modifica el acto legislativo que atribuye tal potestad presupone, necesariamente, la presencia en el acto legislativo delegante de elementos no esenciales sobre los que aquel despliegue sus efectos jurídicos, pues en tal supuesto el acto delegado solo puede modificar elementos no esenciales del acto legislativo.

*C) Determinación*. La cuestión de qué elementos de una materia deben calificarse de esenciales no depende únicamente de la apreciación del legislador de la Unión, sino que debe basarse en elementos objetivos que puedan ser sometidos al control jurisdiccional. A este respecto, procede tener en cuenta las características y las particularidades del ámbito de que se trate [98]. Este carácter casuístico no es una mera eximente del esfuerzo por establecer un método de determinación de los elementos esenciales de una materia, sino, más bien, el reconocimiento de la inexistencia general de dichos elementos puesto que, en última instancia, los elementos esenciales no son tanto los de un ámbito en abstracto como los de un acto legislativo en concreto.

*D) Función y fundamento de los elementos esenciales*. Aunque el concepto de elementos esenciales surja y se establezca no tanto como elemento conceptualizador del acto legislativo, sino como técnica limitadora de la delegación o atribución de competencias ejecutivas y como reserva de contenidos que necesariamente debe ser regulados por aquel, lo cierto es que el contenido que le ha dado el Tribunal de Justicia —en cuanto que realización de opciones políticas fundamentales— trasciende el ámbito funcional en el que surge, permitiendo caracterizar, positivamente, la función legislativa y, así, preservar las competencias del Legislador, sea frente a otros poderes normativos derivados directamente del Tratado y con los que puede concurrir en una materia [99], sea para limitar las competencias que pueden ser «delegadas» a las Agencias de la Unión [100] o, incluso, a las autoridades reguladoras nacionales a las que se atribuyen competencias de ejecución del Derecho europeo [101].

Por tanto, los «elementos esenciales» son, en sentido estricto, un concepto específico del régimen jurídico de la atribución de competencias ejecutivas (actos delegados y actos de ejecución). Sin embargo, en sentido amplio, se aplica a toda atribución de

---

[98] *Parlamento v. Consejo*, 5 septiembre 2012 (C-355/10); *DK Recycling und Roheisen v. Comisión*, 22 junio 2016 (C-540/14P).

[99] Así, en el ámbito de la Política Pesquera, *Parlamento v. Consejo*, 1 diciembre 2015 (C-124/13 y C-125/13), nn. 79-81.

[100] En la concepción de la delegación por el Legislador de facultades en órganos y organismos de la Unión, se trataría de aquellas que la jurisprudencia ha catalogado como «una facultad discrecional que implique una amplia libertad de apreciación, que pueda traducirse a través del uso que se haga de ella en una verdadera política económica», en las que se podría producir un «verdadero desplazamiento de responsabilidad» y que atañen «en particular, a las cuestiones fundamentales del ámbito político en cuestión, que implican un amplio margen de apreciación para conciliar diversos objetivos a veces contradictorios»: *Reino Unido v. Parlamento*, 22 enero 2014 (C-270/12), n. 41, relativa a la Autoridad Europea de Valores y Mercados, y *Comisión v. Junta Única de Resolución*, 18 junio 2024 (C-551/22P), nn. 70-74.

[101] *Comisión v. Alemania*, 2 septiembre 2021 (C718/18).

márgenes de apreciación política con los que se ponderan bienes, derechos, principios e intereses divergentes, configurando las políticas europeas para la realización de los objetivos del Tratado. Por ello, los elementos esenciales de un ámbito caracterizarían no sólo a la función legislativa —ejercida a través del procedimiento legislativo y plasmada en actos legislativos—, sino también a toda potestad atribuida por el Tratado en la que se llevan a cabo esas opciones políticas.

De ahí que los poderes normativos no legislativos conferidos por el Tratado, en los que se llevan a cabo opciones políticas, tampoco puedan ser atribuidos o «delegados» a otras Instituciones, órganos u organismos de la Unión [102]. Lo que ocurre es que el Tratado sólo utiliza la expresión «elementos esenciales» respecto a las delegaciones y atribuciones que llevan a cabo los actos legislativos, mientras que para el resto de actos no legislativos o para otro régimen de competencias ejecutivas (v.gr. Agencias), el criterio utilizado es el del «desplazamiento de responsabilidad». Pero ambas formulaciones no dejan de tener el mismo fundamento: preservar la atribución originaria de potestades, independientemente de su naturaleza, limitando la posibilidad de conferir a otras Instituciones, órganos u organismos la ejecución de los actos dictados en ejercicio de aquellas [103].

En última instancia ello es así porque el fundamento normativo de los elementos esenciales no radicaría tanto en la garantía de las competencias del Legislador europeo, en cuanto que expresión del principio democrático, como en la preservación del reparto de poderes establecido por los Tratados entre las Instituciones, en virtud del principio de equilibrio institucional [104]. El carácter asistemático de los poderes cuyo ejercicio no se somete a procedimiento legislativo y el criterio jurisprudencial del «desplazamiento de responsabilidad» [105] para alterar la atribución de poderes fijada en el Tratado permitirían, en efecto, llegar a tal conclusión.

Por otra parte, de la inexistencia de una atribución a la Comisión o al Consejo de una potestad normativa originaria para la ejecución de los actos legislativos se deriva que la reserva de elementos esenciales al acto legislativo cumpla la función de imponer el mínimo jurídico básico de regulación europea [106], pues su desarrollo y precisión a nivel de la Unión mediante actos delegados o de ejecución resulta contingente. El hecho de que una interpretación estricta del concepto de elementos esenciales de un

---

[102] RITLENG, D.: "The Reserved Domain of the Legislature. The Notion of Essential Elements of an Area" en *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, pp. 145-148.

[103] Por ello, aunque el Reglamento 1/2003 del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, autoriza a la Comisión para «adoptar cuantas disposiciones sean pertinentes con vistas a la aplicación» de dicho Reglamento, hay que entender que no la habilita para realizar opciones sustantivas que alteren la configuración de la Política de competencia llevada a cabo por el Consejo.

[104] CHAMON, M., *The European Parliament and Delegated Legislation … op. cit.,* p. 51.

[105] *Reino Unido v. Parlamento*, 22 enero 2014 (C-270/12), n. 41.

[106] En este sentido, y para el caso del Derecho administrativo español, RODRIGUEZ DE SANTIAGO ha destacado que la reserva de ley «expresa el mínimo de regulación jurídica que impone la Constitución para cada ámbito de actuación administrativa»: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *Sistema de fuentes del Derecho administrativo… op. cit*., p. 833.

ámbito y su acotamiento a los precisos contenidos que se limitan a expresar opciones políticas o afectación intensa a los derechos no permita configurar de manera adecuada y suficiente un ámbito o sector de actividad ni exige que el acto legislativo incluya elementos no esenciales ni que, establecidos estos por aquel, se deban desarrollar a través de actos delegados y de ejecución, pues la competencia para ello corresponde, en principio, a los Estados, aunque ello pudiera ir en detrimento de la homogeneidad del marco jurídico así resultante.

En definitiva, la regla de los elementos esenciales incluye una triple prescripción. En primer lugar, un mandato al Legislador de regular tales elementos, impidiendo que el acto legislativo se reduzca a una mera norma de atribución de competencia ejecutiva, de manera que los elementos esenciales constituirían su contenido mínimo y necesario. En segundo lugar, impone, igualmente al Legislador, una prohibición de atribuir su regulación a las Instituciones ejecutivas beneficiarias de actos delegados y de actos de ejecución. Y, en tercer lugar, prohíbe a esas Instituciones ejercer las competencias ejecutivas que le confiere el acto legislativo para regular los elementos esenciales de un ámbito.

### *3.2.2. Contenido de los «elementos esenciales»*

Definido, así, con carácter general, el concepto de elementos esenciales, se entiende de la centralidad y funcionalidad de los actos legislativos en la Unión Europea, que no hacen sino desarrollar y concretar el programa político y normativo que los Tratados formulan en términos de objetivos a alcanzar (art. 3 TUE). De ahí la amplitud de los elementos que pueden ser considerados esenciales, a efectos de exigir su regulación mediante actos legislativos. No se trata tan solo de la configuración sustantiva y ejecutiva de las diferentes Políticas europeas[107], sino también de la ponderación de los diferentes principios, derechos, intereses y objetivos afectados al llevar a cabo esa configuración: desde los propios principios de distribución de competencias entre la Unión y los Estados —por ejemplo, los principios de ejecución indirecta y de autonomía ejecutiva de los Estados miembros— hasta los intereses articulados institucionalmente en los procesos decisorios y de control europeos, pasando por la eventual ponderación de principios generales[108], la limitación de derechos, la conciliación

[107] *Parlamento y Comisión v. Consejo*, 1 diciembre 2015 (C-124/13), donde el Tribunal de Justicia consideró que las disposiciones enjuiciadas resultaban, por su contenido, «necesarias para la consecución de los objetivos de la Política Pesquera Común», por lo que debían haber sido reguladas por actos legislativos.

[108] La resultante de la ponderación de principios generales puede ser la propia positivización de estos por el Legislador [*Comisión v. Vanbreda Risk & Benefits*, 23 abril 2015 (C-35/15P(R))], en particular en ámbitos sectoriales. Al hacerlo, debe respetar el contenido con el que la jurisprudencia les ha dotado (v.gr. al regular el derecho de acceso al expediente por las entidades financieras sujetas a supervisión del Banco Central Europeo), lo que no excluye que esa regulación legislativa haya de ser, a su vez, tenida en cuenta por los Tribunales europeos en cuanto que expresión del principio general en cuestión [*Inivos y Inivos v. Comisión*, 1 diciembre 2021 (C-471/21P(R)), relativa a la tutela judicial efectiva de los licitadores que solicitan medidas provisionales en procedimientos de contratación pública de la Administración

y priorización de los objetivos del Tratado [109] o la heterogeneidad de intereses y bienes que plantean exigencias contrapuestas al regular una materia o sector de actividad.

#### 3.2.2.1. Configuración sustantiva de una Política o ámbito de actividad

Si los actos legislativos —como se ha dicho— suponen la articulación normativa de los objetivos establecidos en los Tratados, el Legislador debe configurar las diferentes Políticas europeas estableciendo los elementos técnicos y materiales que permitan conformarlas sustantivamente [110]. Es el escenario más genuino para la realización de las opciones políticas —en el sentido dado a esta expresión por la jurisprudencia— en las que consisten los elementos esenciales de una materia, ponderando los diferentes principios, bienes, derechos o intereses que concurren en un ámbito o sector determinado.

Elementos claves de esta configuración sustantiva lo constituyen, en primer lugar, los *objetivos específicos* pretendidos con cada acto legislativo, cuya relevancia no radica únicamente en que los medios previstos en el propio acto legislativo deben ser adecuados y necesarios para su consecución, sino también en que constituyen un parámetro de actuación y de control del ejercicio de las competencias delegadas o de ejecución [111]. En este sentido, la Comisión no puede ampliar los objetivos de un acto legislativo que han sido fijados por el Legislador —por ejemplo, incardinando un programa de lucha antiterrorista en programas de ayuda al desarrollo [112]—.

Otro componente fundamental de la configuración de una Política y del contenido de un acto legislativo lo constituyen las *definiciones* de los conceptos básicos y de los

---

europea, cuyo alcance el Tribunal de Justicia interpreta a la luz de la Directiva 89/665 «en la medida en que de las disposiciones de tal directiva se desprende que el legislador de la Unión quiso conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego, el juez de la Unión debe tener en cuenta este equilibrio en la aplicación que hace del principio general así concretizado»; igualmente, *Telefónica de España v. Comisión*, 22 noviembre 2022 (C-478/22P(R)].

[109] La conciliación y priorización de objetivos, como resultantes de la acción normativa de las Instituciones, la encontramos en la célebre sentencia *Meroni* de 1958, donde el Tribunal de Justicia sentó ya las bases de las delegaciones en el seno del sistema institucional de la entonces Comunidad Europea del Carbón y del Acero: «en la consecución de los objetivos previstos por el artículo 3 del Tratado, la Alta Autoridad debe conciliar permanentemente las contradicciones que puedan surgir entre los diferentes objetivos considerados por separado y, cuando tales contradicciones se manifiestan, conceder a uno u otro de los objetivos del artículo 3 la prioridad que aconsejen los hechos o las circunstancias económicas a la vista de los cuales adopta sus Decisiones», conciliación que «implica una verdadera facultad discrecional que supone elecciones difíciles, basadas en la consideración de los hechos y circunstancias económicas concretas», así como «una amplia libertad de apreciación, que pueda traducirse a través del uso que se haga de ella en una verdadera política económica»: *Meroni v. Alta Autoridad*, 13 junio 1958 (9/56), *Rec*. 1954-1960, p. 148.

[110] En este sentido, señala ARROYO que las normas y actos legislativos dirigen el desarrollo de la actuación de la Administración europea, concretando los fines del Derecho Administrativo europeo sectorial: ARROYO, L., *El Derecho Administrativo Europeo …op. cit*., p. 193.

[111] *PJ Carroll y Nicoventures Trading*, 26 junio 2025 (C-759/23); BRADLEY, K.: "Delegation of Powers in the European Union. Political Problems, Legal Solutions?», *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, p. 61.

[112] *Parlamento v. Comisión*, 23 octubre 2007 (C-403/05).

términos que se utilizan, imprescindibles para establecer el ámbito subjetivo y objetivo de aquel. De ahí la importancia de las definiciones que los actos legislativos recogen en sus primeros artículos. Por ejemplo, en el ámbito de la Política de competencia, constituye un elemento esencial de la regulación la noción de «ayuda de Estado»[113]. Pero una cosa es definir con precisión un concepto —que es tarea del Legislador— y otra precisar su alcance, tarea que sí puede ser ejecutada por la Comisión[114].

Dentro de los aspectos que deben ser objeto de regulación en un acto legislativo, para configurar una Política o ámbito de actividad de la Unión, se encuentra la ordenación de su *ejecución*. Ello incluye, en primer lugar, la determinación del régimen jurídico de la ejecución indirecta por los Estados miembros; en segundo lugar, la eventual asunción de competencias ejecutivas directas por la Unión, atribuyéndoselas a las Instituciones y a la Administración europea en detrimento de la competencia originaria de los Estados; y en tercer lugar, el establecimiento del régimen jurídico de ejercicio de esa competencia ejecutiva directa (actos delegados[115] o actos de ejecución);

### 3.2.2.2. «Afectación» de derechos fundamentales

Además de la configuración de las Políticas europeas, el otro componente del concepto de elementos esenciales lo constituye la afectación de los actos legislativos a los derechos y libertades fundamentales, contenido cuya protección está en el origen mismo de la institución de la reserva legislativa. En el caso del Ordenamiento europeo, su alcance y significado presenta la problemática propia de toda formulación jurisprudencial. Además de intentar esclarecer el sentido de la afectación a los derechos fundamentales como contenido específico de los elementos esenciales de una materia cuya regulación se encuentra reservada al Legislador a través de actos legislativos, resulta inevitable relacionar tal contenido con la exigencia establecida por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión de que cualquier limitación a los derechos y libertades en ella reconocidos se deba hacer por «ley» (art. 52.1).

*A) «Afectación» y «limitación por ley (52.1 CDFUE)»*. En lo que respecta a la previsión de la Carta imponiendo que toda limitación a los derechos y libertades que reconoce se haga por «ley» —con carácter general, art. 52.1, aunque otros preceptos especifiquen tal mandato para su ámbito objetivo propio, como el art. 8 sobre el tratamiento de datos de carácter personal—, el Tribunal de Justicia ha considerado que

---

[113] *Bélgica v. Comisión*, 14 abril 2005 (C-110/03), n. 58.

[114] *Atlanta v. Comunidad Europea*, 14 octubre 1999 (C-104/97P), n. 76: noción de «operador» en una organización común de mercados

[115] Según el Tratado, «*los actos legislativos delimitarán de forma expresa los objetivos, el contenido, el alcance y la duración de la delegación de poderes» (*art. 290.1, párrafo segundo, del TFUE). Por tanto, el acto legislativo delegante debe recoger, necesariamente, todos estos extremos, so pena de nulidad por vulneración del Tratado. Como puede observarse, el Tratado ha querido que el Legislador señale un marco jurídico muy claro y preciso a la Comisión, evitando así delegaciones no ya en blanco, sino siquiera genéricas e indeterminadas. No obstante, ello no implica que se reduzca el margen de apreciación que se le otorga a aquella hasta el punto de que desaparezca [*República Checa v. Comisión*, de 26 de julio de 2017 (C-696/15P)].

tal expresión no debe identificarse con el «acto legislativo» del actual sistema de fuentes del Ordenamiento europeo [116], sino que ha de entenderse en un sentido material, que lo refiere a normas —nunca actos individuales [117]— que cumplan las exigencias del principio de seguridad jurídica en cuanto que accesibles al conocimiento de los afectados y previsibles respecto a las consecuencias que su regulación determina sobre el derecho en cuestión [118]. En virtud de esta concepción material, los Tribunales europeos han admitido la posibilidad de injerencias en derechos fundamentales a través de actos tan dispares como una medida interna de organización del servicio [119] o un acuerdo resultante de la negociación colectiva entre las Instituciones y las organizaciones de representación del personal [120].

*B) Afectación de derechos fundamentales como elemento esencial del acto legislativo*. Ahora bien, que la regla de la Carta no imponga el acto legislativo europeo como norma limitadora de derechos y libertades no significa que dicha categoría de acto no pueda venir exigido en virtud de la doctrina de los elementos esenciales del acto legislativo. La cuestión, pues, radica en establecer el tipo y grado de afectación a los derechos fundamentales que el propio concepto de acto legislativo impone para su utilización.

En el conocido asunto *Código de Fronteras Schengen*, el Tribunal de Justicia consideró que unas disposiciones de una Decisión del Consejo —adoptada en ejercicio de una competencia de ejecución atribuida por un acto de base en forma de Reglamento del Parlamento y del Consejo— que otorgan poderes de autoridad pública a los guardias de frontera, que incluyen el apresamiento de buques, el arresto de las personas aprehendidas y su reenvío hacia un lugar determinado, «afectan de tal manera a los derechos fundamentales de las personas implicadas que hace necesaria la intervención del legislador de la Unión» [121]. En cambio, en el asunto *EUROPOL*, el

---

[116] *Volker un Markus Schecke y Eifert*, 9 noviembre 2010 (C-92/09), donde el Tribunal consideró que la publicación en un sitio web de los datos nominales de los beneficiarios de subvenciones con cargo a determinados Fondos europeos estaba amparada por la «ley» por cuanto venía exigida en el Reglamento (CE) núm. 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento núm. 1290/2005 en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (n. 66). *Vid.* LENAERTS, K. y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant 2020, p. 124.

[117] *Knauf Gips v. Comisión*, 1 julio 2010 (C-407/08P).

[118] *Roos e.a. v. Parlamento*, 16 noviembre 2023 (C-458/22P).

[119] *Roos e.a. v. Parlamento*, 16 noviembre 2023 (C-458/22P), relativa a una decisión de la Mesa del Parlamento Europeo por la que se exigía certificado de vacunación COVID para acceder a las instalaciones, que el Tribunal de Justicia consideró compatible con la exigencia de «ley» para el tratamiento de los datos de carácter personal establecida por el art. 8.2 de la Carta, concluyendo que «el Parlamento no necesitaba una autorización expresa del legislador de la Unión para poder adoptar la decisión impugnada».

[120] *Aquino e.a. v. Parlamento*, 29 enero 2020 (T-402/18), relativa a la imposición por la Administración parlamentaria de obligaciones de prestación de servicios mínimos a funcionarios en huelga, así como su consiguiente requisición, aunque el Tribunal concluyese que ni el Estatuto de funcionarios —acto legislativo— ni el Acuerdo celebrado entre el Parlamento y la representación de los trabajadores contemplaban en su articulado tal posibilidad.

[121] *Parlamento v. Consejo*, 5 septiembre 2012 (C-355/10), n. 77.

Tribunal de Justicia no consideró que la modificación de la lista de los países con los que esta Agencia podía celebrar acuerdos tuviera «importantes consecuencias» sobre la transmisión de datos personales de las personas afectadas, por lo que la inclusión o exclusión de un tercer Estado podía realizarla el Consejo, a través de decisiones de ejecución, por no constituir un elemento esencial de la regulación de las competencias y de las potestades de la Agencia [122]. Tampoco en *República Checa v. Comisión* consideró el Tribunal que la imposición a los operadores económicos de meras obligaciones de información constituyera una afectación tal que precisase su prescripción por el acto legislativo, en lugar del delegado [123].

Ni siquiera el establecimiento de medidas restrictivas por el Consejo —por ejemplo, inmovilización de fondos—, mediante actos no legislativos, en ejecución de decisiones PESC —igualmente, no legislativas— ha sido censurado por los Tribunales europeos, a pesar de reconocer su incidencia directa, considerable y negativa sobre las libertades y los derechos fundamentales de las personas afectadas [124]. Para los Tribunales, ello resulta de una opción llevada a cabo por el propio Tratado, limitando la intervención del Parlamento en la Política Exterior y de Seguridad Común, sin perjuicio de exigir que los actos que imponen esas medidas restrictivas deban incluir las necesarias garantías jurídicas (motivación, notificación, posibilidad de presentar observaciones y de reconsideración periódica) [125].

Apenas sí encontramos ulteriores referencias en las resoluciones de los Tribunales europeos en las que se aborde la afectación a un derecho fundamental desde la perspectiva de los elementos esenciales del acto legislativo, a diferencia de su más frecuente alegación desde la óptica de la Carta, a pesar de que, como hemos visto, la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión, a este respecto, se ha alineado con el concepto material de ley que adoptó el Tribunal de Estrasburgo en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Sin embargo, que no se cuestione directamente la afectación a los derechos fundamentales como elemento esencial de una regulación legislativa no excluye que las propias Instituciones legislativas sean conscientes de ello ni que la jurisprudencia valore, siquiera implícitamente, la incidencia que los actos de las Instituciones tienen sobre los derechos y libertades fundamentales a efectos de exigir una base legal de carácter legislativo cuando la intensidad de la afectación, en los supuestos en cuestión, así lo requiera y siempre, obviamente, que la acción normativa de la Unión se deba articular mediante actos legislativos.

Precisamente, el hecho de que el Tratado no contemple tal acción normativa de carácter legislativo en ciertos ámbitos no puede privar a la Unión y a sus Instituciones de la posibilidad de configurar su acción de manera eficaz si, para ello, debe afectar

---

122 *Parlamento v. Consejo*, 10 septiembre 2015 (C-363/14), nn. 52-57.

123 *República Checa v. Comisión*, de 26 de julio de 2017 (C-696/15P).

124 *National Iranian Oil Company v. Consejo*, 1 marzo 2016 (C-440/14P), n. 53.

125 *Parlamento v. Consejo*, 19 julio 2012 (C-130/10), nn. 83-84; *Syrian Lebane Commercial Bank v. Consejo*, 4 febrero 2014 (C-174/12), nn. 161-163.

con su regulación los derechos fundamentales de las personas[126]. Así, por ejemplo, a pesar de la inclusión en el derecho a una buena administración del derecho de toda persona a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y a recibir contestación en esa misma lengua[127], ello no ha llevado —como ya hemos señalado— a regular el régimen lingüístico mediante actos legislativos, obviando el Tratado esta nueva dimensión iusfundamental de dicho régimen.

C) *El caso de las sanciones administrativas*. El caso de las sanciones administrativas puede, finalmente, resultar ilustrativo de la evolución jurisprudencial del concepto y alcance de los elementos esenciales que deben ser regulados mediante actos legislativos, pues la aproximación que de ellas han hecho los Tribunales ha oscilado entre su inicial consideración como mero instrumento accesorio ejecutivo de las Políticas europeas y su posterior valoración por su incidencia en la situación jurídica de las personas afectadas.

De la primera perspectiva constituye referencia ineludible el asunto *Alemania v. Comisión*[128], de 1992, donde el Gobierno alemán invocó, expresamente, el principio de legalidad para defender que el establecimiento de sanciones era competencia exclusiva del legislador europeo, pues sólo él estaría facultado para establecer los elementos esenciales de una materia, siendo así que las sanciones, al afectar a los derechos fundamentales de las personas, formarían parte de tales elementos. Referido el asunto a las organizaciones comunes de mercado de la Política agrícola, para el Tribunal de Justicia, sin embargo, la regulación de tales organizaciones por el Legislador constituye la opción política fundamental de dicha Política, regulación que no tenía por qué incluir previsiones sobre sanciones por el incumplimiento de las normas que establecían el régimen jurídico de las organizaciones comunes de mercado. Según el Tribunal, lo único esencial que debe cubrir el legislador es este régimen jurídico de las organizaciones comunes de mercado, sin que el eventual régimen sancionador deba considerarse elemento esencial, sino accesorio, y, por tanto, susceptible de delegación en la Comisión en cuanto que facultad ejecutiva[129].

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya no es tan laxo en la interpretación de la atribución de competencias ejecutivas por el Legislador en favor de la Comisión, exi-

---

[126] BAST, J.: "Legal Instruments and Judicial Protection", *Principles of European Constitutional Law* (Ed. A. von Bogdandy y J. Bast), 2nd ed., Hart CH Beck Nomos 2010, p. 391.

[127] Art. 41.4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. *Vid.*, FUENTETAJA, J., *Derecho Adminsitrativo Europeo … op. cit.*, pp. 195-196.

[128] *Alemania v. Comisión*, 27 octubre 1992 (C-240/90).

[129] En el seno de las Políticas sectoriales vemos con más evidencia esta caracterización ejecutiva de la sanción administrativa, que permitió, en su momento, a la Comisión establecer sanciones sin base jurídica legislativa. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Política Agrícola Común, cuando el Consejo aprobó el Reglamento 3508/92 para establecer un sistema integrado de gestión y control de determinados regímenes de ayuda comunitarios, sólo reguló el régimen de los controles e inspecciones, pero sin previsión alguna de sanciones. Éstas, en cambio, serían introducidas por la Comisión a través del Reglamento 3887/92, que dictó en ejecución de aquel acto de base, sin que tal actuación fuera cuestionada siquiera ante el Tribunal de Justicia cuando tuvo que interpretar el sistema sancionador que regulaba. Por ejemplo, *National Farmers Union e.a.,* 17 julio 1997 (C-354/95).

giendo una delimitación más precisa y explícita de su objeto [130]. Esto se correspondería con la tendencia de la jurisprudencia europea a ser menos favorable a la admisión de competencias implícitas de carácter ejecutivo en las que amparar mecanismos de ejecución sin la oportuna base legislativa y, sobre todo, a superar la comprensión de la sanción como una mera técnica de ejecución y valorar su afectación sobre los derechos fundamentales.

Paradigmático es el caso del sistema de alerta rápida, una base de datos de la Comisión en la que figura información de personas físicas o jurídicas que por diversos motivos (fraudes, quiebras, condenas judiciales, sanciones europeas de exclusión de procedimientos europeos de contratación o de subvención, etc.) pueden suponer un riesgo para la protección de los intereses financieros de la Unión, la salvaguardia de la imagen de la Unión, la lucha contra el fraude y la buena gestión financiera. La Decisión 2008/969 de la Comisión estableció diferentes niveles de alerta según el riesgo asociado a una entidad, que van desde las meras sospechas hasta las exclusiones dictadas por los órganos de contratación europeos y que constituyen auténticas sanciones administrativas. Los Tribunales descartaron, primero, que estas alertas fueran meras medidas internas sin capacidad de incidir en la situación jurídica de los interesados [131] y, segundo, que tuvieran base legislativa que las amparase, a excepción de las citadas exclusiones y de las medidas restrictivas de la Política Exterior [132]. Tratándose, en tal caso, de medidas ejecutivas garantizadoras de la legalidad con carácter preventivo, resulta lógico considerar que los Tribunales serán cada vez más estrictos en el caso de las medidas ejecutivas sancionadoras de incumplimientos de la normativa europea en lo que respecta a su base jurídica legal.

Pero, en cualquier caso, hay que insistir en que este alcance de los elementos esenciales solo será tal en los ámbitos para los cuales el Tratado ha establecido el acto legislativo como categoría de actuación de la Unión. Fuera de ellos, y a pesar de la evidente afectación intensa que supone la sanción administrativa, su regulación mediante actos no legislativos no queda excluida, como lo demuestran la Política de competencia o las potestades sancionadoras atribuidas al Banco Central Europeo [133], abocando a comprender en estos ámbitos el principio de legalidad sancionadora no en sentido formal —exigencia de acto legislativo—, sino en el material —existencia de base jurídica normativa—.

---

[130] *República Checa v. Comisión*, 26 julio 2017 (C-696/15P).

[131] *Comisión v. Planet AE*, 19 diciembre 2012 (C-314/11P).

[132] *Planet AE v. Comisión,* 22 abril 2015 (T-320/09), nn. 68-70.

[133] El marco jurídico de este sistema sancionador no solo se basa en actos no legislativos adoptados por el Consejo (art. 129.4 TFUE, en relación con los arts. 34.3 y 41 del Protocolo sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo), sino que también se completa mediante actos jurídicos del propio Banco Central Europeo que lo aplica: *Vid*., al respecto, BUENO, A.: "El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 23, 2012, pp. 135-164.

Cuestión diferente es que, tanto en el caso de actos legislativos como no legislativos, la tradicional consideración de la sanción como elemento instrumental ejecutivo explique que la técnica tipificadora europea —por ejemplo, infracciones definidas como incumplimientos de cualquier obligación jurídica y amplia capacidad regulatoria mediante actos ejecutivos— pueda resultar criticable desde el punto de vista del principio de legalidad [134], pero ello nos llevaría no tanto al concepto de ley en cuanto que instrumento formal para el establecimiento de infracciones y sanciones como a la previsibilidad exigida a aquella conforme al principio de seguridad jurídica.

La afectación intensa de derechos no le está, pues, reservada al acto legislativo europeo en virtud de su mayor legitimación democrática, pudiendo realizarse igualmente mediante actos no legislativos basados en el Tratado, de la misma manera que estos pueden llevar a cabo opciones políticas configuradoras de ámbitos de actividad de la Unión. Todo lo cual confirma que los elementos esenciales de un ámbito constituirían una técnica cuyo objetivo no sería hacer del acto legislativo la única categoría que pudiera afectar —en el sentido de limitar o restringir— los derechos y libertades, sino preservar el alcance de las atribuciones originarias de potestades, sean estas legislativas o no legislativas, limitando las atribuciones derivadas a potestades ejecutivas.

## 4. LAS LIMITACIONES DEL ACTO LEGISLATIVO EUROPEO

Tras los iniciales empeños doctrinales por caracterizar como «leyes» los actos jurídicos europeos en función del criterio material de la generalidad o el formal de su ordenación jerárquica —que no dejaban de resultar esfuerzos para comprender doctrinalmente y racionalizar jurisprudencialmente el nuevo sistema de actos jurídicos europeos—, el Tratado de Lisboa de 2007 optó por erigir el criterio, también formal, del procedimiento legislativo de adopción como elemento definitorio de la nueva categoría de los «actos legislativos», calificando así, en virtud de tal naturaleza, los reglamentos, directivas y decisiones resultantes de tal procedimiento y renunciando a la creación de la ley como nuevo acto típico, algo que sí contemplaba el nonato Tratado Constitucional de 2004.

Este concepto convencional de acto legislativo, definido exclusivamente por su procedimiento de adopción, no agota los elementos que lo caracterizan, pues es preciso completarlo con una aproximación sustantiva. Ciertamente, esta perspectiva no se refiere hoy día a la estructura general de su contenido o de sus efectos [135], sino a los

---

[134] BUENO, A., *El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador… op. cit.*, pp. 155-156. Encontramos, asimismo, una tipificación por remisión a incumplimiento de obligaciones en el ámbito disciplinario de la Función Pública de la Administración europea, cuyo cuestionamiento ha sido rechazado por el Tribunal General, considerando, incluso, que pretender la ignorancia de tales obligaciones a efectos disciplinarios por los funcionarios sería contrario a la buena fe: *DD v. Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 7 septiembre 2022 (T-470/20).

[135] ARROYO, L., *El Derecho Administrativo Europeo …op. cit.*, p. 204.

elementos esenciales de la materia a regular (realización de opciones políticas y afectación a derechos), los cuales quedan reservados al Legislador, limitando el sistema de habilitaciones con el que puede autorizar la emisión de actos delegados y actos de ejecución.

En consecuencia, el acto legislativo no constituiría ni una nueva forma jurídica ni una fuente adicional en el Ordenamiento europeo, sino una categoría específica que confiere tal naturaleza legislativa a los preexistentes instrumentos jurídicos vinculantes, como proyección normativa del principio democrático para reforzar la legitimidad de la Unión. Naturaleza legislativa que, por lo demás, no se refleja en el propio título del acto jurídico[136], a diferencia de las categorías ejecutivas derivadas del propio acto legislativo —«delegado» y «de ejecución»—, que sí deben explicitarse en la denominación del acto dotado de tal naturaleza ejecutiva.

Por ello, resulta necesario preguntarse qué añade la naturaleza legislativa a los clásicos instrumentos jurídicos de la Unión. Más allá de su legitimación democrática —e, incluso, a pesar de ella—, lo legislativo no atribuye, por sí mismo, fuerza vinculante al acto, la cual deriva de la estructura normativa del instrumento jurídico utilizado. Respecto a los actos ejecutivos derivados del propio acto legislativo, este ostenta la superioridad jerárquica, pero según la articulación tradicional de la relación internormativa «acto de base-acto de ejecución» configurada ya en su día por la jurisprudencia. Pero es respecto a los actos no legislativos originarios y autónomos que el acto legislativo revela unas limitaciones que, por lo demás, encontramos ya en su propio presupuesto procedimental, verdadero causante del estatus legislativo del acto jurídico.

En efecto, al hacer del procedimiento legislativo el elemento definitorio del acto legislativo, se pretendería fundamentar este en el principio democrático en tanto en

---

[136] La Unión, sin embargo, no ha renunciado a la utilización del término «ley» al titular, de forma abreviada, algunos de sus actos legislativos más relevantes. Así lo demuestra la práctica institucional reciente de la Comisión en la fase de iniciativa legislativa, cuando introduce, entre paréntesis y en el propio título de la propuesta, un título abreviado con dicho término: «Ley de servicios digitales (COM(2020) 825 final), «Ley de Mercados Digitales» (COM(2020) 842 final), «Ley de Inteligencia Artificial» (COM(2021) 206 final), «Ley de Datos» (COM(2022) 68 final) o «Ley de Chips» (COM(2022) 46 final). Sin embargo, al ser aprobados, estos actos jurídicos evitan el término tanto en su intitulación extendida como en la abreviada [por ejemplo, Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) o 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 (Reglamento de Inteligencia Artificial)]. No obstante, ni el término «ley» desaparece en el ámbito interno de la Unión, al ser replicado literalmente por otros órganos de la estructura administrativa europea (por ejemplo, dictámenes de órganos consultivos en el propio procedimiento legislativo o en informes posteriores) o, esporádicamente, por la propia Comisión incluso en actos de ejecución [Reglamento de Ejecución (UE) 2023/1201 relativo a las disposiciones detalladas para la tramitación de determinados procedimientos por parte de la Comisión con arreglo al Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo («Ley de Servicios Digitales»)], ni resulta inocua su utilización, empleándose como una categoría política y simbólica destinada a identificar marcos regulatorios estructurales de gran trascendencia para aumentar su legitimación.

cuanto el Parlamento intervendría en dicho procedimiento, junto al Consejo. Sin embargo, tal conclusión no dejaría de resultar equívoca e imprecisa, pues el Parlamento no ha llegado a alcanzar no ya un monopolio decisorio o decisivo, sino siquiera una posición de preeminencia basada en el principio democrático de la que derivar un genuino carácter legislativo a sus actos y justificar un mayor rango a los mismos en el Ordenamiento europeo. Aunque, en teoría, Parlamento y Consejo codecidan en el procedimiento legislativo, el equilibrio entre ambas Instituciones solo se verifica en el caso del procedimiento legislativo ordinario, mientras que en los especiales el Consejo es, realmente, la última y, en ocasiones, única instancia decisoria[137].

Ni siquiera la reformulación de la legitimación democrática en la Unión para hacerla dual oculta que no es solo en aquella en la que se basan y fundamentan los actos legislativos, en particular los resultantes de procedimientos legislativos especiales, de ahí que se haya criticado tal calificación legislativa para tales procedimientos. Más aún si relacionamos los actos legislativos con los no legislativos basados directamente en el Tratado. Estos últimos cumplen, en efecto, la misma función normativa que aquellos, realizando opciones políticas que configuran Políticas europeas y pudiendo afectar intensamente a derechos y libertades. Por tanto, aunque tales opciones y tales afectaciones constituyan los elementos esenciales de un acto legislativo, ni cualifican a este estructuralmente como tal ni le están funcionalmente reservadas.

De ahí la inconsistencia de la división dicotómica entre actos legislativos y actos no legislativos basados en el Tratado, que dificulta la articulación del sistema normativo del Ordenamiento europeo, porque nada expresa ni de la naturaleza de los segundos ni de la relación jerárquica entre ellos. Tal división no obedece ni a razones conceptuales derivadas del contenido abstracto o función sistemática de los actos ni al principio democrático en el que se fundamentarían los actos legislativos. Por todo ello, el sistema de actos jurídicos de la Unión ni refleja la separación de poderes entre sus Instituciones ni responde a la mayor o menor legitimación democrática de estas.

Tanto las propias limitaciones del criterio procedimental para fundamentar la legitimación democrática del acto legislativo como la ausencia de criterio coherente que garantizara su consecuente preeminencia respecto a los actos no legislativos basados en el Tratado explican el riesgo de comprender el Ordenamiento europeo desde aquel, por cuanto distorsiona el análisis de este. En efecto, el análisis y la comprensión del sistema de actos jurídicos de la Unión no deben realizarse desde la perspectiva del acto legislativo, sino desde el primigenio principio de atribución de competencias. El «acto legislativo» europeo no es, pues, la categoría de acto que, por debajo del Tratado, asuma la centralidad y la superioridad normativa en el Derecho de la Unión en razón de su mayor legitimación democrática o de las materias que le estén reservadas. Junto a él, otros actos, no legislativos, desempeñan también la función que, *a priori*, se entendería exclusiva de la ley en una organización y comuni-

[137] Fuera de los ya mencionados supuestos en los que la atribución de la competencia decisoria al Parlamento constituiría, más bien, un ejercicio de la potestad de autoorganización de esta Institución, sometido a reserva de acto legislativo por la trascendencia funcional de su contenido.

dad basada en el principio democrático, y cuya delimitación respectiva no deriva de una lógica necesariamente reconducible a dicho principio. Como señalara, ya en su momento, el Tribunal de Justicia «dentro del sistema de competencias comunitarias, las facultades de las instituciones y las condiciones de su ejercicio resultan de las distintas disposiciones particulares del Tratado, cuyas divergencias, fundamentalmente en lo que respecta a la intervención del Parlamento Europeo, no siempre se basan en criterios sistemáticos» [138].

Ni siquiera el componente de los elementos esenciales de una materia, reservados en su determinación al acto legislativo, tiene como objetivo encauzar exclusivamente a través de este las opciones políticas fundamentales y más trascendentales para la Unión o las limitaciones a los derechos de sus ciudadanos. De lo primero dan buena cuenta, por ejemplo, el hecho de que el Presupuesto de la Unión ni siquiera se articule mediante un acto legislativo o que la ampliación de los poderes de actuación de la Unión, vía art. 352, no tenga por qué verificarse vía acto legislativo [139]. Y en cuanto a la limitación de derechos, además de la comprensión material de la exigencia de «ley» establecida por la Carta, no solo su alcance resulta impreciso como elemento esencial del acto legislativo, sino que también resulta formalmente inoperante allá donde el Tratado no haya establecido tal categoría para los actos jurídicos de un determinado ámbito.

Por ello, el objetivo último de la reserva de los elementos esenciales no radica tanto en erigir al acto legislativo en el instrumento jurídico a través del cual adoptar las decisiones básicas configuradoras de la acción de la Unión y proteger los derechos de sus ciudadanos como en preservar la originaria distribución vertical y horizontal de poderes. De esta manera, la reserva de los elementos esenciales al acto legislativo se fundamentaría no en el principio democrático, sino en el principio de equilibrio institucional, que no hace sino blindar dinámicamente el reparto estático de poderes realizado por el Tratado y cuyas exigencias también se proyectan sobre los actos no legislativos.

---

[138] *Comisión v. Consejo*, 30 mayo 1989 (242/87), n. 13 y *Reino Unido v. Consejo*, 30 mayo 1989 (56/88), n. 10. También la doctrina

[139] La posibilidad de que la Unión realice las medidas necesarias para las cuales carece de poderes expresamente atribuidos por los Tratados en sus correspondientes bases jurídicas no se articularía, necesariamente, mediante actos legislativos. En efecto, según el art. 352.1 del TFUE, en tales casos «el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo»; sin embargo, «[c]uando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo». Así pues, este artículo contemplaría tanto un procedimiento legislativo especial como un procedimiento no legislativo para que el Consejo adopte su decisión, aunque ciertamente con idéntica intervención de la Comisión, a quien corresponde la propuesta, y del Parlamento, que debe expresar su aprobación. Tal indefinición del procedimiento se encuentra, asimismo, en los artículos 203 (asociación de países y territorios de ultramar) y 349 (medidas específicas relativas a determinados territorios franceses, portugueses y españoles de ultramar), lo que —en opinión de PIRIS, por entonces Director del Servicio Jurídico del Consejo y asesor jurídico en diferentes Conferencias Intergubernamentales, incluidas las relativas al Tratado Constitucional y al Tratado de Lisboa— dejaba la elección a la Comisión, al hacer la propuestas, y al Consejo, al decidir sobre ella: PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, CUP 2010, p. 97.

De ahí las limitaciones intrínsecas que el concepto de acto legislativo presenta para fundamentar en el principio democrático su posición en el Ordenamiento europeo, sea en sentido absoluto a partir del criterio procedimental que lo define, sea en sentido relativo por la reserva de elementos que lo caracteriza: en términos absolutos y en sí mismo considerado como categoría, cuando el acto legislativo es el resultado de un procedimiento legislativo especial en el que el Parlamento no interviene con carácter decisorio, debilitando su legitimación democrática; en términos relativos y con respecto a actos no legislativos basados directamente en el Tratado, porque estos no sólo ostentan el mismo rango jerárquico, sino que también realizan idéntica función normativa a la del acto legislativo, adoptando decisiones políticas básicas para la Unión y pudiendo limitar derechos de los ciudadanos[140].

Quizás sea, precisamente, con relación a los derechos fundamentales que se manifieste la mayor inconsistencia conceptual de la categoría de acto legislativo creada en el seno de la Unión Europea, por cuanto a la misma no se le ha asignado la función garantista que de la ley, como expresión normativa del principio democrático, se espera en un Ordenamiento. Probablemente ello sea inevitable en un sistema político que no se basa —y que, en realidad, no se puede basar— exclusivamente en dicho principio democrático, pues también debe organizar sus poderes, vertical y horizontalmente, conforme a la presencia y actuación de los Estados, introduciendo, así, la dinámica intergubernamental que, junto a la supranacional —el conocido como «método comunitario»— han informado dialécticamente la integración europea desde sus orígenes. Vincular y reservar, en efecto, los derechos fundamentales al acto legislativo, debilitaría las competencias que el Consejo ha retenido en ámbitos tan trascendentales como la Política Exterior y de Defensa o en sectores estratégicos de Política económica.

Por ello, más allá del análisis del acto legislativo europeo desde perspectivas normativistas o institucionales, el esfuerzo por su conceptualización desemboca en el debate mismo de la naturaleza de la Unión o de sus fundamentos democráticos, planteando, incluso, la conveniencia o la posibilidad de utilizar la categoría misma de «ley» o, siquiera, la más ambigua de «acto legislativo», según que la Unión Europea se comprenda desde una perspectiva constitucional o en una aproximación limitada a su irreductible especificidad. O desde una concepción ejecutiva[141] o, incluso, administrativa[142], cuya realidad fundacional nunca habría dejado de caracterizar, de manera idiosincrática, al proceso de integración europea.

---

[140] GARBEN, S., "The Principle of Legality and the EU's Legitimacy as a Constitutional Democracy: A Research Agenda", *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union* (Ed. S. Garben, I. Govaere, P. Nemitz), Hart 2019, pp. 385-417, quien propugna, entre otras cosas, la utilización del principio democrático como elemento interpretativo de la elección de las bases jurídicas más conformes con el mismo a la hora de optar entre procedimientos en los que la participación del Parlamento eruopeo es cualitativamente menos decisiva.

[141] LINDSETH, P.L., *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, OUP 2010.

[142] MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Derecho Comunitario Básico de la Unión Europea*, BOE 2024, pp. 150-154, quien se muestra, además, muy crítico con la categoría del acto legislativo (pp. 444 y ss).

## V. BIBLIOGRAFÍA


ARROYO, L.: "Beyond bindingness: A tipology of EU soft law legal effects", *The Legal Effects of EU Soft Law. Theory, Language and Sectoral Insights* (Ed. P. L. Láncos, N. Xanthouilis y L. Arroyo), Edward Elgar 2023, pp. 9-32.

— "Las bases constitucionales del Derecho administrativo", *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos* (Coords. J.M Rodríguez de Santiago, G. Doménech y L. Arroyo), Marcial Pons 2021, pp. 561-664.

— "El Derecho Administrativo Europeo como sistema", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, Vol. 1, 2020, pp. 175-206.

ARZOZ, X.: "Las fuentes legales y supralegales del Derecho administrativo", DEL SAZ, S. y ARZOZ, X., *Derecho Administrativo I: Sistema de fuentes y organización administrativa*, Tirant lo blanch 2024.

— "La europeización del acto administrativo", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 11, 2025, pp. 257-294.

BAST, J.: "Legal Instruments and Judicial Protection", *Principles of European Constitutional Law* (Ed. A. von Bogdandy y J. Bast), 2nd ed., Hart CH Beck Nomos 2010, pp. 345-397.

— "New Categories of Acts after the Lisbon Reform. Dynamics of Parliamentarization in EU Law", *CMLRev*, núm. 49(3), 2012, pp. 885-928.

— "Is There a Hierarchy of Legislative, Delegated and Implementing Acts?", *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, pp. 157-171

BERTRAND, B.: "Les categories juridiques établies par le Traité de Lisbonne: un mal nécessaire?", *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne* (Dir. B. Bertrand), Bruylant 2016, pp. 15-48.

BRADLEY, K.: "Delegation of Powers in the European Union. Political Problems, Legal Solutions?", *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, pp. 55-84.

BUENO, A.: "El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 23, 2012, pp. 135-164.

BURSENS, P., "Recalibration of Executive-Legislative Relations in the European Union. Strategies Inspired by the Trilemma of Democracy, Sovereignty and Integration", *Executive-Legislative (Im) Balance in the European Union* (Ed. D. Fromage y A. Herranz-Surrallès), Hart 2020, pp. 19-33.

CASTILLO DE LA TORRE, F., "La Comisión Europea y los cambios en el Poder ejecutivo de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015, pp. 85-124.

CHAMON, M., *The European Parliament and Delegated Legislation. An Institutional Balance Perspective*, Hart 2022.

COUTRON, L. y PICOD, F.: "Responsabilité de l'Union européenne du fait de son activité administrative", *Traité de droit administratif européen* (Dir. J.B. Auby/ Jean-Bernard Auby et J. Dutheil de la Rochère), 2022, pp. 189-227.

DA CRUZ VILAÇA, J.L., "Reflections on Judicial Review of the Constitutionality of EU Legislation", *EU Law and Integration. Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, Hart 2014, pp. 44-54.

DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Trotta 2000

DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel 1987.

DIEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Marcial Pons 2018.

ENGLISCH, J.: "`Detailing' EU Legislation through Implementing Acts", *Yearbook of European Law*, Vol. 40, núm. 1 (2021), pp. 111-145.

FUENTETAJA, J., *Derecho Administrativo europeo*, 5ª ed., Aranzadi La Ley, 2025.

— "Actos delegados, actos de ejecución y distribución de competencias ejecutivas en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, 2011, pp. 55-89.

GARBEN, S., "The Principle of Legality and the EU's Legitimacy as a Constitutional Democracy: A Research Agenda", *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union* (Ed. S. Garben, I. Govaere, P. Nemitz), Hart 2019, pp. 385-417.

— "The European Union ant its Three Constitutional Problems", *The Future of EU Constituionalism* (Ed. M. Avbelj), Hart 2023, pp. 87-104

GARCIA LUENGO, J., "Normativa delegada, normativa de ejecución y el poder de libre configuración del legislador de la Unión Europea. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 18 de marzo de 2014 en el Asunto 427/12", *REDE. Revista española de derecho europeo*, Nº 52, 2014, pp. 141-158.

GARZON CLARIANA, G., "Los actos delegados en el sistema de fuentes de Derecho de la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 37, 2010, pp. 721-760.

GRANAT, K., *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Hart 2018, p. 188.

GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos en el Derecho comunitario,* Tirant lo blanch 2001.

GUILLOUD, L., *La loi dans l'Union européenne. Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration,* LGDJ 2010.

ISAAC, G., *Droit communautaire général*, 3ª ed., 1992.

LÁNCOS, L., XANTHOUILIS, N. y ARROYO, L., (Eds.), *The Legal Effects of EU Soft Law. Theory, Language and Sectoral Insights* (Ed. P), Edward Elgar 2023.

LEINO, P., "The Institutional Politics of Objective Choice: Competence as a Framework for Argumentation", *The Division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future* (Ed. S. Garben & I. Govaere), Hart 2017, pp. 210-231.

LEINO-SANDBERG, P. y MINKKINEN, P., "From Separated Powers to Consensual Executive Government in the EU", *The Dynamics of Powers in the European Union* (Ed. C. Eckes, P. Leino-Sandberg, A. Ghavanini), Hart 2024; pp. 19-36

LENAERTS, K., "Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community", *CML-Rev*, vol. 28, 1991, pp. 11-35.

LENAERTS, K. y DESOMER, M.: "Towards a Hierarchy of Legal Acts in the European Union? Simplification of Legal Instruments and Procedures", *European Law Journal*, Vol. 11, No. 6, 2005, pp. 744-765.

LENAERTS, K. y GUTIÉRREZ-FONS, J.A., *Les métohodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant 2020.

LIISBERG, J.B., *The EU Constitutional Treaty and its distinction between legislative and non-legislative acts – Oranges into apples?*, Jean Monnet Working Papers, 2006.

LINDSETH, P.L., *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, OUP 2010.

LUPO, N. y PICCIRILLI, G., "The Relocation of the Legality Principle by de European Courts' Case Law", *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2015, pp. 55-77.

MANGAS MARTIN, A., "Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 18, 2009.

MARTINEZ ALARCÓN, M.L. y GARCÍA GUERRERO, J.L., "El Parlamento Europeo", *Instituciones y Derecho de la Unión Europea. Vol I. Instituciones de la Unión Europea* (Dir. A. López Castillo), 4ª ed, Tirant lo blanch 2022, pp. 539-655.

MARTINEZ CAPDEVILA, C., «A vueltas con la noción de "acto legislativo" y sus consecuencias jurídicas en el Derecho de la Unión Europea», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2013, pp. 97-159.

MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *Derecho Comunitario Básico de la Unión Europea*, BOE 2024.

MENDES, J.: «The Making of Delegated and Implementing Acts. Legitimacy beyond Institutional Balance", *Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, pp. 233-254.

NIETO, E. y MARTIN, I., *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart 2007,

PIRIS, J.-C., *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, CUP 2010.

PRECHAL, S.; DE VRIES, S. & VAN EIJKEN, H., "The Principle of Attributed Powers and the 'Scope of EU Law', *The Eclipe of the Legality Principle in the European Union* (Ed. L. Besselink, F. Pennings, S. Prechal), Wolters Kluwer 2011, pp. 214-247.

RITLENG, D.: "The Reserved Domain of the Legislature. The Notion of Essential Elements of an Area",*Rulemaking by the European Commission. The New System for Delegation of Powers* (Ed. C.F. Bergström y D. Ritleng), OUP 2016, pp. 135-152.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: "Sistema de fuentes del Derecho administrativo", *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I. Introducción. Fundamentos* (Coords. J.M Rodríguez de Santiago, G. Doménech y L. Arroyo), Marcial Pons 2021, pp. 777-860.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces 1991, pp. 513-553.

SARMIENTO, D., *Curso de Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Marcial Pons 2025.

TAUSCHINSKY, E. y WEIß, W. (ed.), *The Legislative Choice Between Delegated and Implementing Acts in EU Law. Walking a Labyrinth*, Edward Elgar Publishing 2018;

THIERY, S., *Les actes délegués en droit de l'Union européenne*, Bruylant 2020.

TURK, A., *The Concept of Legislation in European Community Law. A Comparative Perspective,* Kluwer 2006.

— "The Concept of the "Legislative" Act in the Constitutional Treaty", *German Law Journal*, vol. 06, No. 11, pp. 1555-1570.

— "Legislative, delegated acts, comitology and interinstitutional conundrum in EU law – configuring EU normative spaces", *European Law Journal*, Vol. 26, 2020, pp. 415-428.

VELASCO, F.: "Metodología comparativa para el Derecho administrativo", *REDA*, núm. 200, 2019, pp. 51-76.

ZILLER, J.: "National Constituional Concepts in the New Constitution for Europe", *European Constitutional Law Review*, 1, 2005, pp. 452-480.

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 109-154
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3297
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Francisco Velasco Caballero
ISSN: 2695-7191
Recibido: 23/12/2025 | Aceptado: 03/03/2026

# METODOLOGÍA PARA EL DERECHO DE LA NEUROTECNOLOGÍA[*]

## LEGAL METHODOLOGY FOR NEUROTECHNOLOGY

Francisco Velasco Caballero
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN:** La neurotecnología constituye uno de los mayores desafíos contemporáneos para el Derecho, al incidir directamente sobre la identidad, la libertad y la privacidad de las personas, así como sobre el orden social existente. En el último decenio, en un escenario de percepción social de riesgo frente a la neurotecnología, en distintos países se han propuesto y aplicado respuestas varias para neutralizar con celeridad los riesgos neurotecnológicos más relevantes. En este estudio se parte de esta realidad y se proponen algunas coordenadas metodológicas elementales con las que elaborar, *a partir de ahora*, respuestas jurídicas más estructuradas o sistemáticas y con mayor recorrido. Esto incluye, en primer lugar, la adaptación meticulosa de cualquier respuesta jurídica al estado de la ciencia, la técnica y la ética. En segundo lugar, antes de aprobarse nuevas leyes o nuevos derechos, es imprescindible identificar y valorar en qué medida el Derecho vigente ya ofrece algunas respuestas frente a los riesgos neurotecnológicos. En tercer lugar, el análisis del Derecho vigente y la elaboración de un nuevo Derecho de la neurotecnología debe hacerse a partir de un catálogo de conceptos y criterios tendencialmente estable, que sirva no sólo como guía para aprobación de nuevas leyes y la creación de nuevos derechos, sino también como instrumento para la comparación de diversos Derechos nacionales e internacionales.

---

[*] 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 verde (STrATE 2.0)» (referencia: PID2023-149184OB-C41).

Abreviaturas y acrónimos: art.: artículo; BCI: Brain-Computer Interface (Interfaz cerebro-computadora); CE: Constitución Española; CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos; coord.: coordinador; ed.: edición; EEG: Electroencefalograma; fMRI: Functional Magnetic Resonance Imaging (Imagen por Resonancia Magnética Funcional); IA: Inteligencia Artificial; OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; RNM: Resonancia Nuclear Magnética; TC: Tribunal Constitucional; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; UE: Unión Europea; UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

**PALABRAS CLAVE:** neurociencia; neurotecnología; neuroderechos; metodología jurídica.

**ABSTRACT:** Neurotechnology is one of the greatest contemporary challenges for law, as it directly affects people's identity, freedom, and privacy, as well as the existing social order. Over the last decade, due to the social perception of risks raised by neurotechnology, various legal responses have been proposed and implemented in different countries to quickly neutralize the most significant neurotechnological risks. This study takes this reality as its starting point and proposes some basic methodological guidelines for developing more systematic and far-reaching legal responses going forward. This includes, first, the careful adaptation of any legal response to the state of science, technology, and ethics. Secondly, before new laws or new rights are approved, it is essential to identify and assess the extent to which existing law already offers some responses to neurotechnological risks. Thirdly, the analysis of current law and the development of a new neurotechnology law must rely on a relatively stable set of concepts and criteria serving not only as a guide for new laws and new rights, but also as a tool for comparing different national and international laws.

**KEYWORDS:** neuroscience; neurotechnology; neurorights; legal methodology.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO.— 2. COMUNICACIÓN EPISTEMOLÓGICA: CIENCIA, NEUROÉTICA Y DERECHO: 2.1. Neurología; 2.2. Neurotecnología; 2.3. Ética de la neurotecnología y neuroética.— 3. ANOMIAS Y DERECHO VIGENTE: 3.1. Leyes nacionales y reglamentos europeos; 3.2. Derechos subjetivos, derechos fundamentales y neuroderechos.— 4. PAUTAS METODOLÓGICAS PARA EL DERECHO DE LA NEUROTECNOLOGÍA: 4.1. Ámbitos sociales de la neurotecnología; 4.2. El riesgo como categoría central de regulación; 4.3. Objetos o vectores de regulación jurídica; 4.4. Opciones de regulación y técnicas de protección.— 5. CONCLUSIÓN FINAL.— 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PLANTEAMIENTO

**1.** En el último decenio proliferan los estudios y propuestas para el tratamiento jurídico de la neurotecnología. Estos estudios y propuestas descansan sobre tres pilares: en primer lugar, los innegables *avances contemporáneos* de la neurología y la neurotecnología, que se describen más adelante (*infra* §§ 13 y 18); en segundo lugar, el creciente *neurocentrismo* filosófico, antropológico y biológico, que al reducir la mente y la consciencia a su sustrato biológico (el cerebro)[1] implícitamente acepta que la identidad personal es alterable, con solo manipular algunas redes neuronales; y por último, la creciente *percepción social de riesgo* ante la nueva neurotecnología y su capacidad para afectar a la identidad, la libertad y la privacidad de las personas[2].

[1] Por todos, el trabajo clásico de John Jamieson SMART, "Sensations and Brain Processes", *The Philosophical Review*, Vol. 68-2 (1959), pp. 141-156, luego republicado en David J. CHALMERS, *Philosophy of Mind: Classical and Contemporary Readings*, Oxford University Press, 2ª ed., 2002, capítulo 11. Más recientemente: Bárbara G. MONTERO, *Filosofía de la mente*, Erasmus, Córdoba, 2024, pp. 66; Antonio DAMASIO, *Inteligencia natural y la lógica de la consciencia*, Destino, Barcelona, 2025, p. 105.

[2] Una manifestación ejemplar de esa percepción de riesgo, a través de diez neurotecnologías hoy disponibles, en Harry LAMBERT, "Neurotechnologie and the Law", *New Law Journal*, 7 de junio de 2024, pp. 18-21.

**2.** Las iniciativas normativas más relevantes, frecuentemente procedentes de ámbitos académicos *no jurídicos*, como la biología, la neurología y la ética, se han centrado en la posible ampliación o adecuación de los actuales *derechos humanos*, constitucionales o fundamentales (*infra* § 49)[3]. La discusión jurídica se ha centrado, entonces, en si los actuales derechos fundamentales protegen suficientemente a las personas (frente a los riesgos de la neurotecnología) o si es conveniente crear nuevos derechos fundamentales: los llamados "neuroderechos". A mucha distancia ha quedado el análisis sobre si las leyes generales o sectoriales hoy vigentes contienen ya respuestas adecuadas ante los diversos usos de la neurotecnología[4].

**3.** Las dudas éticas en torno a la neurotecnología han obtenido ya, con cierta celeridad, algunas respuestas jurídicas. En 2021, por medio de la Ley de reforma constitucional núm. 21.383, el art. 19.1 de la Constitución chilena estableció que "[e]l desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella". Este nuevo derecho constitucional ya ha sido aplicado por la Corte Suprema de Chile para proteger los datos neuronales frente a su utilización mercantil[5].

**4.** También en fechas cercanas se tramitaron algunas iniciativas legislativas en varios Estados norteamericanos. Es el caso de la Ley de Colorado (HB 24-1058) que modifica la *Privacy Act* para exigir que todo acceso y uso de datos neuronales cuente con la autorización expresa de la correspondiente persona física, incluso respecto de información cerebral de la que no es consciente su propio titular. Después han venido otras leyes: de California en 2024 (SB 1223) y de Montana en 2025 (SB 163), y hay alguna más en tramitación (Minnesota: SF 1240). Todas estas leyes se centran en la protección de la información cerebral (neurodatos) frente al uso comercial de la neurotecnología. Con ellas se garantiza el derecho de cada persona a decidir el destino de los datos cerebrales que pueden obtenerse a partir del normal funcionamiento de cualesquiera artefactos neurológicos.

**5.** Por influencia norteamericana, y en especial de la *Neurorights Foundation*, varios países latinoamericanos han formulado o aprobado diversas iniciativas legisla-

---

[3] El estado de la cuestión, entre otros, en: Elisa MOREU CARBONELL, "The Regulation of Neuro-Rights", *European Review of Digital Administration & Law*, núm. 2-2 (2021), pp. 149-162. En relación con los tratados internacionales sobre derechos humanos: Jared GENSER, Stephanie HERRMANN, y Rafael YUSTE, "International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology" (Neurorights Foundation). *Inquiry into Australia's Human Rights Framework*, aportación núm. 317 (2022). Recientemente: Cristina BLASI CASAGRAN, "Neurotechnology and human rights in Europe: Towards a legal-neuroethical framework", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 71 (2025), pp. 68-82 (p. 71). DOI: 10.58992/rcdp.i71.2025.4468.

[4] Esta orientación, en Reino Unido: Harry LAMBERT, "Neurotechnologies: need-to-know now", *New Law Journal*, 12 de julio de 2024, pp. 7-10.

[5] Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Chile, de 9 de agosto de 2023, *asunto Girardi contra Emotiv* (ROL: 105065-2023)

tivas[6]. Fuente de inspiración para muchas de estas iniciativas ha sido la "Ley modelo de neuroderechos" (2022) aprobada por la institución cooperativa interparlamentaria conocida como *Parlamento para América Latina y el Caribe (Parlatino)*[7]. La muestra más completa de estas iniciativas está en un omnicomprensivo *Proyecto de Ley Federal de México*, en tramitación en el Senado de la República desde 2024[8]. Lo peculiar de esta última iniciativa es que regula el uso de la neurotecnología no sólo de forma general, sino también sectorial. A tal efecto, la propuesta contiene una vasta relación de leyes sectoriales (de educación, penales, de seguridad, de defensa, de consumidores, etc.) donde se identifican y regulan los riesgos específicos de la neurotecnología.

**6.** En España, la alarma ante la neurotecnología ha tomado cuerpo en un relevante documento de *soft law*, aprobado en 2021 por el otrora Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital: la *Carta de Derechos Digitales*. Se dice en el capítulo XXVI de la Carta que: "[Las neurotecnologías] podrán ser reguladas por la ley (…)"; y que "la ley podrá regular aquellos supuestos y condiciones de empleo de las neurotecnologías que, más allá de su aplicación terapéutica, pretendan el aumento cognitivo o la estimulación o potenciación de las capacidades de las personas".

**7.** En un balance provisional sobre el último decenio se puede afirmar que el movimiento ético de los *neuroderechos* ha cosechado un cierto éxito, incluso en el nivel constitucional e internacional (*infra* § 50). Pero también ha sido severamente contestado, sobre todo en la comunidad académica específicamente jurídica[9]. Hasta ahora, las diversas propuestas e iniciativas legislativas han servido, sobre todo, para atraer la atención en torno a una realidad tecnológica emergente que activa riesgos éticos, sociales y políticos muy relevantes y que, en esa medida, reclama también respuestas jurídicas. Estas respuestas jurídicas bien pueden consistir en el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, en la aprobación de nuevas leyes, o en la adaptación de las leyes existentes. Mas estos son los puntos de llegada, no de partida, de un proceso de elaboración jurídica complejo en el que interactúan diversas perspectivas epistemológicas.

**8.** A mi juicio, la actual polarización de la discusión jurídica sobre la neurotecnología responde, fundamentalmente, a la *celeridad* con la que se han identificado los riesgos y a la *inmediatez* de las propuestas jurídicas. Superados los primeros momen-

---

[6] Una valoración crítica y de conjunto: Diego BORBÓN, "Challenges of the inconsistent neurorights framework in Latin America", *Nature Neuroscience*, núm. 28, julio de 2025, pp. 1363-1365.

[7] Un análisis crítico, en Diego BORBÓN, Luisa BORBÓN, Ximena MORÁ-GÓMEZ, Sandra VILLAMIL-MAYORAL, "El preocupante clausulado de la Ley Modelo de Neuroderechos del Parlatino", *IUS ET SCIENTIA*, núm. 9-2 (2023), pp. 228–260. doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.11.

[8] Una síntesis del proyecto, en Karen HERRERA-FERRÁ, José M. MUÑOZ, Anahiby BECERRIL, Eric GARCÍA-LOPEZ, José Ángel MARINAROA, Luis Ricardo SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Jesús Alejandro ALONSO OLAMENDI, Alejandra Lagunes SOTO RUÍZ, "The regulation of neurotechnology: the neurorights bill in Mexico", *The Lancet Psychiatry*, núm. 12-2 (2024). doi.org/10.1016/S2215-0366(24)00286-4.

[9] Una exposición sistemática de las objeciones en la comunidad jurídica, en Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia*…cit., p. 178.

tos de desconcierto y de percepción social de vulnerabilidad ante la neurotecnología, conviene definir algunas coordenadas metodológicas que, a partir de ahora, guíen las respuestas jurídicas. En este estudio se proponen tres coordenadas metodológicas primarias. La primera es *epistemológica*. Se refiere a cómo gestionar jurídicamente el conocimiento científico (2.1), tecnológico (2.2) y ético (2.3). La segunda coordenada es *jurídico-positiva*: consiste en la necesidad de identificar el Derecho vigente que ya hoy es aplicable a las neurotecnologías, para luego valorar en qué medida ese Derecho presenta insuficiencias que justifican nuevas leyes (3.1) y nuevos derechos fundamentales (3.2). Por fin, la tercera coordenada propone un *catálogo de criterios analíticos* con los que explicar el Derecho vigente y configurar el futuro Derecho de la neurotecnología. En este último apartado se aborda, de forma sintética: la necesaria adecuación de la regulación jurídica a los distintos ámbitos funcionales sociales en los que está presente la neurotecnología (4.1); la centralidad del concepto jurídico de riesgo en cualquier modelo normativo (4.2); la diversidad de posibles objetos o vectores de regulación (4.3); y la disponibilidad de diversos instrumentos jurídicos para la proyección de las exigencias neuroéticas sobre cada ámbito funcional de la neurotecnología (4.4).

## 2. COMUNICACIÓN EPISTEMOLÓGICA: CIENCIA, TECNOLOGÍA, NEUROÉTICA Y DERECHO

**9.** El tratamiento jurídico de la neurotecnología requiere, antes de nada, de una fluida comunicación científica *interdisciplinar*[10], que a mi juicio no se ha producido aún de una forma satisfactoria. Esto bien puede deberse a que la organización social y administrativa de la investigación científica y tecnológica favorece los compartimentos estancos, no promueve la complementariedad científica. Pero también se debe a diferencias epistemológicas estructurales: a la tendencial *universalidad* de los enunciados científicos y éticos, frente a la *diversidad* de respuestas (internacionales y nacionales) que caracteriza al Derecho; y a la *progresividad* inmanente al conocimiento científico y tecnológico[11], frente a la *estabilidad* y permanencia del Derecho, que tiende a estar vigente incluso cuando cambia el concreto sustrato empírico en el que nació.

**10.** Tenemos, así, que aquellas ciencias o epistemologías que generan enunciados universales -como la neurología bajo patrones neopositivistas[12] o como la ética- naturalmente tienden a proponer respuestas jurídicas también *universale*s. Por ejemplo, una vez comprobado que la memoria puede ser manipulada mediante estimulaciones eléctricas selectivas, y una vez valorados los riesgos éticos de esa posibili-

---

[10] Christoph BUBLITZ, "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", *Neuroethics*, núm. 15: 7 (2022), pp. 1-15 (p. 12). doi.org/10.1007/s12152-022-09481-3.

[11] Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998 (traducción del original alemán, de 1986), p, 265; Mauricio SUÁREZ, *Filosofía de la ciencia. Historia y Práctica*, Madrid, Tecnos, 2019, p. 164.

[12] Mauricio SUÁREZ, *Filosofía de la ciencia*, cit, p. 69.

dad, directamente se proponen soluciones jurídicas tan universales como los propios enunciados científico-tecnológicos y sus valoraciones éticas: la prohibición universal de aquella manipulación cerebral (salvo para fines terapéuticos) y la proclamación de un derecho humano (universal) a la propia identidad o a la continuidad psicológica. La *vis* universal, inmanente a las ciencias naturales y a la ética, desdeña la esencia estatal o territorial (normalmente, no universal) del Derecho. Pero, por paradójico que resulte, la misma ciencia que formula teorías universales asume que todas las teorías son en mayor o menor medida *provisionales*, se van adaptando al propio proceso de la investigación científica. Y así quedan obsoletos los enunciados jurídicos que nacieron vinculados a un contexto científico ya inexistente.

**11.** Para una correcta comunicación epistemológica es necesario encajar la universalidad y la progresividad de las ciencias naturales con la diversidad y estabilidad del Derecho. Eso exige *reconocimiento mutuo*. De un lado, el Derecho ha de asumir la progresividad del conocimiento científico y tecnológico, lo que se concreta en normas relativamente abiertas, flexibles y provisionales[13], que no programan respuestas precisas e inmutables ante concretos hechos, sino que diseñan *estructuras organizativas y procedimientos* para que, en cada caso concreto, se pueda contar con la información científica más actualizada y se pueda adaptar la actividad de los diversos sujetos, públicos y privados, al estado de la ciencia y la técnica existente en cada momento. Del otro lado, la neurología y la neurotecnología han de asumir que ante sus nuevos avances, pretendidamente universales, el Derecho naturalmente abre *varias vías simultáneas* de discusión y regulación. En una suerte de competencia y selección evolutiva, se asentarán y expandirán —aunque siempre de forma provisional— aquellas opciones jurídicas mejor adaptadas a cada concreto contexto científico, tecnológico y ético. Al igual que ocurre con la naturaleza, en la que simultáneamente se dan millones de mutaciones espontáneas[14], las sociedades humanas también generan múltiples respuestas jurídicas ante las mismas o parecidas realidades. Algunas soluciones *se expanden* y generalizan. Otras no llegan a ver la luz, perecen o sobreviven como fósiles evolutivos[15]. Obviamente, no todas las opciones jurídicas imaginables son viables. Unas veces, porque son incoherentes con el estado de la ciencia, la técnica y la ética. Otras veces, porque las veta el propio Derecho. Pero más allá de estas opciones jurídicas inadmisibles —por inviables— el Derecho puede generar o impulsar *varias respuestas simultáneas* ante una misma realidad científico-tecnológica. En lo que se refiere específicamente a la neurotecnología, en el Derecho pueden convivir nuevas normas, y de distinta procedencia (constitucionales, internacionales y legales), con nuevas interpretaciones de las normas vigentes. Con visión diacrónica, durante algún tiempo habrá incoherencias, anomias y antinomias, pero la propia lógica evolutiva

[13] César CIERCO SEIRA, "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, núm. 163 (2004), pp. 73-125 (p.122).

[14] Para neurología, Rafael YUSTE, *El teatro del mundo*, Paidós, Barcelona, 2024, p. 49.

[15] Estos conceptos, propios de las teorías de la evolución, en: Juan Luis ARSUAGA, *Vida, la gran historia*, Destino, Barcelona, 2019, p. 168.

del Derecho irá seleccionando y estabilizado aquellas respuestas jurídicas más adecuadas a cada contexto científico, ético, social y político [16].

**12.** Aunque las novedades neurotecnológicas suelen entenderse de forma unitaria, y se analizan sus riesgos sociales también en general, lo cierto es que cada nuevo artefacto neurotecnológico proyecta diferentes posibilidades y riesgos para *cada ámbito* de la vida humana en sociedad. Cada nuevo ingenio tecnológico produce diferentes impactos sobre la salud, la educación, el mercado, la seguridad pública, las relaciones laborales, la educación, la defensa militar o la investigación científica. De aquí resulta que, en un mismo país y ante cada nuevo avance científico-tecnológico, pueden convivir respuestas jurídicas generales y sectoriales. La diversidad de utilidades de una misma innovación tecnológica explica la convivencia de normas generales, como el derecho fundamental europeo a la integridad psíquica (art. 3.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y los derechos fundamentales españoles a la integridad mental (art. 15.1 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE), con múltiples normas sectoriales, como las que someten la comercialización de los estimuladores cerebrales no sanitarios a previos controles clínicos (art. 1.2 y Anexo XVI.6 del Reglamento Europeo de Productos Sanitarios de 2017 [RPS] [17]).

## 2.1. Neurología

**13.** A mi juicio, de la neurología derivan al menos tres enunciados determinantes para cualquier ordenación jurídica: la *plasticidad* del cerebro; la convivencia en el cerebro de *estímulos e inhibiciones* neuronales; y la interdependencia, también en el cerebro, entre corrientes *eléctricas* y reacciones químicas.

**14.** En primer lugar, la neurología tiene ya plenamente acreditada la *plasticidad* del cerebro. Esto es, la capacidad natural de las distintas áreas o sistemas neuronales para realizar distintas funciones, las que sean necesarias en cada caso y para cada individuo [18]. De esta manera, en una persona ciega, las áreas cerebrales que normalmente generan la visión se reutilizan de forma natural para la mejora del oído. O también, la extirpación de un lóbulo cerebral lleva a que el otro lóbulo se encargue de todas las funciones neuronales del lóbulo eliminado. De la plasticidad del cerebro resulta una advertencia principal para la tecnología y para el Derecho: que toda intervención externa sobre áreas cerebrales concretas es siempre relativamente *incierta*, pues cada cerebro adapta su estructura fisiológica inicial a las necesidades de cada individuo. Esta incertidumbre relativa limita la operatividad de la neurotecnología y obliga a la consideración de los *riesgos* que naturalmente derivan de la incertidumbre. Cada

---

[16] Niklas LUHMANN, *Systemtheorie der Gesellschaft*, 2ª ed., Suhrkamp, Berlin, 2018, pp. 322-346

[17] Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017 sobre los productos sanitarios, por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) n. 178/2002 y el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 y por el que se derogan las Directivas 90/385/CEE y 93/42/CEE del Consejo.

[18] David EAGLEMAN, *Una red viva*, Anagrama, Barcelona, 2024, p. 22.

riesgo neurológico da lugar a alguna forma de *precaución jurídica*, más o menos intensa: desde el libre uso de un artefacto hasta su prohibición completa, pasando por estadios intermedios como las limitaciones de uso, la asignación de posible responsabilidad patrimonial por daños, los condicionamientos técnicos, la transparencia o los controles previos y de funcionamiento.

**15.** En segundo lugar, la neurología también tiene comprobado que las conexiones eléctricas neuronales (sinapsis) no sólo estimulan las neuronas, también las inhiben[19]. De hecho, cuando faltan esos *estímulos inhibitorios* se produce una hiperactividad neuronal desbocada (epilepsia)[20]. Esto implica que un estímulo neuronal artificial puede ser no sólo ineficaz para la estimulación pretendida, sino que incluso puede ser pernicioso, cuando impide el normal funcionamiento de las corrientes inhibitorias. Esta conclusión activa, de nuevo, la incertidumbre, los riesgos y la *precaución jurídica*.

**16.** Por último, la neurología también pone hoy de relieve que las conexiones neuronales no son sólo eléctricas, sino también *químicas*. Sin los *péptidos* -una sustancia química compuesta de aminoácidos[21]- no serían posibles las sinapsis. Este dato es relevante para la regulación jurídica, que no puede entonces limitarse a los artefactos y sistemas digitales que registran la actividad cerebral o modulan su funcionamiento con instrumentos electrónicos o electromagnéticos, sino que también debe atender a los *medicamentos* que pueden actuar sobre aquellas sustancias biológicas. Y lo cierto es que el actual modelo regulatorio de los medicamentos, definido en la Directiva europea 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, es por completo distinto del modelo regulatorio para los productos sanitarios (del ya mencionado RPS), entre los que cuentan todos los aparatos de diagnóstico neuronal y de modulación cerebral.

**17.** Obviamente, lo expuesto hasta aquí no pretende resumir el estado actual de la neurología. Sólo señala algunos avances científicos con relevancia jurídica directa. Por ahora, algunas otras orientaciones científicas innovadoras carecen de relevancia jurídica inmediata, aunque esta puede producirse al compás de la propia ciencia. Así, la neurología contemporánea avanza hacia una comprensión funcional de las *redes o conjuntos neuronales*. De tal manera que es la asociación relativamente estable y repetida de ciertas neuronas, ante ciertos estímulos, lo que define la actividad cerebral. Este avance científico no tiene, hoy por hoy, ninguna correlación inmediata con la manera de regular jurídicamente la neurotecnología, más allá de su posible conexión con la elemental idea de la plasticidad del cerebro. Ello no obstante, futuras certidumbres científicas sobre las redes neuronales podrán resolver algunas limitaciones cognitivas actuales y activar nuevos riesgos, individuales o colectivos, lo que exigirá también nuevas y múltiples respuestas jurídicas simultáneas, en varios niveles y con diversos objetos.

---

[19] Luis CARRETIÉ ARANGÜENA, *Anatomía de la mente*, 4ª ed., Pirámide, Madrid, 2024, p. 34.
[20] Rafael YUSTE, *El cerebro*, cit., p. 69.
[21] Rafel YUSTE, *El cerebro*, cit., p. 191.

## 2.2. Neurotecnología

**18.** La neurotecnología no es una novedad contemporánea. Algunas neurotecnologías llevan mucho tiempo entre nosotros. Es el caso de los *polígrafos*, que indiciariamente permiten detectar cuándo un sujeto es consciente de estar diciendo algo cierto o incierto[22]. En el ámbito sanitario, las *terapias electroconvulsivas* tienen más de ochenta años, y desde hace ya treinta años se utiliza la *estimulación cerebral profunda*[23]. También están ya asentados los sistemas nerviosos periféricos artificiales, que conectan el cerebro con los músculos de las extremidades, supliendo así las incapacidades de sistemas nerviosos dañados por traumatismos.

**19.** Lo novedoso de nuestro tiempo está, en primer lugar, en el desarrollo *no sanitario* de la neurotecnología. Así, en los últimos años, a las neurotecnologías terapéuticas u ortopédicas se han unido aparatos dirigidos a la mejora del *bienestar* personal, como son las cintas y diademas que mejoran la calidad del sueño o la concentración. Aquí podríamos incluir también las aplicaciones que, simplemente, producen ciertas utilidades, comodidades o servicios, como los drones dirigidos a distancia mediante señales electromagnéticas obtenidas directamente del *cortex* cerebral (a través de electrodos epidérmicos); o también las pulseras que a partir de datos biológicos (como la sudoración, la frecuencia y el ritmo cardíacos) pueden identificar estados de ánimo o reacciones psicológicas ante concretos estímulos o situaciones.

**20.** Junto a todo lo anterior, también es novedosa la incipiente orientación de la investigación tecnológica hacia la *manipulación del pensamiento*, el rincón más privado de las personas. Es conocido, por ejemplo, que en el *ámbito militar* se están desarrollando utensilios para distorsionar los procesos cognitivos (mediante microondas y sonidos de alta y baja frecuencia), así como aparatos para el fortalecimiento mental y para modular la formación de recuerdos en el hipocampo[24]. Por último, en el último lustro la irrupción de la *inteligencia artificial* y de los interfaces cerebro-ordenador han aumentado las posibles utilidades de la neurotecnología, así como el alcance de sus efectos. Los nuevos interfaces cerebro-ordenador (BCI, por sus siglas en inglés) permiten transformar ideas o imágenes mentales alojadas en neuronas y redes neuronales en *lenguaje*[25], si bien estas tecnologías de monitorización y deco-

---

[22] María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sâo Paulo, 2014, p. 30.

[23] Fiacro JIMÉNEZ PONCE, Ylián RAMÍREZ TAPIA y Karen HERRERA-FERRÁ, "Terapias físicas en trastornos psiquiátricos", en Karen HERRERA FERRÁ et alter, *Neuroética, Neurotecnología e IA*, Aranzadi, Las Rozas, 2025, pp. 97-126 (pp. 107 y 110).

[24] Marcello IENCA, Fabrice JOTTERAND y Bernice S. ELGER, "From Healthcare to Warfare and Reverse: How Should We Regulate Dual-Use Neurotecnhology", *Neuron*, núm. 97 (2018), pp. 269-274. DOI: 10.1016/j.neuron.2017.12.017.

[25] Erin M. KUNZ, Benyamin MESCHEDE-KRASA, Foram KAMDAR et alter, "Representation of verbal thought in motor cortex and implications for speech neuroprostheses", *BioRxiv*, 5 de octubre de 2024. DOI: https://doi.org/10.1101/2024.10.04.616375. Los últimos avances en relación con la aplicación intensiva de inteligencia artificial a la generación de voz artificial: Kaylo LITTLEJOHN,

dificación están aún lejos de un posible desarrollo industrial, por lo que tampoco se pueden magnificar sus riesgos, ni alentar sobrerreacciones jurídicas[26]. Los BCI también permiten la formación de redes cerebrales, para el pensamiento o *acción mental conjunta* de varios individuos[27].

**21.** Aunque el número de artefactos y usos neurológicos es ya muy extenso y variado, en neurotecnología se utilizan *dos criterios clasificatorios* elementales. Se distingue, de un lado, entre las tecnologías externas o extra corticales (*superficiales*) y las intervenciones intracraneales. Y se distingue, de otro lado, entre las neurotecnologías para el *registro* de la información neuronal (como los aparatos de diagnóstico médico por imagen) y las neurotecnologías para la manipulación o *modulación* del cerebro. Estos criterios clasificatorios, que en su origen sólo pretenden explicar o describir el estado y desarrollo de la neurotecnología, son tomados fuera de su ámbito de origen y utilizados, para sus propios fines, por la ética y el Derecho. Aunque esta operación es inevitable y característica de la interacción científica[28], presenta siempre algunos riesgos. Porque lo que puede ser relevante para la neurotecnología no tiene por qué serlo, o no en la misma medida, para la ética, la sociología, la ciencia política o el Derecho.

**22.** Las intervenciones intracraneales, tanto las dirigidas a la estimulación cerebral profunda como las destinadas a obtener información neuronal inmediata, combinan artefactos electrónicos (como electrodos) con técnicas médico-quirúrgicas, y en ellas emergen tres singularidades: la mayor *eficacia* que pueden alcanzar estás tecnologías; la *dependencia e incluso irreversibilidad* de los posibles implantes vinculados a las intervenciones intracraneales; y asociado a esto, los *mayores riesgos vitales* o de integridad mental que de ahí pueden derivar[29]. Esta distinción tecnológica puede justificar dos regulaciones jurídicas sustancialmente diversas: una para las intervenciones intracraneales, donde tanto las exigencias técnicas a los aparatos como la cualificación para su manejo deben ser muy rigurosas, y donde cobran sentido las *obligaciones mercantiles de tracto sucesivo*, entre el productor u operador del aparato y el portador del implante; y una regulación diferente para los aparatos superficiales, donde se pueden dar diversas combinaciones entre la regulación de los requisitos técnicos de los aparatos y las exigencias de personal cualificado para su utilización (así, los requisitos y controles sobre los aparatos pueden ser más flexibles si su manejo queda reservado estrictamente a profesionales cualificados). En la actualidad, el Derecho europeo que

---

Cheol JUN CHO, Jessie R LIU et alter, "A streaming brain-to-voice neuroprosthesis to restore naturalistic communication", *Nature Neuroscience*, núm. 28 (2025), pp. 902-912. https://doi.org/10.1038/s41593-025-01905-6.

[26] Erica HARPER y Allan McCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation". *The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, 2025, pp. 1-20 (pp. 5 y 10).

[27] Arjun RAMAKRISHNAN, Peter J. IFFT, Miguel PARÍS-VIEIRA, Yoon Woo BYUN et alter, "Computing Arm Movements with a Monkey Brainet". *Scientific Reports,* artículo núm. 10767 (2015). https://doi.org/10.1038/srep10767.

[28] Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2018, p. 137.

[29] UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), p. 18 § 106.

regula aparatos neurológicos, tanto sanitarios como no sanitarios, no concede una relevancia jurídica primaria al carácter extra o intracraneal de un estimulador cerebral.

**23.** Como se ha dicho antes, en neurotecnología también se distingue entre la *captación* o registro de señales neuronales, de forma directa (mediante técnicas de encefalografía [EEG], magnetoencefalografía [MEG]) o indirecta (mediante resonancia magnética funcional [RMf], tomografía por emisión de positrones [TEP], o espectroscopia óptica [NIRS], etc.) y la *manipulación* o modulación mental[30]. Está distinción guarda correspondencia con las diversas formas de regulación de la neurotecnología.

**24.** De forma muy elemental, el Derecho también distingue entre neurotecnologías para la obtención de *información* neuronal (datos neuronales) y otras dirigidas a *alterar* o modular los procesos mentales[31]. La obtención de datos neuronales se canaliza hacia el Derecho de *protección de datos*, mientras que la modulación mental normalmente se localiza en el Derecho *sanitario*. Esta distinción tiene más que ver con el *diseño* tecnológico (la utilidad inmediata del correspondiente artefacto, sistema digital y técnica operativa) que con su finalidad última. Pues la captación de información neuronal tanto puede tener un fin sanitario como de bienestar o de seguridad pública (*infra* § 63). E igualmente, la manipulación cerebral puede ser tanto terapéutica como de mejora de capacidades cognitivas o para fines coactivos, de seguridad pública o defensa. Dado que la distinción entre tecnología informativa y manipulativa descansa sobre un elemento *objetivo* (el tipo de tecnología), resulta especialmente asequible para la regulación jurídica.

**25.** En puridad, una misma neurotecnología puede tener *múltiples utilidades*, de forma independiente o combinada con otros artefactos. Así, la tecnología incorporada a aparatos sanitarios puede utilizarse también para utensilios de bienestar, o para funciones de seguridad, defensivas o coactivas. Igualmente, neurotecnologías desarrolladas en programas militares pueden ser utilizadas de forma inmediata para fines científicos o sanitarios[32]. Este dato es muy relevante tanto para la ética como para para la regulación jurídica de la neurotecnología. Porque indica que los *riesgos* éticos o jurídicos de la neurotecnología no derivan directamente de los aparatos y sistemas informáticos, sino del *uso* al que se destinen. Esto justifica un tratamiento jurídico multimodal de la neurotecnología.

### 2.3. Ética de la neurotecnología y neuroética

**26.** Los avances neurocientíficos y neurotecnológicos suscitan cuestiones éticas de primer orden. Estas cuestiones, si bien enlazan con las planteadas por la *bioé-*

---

[30] Por todos: Luis CARRETIÉ ARANGÜENA, *Anatomía de la mente*, cit., pp. 32 y 72.

[31] Erica HARPER y Allan McCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation", cit., p. 5.

[32] Marcello IENCA, Fabrice JOTTERAND y Bernice ELGER, "From Healthcare to Warfare and Reverse: How Should We Regulate Dual-Use Neurotechonology?, *Neuron*, núm. 97 (2017), pp. 269-274 (p. 269). DOI: 10.1007/s11948-017-9976-1.

*tica* desde los años sesenta del siglo xx[33], hoy muestran notorias singularidades. La valoración ética de la neurotecnología se ha centrado, inicialmente, en la alteración de la memoria, la modificación de la personalidad y la lectura de la mente[34]. En estos ámbitos, la reflexión ética se focaliza en la *persona* individual, en su privacidad, libertad e identidad. Y en los tres campos, los enunciados éticos se definen por la mayor o menor aceptación del *transhumanismo,* esto es, de una nueva naturaleza humana que incorpora algunos elementos tecnológicos artificiales[35], como los implantes neuronales.

**27.** Más recientemente, en los dos últimos lustros, la ética de la neurotecnología incluye también la dimensión *social y política* de las personas: a qué tipo de sociedad y a qué tipo de Estado conducen los nuevos inventos y artefactos neurológicos. La reflexión ética se dirige entonces hacia la *justicia distributiva* (en relación con el acceso a neurotecnologías costosas)[36], hacia el control internacional de la neurotecnología, y hacia la posición de las *élites cognitivas* en los distintos Estados[37], tanto autocráticos como democráticos. Partiendo de que la neurotecnología es un recurso normalmente *escaso*, el acceso privilegiado de determinados individuos o grupos determina las relaciones sociales y condiciona las estructuras de gobierno.

**28.** A partir de las valoraciones éticas sobre la neurología se ha formado, a semejanza de lo que ya ocurrió con la bioética en el siglo xx, un ámbito epistemológico complejo, que comúnmente se denomina *neuroética*. En ella participan, además de la propia ética, la neurología, la neurotecnología, la psicología, la psiquiatría, la antropología, la economía, la sociología, la filosofía de la mente, la medicina, la biología, la ingeniería informática, la ciencia política y el Derecho. La neuroética es hoy un espacio de encuentro ecuménico en el que, a partir de una densa conexión de disciplinas muy diversas, se pueden formular criterios *axiológicos y deontológicos* sobre los usos de la neurotecnología[38]. En ese espacio epistemológico complejo hay tanto aportaciones del Derecho como orientaciones para la regulación jurídica de la neurotecnología.

**29.** El Derecho aporta a la neuroética, en primer lugar, *experiencias normativas previas* en campos científicos y tecnológicos próximos, como la manipulación genética, que en los dos últimos decenios del siglo xx fue objeto de una regulación muy

---

[33] Neil LEVY, *Neuroethics. Challenges for the 21st Century*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 1.

[34] Reinhard MERKEL, "Neurolaw: Introduction", en Jens CLAUSEN y Neil LEVY, *Handbook of Neuroethics*, Springer, Heidelber, 2015, pp. 1269-1278.

[35] Antonio DIÉGUEZ, *Pensar la tecnología*, Madrid, Shackleton, 2024, p. 35.

[36] Por ejemplo: Anna WEXLER y Peter B. REINER, "Oversight of direct-to-consumer neurotechnologies". *Science*, 363 (6424), 2019, pp. 234-235. DOI: 10.1126/science.aav0223; Erica HARPER y Allan McCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation", cit., p. 11.

[37] Rafael YUSTE, Sara GOERING, *et alter* "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", *Nature*, núm. 551 (2017), pp. 159-164 (p. 162). DOI: 10.1038/551159Aa.

[38] Karen HERRERÁ-FERRÁ, José M. MUÑOZ y Humberto NICOLINI, "Bases y estado actual de la neuroética", en Karen HERRERA-FERRÁ el alter, Neuroética, *Neurotecnología e IA. Trayectorias y desafíos en Iberoamérica*. Aranzadi, Las Rozas, 2025, pp. 25-40 (p. 26).

limitativa, al menos en la mayoría de los países de la Unión Europea[39], y con una fuerte opción por respuestas *punitivas* frente a los incumplimientos normativos[40]. Hoy, algunas aplicaciones de la neurotecnología, como la alteración de la identidad, pueden estar próximas a la manipulación genética, y también podrían recibir una respuesta restrictiva general[41]. Transcurridas varias décadas desde la eclosión de la legislación genética, y constatado que los riesgos entonces detectados han sido sustancialmente evitados o mitigados, se puede negar hoy el *determinismo tecnológico* y, simultáneamente, afirmar que una utilización correcta del Derecho puede promover la innovación científico-tecnológica sin afectar a los postulados éticos más elementales[42].

**30.** En segundo lugar, en el espacio pluridisciplinar de la neuroética el Derecho muestra cuáles son las *posibilidades regulatorias* existentes, y cuáles pueden ser más adecuadas para los diversos usos neurotecnológicos, en función de sus riesgos éticos y de otros bienes e intereses jurídicos también relevantes. La diversidad de opciones se refiere, en primer lugar, a la *escala* normativa: internacional, europea o nacional. Además, en cada una de estas escalas, pueden coexistir diversas *fuentes de producción normativa*, más o menos idóneas para cada tipo de riesgo neurotecnológico: tratados internacionales, constituciones, leyes, jurisprudencia, reglas administrativas, normas de *softlaw*, y protocolos voluntarios. La diversidad normativa también alcanza al objeto o *eje de la regulación*. En lo que hace específicamente a la neurotecnología, las opciones elementales son: la regulación de *productos* o artefactos neurológicos (mediante estándares de fabricación, obligaciones de transparencia y controles de conformidad); la regulación de los *sujetos*, mediante el reconocimiento de derechos y obligaciones de las personas y mediante la exigencia de cualificaciones o titulaciones profesionales parea la manipulación de neurotecnologías; y la regulación de los *procesos* (de las formas debidas de utilización de la tecnología). Para la regulación de cada uno de estos objetos, el Derecho ofrece muy diversas posibilidades, concediendo mayor o menor protagonismo al *Estado o a los sujetos privados* (titulares de derechos de propiedad, de libre empresa, y de libertad contractual) o al sector público. Respecto de la posible intervención administrativa estatal, también son múltiples las posibles formas de actuación (de control, financiera, prestadora, de infraestructura) y las posibles formas organizativas (centralizada, en red, consorcial, empresarial). Del otro lado, al definir la posición de los sujetos privados ante la neurotecnología, el Derecho puede asignar derechos y obligaciones de forma diferenciada a los usuarios y/o beneficiarios, los fabricantes o proveedores, los responsables de despliegue y los operadores finales.

**31.** En el espacio epistemológico de la neuroética, el Derecho obtiene criterios *axiológicos y deontológicos* determinantes para la regulación de la neurotecnología.

---

[39] Christoph BUBLITZ, "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", cit., p. 7; Carlos A. AMOEDO-SOUTO, "El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: desarrollos y perspectivas", *Ius et Scientia*, núm. 4-1 (2018), pp. 84-106 (p. 97).

[40] Petra KAUCH, *Gentecknik*, C.H. Beck, München, 2009, p. 14 § 9.

[41] Elisa MOREU CARBONELL, "The Regulation of Neuro-Rights", *cit.,* p. 151.

[42] Antonio DIÉGUEZ, *Pensar la tecnología*, cit., p. 74.

Esos criterios, para ser útiles, han de ser coherentes con los *niveles de incertidumbre* científica y técnica presentes en cada posible uso de la neurotecnología[43] y, consecuentemente, deben contener pronósticos de *riesgo ético* para cada uno de aquellos usos. Así, por ejemplo, una posible valoración ética negativa sobre el borrado selectivo de recuerdos, por afectar a la identidad misma de cada persona, sólo es útil para el Derecho si aquella valoración ética incluye un análisis prospectivo sobre el *riesgo neurológico* real de que una concreta alteración de la memoria altere la personalidad. No son verdaderos enunciados *éticos,* o al menos no son asequibles para el Derecho, los conceptos elaborados por la filosofía de la mente, como la distinción lógica (no empírica) entre identidad y autenticidad; o como la distinción —en el seno de la identidad personal— entre el auto-reconocimiento y la auto-definición[44]. Estas categorías sin duda que facilitan el pensamiento ético abstracto, pero no son por sí enunciados éticos, ni son asequibles para la regulación jurídica. Pues trasladan por completo y en bruto *al proceso normativo* la compleja labor de identificar, valorar y ponderar los riesgos de concretos aparatos y usos neurológicos. Y estas tareas difícilmente pueden realizarse a través de procedimientos políticos (como son los procedimientos legislativos) o jurisprudenciales (donde las singularidades del caso concreto condicionan las valoraciones y ponderaciones).

**32.** Actualmente, las discusiones jurídicas en torno a la neurotecnología están directamente impulsadas por los *debates éticos*. Se reproduce aquí una secuencia que también se ha observado recientemente con la inteligencia artificial[45]. Ese anclaje ético propicia que el análisis jurídico se limite, casi por completo, a la perspectiva de los derechos humanos, o de los derechos fundamentales directamente enraizados en la dignidad y libertad individuales[46]. Quedan normalmente fuera del análisis jurídico *otras libertades* y derechos, como el derecho de propiedad, el derecho al libre ejercicio de profesión u oficio y la libertad de empresa. Y quedan también fuera del marco de discusión *otros bienes jurídicos* con trascendencia constitucional o europea, aunque con menor relevancia ética: el desarrollo económico, el buen funcionamiento del mercado interior europeo, la seguridad pública o la defensa[47]. Sin embargo, aunque la regulación jurídica de la neurotecnología necesariamente ha de partir de

---

[43] En otro contexto argumental, en relación con el pensamiento transhumanista no apoyado en evidencias científicas reales, y que por tanto es más ideología que ética: Adela CORTINA, "Los desafíos éticos del transhumanismo", *Pensamiento*, núm. 78 (2022), pp. 472-483 (p. 473). DOI: 10.14422/pen.v78.i298.y2022.009

[44] Por ejemplo: Catriona MACKENZIE y Mary WALKER, "Neurotechnologies, Personal Identity, and the Ethics of Authenticiy", en Jens CLAUSEN y Neil LEVY (editors), *Handbook of Neuroethics*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 373-392 (p. 376).

[45] Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, *Directrices éticas para una IA fiable*, Oficina de Publicaciones, 2019, https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078.

[46] Por último: UNESCO (2025). *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025).

[47] Esta perspectiva colectiva para la regulación de la neurotecnología, en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Derechos y libertades y neurotecnologías convergentes aplicadas a la actividad cerebral", *Derecho Digital e Innovación*, núm. 18 (2023), pp. 1-20 (p. 8).

los enunciados éticos que inmediatamente definen la condición humana, el Derecho no necesariamente tiene que reproducir los *estándares éticos óptimos*[48]. Porque el Derecho ha de atender y ponderar también otros bienes e intereses jurídicos. Así, las advertencias éticas en torno a la continuidad psicológica (susceptible de alteración mediante estimuladores cerebrales) pueden ser compatibles con la producción, comercialización y uso de aparatos dirigidos no solo a objetivos éticos primarios (como combatir enfermedades), sino también a la consecución de objetivos de escasa relevancia ética (como la mejora de la autoestima y el bienestar de los individuos) siempre que el riesgo de discontinuidad psicológica que pueda derivar de aquellas actividades económicas se pueda calificar como como "riesgo residual"[49]. La determinación de cuándo un riesgo neurotecnológico puede considerarse "residual", y por tanto lícito, no deriva directamente ni de la ciencia ni de la ética. Lo que en cada momento deba considerarse como riesgo neurotecnológico "residual" es una *decisión jurídica*, con diversos márgenes de opción o apreciación estatal, según los casos[50]. Además, los *márgenes de opción o decisión estatal* dependen no sólo de cuál sea la información científica y tecnológica disponible, y de cuáles sean los posibles bienes de la personalidad en juego, sino también de cuál sea la institución que determina el umbral del "riesgo residual". Como es propio de un Estado democrático, el margen de opción o decisión es mayor para la ley parlamentaria que para las decisiones administrativas (reglamentarias o singulares). Por lo dicho, las valoraciones éticas sobre la neurotecnología, cuando se proyectan sobre el Derecho, no actúan de manera uniforme ni absoluta. Dan lugar a respuestas jurídicas diversas, incluida la aceptación de un cierto umbral de riesgo lícito.

## 3. ANOMIAS Y DERECHO VIGENTE

**33.** Como se señaló ya más arriba (*supra* § 1) una creciente *percepción social de riesgo* ante la neurotecnología ha dirigido la atención hacia el Derecho, buscando en él las soluciones y respuestas que la ciencia y la ética no pueden ofrecer por sí mismas. Esta atención hacia el Derecho toma dos vías compatibles: la propuesta de *nuevas leyes* y nuevos derechos fundamentales; y la aplicación del *Derecho vigente* a las nuevas realidades neurotecnológicas. En términos metodológicos, la aprobación de nuevas normas sólo se justifica ante un previo análisis de *insuficiencia* del Derecho

---

[48] Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS, Berta MARTÍN JIMÉNEZ et alter, "Gobernanza, cumplimiento normativo e investigación biomédica clínica: el caso de los comités de la investigación de la Comunidad de Madrid", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 61 (2024), pp. 139-152, p. 145.

[49] Artículo 9(5) del Reglamento (UE) 2024/1689 sobre Inteligencia Artificial (AI Act); Anexo I apartados 2.2 y 5 del Reglamento de Ejecución (UE) 2022/2346 de la Comisión de 1 de diciembre de 2022 por el que se establecen especificaciones comunes para los grupos de productos sin finalidad médica prevista enumerados en el anexo XVI del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos sanitarios.

[50] José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho,* Ariel, Barcelona, 1999, p. 49; César CIERCO SEIRA, "El principio de precaución…", cit. p. 111.

vigente. Sin embargo este patrón metodológico óptimo presenta graves dificultades operativas, por dos razones. En primer lugar, porque el debate iusneurológico tiene lugar, de forma simultánea, *en muchos países* con culturas jurídicas muy diversas, lo que dificulta conclusiones mínimamente generales sobre la suficiencia protectora del Derecho vigente. Y en segundo lugar, porque incluso dentro de cada país conviven normas procedentes de *diversas fuentes* de producción (internacionales, europeas, estatales) lo que hace que en un mismo país coexistan reglas adecuadas y déficits normativos, en función de cuál sea el subsistema jurídico que se considere. De esta manera, en un mismo país pueden estar vigentes, simultáneamente, derechos humanos o fundamentales muy generales, que difícilmente responden a las preocupaciones éticas frente a la neurotecnología, y leyes estatales o internacionales (o europeas) muy precisas, que canalizan de forma específica cada concreto riesgo neurotecnológico. En estas circunstancias, no es posible alcanzar conclusiones terminantes sobre la suficiencia —frente a la neurotecnología— del Derecho vigente en un país; sólo es posible señalar posibles déficits en los *concretos subsistemas* que lo integran. Además, la simple ausencia de regulación expresa en alguno de los subsistemas no necesariamente se puede calificar como insuficiencia normativa, pues puede deberse a los propios *límites competenciales* de un determinado nivel de gobierno, o la premeditada opción política de *remitir* a la regulación exhaustiva de otro nivel de gobierno. Así, por ejemplo, la tenue regulación española sobre neurotecnología puede deberse, además de a la propia novedad de la materia, a la extensión normativa de los reglamentos europeos referidos al mercado interior de productos tecnológicos y sanitarios.

**34.** Con perspectiva *comparada internacional* no se alcanzan conclusiones claras y generales sobre la suficiencia de las leyes y derechos actuales frente a la emergente neurotecnología. En la discusión iusneurológica contemporánea participan *países poco legiferantes* y países con mayor tradición iuspositivista. Hay, de un lado, países en los que toda ley se considera *per se* como una intromisión del Estado en la esfera de libertad o privacidad de los individuos, lo que naturalmente da lugar a amplios espacios de la vida individual o social sin regulación legal expresa y al protagonismo de los jueces para allanar los conflictos sociales[51]. A mi juicio, estos rasgos están presentes en el Derecho de los Estados Unidos de América, lo que bien puede explicar tanto la extendida percepción de anomia neurotecnológica como la rápida aprobación de nuevas leyes en varios Estados federados (*supra* § 4), a fin de garantizar mínimamente la privacidad de los datos neuronales[52]. Al otro lado, hay países, como los de la Unión Europea, donde la *densidad normativa* es, para casi cualquier materia, muy considerable: existe una red de derechos fundamentales muy extensa, actual, multinivel y tupida; la actividad legislativa es constante, en ausencia de resistencia colectiva

[51] Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sâo Paulo, 2020, p. 106.

[52] Un relato en primera persona de los procesos de elaboración de estas leyes, en el que se observa con claridad la percepción generalizada de anomia, lo que a su vez explica las amplísimas mayorías con que se han aprobado esas leyes, en Rafael YUSTE, *Neuroderechos. Un viaje hacia la protección de lo que nos hace humanos*, Paidós, Barcelona, 2025, pp. 187 y ss.

*per se* frente a la ley; y coexisten múltiples fuentes de producción normativa, lo que reduce al mínimo las lagunas. Es significativo, como ejemplo, el caso de la protección de datos personales, que en los Estados Unidos no cuenta con regulación específica en la mayoría de los estados (ni en el nivel federal de gobierno), en contraste con la prolija regulación del Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD)[53]. De esta manera, y como ejemplo, ante los emergentes estimuladores cerebrales a distancia, que al tiempo que producen supuestas mejoras cognitivas registran los datos neuronales del usuario, en algunos países se han buscado *nuevas respuestas* jurídicas (legislativas o judiciales) mientras que en la Unión Europea se ha optado por la *subsunción* de las nuevas realidades tecnológicas en el vigente RGPD. La diferencia fundamental entre ambas respuestas jurídicas está, a mi juicio, en el *tiempo intermedio*. Partiendo de la premisa de que la neurotecnología es un campo con escasa regulación específica, el tiempo intermedio hacia una futura regulación especial puede vivirse en estado de anomia o bajo el —aún imperfecto— Derecho vigente.

**35.** En los dos apartados que siguen se analiza la suficiencia del Derecho vigente distinguiendo entre las *leyes* aplicables a la neurotecnología, tanto españolas como europeas, y los *derechos fundamentales* vigentes en España. Hasta ahora, la discusión jurídica se ha centrado prioritariamente en la suficiencia (o no) de los actuales derechos fundamentales, y consiguientemente en la necesidad (o no) de enunciar nuevos "neuroderechos". Pero la relevancia de esta cuestión depende, en gran medida, del previo análisis sobre en qué medida el Derecho *ordinario* vigente, el que toma forma de leyes nacionales y de directivas y reglamentos europeos, protege suficientemente —a los individuos y a las sociedades democráticas— frente a los riesgos neurotecnológicos. La propuesta de nuevos neuroderechos fundamentales pierde protagonismo en sistemas jurídicos donde las leyes ordinarias (de protección de datos, de inteligencia artificial, de intimidad personal, penales, laborales, de responsabilidad por productos defectuosos, de protección de los consumidores o de comercialización de productos neurológicos) responden adecuadamente a los riesgos neurotecnológicos.

### 3.1. Leyes nacionales y reglamentos europeos

**36.** Centrando la atención en el Derecho hoy vigente en España, se puede distinguir de forma elemental entre las normas que *específicamente* regulan la neurotecnología y aquellas otras que regulan fenómenos y riesgos más generales, y que en esa medida son aplicables *también* a la neurotecnología. En este segundo grupo existen diversos grados de generalidad normativa. Hay leyes que, aunque se refieren a realidades *acotadas*, se sirven de supuestos de hecho normativos en los que pueden subsumirse sin dificultad algunos fenómenos neurotecnológicos contemporáneos.

[53] 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).

Estas normas ofrecen respuestas moderadamente adecuadas a los riesgos e intereses de la neurotecnología: no regulan específicamente esta realidad contemporánea, pero sí fenómenos próximos o similares, por lo que sus soluciones pueden resultar provisionalmente útiles. Así ocurre, como se verá enseguida, con la inteligencia artificial o la protección de datos. En ambos casos, los correspondientes reglamentos europeos carecen de una regulación directa de la neurotecnología, pero sí responden a riesgos e intereses que también afloran en la neurotecnología. Aquí es planteable y pronosticable una futura regulación específica para la neurotecnología, aunque provisionalmente las normas vigentes permiten alcanzar respuestas jurídicas relativamente adecuadas. Junto a estas normas hay otras *muy generales*, y por tanto aplicables también a la neurotecnología, pero que por su propia generalidad ofrecen respuestas jurídicas en exceso genéricas, escasamente adecuadas a los singulares riesgos e intereses que emergen con la neurotecnología. Estas normas están abocadas a la supletoriedad, a cumplir funciones elementales y mínimas de seguridad jurídica, a la espera de regulaciones más específicas.

**37.** Conforme al esquema tipológico expuesto, algunos aparatos y usos neurotecnológicos, sobre todo los relacionados con la sanidad, cuentan con *regulación legal expresa*, siquiera provisional y fragmentaria. Es el caso del ya mencionado Reglamento europeo de Productos Sanitarios de 2017 (RPS), que expresamente regula la fabricación e introducción en el mercado de todos los aparatos neurotecnológicos con finalidad médica (arts. 1, 2.1 y 3.1)[54] y, además, de los estimuladores cerebrales eléctricos y magnéticos sin finalidad sanitaria (art. 1.2 y Anexo XVI)[55]. En el ámbito interno, este reglamento europeo se complementa con el Real Decreto 192/2023, de 21 de marzo, referido a los productos sanitarios[56]. No se incluyen aquí los productos,

[54] En relación con los programas informáticos con finalidad médica, antes de la aprobación del vigente RPS: STJUE de 22 de noviembre de 2012, *Brain Products GmbH c. Bio Semi VOP y otros*, c.219/11, párr. 17; Jesús TAHIRÍ MORENO, "El marco regulatorio de las neurotecnologías innovadoras en el mercado único europeo y su impacto en la protección de la salud: ¿Hacia la articulación de una legislación armonizada que regule la neurotecnologías de forma integral", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XXV (2024), pp. 299-328 (p. 312).

[55] El art. 1.2 RPS había dispuesto originalmente que sus normas sólo se aplicarían a los productos sin finalidad médica del Anexo XVI "a partir de la fecha de aplicación de las especificaciones comunes adoptadas con arreglo al artículo 9". Estas especificaciones comunes se contienen hoy en el Reglamento de Ejecución (UE) 2022/2346 de la Comisión de 1 de diciembre de 2022 por el que se establecen especificaciones comunes para los grupos de productos sin finalidad médica prevista enumerados en el anexo XVI del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos sanitarios. En el mismo sentido, también la Disposición Transitoria 9ª del Real Decreto 192/2023 había condicionado la aplicación de sus normas administrativas a la aprobación de las especificaciones comunes. Esta DT 9ª resulta paradójica, ya que en la fecha en que se aprueba la Comisión Europea ya había aprobado las especificaciones comunes a las que se refiere el art. 1.2 RPS. En consecuencia, dado que desde 2022 están vigentes las especificaciones comunes de la Comisión Europea, en la actualidad son plenamente aplicables a los productos de "estimulación cerebral" tanto el Reglamento europeo 745/2017 como el Real Decreto 192/2023.

[56] En extenso: Jesús TAHIRÍ MORENO, "El marco regulatorio de las neurotecnologías innovadoras en el mercado único europeo y su impacto en la protección de la salud: ¿Hacia la articulación de una legislación armonizada que regule la neurotecnologías de forma integral", cit., p. 301.

aparatos o programas informáticos que sugieren diagnósticos o tratamientos genéricos, o que simplemente agregan datos de salud de una población [57].

**38.** Con la excepción del Derecho de productos sanitarios, ya mencionado, las leyes no regulan expresamente la neurotecnología, pero sí regulan específicamente algunos artefactos o actividades entre los que sin dificultad *se pueden incluir* los neurológicos. Se mencionan a continuación tres reglamentos europeos de esta clase, el de inteligencia artificial, el de protección de datos y el del espacio europeo de datos de salud.

**39.** En primer lugar, a la neurotecnología se le aplica el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial de 2024 (RIA) [58], por dos vías: por remisión directa del RIA al RPS; y porque otros aparatos neurológicos no regulados en el RPS de hecho incorporan sistemas de inteligencia artificial. En primer lugar, en relación con los *productos sanitarios* y los estimuladores cerebrales asimilados, ambos regulados en el mencionado Reglamento europeo de Productos Sanitarios (RPS), los arts. 2.9 y 5.8 RIA, así como su Anexo I sección A-11, al que remite el art. 6.2 RIA, expresamente consideran que el RIA es *compatible* con el RPS [59]. En consecuencia, por decisión expresa del legislador europeo los sistemas de inteligencia artificial integrados en aparatos neurológicos sanitarios (y en estimuladores cerebrales no sanitarios) se rigen tanto por el RPS como por el RIA. Se trata de dos regímenes jurídicos superpuestos, con algunos *problemas de coherencia* [60]. Se comprueba, en este sentido, que varios productos sanitarios o asimilados que son fabricables y comercializables conforme al RPS, cuando se acredita que sus riesgos residuales son bajos, están prohibidos por el RIA. Así ocurre, por ejemplo, con posibles artefactos para el registro de datos cerebrales para diagnóstico médico que incorporan sistemas de inteligencia artificial idóneos para categorizar la identidad sexual de una persona. Tal producto sanitario sería lícito (en principio clasificable en la clase II a) del RPS, conforme a los criterios del Anexo VIII.11 del propio RPS [61]) pero estaría prohibido por el art. 5.1 g) RIA. También, un aparato de estimulación cerebral para mejorar la concentración o el rendimiento en

---

[57] Iñaqui DE MIGUEL BERIAN, "La aplicabilidad del Reglamento de inteligencia artificial al ámbito salud y especialidades respecto de su cumplimiento", en Lorenzo COTINO HUESO y Pere SIMÓN CASTELLANO, *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, pp. 337-349 (pp. 342 y 346); Christoph BUBLITZ, Fruzsina MOLNÀR-GÁBOR y Surjo R. SOEKADAR, "Implications of the novel EU IA Act for neurotechnologies", *Neuron*, núm. 112 (2024), pp. 3013-3016.

[58] 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) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 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).

[59] Guía de calificaciones (MDCG 2023-5) aprobada en diciembre de 2023 por el *Medical Device Coordination Group* de la UE (Guidance on qualification and classification of Annex XVI products. A guide for manufacturers and notified bodies), p. 19 § 47.

[60] Christoph BUBLITZ, Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, y Surjo R. SOEKADAR, "Implications of the novel EU IA Act for neurotechnologies", cit., p. 3015.

[61] Iñaqui DE MIGUEL BERIAN, "La aplicabilidad del Reglamento de inteligencia artificial al ámbito salud y especialidades respecto de su cumplimiento", cit., p. 344.

el trabajo puede ser lícito desde la perspectiva del RPS (asimilado a la clase III según el Anexo XVI.6 RPS) pero estar prohibido por el RIA, cuando incorpora un sistema de inteligencia artificial apto para influir de forma subliminar sobre las personas (esto es, actuando por debajo o por encima del umbral de la conciencia), siempre que la manipulación subliminal sea "considerablemente perjudicial"[62] (art. 5.1 a) RIA)[63]. Como hipótesis, esta manipulación subliminal puede estar presente en aparatos que registran datos neuronales, los procesan mediante un sistema de inteligencia artificial, y generan con ello estímulos neuronales individualizados o adaptados al concreto perfil neuronal del individuo en cuestión.

**40.** Aparte de los sistemas de inteligencia artificial incorporados a aparatos neurológicos sanitarios (más el conjunto de los estimuladores cerebrales, sanitarios y no sanitarios), el RIA también se aplica a *cualesquiera otros aparatos* y usos neurotecnológicos no sanitarios que incluyan sistemas de inteligencia artificial, lo que ocurre de forma creciente en los llamados interfaces cerebro-ordenador (BCI, por sus siglas en inglés). En estos casos no es aplicable el RPS. Sin embargo, desde la perspectiva del RIA algunos de esos artefactos neurológicos pueden estar *prohibidos*[64], como los que sirven para la predicción de conductas delictivas (conforme al art. 5.1 d) RIA) o como la prueba de evocación conocida como P300, que registra sin conciencia del autor (y por tanto sería una manipulación subliminal prohibida por el art. 5.1 a) RIA[65]) las conexiones neuronales ante concretos hechos o datos, permitiendo así valorar si en el sujeto se produce un efecto de evocación (lo que supondría que aquellos hechos le eran ya conocidos y por tanto reales). Otros artefactos neurológicos se pueden calificar como de *alto riesgo*, con la consiguiente necesidad de previa evaluación de conformidad técnica, como ocurre con los polígrafos para fines de seguridad o de control migratorio (Anexo III 6 y 7 RIA).

**41.** Especial relevancia tiene la referencia, como Derecho general aplicable a la neurotecnología, al régimen europeo de *protección de datos*. Pues como se señaló ya más arriba, ha sido precisamente la protección de los datos neuronales lo que ha generado las primeras referencias jurisprudenciales y legales a los neuroderechos (*supra* § 3). Como punto de partida se puede afirmar hoy que en la Unión Europea a los datos neuronales, en tanto que *datos de carácter personal*, se les aplica el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD)[66]. En la medida en que la actividad neurológica sea aprehensible *directamente* (mediante artefactos de medición directa,

---

[62] Guía de calificaciones (MDCG 2023-5), apartado 66, p. 25.

[63] Christoph BUBLITZ, Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, y Surjo R. SOEKADAR, "Implications of the novel EU IA Act for neurotechnologies", cit., p. 3014.

[64] Christoph BUBLITZ, Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, y Surjo R. SOEKADAR, "Implications of the novel EU IA Act for neurotechnologies", cit., p. 3015.

[65] Christoph BUBLITZ, Philipp KELLMEYER y Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, "Brain Stimulation May Be a Subliminal Technique Under the European Union´s Artificial Intelligence Act", *European Journal of Neuroscience*, núm. 61 (8), pp. 1-4 (p.2).

[66] Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, "A vueltas con los derechos: ¿es tiempo de configurar nuevos derechos constitucionales en España?", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38 (2023), pp. 139-166 (pp. 142-143); Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia: la neurotecnología ante*

como escáneres) o *indirectamente*, a través de datos *biométricos* (físicos, fisiológicos o conductuales) rige aquí la exigencia de una causa legitimadora específica para el tratamiento de aquellos datos personales, conforme al art. 6.1 RGPD. Si bien en el ámbito sanitario existe una comprensión estricta de los neurodatos, que sólo incluye los obtenidos directamente, a partir de la actividad eléctrica cerebral o del sistema nervioso periférico[67], para el objetivo de la protección de datos tiene sentido extender la protección también a los neurodatos indirectos o inferidos[68]. En la medida en que un programa informático pueda inducir o deducir datos neuronales a partir de datos biométricos (como gestos del rostro, el movimiento o las posturas) y, con ello, "leer el comportamiento"[69] o identificar el carácter o estado de ánimo de un sujeto[70], aquella información sobre la mente de una persona queda amparada, sin mayores dificultades, en el ámbito de protección del RGPD. Además, sobre algunos de estos neurodatos, los calificables como "sensibles" conforme al art. 9.1 RGPD, pende una prohibición general de tratamiento. Esto puede ocurrir con los datos neuronales que revelen el pensamiento o identidad mental de una persona, o con los datos neuronales que muestren su estado de salud. Aunque, según lo expuesto, el RGPD ofrece ya hoy una cierta protección individual para los neurodatos, la forma normativa de esta protección presenta algunas *insuficiencias*[71]. De un lado, porque los amplios criterios legales que legitiman el tratamiento de los datos personales conforme al art. 6.1 a) y e) RGPD) permiten excepcionar la prohibición general de tratamiento de datos sensibles (art. 9.2 RGPD). De otro lado, porque el reglamento no atiende específicamente al singular valor social de los datos *sanitarios* neuronales, sin reflejo específico y adecuado en el régimen general del RGPD. Estas insuficiencias justifican futuras normas europeas específicamente referidas a los neurodatos. De hecho, y como en seguida se expone, la reciente regulación europea de los datos de salud incluye ya un primer régimen singular para los neurodatos.

**42.** En efecto, a los *datos neuronales* también se aplica, por principio, el Reglamento (EU) 2025/327, sobre el espacio europeo de datos de salud (REEDS)[72]. Por

---

*la Constitución*, Colex, A Coruña, 2024, p. 102; Cristina BLASI CASAGRAN, "Neurotechnology and human rights in Europe: Towards a legal-neuroethical framework", cit., p. 72.

[67] En este sentido, expresamente: Resolución 523, de 11 de junio de 2025, de la *American Medical Association*. La propia Resolución interpreta que este es también el criterio de las recientes reformas legislativas en Colorado (HB24-1058), California (SB 1223), y Montana (SB 163), mencionadas *supra* § 4.

[68] EDPS *TechDispatch, Neurodatos* (2024), p. 4; María Remedios GUILABERT VIDAL, "Interfaces cerebro-computador: protección de los neurodatos a través de los neuroderechos y de la responsabilidad civil del art. 82 del RGPD", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ y Pedro José FEMENÍA LÓPEZ (coordinadores), *Inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 319-352 (p. 337). Por último: UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), p. 5 § 6.

[69] Luis CARRETIÉ ARANGÜENA, *Anatomía de la mente*, cit., p. 34.

[70] Simon McCARTHY-JONES, "The autonomous mind: the right to freedom of thought in the twenty-first century", *Frontiers of Artificial Intelligence*, núm. 2 (2019), pp. 1-17 (p. 2).

[71] Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia, cit.* p. 104.

[72] Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/2847.

motivos sanitarios, las personas físicas aportan datos a prestadores de servicios de salud ("tenedores" de datos de salud). Esos datos nutren diversas aplicaciones informáticas *al servicio de la persona física titular* de los datos: el "historial clínico electrónico" (HCE) para fines sanitarios; y otras aplicaciones informáticas para el bienestar de la persona física (art. 2.1 z) ab) REEDS). Aparte de estos usos primarios, los datos de salud tienen también un *uso secundario*, al servicio de otros operadores distintos de la misma persona física y el tenedor sanitario original. Sobre los tenedores de datos de salud pende la *obligación* de traslado de los datos al "organismo de acceso a datos" que designe cada Estado miembro. Y es a través de este organismo público como otros posibles usuarios pueden acceder también a los datos, si bien en formato anonimizado o pseudoanonimizado (art. 66 REEDS), previa solicitud expresa al organismo de acceso a datos (arts. 68 y 69 REEDS), y sólo a través del "entorno de tratamiento seguro" que gestiona el propio organismo (art. 73 REEDS). En la medida en que los datos neuronales sean datos de salud (y por tanto incluidos en el HCE), a ellos se aplica el REEDS. Todos estos tratamientos de datos no necesitan ser autorizados o consentidos por la persona física interesada (como sí exige el RGPD por regla general), rigiendo aquí sólo un *"derecho de autoexclusión"* (art. 71 REEDS), que además puede ser excepcionado por razones de interés público (art. 71.4 REEDS). Esta autorización legal general para el tratamiento de los datos de salud (salvo oposición expresa o "autoexclusión" del interesado) no es plenamente coherente con algunas propuestas relevantes que erigen al consentimiento individual como fundamento jurídico primario para la compartición de neurodatos[73]. Mas aquella autorización general del REEDS no necesariamente implica una menor protección de los neurodatos. Pues, de un lado, en la sociedad de la información, donde los datos personales transitan masivamente por redes y espacios informáticos, es cuestionable la verdadera eficacia tuitiva del consentimiento previo. Y, de otro lado, a la sustitución del consentimiento previo y concreto por el simple derecho de autoexclusión acompaña, en aparente compensación, la sustitución del acceso horizontal de datos (característico del RGPD) por el acceso de posibles usuarios sólo a través de la mediación, los controles y las garantías de seguridad informática de un *organismo público* de acceso a datos.

**43.** La *investigación neurológica*, tanto científica como tecnológica, no es objeto de una regulación jurídica *específica*, ni española ni europea. Pero a ella se aplican las leyes generales sobre la ciencia y la investigación biomédica. Una parte de la investigación neurológica se rige por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (LIB). Pero, aun siendo la biomedicina un ámbito fundamental de la investigación neurológica, no toda investigación neurológica es biomédica, y por tanto no está comprendida en el ámbito de aplicación de la LIB. Además, incluso donde es aplicable, la LIB sólo contempla los *riesgos individuales* de la investigación biomédica, los referidos a las personas físicas que se someten a pruebas y ensayos neurológicos, fundamentalmente cuando se trata de "procedimientos invasivos". Pero, más allá, la

[73] Así: Jared GENSER, Stephen DAMIANOS y Rafael YUSTE, *Safeguarding Brain Data: Asssesing the Privacy Practices of Consumer Neurotechnology Companies*. Neurorights Foundation, 2024.

LIB no contempla los *riesgos sociales generales*, directos o por el *doble uso* del conocimiento científico y tecnológico que puede derivar de la investigación. Piénsese, por ejemplo, en las consecuencias sociales potenciales de la investigación sobre aumentos cognitivos. Allí donde no es aplicable la LIB, y aparte de la posible aplicación parcial o complementaria del Reglamento europeo de Protección de Datos (RGPD) y del Reglamento europeo de Inteligencia Artificial (RIA), una parte de la investigación neurológica se rige por la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI). Aunque, de nuevo, esta ley presenta notables lagunas: ni se aplica a toda investigación científica, ni su regulación abarca algunos de los riesgos que despierta la neurotecnología.

**44.** Aparte de las leyes nacionales y los reglamentos europeos recién mencionados, en el ordenamiento jurídico europeo y español hay *normas muy generales* que, precisamente por su generalidad, también son aplicables a la neurotecnología, al menos en defecto de regulación más especial. Así ocurre, por ejemplo, con el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o con el Reglamento europeo de Seguridad de Productos[74]. También es aplicable a la neurotecnología la reciente Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos (2024)[75], que hoy incluye expresamente en su ámbito de aplicación los daños "a la salud psicológica" (art. 6.1). Cuando la comercialización o prestación de aparatos y servicios neurológicos se produce *on-line*, también es aplicable la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, algunos usos de la neurotecnología están prohibidos y castigados en el Código Penal, que tipifica como delito el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 a 201 CP), que razonablemente incluye a los datos neuronales, y el delito de lesiones (arts. 147 a 156 *quinquies*), también aplicable a las intervenciones y manipulaciones cerebrales causantes de daños físicos.

**45.** A partir de la exposición antecedente se puede concluir que el Derecho vigente ofrece instrumentos y respuestas ante los riesgos neurotecnológicos. Sin embargo, las respuestas jurídicas *no siempre son adecuadas*, porque ninguna ley o reglamento ha regulado *específicamente* la neurotecnología, sino sólo fenómenos tecnológicos próximos o más generales. Y esto provoca que o bien las soluciones normativas son relativamente inadecuadas para la realidad específica de la neurotecnología, o bien las respuestas normativas son tan genéricas que en la práctica son los aplicadores —y no las leyes por sí— quienes regulan la neurotecnología.

---

[74] Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo.

[75] Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo.

**46.** Tenemos, en primer lugar, que el ya mencionado Reglamento Europeo de Productos Sanitarios (2017), expresamente aplicable a la neurotecnología, no se detiene en sus singularidades. De un lado, regula los artefactos neurológicos con finalidad médica *como cualquier otro aparato sanitario;* y de otro lado, somete a los estimuladores cerebrales eléctricos o magnéticos sin finalidad médica, llanamente y sin matices, al régimen general de los productos sanitarios. Esta última opción normativa ciertamente que evita la anomia, pero da lugar a consecuencias jurídicas inidóneas. Así, en la medida en que estos estimuladores cerebrales no presentan utilidad médica (según calificación del propio fabricante) el sistema general de valoración y control administrativo de riesgos de salud, característico del RPS, resulta extravagante. De ahí que para la aplicación de dicho sistema de control se sustituya la ponderación riesgos y beneficios para la salud por la comprobación de la "eficacia" del producto (art. 61.9 RPS y Reglamento de Ejecución (UE) 2022/2346 de la Comisión). Esto no es una mera anécdota. Significa que la evaluación estatal de estimuladores cerebrales no sanitarios se realiza a través de un *procedimiento* diseñado para un fin (la ponderación entre riesgos y beneficios para la salud) distinto del fin que caracteriza el control de los productos no sanitarios (eficacia del producto). Obviamente, la aplicación generalizada de este procedimiento de control (sanitario) evita toda posible anomia, pero con el pesado lastre de no responder de forma específica a los concretos riesgos e intereses que activan los estimuladores cerebrales sin finalidades médicas.

**47.** Al margen de los productos sanitarios, las leyes generales aplicables a la neurotecnología no han tenido en cuenta ni ponderado *de forma específica* los concretos riesgos e intereses que emergen en este concreto ámbito tecnológico. Así ocurre con algunos textos ya mencionados: la Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos (2024), el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial (2024) o la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (2007). Estas leyes generales han ponderado riesgos genéricos, pero no los específicos de la neurotecnología. A falta de esta ponderación específica en la ley, será en el *ámbito aplicativo*, por los particulares, la Administración y los jueces, donde se decidirá en qué medida los instrumentos y consecuencias jurídicas de las leyes generales son aplicables a cada caso concreto. Este reenvío implícito de las leyes a sus aplicadores contrasta con la *reserva de ley* que preside el Derecho de riesgos[76].

**48.** De lo dicho hasta aquí resultan dos conclusiones: en primer lugar, que si bien la situación jurídica actual no puede calificarse de anómica, sí presenta *insuficiencias* ante el fenómeno específico de la neurotecnología, lo que aconseja, a futuro, la elaboración de normas especiales; y en segundo lugar, que las insuficiencias normativas actuales *proyectan sus defectos* sobre el sistema de derechos fundamentales, del que se espera que ofrezca respuestas más ponderadas o, al menos, permita que los aplicadores del Derecho *modulen o adapten* las leyes generales vigentes a los concretos riesgos e intereses específicos que emergen con la neurotecnología.

---

[76] José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Los hechos en el Derecho administrativo del riesgo", *InDret*, núm. 4 (2025), pp. 370-411 (p. 387).

### 3.2. Derechos subjetivos, derechos fundamentales, neuroderechos

**49.** Al compás de los avances científicos y de los nuevos riesgos neurotecnológicos, en 2017 se propuso por primera vez —al menos de forma expresa y sistemática— el reconocimiento de cuatro nuevos derechos humanos (neuroderechos): a la libertad cognitiva; a la privacidad mental; a la integridad mental; y a la continuidad psicológica[77]. Este listado de neuroderechos ha sido luego asumido, al menos nominalmente, por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[78]. Casi en paralelo se ha propuesto otro listado, parcialmente distinto, de cinco "prioridades éticas" o neuroderechos: a la privacidad mental; a la identidad personal; al libre albedrío; a un acceso justo al aumento mental; y a la protección contra los sesgos[79]. Esta última propuesta inspira inmediatamente la Carta de Derechos Digitales de España (*supra* § 6)[80].

**50.** A partir de aquí se han abierto dos vías elementales de discusión. La primera versa sobre el *contenido específico* de cada uno de los nuevos neuroderechos. Así, por ejemplo, si el derecho a la libertad cognitiva ampara —o no— la facultad de alterar los propios estados mentales mediante instrumentos neurotecnológicos, incluyendo hipotéticos aumentos cognitivos ("mejora de la mente")[81]. De esta discusión han resultado varias modulaciones, agregaciones, ampliaciones y reducciones en las propuestas de nuevos neuroderechos[82]. La segunda discusión versa sobre si las nuevas necesidades de protección frente a la neurotecnología (los neuroderechos) se pueden alcanzar mediante la *actualización hermenéutica* de los actuales derechos

---

[77] Marcello IENCA y Roberto ANDORNO, "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy,* núm. 13-5 (2017), pp. 1-27. DOI: 10.1186/s40504-017-0050-1.

[78] United Nations, Council of Human Rights, Advisory Committee, *Preliminary draft report on impact, opportunities and challenges of neuro-technology with regard to the promotion and protection of all human rights* (A/HRC/AC/30/CRP.1), de 27 de julio de 2023, pp. 10 y 17-20.

[79] Rafael YUSTE, Sara GOERING *et alter*, "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", cit, pp. 159-164.

[80] En tono crítico: Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia*…, cit., p. 144.

[81] En especial: Nita A FARAHANY, "The costs of changing our minds", *Emory Law Journal*, núm. 69-1 (2019) pp. 75-110 (p. 98). La discusión sobre el alcance protector de los nuevos neuroderechos lógicamente se formaliza cuando toma cuerpo el propio concepto de neuroderechos. Ello no obstante, esta discusión se nutre de anteriores discusiones sobre la eficacia protectora de los derechos fundamentales ya existentes, entre otros: Wrye SENTENTIA, "Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Condition", *Annals of New York Academy of Science*, núm. 1013 (2006), p. 227; DOI: 10.1196/annals.1305.014; Marc J. BLITZ, "Freedom of Thought for the Extended Mind: Cognitive Enhancement and the Constitution", *Wisconsin Law Review* (2010), pp. 1050-117. El estado de la cuestión, en: Göran ROLLNERT-LIERN, *Los neuroderechos y la libertad de pensamiento*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 66.

[82] En especial: Sjors LIGTHART, Marcello IENCA, Gerben MEYNEN et alter, "Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, núm. 32:4 (2023), pp. 461–481. DOI: 10.1017/S0963180123000245.

humanos o fundamentales[83], a través de nuevos criterios jurisprudenciales, orientaciones y recomendaciones aplicativas. O si, por el contrario, es necesaria la aprobación de *nuevas normas* internacionales o constitucionales que expresamente enuncien nuevos neuroderechos[84].

**51.** A mi juicio, las diversas discusiones en torno a los neuroderechos precisan de algunas *aclaraciones metodológicas*. En primer lugar, conviene distinguir entre los *enunciados éticos* y las formas jurídicas a través de las que se articulan los consensos éticos. En puridad, las diversas propuestas de neuroderechos tienen más significado ético que propiamente jurídico. Aunque formalmente se habla de nuevos "derechos", en realidad el término "neurorights" (neuroderechos) es un *atajo expresivo* para dar cuenta de los debates, propuestas y conclusiones de la neuroética contemporánea. Los neuroderechos son, más que derechos subjetivos fundamentales en sentido técnico-jurídico, "áreas de preocupación que reclaman actuaciones inmediatas"[85]. Estas propuestas, por ser más éticas que jurídicas[86], no descienden a precisar específicamente qué protegen, con qué alcance, a través de qué instrumentos, y respecto de qué o quién. Esto no resta valor a las diversas propuestas de neuroderechos, en la medida en que destilan y simplifican complejas discusiones éticas. Pero es necesario marcar más los límites entre las convenciones éticas y la formulación de *derechos subjetivos*[87].

**52.** Una segunda precisión metodológica se refiere a la distinción, en relación de género a especie, entre los *derechos subjetivos* y los derechos humanos o fundamentales. Hay derechos subjetivos allí donde el Derecho crea poderes jurídicos *individuales* y dota a sus titulares de *acciones judiciales* individuales para su tutela[88]. En el género amplio de los derechos subjetivos, los derechos humanos o fundamentales son solo una *especie*. Se caracterizan tanto por su sustancia (protegen aspectos esenciales de la condición humana) como por su forma normativa: se enuncian a través de normas que, como ocurre con los tratados internacionales y las constituciones, vinculan

---

[83] En este sentido: Susie ALEGRE, "Rethinking freedom of thought for the 21st century", *European Human Rights Law Review*, núm. 3 (2017), pp. 222-223, DOI:10.13140/RG.2.2.27905.07529; Siobhán O´SULLIVAN et alter, *Rapporteur report. Neurotechnologies and human rights framework. Do we need new rights?* Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health (CDBIO), Council of Europe, 2021, pp. 31-32; Christoph BUBLITZ, "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", cit., pp. 12-13; Nora HERTZ, *"Neurorechte" – Zeit für neue Menschenrechte?* Freiburger Informationspapiere zum Völkerrecht und Öffentlichen Recht, núm. 2/2023, Universität Freiburg, 2023, pp. 1-26 (p. 16); Nora HERTZ, „Neurorights – Do we need new human rights? A reconsideration of the right to freedom of thought", *Neuroethics*, núm. 16: 5 (2023), pp. 1-15 (p.2). DOI: 10.1007/s12152-022-09511-0.

[84] Nita A FARAHANY, *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*, St. Martin's Press, 2023.

[85] Rafael YUSTE, Sara GOERING, *et alter* "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", cit, p. 161; más recientemente, de nuevo: Rafael YUSTE, *Neuroderecho*s, cit., p. 121.

[86] Christoph BUBLITZ, "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", cit., p. 2.

[87] Elisa MOREU CARBONELL, "The Regulation of Neuro-Rights", cit., p. 155.

[88] Por todos, Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sâo Paulo, 2016, p. 233.

a las leyes estatales. A partir de esta precisión, la propuesta ética de neuroderechos puede dar lugar tanto a derechos subjetivos *ordinarios* (creados por las leyes) como a derechos humanos o *fundamentales* (enunciados por constituciones y tratados internacionales). Así, por ejemplo, el RGPD europeo o la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), pueden enunciar un derecho subjetivo de todas las personas a rechazar cualquier acceso a sus datos neuronales. Este derecho subjetivo ordinario (creado por la ley o un reglamento europeo) puede enunciarse de forma expresa y literal; o de forma implícita: como consecuencia lógica y necesaria de un mandato preciso o una prohibición terminante. El mismo derecho subjetivo se puede incluir, también de forma *expresa o implícita*, en un texto supralegal: la Constitución Española, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), o un Protocolo anexo al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). En puridad, la discusión en torno a los neuroderechos se ha centrado casi en exclusiva, hasta hoy, en su reconocimiento como derechos humanos o fundamentales, tanto en tratados internacionales como en constituciones nacionales. No se ha puesto en cuestión la posible existencia de derechos subjetivos frente a la neurotecnología. Se ha discutido, únicamente, el posible *reconocimiento internacional o constitucional* de los neuroderechos. Sólo como excepción, el título XXVI de la Carta de Derechos Digitales, que ya se ha dicho que es un texto de *soft law* (no propiamente normativo), contiene un llamamiento a que las leyes creen derechos subjetivos *legales* (por tanto, no derechos humanos o constitucionales) frente a la neurotecnología. Conviene destacar este dato porque, con perspectiva metodológica, la protección de los neuroderechos como *derechos subjetivos ordinarios* y como derechos humanos o fundamentales plantean cuestiones jurídicas bien distintas.

**53.** El *derecho subjetivo* no es la única forma —ni siquiera siempre la más efectiva— para proteger un bien jurídico, o para canalizar una preocupación ética. Junto a los derechos subjetivos, el ordenamiento jurídico puede enunciar prohibiciones absolutas o relativas, así como deberes públicos o privados; puede autorizar créditos presupuestarios y subvenciones para fomentar una ciencia éticamente sostenible; puede regular procedimientos para el control administrativo previo o *expost* de aparatos o ensayos clínicos neurológicos; puede establecer criterios específicos de carga de la prueba para los daños causados por neurotecnologías defectuosas; puede reservar al Estado la investigación o uso de determinadas neurotecnologías; puede castigar como delitos de daño o de peligro abstracto algunas intervenciones neurológicas lesivas o potencialmente dañinas para la integridad psicológica o la privacidad neuronal. Sin duda que *algunas preocupaciones neuroéticas* deben canalizarse a través de derechos subjetivos, allí donde se considere que la protección jurídica debe ser básicamente *individual* y debe quedar sustancialmente en manos de cada persona. Pero en otros casos los posibles riesgos de la neurotecnología pueden abordarse de forma más eficiente, ponderada y adaptada a cada realidad tecnológica, mediante prohibiciones y mandatos legales dirigidos a todos los fabricantes y operadores; o mediante la reserva al sector público de ciertas investigaciones o usos de la neurotecnología; o mediante la selección de neurotecnologías sanitarias y de mejora cognitiva financiables por

el Estado[89]. Todas estas opciones jurídicas bien pueden darse simultáneamente, e incluso acompañarse de derechos subjetivos, tanto legales como constitucionales o internacionales. Pero resulta conveniente no limitar *ex ante* a los derechos subjetivos la respuesta jurídica ante las preocupaciones neuroéticas contemporáneas. Una focalización excesiva en los *neurorigths*, entendidos como auténticos derechos subjetivos, encapsula y limita la reflexión neuroética, porque impone de entrada una perspectiva regulatoria eminentemente *subjetiva* o individual, dejando en un segundo plano las cuestiones de *orden social y político.*

**54.** Centrando ya la atención en los neuroderechos *humanos o fundamentales*, es sabido que la discusión jurídica internacional gira en torno a necesidad de aprobar nuevos derechos frente a la neurotecnología, por un posible déficit protector de los actuales. Se ha señalado ya en la doctrina que algunas preocupaciones neuroéticas carecen de respuesta adecuada en los actuales derechos fundamentales[90]. Esto puede justificar reformas constitucionales o nuevos tratados internacionales, aunque esta opción normativa también puede ser causa de algunas disfunciones estructurales[91].

**55.** Como ya se dijo antes, las propuestas de neuroderechos responden a una cierta percepción social de *anomia iusfundamental*. Esto es, de que los actuales derechos fundamentales no amparan suficientemente frente a los avances de la neurotecnología (*supra* § 33). Este punto de partida merece alguna reflexión metodológica. En primer lugar, se plantean dudas sobre cómo se ha alcanzado la conclusión de insuficiencia iusfundamental. Dado que los derechos humanos y fundamentales tienen múltiples expresiones positivas, y en distintos niveles normativos, habría que preguntarse en *qué concreta fuente normativa* y en qué concreto contexto o nivel normativo se comprueba aquella insuficiencia. Es posible que el diagnóstico de insuficiencia se haya formulado *en abstracto*, al margen de contextos normativos concretos. En tal caso, el déficit de protección no sería una conclusión verdaderamente jurídica, sino de ética prospectiva. También pudiera ser que el déficit de protección iusfundamental se localice sólo en *un concreto texto* y/o nivel normativo (internacional, europeo, nacional) pero no en todos. Y que el déficit de una fuente normativa pueda ser parcial o totalmente compensado con otra fuente normativa.

**56.** En nuestro caso, habría que preguntarse de entrada si la hipotética *insuficiencia* de los actuales derechos fundamentales —frente a la neurotecnología— está en la Constitución, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), en la Carta de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1948) o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

---

[89] En relación con la Unión Europea: Cristina BLASI CASAGRAN, "Neurotechnology and human rights in Europe: Towards a legal-neuroethical framework", cit., p. 77.

[90] Cristina BLASI CASAGRAN, "Neurotechnology and human rights in Europe: Towards a legal-neuroethical framework", cit., p. 74. En relación con el derecho a no autoincriminarse (art. 24.2 CE): Mercedes PÉREZ MANZANO, "Justicia penal y neuroderechos", en Noelia CORRAL MARAVER et alter, *Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 329-348 (p. 339).

[91] Christoph BUBLITZ, "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", cit., p. 3.

Políticos (1966), también de Naciones Unidas. Aunque todos estos textos normativos comparten la centralidad de la libertad y la dignidad humanas, no lo hacen siempre con el mismo contenido, alcance e instrumentos de tutela. Así, por ejemplo, se ha cuestionado que la libertad de pensamiento garantizada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 9.1 CEDH) proteja los simples datos neuronales, dado que su verdadero objeto es la protección de ideas y creencias[92]. Este posible déficit de protección puede no ser relevante allí donde la Constitución nacional enuncia un derecho fundamental más amplio, que complementa el mínimo europeo. Así ocurre, por ejemplo, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el art. 2 I de la Constitución federal alemana [GG]), que generosamente protege contra cualquier injerencia en la libertad cognitiva de cada persona. Cuestión distinta es que, dado que los derechos fundamentales alemanes sólo protegen directamente frente al Estado, no frente a otros individuos, la intensidad protectora del extenso derecho fundamental de libertad pueda ser deficiente en las relaciones horizontales entre particulares. En el caso de España, es sabido que la Constitución no contiene un verdadero derecho general de libertad, más allá del principio de libertad que enuncia el art. 10.1 CE. A falta de un derecho fundamental y general de libertad, la protección constitucional frente a la neurotecnología ha de canalizarse a través de algún derecho fundamental *específic*o, como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)[93], a la libertad ideológica (art. 16.1 CE)[94], a la intimidad (art. 18.1 CE), a la libre expresión de "pensamientos y opiniones" (art. 20.1 a) CE), a la autodeterminación informativa o de protección de datos personales (art. 18.4 CE), o la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). En nuestro caso, una interpretación estricta de todos estos derechos fundamentales agravaría los posibles déficits de protección en los textos internacionales y europeos.

**57.** En segundo lugar, para concluir que existe un déficit de protección en los actuales derechos fundamentales habría que atender también a su *concreción jurisprudencial*. Es bien posible que algunos o todos los niveles normativos mencionados carezcan de jurisprudencia específica sobre neurotecnología. Esto sería lógico, dado que el despliegue neurotecnológico es relativamente reciente. Pero sería una constatación sólo empírica, no prescriptiva. Esto es, aquella constatación no implica que los derechos fundamentales de un concreto sistema constitucional, en su versión actual, no protejan frente a la neurotecnología. El contenido de los derechos fundamentales se va formando o delimitando a través de la jurisprudencia, que caso a caso va destilando normas subconstitucionales[95]. En consecuencia, si bien es fácil

---

[92] Sjors LIGTHART, Thomas DOUGLAS, Christoph BUBLITZ, Tijs KOOIJMANS, Gerben MEYNEN, "Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges", *Neuroethics*, núm. 14 (2021), pp. 191–203 (p. 193). DOI: 10.1007/s12152-020-09438-4; otra opinion: Nora HERTZ, "Neurorights – Do we need new human rights? A reconsideration of the right to freedom of thought", cit., p. 7.

[93] Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia*…cit., p. 252.

[94] Göran ROLLNERT-LIERN, *Los neuroderechos y la libertad de pensamiento*, cit., p.105

[95] Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 12; Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 589.

concluir que un concreto texto constitucional no protege expresa o nominalmente la privacidad neuronal, la continuidad psicológica o la alteración voluntaria de los procesos mentales, es bien posible que en la *futura jurisprudencia* de ese mismo sistema constitucional sí se tutelen suficientemente aquellas expresiones de la identidad neuronal. Piénsese, por ejemplo, en la historia del actual derecho fundamental a la protección de datos, que no figuraba expresamente en la Constitución, pero que fue deducido por el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000 a partir de un mandato expreso al legislador ("la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos": art. 18.4 CE) y de la previa jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE). En los mismos términos, es posible pronosticar que la futura jurisprudencia constitucional reconducirá las preocupaciones neuroéticas actuales hacia el actual cuadro de derechos fundamentales. En este sentido ya se ha propuesto, para el Derecho constitucional español, que el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) proteja con carácter general el "pensamiento" o el "espacio psíquico personal", incluyendo no sólo las ideas o creencias, sino también los simples datos y los procesos neuronales[96].

**58.** En tercer lugar, junto a los textos constitucionales donde se enuncian los derechos fundamentales también es necesario atender a las *leyes que completan* la regulación constitucional directa. Estas leyes tanto pueden limitar proporcionadamente el contenido no esencial de un derecho fundamental como configurar su contenido, o incluso añadir contenidos no inmediatamente amparados en el texto constitucional. Piénsese, por ejemplo, en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que al definir las intromisiones ilícitas en la intimidad personal también está definiendo el alcance tuitivo del derecho fundamental enunciado en el art. 18.1 CE (entre muchas: 87/2024, FJ 4). O piénsese también en la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que adiciona nuevos contenidos (con valor de derecho fundamental) a los enunciados en el art. 28.1 CE (STC 281/2005, FJ 3). En consecuencia, en la medida en que las leyes pueden *configurar o complementar* el contenido de un derecho fundamental, la conclusión de que los derechos fundamentales actuales no protegen suficientemente frente a la neurotecnología exigiría comprobar que las leyes que desarrollan, configuran o completan los derechos fundamentales tampoco ofrecen dicha protección.

**59.** Aparte de las observaciones metodológicas anteriores, sostener la insuficiencia genérica de los derechos fundamentales actuales frente a la neurotecnología puede generar por sí dos efectos negativos: la falta de activación de las *reservas de ley* y la negación de los *recursos jurisdiccionales extraordinarios* con los que las constituciones y las leyes frecuentemente protegen los derechos fundamentales. En esa medida, y paradójicamente, afirmar la necesidad de nuevos derechos fundamentales, por insuficiencia de los actuales, puede *reafirmar y agravar* los defectos de protección que se pretende combatir.

---

[96] Göran ROLLNERT-LIERN, *Los neuroderechos y la libertad de pensamiento*, cit., p. 1105.

**60.** Como es sabido, la *reserva de ley* para la regulación de los derechos fundamentales exige que a toda restricción en el disfrute de un derecho fundamental preceda una ley que así lo autorice. Este es el sentido del actual art. 53.1 CE. Pues bien, sostener hoy que la continuidad psicológica frente a una manipulación neurológica no está amparada por el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), o por el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), implica que esas intervenciones públicas o privadas pueden llevarse a cabo *sin necesidad de una ley* que expresamente las prevea y autorice (reserva de ley). Fácilmente se observa que si el objetivo de las propuestas de nuevos neuroderechos es garantizar una mayor y mejor protección de la dignidad y la libertad humanas, sostener la insuficiencia de los actuales derechos fundamentales (en lugar de propiciar una ampliación hermenéutica de su contenido) presenta algunos riesgos de *desprotección provisional* frente a la neurotecnología, a la espera de una muy improbable reforma constitucional. De ahí que en términos tuitivos pueda resultar *más eficaz* reconducir toda intervención o manipulación neuronal a algún derecho fundamental actual, en cuyo caso sólo la ley podría autorizar tal manipulación. Todo ello sin perjuicio, claro es, de que en paralelo vayan madurando reformas constitucionales y nuevos tratados internacionales que positiven y consoliden las iniciales ampliaciones interpretativas de los derechos fundamentales.

**61.** A partir de las anteriores advertencias metodológicas se puede concluir que ante los posibles déficits tuitivos de algunos derechos fundamentales se pueden activar, simultáneamente, dos vías de sanación. En primer lugar, *a largo plazo* tiene sentido promover reformas en los tratados internacionales y las constituciones nacionales a fin de que expresamente contemplen los nuevos riesgos neurotecnológicos. En segundo lugar, y *de forma inmediata*, es posible redefinir la eficacia protectora de los actuales derechos fundamentales, de dos formas: integrando las posibles lagunas de un sistema normativo (como el nacional o el europeo) con las normas de *otro sistema o nivel normativo*; y por medio de una *hermenéutica actualizadora* de los derechos constitucionales vigentes[97]. De esta forma se activan las reservas constitucionales de ley (que prohíben cualquier restricción de derechos fundamentales que no esté expresamente autorizada por la ley) y se ofrecen instrumentos extraordinarios para la tutela jurisdiccional, como el recurso de amparo al que se refiere el art. 53.2 CE.

## 4. PAUTAS METODOLÓGICAS PARA EL DERECHO DE LA NEUROTECNOLOGÍA

**62.** Hasta aquí se ha considerado, siquiera de forma sucinta, si las leyes actuales ya regulan adecuadamente la neurotecnología, y en qué medida resulta conveniente la aprobación de nuevas leyes. En ambos casos, tanto para valorar el Derecho actualmente aplicable como para definir un nuevo orden jurídico específico, es necesario

[97] Esto último, en: José M. MUÑOZ y José Angel MARINARO, "Neurorights as reconceptualized human rights", *Frontiers in Political Science*, núm. 5-1322922, 15 de diciembre de 2023, pp. 1-5 (p.2). doi.org/10.3389/fpos.2023.1322922.

contar con un marco *conceptual* de referencia. Los razonamientos tópicos o *aporéticos*, dirigidos a resolver concretos problemas aplicativos, como la posible aplicación del RGPD a los datos neuronales (*supra* § 41), o como la posible inclusión de la privacidad mental dentro del derecho fundamental a la libertad de pensamiento (*supra* § 56), presentan algunas limitaciones a la hora de elaborar conclusiones generales sobre la idoneidad del Derecho vigente para regular las neurotecnologías emergentes[98]. Menos aún ofrecen pautas metodológicas asequibles para la formación de un nuevo Derecho de la neurotecnología. Según tiene ya establecido la psicología cognitiva, el pensamiento humano necesariamente tiene lugar a través de *conceptos o categorías sociales*[99]. En esa medida, el Neuroderecho requiere de un algún marco conceptual previo que, a su vez, sea suficientemente explicativo de la realidad social del Derecho. Este marco conceptual no sólo permite valorar las insuficiencias del Derecho vigente, sino que también ofrece pautas metodológicas para *diseñar* nuevas respuestas jurídicas. En lo que sigue, este estudio ofrece algunos *posibles elementos* de ese marco conceptual. Son: la consideración diferenciada de los diversos sectores o ámbitos sociales en los que actúa la neurotecnología (*infra* 4.1); la centralidad del concepto de riesgo para todo el sistema (*infra* 4.2); los diversos vectores u objetos susceptibles de regulación, como la protección de las personas sometidas a la neurotecnología o como el régimen de fabricación y comercialización de los aparatos (*infra* 4.3); y finalmente, las diversidad de técnicas jurídicas compatibles: exigencias de consentimiento previo, reglas de responsabilidad, prohibiciones para el tráfico jurídico, controles administrativos, reservas al sector público, o castigos (*infra* 4.4).

### 4.1. Ámbitos sociales de la neurotecnología

**63.** Como ya se ha mencionado antes y luego se expondrá con más detalle (*infra* § 67), el Derecho de la neurotecnología es, en esencia, *Derecho de riesgos*. En consecuencia, y como es propio de ese área del Derecho, la valoración de los riesgos que emergen con la neurotecnología es necesariamente *sectorial*. En cada concreto ámbito funcional de la sociedad se activan unos concretos riesgos, y por tanto una concreta ponderación de sacrificios y beneficios. Se traslada aquí la idea, propia de la *sociología*, de que en cada sociedad conviven varios sistemas o ámbitos sociales funcionales, como el sistema político, el económico, el científico, etc.[100]. Se pueden enunciar aquí *siete grandes ám-*

[98] Estas limitaciones, aun reivindicando el valor metodológico de la tópica: Silvia DÍEZ SASTRE, "La tópica como método en el Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1 (2020), pp. 363-396 (p. 383 § 52). DOI: 10.37417/RPD/vol_1_2020_31. Algo más optimista sobre las utilidades de la tópica para la dogmática jurídica: Joseba FERNÁNDEZ GAZTEA, "Concepto y funciones de la tópica en el Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 51-72 (p. 67). DOI: 10.37417/RPD/vol_2_2020_340.

[99] Francisco VELASCO CABALLERO, "Cognitive Psychology, Automatic Thinking and Administrative Law Teaching", *European Review of Public Law (ERPL/REDP)*, vol. 33-1 (2021), pp. 184-214 (p. 185 § 3).

[100] Niklas LUHMANN, *Systemtheorie der Gesellschaft*, cit., pp. 675 y 793.

*bitos sociales* en los que, en mayor o menor medida, está presente la neurotecnología: el científico; el sanitario; el de bienestar y cuidado personal; el educativo; el laboral; el de seguridad y defensa; y el judicial[101]. En cada uno de estos ámbitos sociales-funcionales están presentes distintas cualidades profesionales, intereses, valores, códigos de conducta y lenguaje. Aunque un mismo individuo puede actuar en varios sistemas funcionales, la forma de actuar es diversa en cada uno de ellos.

**64.** Importa subrayar ahora que aquí se habla no sólo de la *finalidad* de cada neurotecnología, o de cada uso de un mismo aparato neurológico, sino del *sistema social* en el que se despliega. Por supuesto que la finalidad de cada aparato y uso es determinante para su regulación jurídica, pero la sola referencia a la finalidad mantiene en un segundo plano algunos otros factores relevantes para el Derecho: los intereses y bienes jurídicos en presencia; el tipo de actores jurídicos que actúan en cada sistema social; los códigos morales y de comunicación presentes en cada sistema social; e incluso la economía de cada ámbito o sistema social-funcional.

**65.** La neurotecnología cumple funciones diferentes en *cada sistema social*, activa riesgos diversos, y también conduce a distintas valoraciones de riesgos y beneficios. Así, por ejemplo, en el ámbito del *bienestar*, donde no hay riesgos graves de salud, el consentimiento o autonomía de la voluntad de la persona que decide utilizar un neuromodulador puede ser el eje de la regulación, no siendo necesaria una intensa regulación y control estatales. De esta manera, por ejemplo, el uso de una diadema que emite corrientes eléctricas de muy baja intensidad para apaciguar la ansiedad, o para mejorar la concentración (siempre que haya evidencia científica de que el riesgo de lesiones cerebrales o trastornos psicológicos es muy bajo) puede quedar a la *libre voluntad* del propio usuario. En tal caso, la regulación jurídica que acompañe a la autonomía contractual puede limitarse a las garantías mínimas de seguridad de todos los productos industriales (Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos), al régimen general de protección de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) y al régimen general de responsabilidad por productos defectuosos (Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos). En cambio, en los ámbitos *laboral y educativo*, donde se dan relaciones de subordinación[102], el consentimiento debe ser complementado con mayores prohibiciones de uso, así como con controles administrativos y castigos[103]. También, en el ámbito *científico* se puede prescindir de

---

[101] Similar, aunque no coincidente (por agrupar la investigación y el ámbito sanitario, y por integrar en un grupo amplio [enhacement] la seguridad pública y la justicia: UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), pp. 18-25 §§ 104-140.

[102] Expresamente: UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), p. 21 § 124

[103] Véase, en este sentido: UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), p. 21 § 124.

una regulación exhaustiva de los aparatos neurotecnológicos, y en cambio aumentar las cautelas en torno a la *cualificación* de los científicos y a la supervisión ética de sus investigaciones y ensayos. En este sentido, y ya en la actualidad, en la investigación científica es posible utilizar neurotecnologías que no cumplen con las exigencias del Reglamento Europeo de Productos Sanitarios (RPS), en la medida en que se trate de aparatos no destinados a su comercialización en el mercado (art. 1.1 RPS). Pero ese uso científico sólo se puede realizar por investigadores cualificados (art. 13.1 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación) y, cuando se utilizan procedimientos invasivos, bajo la supervisión de comités de ética de la investigación (arts. 2 e), 12 y 16 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica).

**66.** En cada contexto o sistema funcional, de los ya mencionados antes, están más o menos presentes el *Derecho internacional, europeo y nacional*. En general, el Derecho de la Unión Europea está muy presente en el sector o ámbito sanitario, a través de la regulación del mercado de productos neurotecnológicos para finalidades médicas. Para garantizar la libre circulación de mercancías (art. 26 TFUE), la regulación europea armoniza la fabricación de productos neurotecnológicos. Por principio, esta regulación europea deja al margen los productos que *no están destinados a la comercialización*, como son los destinados directamente a la investigación científica, o a la seguridad pública y la defensa (art. 1.1 RPS). La regulación europea también es limitada en lo que se refiere al *uso de aparatos* de neurotecnología ya comercializados, salvo en lo que se refiere al tratamiento de datos personales y al uso de neurotecnologías que incorporan sistemas de inteligencia artificial. Allí donde no llega el Derecho europeo, el Derecho nacional complementa la regulación de la neurotecnología.

### 4.2. Riesgos y ponderaciones

**67.** De forma expresa o implícita, las leyes que regulan la neurotecnología se rigen por criterios de *riesgo*. Tal y como se ha teorizado ya para todos los cambios naturales provocados por la tecnología humana, el riesgo es el concepto epistemológico que *articula las ciencias naturales y las ciencias del espíritu*[104] (entre las que se incluyen la ética y el Derecho). Esto es, para hablar de riesgo debe existir, en primer lugar, un *pronóstico causal* (científico-tecnológico). Pero, para que ese pronóstico causal sea propiamente riesgo, también es necesaria una *valoración ética* (sobre las posibles consecuencias de un devenir causal cierto o probable para la condición humana). A partir de aquí, la función del Derecho es *ponderar* el alcance del riesgo causal que ya ha sido objeto de valoración ética (esto es, identificar y medir su magnitud, por los beneficios y perjuicios que puede generar en los distintos bienes e intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico) y *canalizar* aquel riesgo ya ponderado a través de concretos mandatos y prohibiciones vinculantes.

---

[104] Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998 (traducción del original alemán, de 1986), pp. 42, 91.

**68.** A partir del concepto general de riesgo, se puede afirmar que el objetivo primario del Derecho de la neurotecnología consiste en minimizar la posibilidad de que los nuevos ingenios neurológicos produzcan daños en las personas (en los derechos de la personalidad). La fórmula de valoración del riesgo es común al conjunto del Derecho, y se articula a través de dos variables: magnitud del posible daño; y probabilidad de que ese daño efectivamente se materialice [105]. Lo que difiere en las distintas leyes es el *catálogo de posibles daños*. Así, en algunos ámbitos sectoriales el riesgo se mide en relación con un solo bien o derecho. Es lo que ocurre con la regulación de los productos sanitarios o la investigación biomédica, donde sólo se toma en consideración la *salud humana*: lo que se valora es en qué medida un producto sanitario o un ensayo clínico beneficia o perjudica a la salud del paciente o de la persona sana involucrada en el ensayo clínico [106]. En cambio, en otros ámbitos de regulación sectorial, como la inteligencia artificial, los riesgos ponderados son *múltiples* (salud, seguridad, intimidad, etc.) (art. 1.1 RIA). En ninguna fórmula de valoración de riesgos neurotecnológicos aparecen expresamente, como bienes jurídicos ponderables, el desarrollo económico, el mercado interior europeo, la libertad de empresa o el derecho al libre ejercicio de profesión u oficio. Sin embargo, es evidente que, implícitamente, estos bienes jurídicos también están presentes en la valoración de los riesgos. La prohibición de fabricación de determinados aparatos neurológicos lógicamente *limita la actividad económica* de algunas empresas, puede limitar la innovación tecnológica y, en última instancia, puede frenar la expansión del mercado interior europeo. En esa medida, todo cálculo de riesgo neurotecnológico incluye o debe incluir, siquiera de forma implícita, una valoración sobre las consecuencias económicas que resultan de los posibles límites y controles de la neurotecnología.

**69.** Esta advertencia es muy relevante para analizar y evaluar las diversas posibilidades de regulación de la neurotecnología. Las diversas prohibiciones, cargas de aseguramiento, autorizaciones, certificaciones de conformidad, presunciones de responsabilidad, cargas informativas y amenazas de castigos pueden ser útiles para evitar daños personales. Pero esta simple constatación no excluye la necesaria valoración de su *proporcionalidad*. Para esto último es necesario analizar en qué medida la eficacia o utilidad de aquellas reglas desincentivan, gravan o limitan la actividad empresarial. En última instancia, la juridicidad de cualquier regulación de la neurotecnología resulta de ponderar los beneficios y los sacrificios. Y así puede ocurrir que, allí donde haya alta certidumbre científica sobre la inocuidad de un concreto tipo de estimulador cerebral no invasivo, el mínimo *riesgo residual* que acompaña a un nuevo aparato de la misma clase no justifique el sometimiento a previa certificación administrativa, o a laboriosos y costosos ensayos clínicos previos a la certificación administrativa de conformidad.

**70.** Hasta hoy, y al menos en las leyes que más directamente regulan la neurotecnología, el riesgo se trata bajo la lógica del *principio de precaución o cautela*,

---

[105] Por todos, José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Los hechos en el Derecho administrativo del riesgo", cit., p. 373.

[106] Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia*, cit., p. 104.

que a partir del art. 191 TFUE se ha extendido al ámbito de la salud[107]. Desde su origen en el Derecho ambiental europeo, el principio de precaución ha servido para legitimar la *intervención restrictiva* estatal (y de la propia Unión Europea) incluso allí donde hay un alto nivel de incertidumbre sobre los daños (al medio ambiente y a la salud) que pueden resultar de innovaciones tecnológicas[108]. Con el paso del tiempo, el principio de precaución ha devenido en *mandato de conducta* para los agentes económicos, entre sí y en sus relaciones con el Estado y con la Unión Europea. De los sujetos privados se exige que no ejerzan su libre iniciativa económica allí donde haya algún margen de incertidumbre (incluso mínima: "improbable pero posible") sobre los posibles efectos nocivos de su actividad. Más que autorizar la intervención estatal, el principio de precaución directamente *limita* la iniciativa económica. Este significado restrictivo hoy presente en el principio de precaución exige, para ser compatible con el propio mercado interior y con las libertades económicas, sistemas de identificación, valoración y pronóstico de riesgos muy cualificados y precisos. Pues, desde la perspectiva del principio de precaución, las incertidumbres genéricas o poco acotadas despliegan efectos desproporcionadamente restrictivos sobre la actividad económica[109]. Esta advertencia es determinante, por ejemplo, a la hora de valorar en qué medida nuevos aparatos neurológicos basados en tecnología ya experimentada a escala mundial, y sin constancia de información postcomercialización negativa, debe estar sometida a complejos y previos ensayos clínicos[110].

**71.** Como se ha avanzado ya más arriba, la valoración de los riesgos, fundamento de toda regulación de la neurotecnología, es necesariamente *sectorial* (*supra* § 63). En cada concreto *sistema o ámbito social*, el uso de neurotecnología activa unos concretos riesgos, y por tanto una concreta ponderación de sacrificios y beneficios. Por ejemplo, el registro de señales neuronales mediante aparatos de resonancia magnética funcional (RMf) no activa los mismos riesgos, ni recibe las mismas ponderaciones, en los distintos sistemas sociales. Partiendo de la premisa de que la captación y registro de señales neuronales bien puede afectar a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al derecho fundamental de protección de datos (art. 18.4 CE) o la libertad ideoló-

---

[107] Comunicación de la Comisión de 5 de mayo de 2000 [COM(2000) 466 final] sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Directiva 92/85/CEE del Consejo).

[108] Cesar CIERCO SEIRA, "El principio de preacaución…", cit., p. 73; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Los hechos en el Derecho administrativo del riesgo", cit., p. 374.

[109] Mariola RODRÍGUEZ FONT, "Actividad de ordenación y control", en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona-Buenos Aires, Sâo Paulo, 2025, pp. 555-579, p. 561 § 17. DOI: https://doi.org/10.37417/ManDerAdm/L20.

[110] Esta concreta cuestión, en relación con el vigente art. 61.5 RPS, en la propuesta de la Comisión para la reforma del reglamento: Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on establishing a framework of measures for strengthening Union's biotechnology and biomanufacturing sectors particularly in the area of health and amending Regulations (EC) No 178/2002, (EC) No 1394/2007, (EU) No 536/2014, (EU) 2019/6, (EU) 2024/795 and (EU) 2024/1938 (European Biotech Act) {SWD(2025) 1055 final}, p. 14.

gica (art. 16.1 CE), el alcance y significado de la posible afección es diversa en cada sistema social funcional. En el ámbito *sanitario* la posible afección iusfundamental está muy compensada por el hecho de que es *el propio paciente* quien se beneficia de la captación de sus datos neuronales, de que el posible uso secundario de esos datos redunda en beneficio de la salud general de la población, y de que el uso sanitario de la neurotecnología está reservado a los médicos y otros profesionales sanitarios cualificados (arts. 1 y 4 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias). En cambio, la captación de señales neuronales en el ámbito *laboral*, que también puede percutir sobre la intimidad, la protección de datos y la libertad ideológica del trabajador, además puede afectar a otros derechos o bienes jurídicos, como la libertad sindical (art. 28.1 CE) o el derecho al trabajo (art. 35 CE), sin que simultáneamente se justifique por una utilidad relevante para otros bienes jurídicos generales, más allá de la libertad de empresa (art. 38 CE). En este contexto se puede explicar y justificar una regulación muy restrictiva de la captación y registro de señales neuronales en el ámbito laboral, así como la prohibición de que el simple consentimiento individual pueda legitimar aquellos usos[111]. Obviamente, esta ponderación de bienes jurídicos puede aquilatarse o recomponerse cuando la obtención de datos neuronales sirva para la prevención de accidentes laborales, o cuando mejore las condiciones de trabajo, pues en estos casos emergen como bienes ponderables el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y el derecho al trabajo (art. 35 CE).

**72.** La valoración *ex ante* de los riesgos resulta especialmente compleja ante el posible *doble uso* del conocimiento neurocientífico y neurotecnológico. Se parte aquí de la premisa de que casi cualquier artefacto tecnológico inicialmente inocuo puede desplegar luego dobles usos desviados o indeseables[112]. Piénsese en interfaces cerebro-ordenador para la dirección mental de drones, que bien pueden servir originariamente para utilidades logísticas, pero que también se pueden utilizar para armas de precisión. Aunque a veces se ha sugerido que el control de nuevas tecnologías debe centrarse en los aparatos en sí, y por tanto en sus riesgos directos y no en los riesgos por posibles usos secundarios[113], lo cierto es que la prevención, evitación o control del doble uso dañino solo es posible si hay un cierto control anticipado sobre aquellos posibles usos secundarios de un ingenio tecnológico. La tecnología no es axiológicamente neutral, y por tanto un nuevo aparato puede ser éticamente objetable no sólo por su uso primario, sino también por sus posibles usos secundarios[114]. Si bien el riesgo central de una innovación tecnológica normalmente está en

---

[111] En este sentido: UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), p. 21 § 124.

[112] Marcello IENCA, Fabrice JOTTERAND y Bernice S. ELGER, "From Healthcare to Warfare and Reverse: How Should We Regulate Dual-Use Neurotechonology?, *Neuron*, núm. 97 (2017), pp. 269-274 (p. 269).

[113] Ángel GÓMEZ DE ÁGREDA, A., "La exclusión de los sistemas de inteligencia artificial de seguridad nacional, defensa y militares del Reglamento y el Derecho aplicable", en Lorenzo COTINO HUESO y Pere SIMÓN CASTELLANO, *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 136-148 (p. 138).

[114] Antonio DIÉGUEZ, *Pensar la tecnología*, cit., 41.

la finalidad original de un aparato, el riesgo por doble uso está ya latente en el propio diseño tecnológico original. Y esto explica que el Derecho deba ofrecer alguna respuesta ante los usos dobles o secundarios de la neurotecnología, siempre que el riesgo derivado de ese doble uso sea racionalmente previsible. La posible intensidad de los límites jurídicos frente a la producción de aparatos neurotecnológicos, en función de los posibles riesgos derivados de su doble uso, estará guiado de nuevo por el principio de *precaución*. De tal manera que será la probabilidad de ese doble uso, sumado a la probabilidad de que el uso secundario produzca daños y a la probabilidad de que esos daños efectivamente se produzcan, lo que deba determinar los instrumentos jurídicos frente al riesgo.

### 4.3. Vectores de regulación

**73.** Toda regulación de la neurotecnología, como en general todo el Derecho, pretende dirigir la *conducta humana*, a fin de evitar o minimizar riesgos. Pero, sentado esto, cada norma centra su atención inmediata en un concreto objeto o elemento de la realidad. En el Derecho neurotecnológico son cuatro los posibles *vectores básicos* de atención normativa: la situación jurídica de las *personas físicas* sobre las que actúa la neurotecnología; el *mercado* de aparatos neurológicos; la *actividad técnica*, de manejo o manipulación de esos aparatos; y las *funciones públicas* referidas a la neurotecnología. Estos cuatro objetos de regulación no se dan de forma aislada, sino que son complementarios.

**74.** En cada sistema o ámbito social funcional, y en razón de los riesgos allí presentes, las leyes pueden poner mayor o menor énfasis en cada uno de los vectores de regulación ya mencionados. Así, por ejemplo, en el ámbito *sanitario* conviven: la exigencia *sine qua non* de previo *consentimiento* informado para cualquier intervención neuro médica (art. 2.2 y 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica); la prohibición de *comercialización* de todo aparato neurológico que no cuente con una certificación de conformidad emitida por un organismo notificado (art. 52 RPS) [115]; la reserva de manipulación de aparatos neurológicos a *médicos* colegiados (art. 4.8 a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias), lo que se garantiza incluso mediante la tipificación penal de la usurpación de funciones (art. 403 del Código penal); y la atribución a la Administración de *funciones inspectoras*, represivas y punitivas contra posibles usos indebidos de la neurotecnología (arts. 30, 35 y 94 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). En cada ámbito funcional, el grado de protección jurídica contra los riesgos neurotecnológicos resulta del efecto *complementario* de todas estas normas. Por ello, un mismo estándar de protección se puede alcanzar

[115] Jesús TAHIRÍ MORENO, "El marco regulatorio de las neurotecnologías innovadoras en el mercado único europeo y su impacto en la protección de la salud: ¿Hacia la articulación de una legislación armonizada que regule la neurotecnologías de forma integral", cit., pp. 299-328.

con diversas combinaciones normativas: por ejemplo, es posible flexibilizar o simplificar la regulación de los productos sanitarios, siempre que, en paralelo, aumenten las exigencias de cualificación profesional en el manejo de los aparatos.

**75.** Aunque las distintas perspectivas regulatorias son complementarias, no todas ellas derivan de la misma *fuente de producción normativa*, lo que hace que su efecto complementario sea más azaroso que sistemático. Así, siguiendo con el ejemplo sanitario, rigen aquí normas internacionales (como el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997), el Reglamento Europeo de Productos Sanitarios, y la Ley de Ordenación de las Profesiones Médicas. Dados los diversos niveles normativos *supranacionales*, a las leyes estatales corresponde valorar en qué medida las reglas provenientes de los niveles superiores protegen suficientemente, por sí, frente a los riesgos neurotecnológicos. Y en qué medida el Estado puede añadir otros instrumentos regulatorios adicionales o complementarios. Así, de nuevo en el mismo ejemplo, corresponde a cada Estado valorar si a la exigencia *sine qua non* de consentimiento previo e informado de las personas sometidas a una intervención neurológica (art. 5 del Convenio de Oviedo) y la exigencia de previa certificación de conformidad de los productos sanitarios (art. 52 RPS), aún procede añadir alguna prohibición absoluta de utilización de neurotecnologías (por ejemplo, las que consistan en la creación de tejidos neuronales implantables) y algún tipo sancionador o penal específico (más allá del genérico delito de lesiones de los arts. 147 a 156 *quinquies* del Código Penal).

### 4.4. Opciones de regulación y técnicas de protección

**76.** En cada sistema social funcional, como el científico, el sanitario o el laboral, la regulación de la neurotecnología puede adoptar formas diferentes. En general, las leyes cuentan con un catálogo de opciones regulatorias relativamente fijo. El instrumento regulatorio mínimo, en la actualidad común a casi todos los ámbitos funcionales de la neurotecnología, se sitúa en la exigencia de *libre consentimiento* de la persona destinataria de los aparatos y usos neurológicos. Así resulta hoy de varios preceptos generales aplicables a las neurotecnologías, como el art. 5 del Convenio de Oviedo (1997) o el art. 2.2 y 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Sólo en los ámbitos de la seguridad pública, la defensa militar o el proceso judicial se puede plantear la aplicación *coactiva* de neurotecnologías, si bien tal posibilidad necesariamente ha de preverse expresamente en la ley[116] y debe superar un riguroso test de proporcionalidad.

[116] María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, cit., p. 147; Mercedes PÉREZ MANZANO, "Justicia penal y neuroderechos", cit., p. 346.

**77.** Allí donde no haya riesgos relevantes para la salud, al libre consentimiento puede acompañar un sistema de *responsabilidad extracontractual* que aumente la protección del usuario o paciente, frente al fabricante o manipulador de la neurotecnología. Así resulta hoy del art. 10 de la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, y en el ámbito de la investigación neurológica, del art. 18 LIB.

**78.** Otras veces, ante riesgos más relevantes para la salud, las leyes pueden imponer armonizaciones *o especificaciones técnicas*, prohibiendo cualquier producto o actividad neurotecnológica que no se acomode a esos requisitos técnicos. Así se dispone en la actualidad, para los aparatos neurológicos sanitarios y para los moduladores cerebrales no sanitarios, por los arts. 8 y 9 RPS. Estas prohibiciones reducen el protagonismo de la autonomía de la voluntad, tanto de los proveedores como de los potenciales usuarios de los aparatos neurológicos[117]. Complementariamente, las reglas técnicas pueden ir acompañadas de instrumentos administrativos de *autorización, certificación o registro*, mediante los que se comprueba, antes de su uso, que un aparato neurológico (como un estimulador cerebral para combatir el dolor o un sistema de inteligencia artificial superficial apto para la manipulación cognitiva) es conforme con las reglas técnicas.

**79.** En paralelo, las leyes también pueden servirse de técnicas administrativas de *favorecimiento selectivo* de algunas concretas neurotecnologías: bien regulando el funcionamiento de entidades públicas (como los centros hospitalarios públicos), bien mediante subvenciones públicas a entidades públicas y privadas (como los proyectos de I+D+i). Ante riesgos más cualificados las leyes también pueden imponer *reservas*: exclusión de toda iniciativa o uso privado de concretas utilidades neurotecnológicas (como las que puedan amenazar directamente la seguridad nacional), o asignación excluyente de determinados usos o manipulación de neurotecnologías a concretos profesionales[118] (como médicos, enfermeros, farmacéuticos y otros especialistas con titulaciones de formación profesional de grado medio o superior). Estas últimas reservas profesionales o corporativas (el llamado "modelo médico") ciertamente que ayudan a evitar o mitigar ciertos riesgos neurotecnológicos. Pero no pueden utilizarse como panacea. El llamado "modelo médico" aporta la *ética médica* en el uso de la tecnología directamente relacionada con los seres humanos y complementa la autonomía del paciente, en contextos donde la relevancia de la intervención médica no puede legitimarse sólo con el consentimiento de la persona afectada[119]. Pero la ética

---

[117] Erica HARPER y Allan McCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation", cit. p. 3.

[118] Erica HARPER y Allan McCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation", cit. pp. 7 10 y 11. En relación con las neurotecnologías de bienestar (no sanitarias): Rafael YUSTE, *Neuroderechos*, cit., p. 298.

[119] Macario ALEMANY, "Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los "Wannabe". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18 (2014), pp. 231-248 (p. 237).

médica es un instrumento *más paliativo que estructural*[120], de ahí que no pueda actuar como instrumento jurídico único o determinante para la gestión de la neurotecnología, sino como un medio complementario, junto a otros (como las prohibiciones, los controles administrativos y los mandatos de transparencia) que directamente expresan la forma en que las comunidades políticas ponderan los riesgos y el interés general en torno a la neurotecnología.

**80.** Por último, las leyes pueden *prohibir* por completo algunos usos de la neurotecnología[121]. En estos casos, el libre consentimiento de la persona afectada nada aporta a la licitud de uso de la neurotecnología. Así ocurre, por ejemplo, con algunas prácticas de manipulación cerebral subliminal mediante sistemas de inteligencia artificial, que están por completo prohibidas por el art. 5.1 a) RIA[122]. El alcance de las posibles prohibiciones responde a las características y bienes jurídicos presentes en *cada sistema social funcional*. Así, y siguiendo el precedente de la manipulación genética[123], en el ámbito de la investigación las prohibiciones deben ser muy limitadas, en la medida en que aquí está presente el derecho fundamental a la libertad de creación científica y técnica (art. 20.1 b) CE) y los riesgos están en principio acotados a los propios confines de los experimentos o ensayos. En cambio, las prohibiciones pueden ser más amplias en otros ámbitos funcionales: por ejemplo, en el ámbito del bienestar, para la comercialización de artefactos neurológicos que, al tiempo que carecen de utilidad sanitaria, presentan riesgos relevantes para la salud, la intimidad o la integridad mental.

**81.** Aparte de los concretos mandatos, límites y prohibiciones específicos para cada ámbito funcional de uso de la neurotecnología, las leyes también establecen cuáles son las *organizaciones o sujeto*s encargadas de su cumplimiento. Cuando los mandatos jurídicos articulan relaciones entre diversos sujetos privados, como ocurre con las reglas de la responsabilidad patrimonial por productos defectuosos, las leyes pueden depositar en los propios interesados la facultad de exigir su cumplimiento, mediante *acciones judiciales civiles*. Aunque incluso en las relaciones horizontales, las leyes pueden encargar a la Administración y a la jurisdicción penal el cumplimiento de aquellos mandatos, cuando está en juego un interés público trascendente[124]. Así, por ejemplo, las prohibiciones de tratamiento de datos neuronales (*supra* § 41), que son universales y por tanto vinculan a empresas y personas físicas entre sí, cuentan con la Agencia Española de Protección de Datos como organización administrativa

---

[120] Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo*, cit., p. 337.

[121] Erica HARPER y Allan McCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation", cit., p. 6.

[122] Christoph BUBLITZ, Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, F. y Surjo R. SOEKDAR, S., "Implications of the novel EU IA Act for neurotechnologies", *Neuron*, núm. 112 (2024), pp. 3013-3016 (p. 3015).

[123] Carlos A. AMOEDO-SOUTO, "El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: desarrollos y perspectivas", cit., p. 97.

[124] Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sâo Paulo, 2014, p. 102.

para el cumplimiento de las obligaciones *inter privatos*. Algo similar podría decirse del Ministerio Fiscal y de los órganos judiciales para la persecución del delito de estafa (art. 248 del Código Penal) aplicable a la venta de aparatos que, aunque se anuncian como idóneos para la mejora cognitiva, o para el mejor descanso nocturno, son clara y probadamente inidóneos para tal fin. Otros mandatos normativos, como las normas administrativas que disciplinan la fabricación de productos comercializables en el mercado interior europeo, pueden activar *controles de entidades privadas* o cuasi privadas, como los "organismos notificados" característicos del Derecho europeo de la seguridad industrial [125].

**82.** Según lo dicho, el Derecho cuenta con diversos *instrumentos* para regular la neurotecnología. Y puede asignar a *distintos sujetos u organizaciones* el cumplimiento de los mandatos legales. Cada instrumento y organización de cumplimiento puede ser más o menos idóneo para cada sistema o ámbito funcional. Por eso, en cada uno de ellos se puede dar una *combinación diversa* de los distintos instrumentos normativos. Así, por ejemplo, en el ámbito científico la regulación legal de la neurotecnología descansa sobre el libre consentimiento de los sujetos sometidos a experimentos, la reserva de la experimentación a profesionales cualificados, y la dirección selectiva de la investigación mediante la financiación pública. En cambio, en el ámbito del bienestar tiene más peso la autonomía de la voluntad y la certificación de seguridad de productos a través de órganos públicos o de entidades privadas de certificación.

## 5. CONCLUSIÓN FINAL

**83.** En el último decenio se ha extendido rápidamente la percepción social de riesgo ante los avances de la neurotecnología, y ello ha provocado diversas propuestas de reconocimiento de nuevos derechos humanos o fundamentales (los neuroderechos) o la aprobación de nuevas leyes, sobre todo para proteger la privacidad de los datos neuronales. Aunque en ocasiones se ha criticado la diversidad, precipitación e incoherencia de todas estas propuestas [126], lo cierto es que, de forma natural, el Derecho tiende a dar *respuestas múltiples y diversas* a las preocupaciones sociales. Si bien no todas estas respuestas están llamadas a ser definitivas.

**84.** Una vez superado un primer estadio de respuestas inmediatas, motivadas por la percepción de riesgo inminente, el Derecho debe iniciar un camino más pausado y sistemático. Este camino debe transitarse bajo tres pautas metodológicas fundamentales: la *comunicación epistemológica* entre el Derecho, la neurología, la neurotecnología y la ética; el análisis del *Derecho vigente* como punto de partida, a fin de identificar sus posibles insuficiencias y las consiguientes mejoras normativas o interpretativas que puedan ser necesarias; y la articulación de las respuestas jurídicas

---

[125] Por todos: José Antonio CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 283.

[126] Diego BORBÓN, "Challenges of the inconsistent neurorights framework in Latin America", cit., pp. 1363-1365.

a través de un *catálogo estable de conceptos y criterios jurídicos* que permitan tanto analizar el Derecho vigente como impulsar la creación de un nuevo Derecho de la neurotecnología.

**85.** Al formar este catálogo estable de conceptos, es fundamental tener en cuenta, como punto de partida, que el Derecho contiene *múltiples instrumentos* disponibles, no sólo la creación de derechos subjetivos; y esos instrumentos se pueden utilizar de forma conjunta y complementaria. Para *cada ámbito de la realidad social* (investigación científica, sanidad, mercado de productos de bienestar, relaciones laborales, etc.), y en función de los riesgos y bienes jurídicos presentes en cada ámbito, convendrá utilizar unos u otros instrumentos jurídicos. De tal manera que, en algunos casos, la regulación jurídica podrá estar muy centrada en la autonomía de la voluntad o el libre consentimiento de las personas sobre las que actúen las neurotecnologías, pero otras veces serán convenientes controles administrativos complementarios, normas especiales de responsabilidad patrimonial, o penas y sanciones administrativas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA


Susie ALEGRE, "Rethinking freedom of thought for the 21st century", *European Human Rights Law Review*, núm. 3 (2017), pp. 222-223, DOI: 10.13140/RG.2.2.27905.07529.

Macario ALEMANY, "Las fronteras de la autonomía en el ámbito clínico: el caso de los "Wannabe". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18 (2014), pp. 231-248.

Enrique ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Carlos A. AMOEDO-SOUTO, "El Derecho administrativo español ante las neurociencias y el neuroderecho: desarrollos y perspectivas", *Ius et Scientia*, núm. 4-1 (2018), pp. 84-106.

Juan Luis ARSUAGA, *Vida, la gran historia*, Destino, Barcelona, 2019.

Ulrich BECK, *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998 (traducción del original alemán, de 1986)

Cristina BLASI CASAGRAN, "Neurotechnology and human rights in Europe: Towards a legal-neuroethical framework", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 71 (2025), pp. 68-82 (p. 71). DOI: 10.58992/rcdp.i71.2025.4468.

Marc J. BLITZ, "Freedom of Thought for the Extended Mind: Cognitive Enhancement and the Constitution", *Wisconsin Law Review* (2010), pp. 1050-1117.

Diego BORBÓN, Luisa BORBÓN, Ximena MORA-GÓMEZ, Sandra VILLAMIL-MAYORAL, "El preocupante clausulado de la Ley Modelo de Neuroderechos del Parlatino", *IUS ET SCIENTIA*, núm. 9-2 (2023), pp. 228–260. doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i02.11.

Diego BORBÓN, "Challenges of the inconsistent neurorights framework in Latin America", *Nature Neuroscience*, núm. 28, julio de 2025, pp. 1363-1365.

Christoph BUBLITZ, "Novel Neurorights: From Nonsense to Substance", *Neuroethics*, núm. 15: 7 (2022), pp. 1-15 (p. 12). doi.org/10.1007/s12152-022-09481-3.

Christoph BUBLITZ, Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, y Surjo R. SOEKADAR, "Implications of the novel EU IA Act for neurotechnologies". *Neuron*, núm. 112 (2024), pp. 3013-3016.

Christoph BUBLITZ, Philipp KELLMEYER y Fruzsina MOLNÁR-GÁBOR, "Brain Stimulation May Be a Subliminal Technique Under the European Union´s Artificial Intelligence Act", *European Journal of Neuroscience*, núm. 61 (8), pp. 1-4.

Luis CARRETIÉ ARANGÜENA, *Anatomía de la mente*, 4ª ed., Pirámide, Madrid, 2024.

José Antonio CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

César CIERCO SEIRA, "El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español", *Revista de Administración Pública*, núm. 163 (2004), pp. 73-125. https://doi.org/10.1111/ejn.70115.

Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, *Directrices éticas para una IA fiable*, Oficina de Publicaciones, 2019, https://data.europa.eu/doi/10.2759/14078

Adela CORTINA, "Los desafíos éticos del transhumanismo", *Pensamiento*, núm. 78 (2022), pp. 472-483. DOI: 10.14422/pen.v78.i298.y2022.009.

Antonio DAMASIO, *Inteligencia natural y la lógica de la consciencia*, Destino, Barcelona, 2025.

Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "Derechos y libertades y neurotecnologías convergentes aplicadas a la actividad cerebral", *Derecho Digital e Innovación*, núm. 18 (2023), pp. 1-20.

Iñaqui DE MIGUEL BERIAN, "La aplicabilidad del Reglamento de inteligencia artificial al ámbito salud y especialidades respecto de su cumplimiento", en Lorenzo COTINO HUESO y Pere SIMÓN CASTELLANO, *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, 2024, pp. 337-349.

Antonio DIÉGUEZ, *Pensar la tecnología*, Madrid, Shackleton, 2024.

Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- Sâo Paulo, 2018.

Silvia DÍEZ SASTRE, "La tópica como método en el Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 1 (2020), pp. 363-396. DOI: 10.37417/RPD/vol_1_2020_31

David EAGLEMAN, *Una red viva*, Anagrama, Barcelona, 2024.

José ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho,* Ariel, Barcelona, 1999

Nita A. FARAHANY, "The costs of changing our minds", *Emory Law Journal*, núm. 69-1 (2019) pp. 75-110.

Nita A. FARAHANY, *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*, St. Martin's Press, 2023.

Joseba FERNÁNDEZ GAZTEA, "Concepto y funciones de la tópica en el Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), pp. 51-72. DOI: 10.37417/RPD/vol_2_2020_340.

Jared GENSER, Stephanie HERRMANN y Rafael YUSTE, "International Human Rights Protection Gaps in the Age of Neurotechnology" (Neurorights Foundation). *Inquiry into Australia's Human Rights Framework*, aportación núm. 317 (2022).

Ángel GÓMEZ DE ÁGREDA, A., «La exclusión de los sistemas de inteligencia artificial de seguridad nacional, defensa y militares del Reglamento y el Derecho aplicable», en Lorenzo COTINO HUESGO y Pere SIMÓN CASTELLANO, *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 136-148.

María Remedios GUILABERT VIDAL, "Interfaces cerebro-computador: protección de los neurodatos a través de los neuroderechos y de la responsabilidad civil del art. 82 del RGPD", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ y Pedro José FEMENÍA LÓPEZ (coordinadores), *Inteligencia artificial y derecho de daños: cuestiones actuales*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 319-352.

Erica HARPER y Allan MCCAY, "Neurotechnology. Integrating Human Rights in Regulation". *The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights*, 2025, pp. 1-20.

Ana Isabel HERRÁN ORTIZ, "A vueltas con los derechos: ¿es tiempo de configurar nuevos derechos constitucionales en España?", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 38 (2023), pp. 139-166.

Karen HERRERA-FERRÁ, José M. MUÑOZ, Anahiby BECERRIL et alter, "The regulation of neurotechnology: the neurorights bill in Mexico", *The Lancet Psychiatry*, núm. 12-2 (2024). doi.org/10.1016/S2215-0366(24)00286-4.

Karen HERRERA-FERRÁ, José M. MUÑOZ y Humberto NICOLINI, "Bases y estado actual de la neuroética", en Karen Herrera-Ferrá el alter, Neuroética, *Neurotecnología e IA. Trayectorias y desafíos en Iberoamérica*, Aranzadi, Las Rozas, 2025, pp. 25-40.

Nora HERTZ, „Neurorechte" – Zeit für neue Menschenrechte? *Freiburger Informationspapiere zum Völkerrecht und Öffentlichen Recht*, núm. 2/2023, Universität Freiburg, 2023, pp. 1-26.

Nora HERTZ, "Neurorights – Do we need new human rights? A reconsideration of the right to freedom of thought", *Neuroethics*, núm. 16: 5 (2023), pp. 1-16. DOI: 10.1007/s12152-022-09511-0.

Marcello IENCA, Fabrice JOTTERAND y Bernice ELGER, "From Healthcare to Warfare and Reverse: How Should We Regulate Dual-Use Neurotechonology?, *Neuron*, núm. 97 (2017), pp. 269-274. DOI: 10.1007/s11948-017-9976-1.

Marcello IENCA y Roberto ANDORNO, "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology", *Life Sciences, Society and Policy,* núm. 13-5 (2017), pp. 1-27. DOI: 10.1186/s40504-017-0050-1.

Marcello IENCA, Fabrice JOTTERAND y Bernice S. ELGER, "From Healthcare to Warfare and Reverse: How Should We Regulate Dual-Use Neurotecnhology", *Neuron*, núm. 97 (2018), pp. 269-274. DOI: 10.1016/j.neuron.2017.12.017.

Fiacro JIMÉNEZ PONCE, Ylián RAMÍREZ TAPIA y Karen HERRERA-FERRÁ, "Terapias físicas en trastornos psiquiátricos", en Karen HERRERA-FERRÁ et alter, *Neuroética, Neurotecnología e IA*, Aranzadi, Las Rozas, 2025, pp. 97-126.

Petra KAUCH, *Gentechnik*, C.H. Beck, München, 2009

Erin M. KUNZ, Benyamin MESCHEDE-KRASA, Foram KAMDAR et alter, "Representation of verbal thought in motor cortex and implications for speech neuroprostheses", *BioRxiv*, 5 de octubre de 2024. DOI: https://doi.org/10.1101/2024.10.04.616375.

Harry LAMBERT, "Neurotechnologie and the Law", *New Law Journal*, 7 de junio de 2024, pp. 18-21.

Neil LEVY, *Neuroethics. Challenges for the 21st Century*, Cambridge University Press, New York, 2010.

Sjors LIGTHART, Thomas DOUGLAS, Christoph BUBLITZ, Tijs KOOIJMANS, Gerben MEYNEN, "Forensic Brain-Reading and Mental Privacy in European Human Rights Law: Foundations and Challenges", *Neuroethics*, núm. 14 (2021), pp. 191–203. DOI: 10.1007/s12152-020-09438-4.

Sjors LIGTHART, Marcello IENCA, Gerben MEYNEN et alter, "Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, núm. 32:4 (2023), pp. 461–481. DOI: 10.1017/S0963180123000245.

Kaylo LITTLEJOHN, Cheol Jun CHO, Jessie R LIU et alter, "A streaming brain-to-voice neuroprosthesis to restore naturalistic communication", *Nature Neuroscience*, núm. 28 (2025), pp. 902-912. https://doi.org/10.1038/s41593-025-01905-6

Niklas LUHMANN, *Systemtheorie der Gesellschaft*, 2ª ed., Suhrkamp, Berlin, 2018.

Catriona MACKENZIE y Mary WALKER, "Neurotechnologies, Personal Identity, and the Ethics of Authenticiy", en Jens CLAUSEN y Neil LEVY (editors), *Handbook of Neuroethics*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 373-392

Simon MCCARTHY-JONES, "The autonomous mind: the right to freedom of thought in the twenty-first century", *Frontiers of Artificial Intelligence*, núm. 2 (2019), pp. 1-17.

Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sâo Paulo, 2016

Reinhard MERKEL, "Neurolaw: Introduction", en Jens CLAUSEN y Neil LEVY, *Handbook of Neuroethics*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 1269-1278.

Bárbara G. MONTERO, *Filosofía de la mente*, Erasmus, Córdoba, 2024.

Elisa MOREU CARBONELL, "The Regulation of Neuro-Rights", *European Review of Digital Administration & Law*, núm. 2-2 (2021), pp. 149-162.

José M. MUÑOZ y José Angel MARINARO, "Neurorights as reconceptualized human rights", *Frontiers in Political Science*, núm. 5-1322922, 15 de diciembre de 2023, pp. 1-5. doi.org/10.3389/fpos.2023.1322922.

Siobhán O´SULLIVAN et alter, *Rapporteur report. Neurotechnologies and human rights framework. Do we need new rights?* Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health (CDBIO), Council of Europe, 2021, pp. 31-32.

Mercedes PÉREZ MANZANO, "Justicia penal y neuroderechos", en Noelia CORRAL MARAVER et alter, *Libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 329-348.

Arjun RAMAKRISHNAN, Peter J. IFFT, Miguel PAIS-VIEIRA et alter, "Computing Arm Movements with a Monkey Brainet", *Scientific Reports,* artículo núm. 10767 (2015). doi.org/10.1038/srep10767.

Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS, Berta MARTÍN JIMÉNEZ et alter, "Gobernanza, cumplimiento normativo e investigación biomédica clínica: el caso de los comités de la investigación de la Comunidad de Madrid"*, Revista de Bioética y Derecho*, núm. 61 (2024), pp. 139-152.

Nuria RECHE TELLO, *Mens Iura Fundamentalia: la neurotecnología ante la Constitución*, Colex, A Coruña, 2024.

José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, "Los hechos en el Derecho administrativo del riesgo", *InDret*, núm. 4 (2025), pp. 370-411. DOI: 10.31009/InDret.2025.i4.12.

Mariola RODRÍGUEZ FONT, "Actividad de ordenación y control", en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2025, pp. 555-579, p. 561 § 17. DOI: https://doi.org/10.37417/ManDerAdm/L20.

Göran ROLLNERT-LIERN, *Los neuroderechos y la libertad de pensamiento*, Dykinson, Madrid, 2024.

Francisco RUBIO LLORENTE, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Wrye SENTENTIA, "Neuroethical Considerations: Cognitive Liberty and Converging Technologies for Improving Human Condition", *Annals of New York Academy of Science*, núm. 1013 (2006) DOI: 10.1196/annals.1305.014.

John Jamieson SMART, "Sensations and Brain Processes", *The Philosophical Review*, Vol. 68, No. 2. (1959), pp. 141-156.

Mauricio SUÁREZ, *Filosofía de la ciencia. Historia y Práctica*, Madrid, Tecnos, 2019.

Jesús TAHIRÍ MORENO, "El marco regulatorio de las neurotecnologías innovadoras en el mercado único europeo y su impacto en la protección de la salud: ¿Hacia la articulación de una legislación armonizada que regule la neurotecnologías de forma integral", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XXV (2024), pp. 299-328.

UNESCO, *Draft Recommendation on the Ethics of Neurotechnology* (SHS/BIO/REC-NEURO/2025), p. 18 § 106.

Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho público más Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, São Paulo, 2014, p. 102.

Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2020.

Francisco VELASCO CABALLERO, "Cognitive Psychology, Automatic Thinking and Administrative Law Teaching", *European Review of Public Law (ERPL/REDP)*, vol. 33-1 (2021), pp. 184-214.

María Luisa VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014.

Anna WEXLER y Peter B. REINER, "Oversight of direct-to-consumer neurotechnologies". *Science*, 363 (6424), 2019, pp. 234-235. DOI: 10.1126/science.aav0223.

Rafael YUSTE, Sara GOERING *et alter* "Four ethical priorities for neurotechnologies and AI", *Nature*, núm. 551 (2017), pp. 159-164. DOI:10.1038/551159Aa.

Rafael YUSTE, *El teatro del mundo*, Paidós, Barcelona, 2024.

Rafael YUSTE, *Neuroderechos. Un viaje hacia la protección de lo que nos hace humanos*, Paidós, Barcelona, 2025.

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 155-188
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3352
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Nuria Ruiz Palazuelos
ISSN: 2695-7191
Recibido: 09/02/2026 | Aceptado: 03/03/2026

# DERECHO Y LITERATURA. UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO PÚBLICO

## LAW AND LITERATURE: A REFLECTION FROM THE PERSPECTIVE OF PUBLIC LAW

Nuria Ruiz Palazuelos
Profesora Titular de Derecho administrativo
de la Universidad de Cantabria*

**RESUMEN:** El movimiento *Law and literature* ha adquirido una fuerza y proyección destacadas en la doctrina académica de los Estados Unidos. Los estudios que se ocupan de esta cuestión suelen adoptar tres perspectivas de análisis: el derecho *en* la literatura, el derecho *de* la literatura y el derecho *como* literatura. El presente estudio aborda las tres perspectivas, especialmente desde el Derecho público, con particular detenimiento en la última de ellas, que plantea la relación entre derecho y literatura desde un punto de vista ontológico. Si derecho y literatura son las dos grandes *ficciones* humanas que crean mundos a través de palabras, ¿es posible ver en el derecho *una forma más* de literatura? ¿Cuál es el interés que puede tener para el jurista el análisis de las obras literarias? En este trabajo se sostiene que, aunque norma y relato no son realidades intercambiables, el relato juega un papel esencial en el proceso de aplicación de la norma e incluso puede condicionar su validez y eficacia, además de su legitimidad. Un aspecto en el que la literatura ofrece grandes lecciones al jurista, porque la cuestión de la legitimidad se resuelve siempre en el plano metajurídico de los valores que se forjan a través de palabras.

**PALABRAS CLAVE:** derecho; literatura; ficciones; democracia; relato; validez; metodología.

---

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia sobre Derecho y literatura presentada en el XXV Seminario Teoría y Método, celebrado el 28 de noviembre en Córdoba. Quisiera en este momento agradecer a los organizadores del seminario y, en particular, a los profesores Antonio Bueno y Nuria Magaldi por la invitación a participar en este encuentro, así como a todos los asistentes que, con sus interesantes intervenciones, contribuyeron a enriquecer el debate y reflexiones sobre este tema. También quiero agradecer a los evaluadores de esta revista por sus sugerencias y apreciaciones sobre la cuestión.

**ABSTRACT:** The Law and Literature movement has attained considerable influence and visibility within academic legal scholarship in the United States. Research in this field has traditionally developed around three principal analytical perspectives: law in literature, law of literature, and law as literature. The present study examines the three perspectives from the standpoint of Public Law in particular, with special emphasis on the last of these, which approaches the relationship between law and literature from an ontological perspective. If law and literature constitute the two major human fictions through which worlds are constructed by means of language, it is legitimate to ask whether law may be regarded as yet another form of literature. Moreover, what relevance does the analysis of literary works hold for legal scholarship? This study argues that, although legal norms and narrative structures are not interchangeable, narrative plays a fundamental role in the application of legal norms and may even shape their validity, effectiveness, and legitimacy. In this respect, literature offers valuable insights for legal scholars, particularly insofar as questions of legitimacy are invariably resolved at the metajuridical level of values articulated and consolidated through language.

**KEYWORDS:** law; literatura; fictions; democracy; narrative; validity; methodology.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL DERECHO *EN* Y *DE* LA LITERATURA: 2.1. El derecho en la literatura; 2.2. El derecho de la literatura.— 3. EL DERECHO *COMO* LITERATURA: 3.1. El discurso del derecho; 3.2. El discurso sobre el derecho.— 4. CONCLUSIONES.— 5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

*En el principio fue la ficción*. Cuando el mundo era tan joven que apenas despertaba de su oscuridad, entre las primeras luces de una hoguera, había ficciones. En el lejano cielo de Babilonia, hace más de cuatro mil años, se grabó en una tablilla de arcilla lo que durante muchos años fueron misteriosos signos cuneiformes que, en verdad, narraban una ficción, la del rey Gilgamesh. Las ficciones —y la palabra que en ellas se expresa— siempre han tenido algo de conjuro, un poder de transformar la realidad, de crear una nueva, algo que los egipcios sabían muy bien. Y, por eso, al narrador se le ha tenido a menudo por hechicero. No otra cosa era Scherezade.

Las ficciones han permitido al ser humano vivir más allá de sí mismo, trascender su limitada individualidad y hacerlo colectivamente. Solo a través de la ficción perviven las ideas. Por eso escribe Magris que los fundadores de religiones y creadores de ética *necesitan de la literatura*; narran parábolas, porque sólo a través de ellas las verdades abstractas se transforman en épicas narraciones de la vida, que de otro modo morirían inmediatamente[1]. Son antídotos contra el olvido. Es posible que no todo el mundo recuerde a Demóstenes; todos sabemos quién fue Odiseo. El tiempo ha podido sepultar pueblos, civilizaciones enteras, enterradas por la arena y de las que apenas conservamos algunas noticias más o menos vagas. Las ficciones, en cambio, —valga la ficción— *han desafiado a Saturno* y conservan la misma e inagotable fuerza de hace siglos. Hay en ellas algo más verdadero y perdurable que los hechos reales en

[1] Claudio MAGRIS, *Literatura y Derecho. Ante la Ley*, Sexto Piso, Madrid, 2008, p. 34.

sí mismos y por eso los tiranos han temido siempre a los fabuladores o creadores de historias, porque conocen el poder de los relatos.

De entre todas las ficciones que rodean la vida humana hay dos que se tejen con los mismos hilos: literatura y derecho. Ambas se sirven de palabras, viven a través de las palabras[2]. Las palabras esculpen un poema del mismo modo que componen una norma y en el empleo del *mot juste* se resuelve en buena medida la batalla del derecho y la grandeza de una obra literaria. Porque las palabras también pueden ser esquivas y traidoras. Camus lo expresó muy bien al referirse al trabajo de Parain: basta con que el lenguaje carezca de sentido para que el mundo devenga absurdo. La ineficacia de las palabras conduce a nuestra definitiva ceguera y mal nombrar una cosa es contribuir a la miseria del mundo[3]. Precisamente en aquel trabajo, el mismo Camus afirma que lo que caracterizó su siglo no fue tanto tener que reconstruir el mundo como tener que *repensarlo*, lo que era tanto como *darle su propio lenguaje*. Así, los grandes movimientos políticos y artísticos de su época fueron, sobre todo, *cuestionamientos del lenguaje*, como ocurrió con el surrealismo[4]. En esta tarea de repensar o recrear el mundo a través del lenguaje, arte y derecho o, si se quiere, derecho y literatura, guardan muchas más similitudes de las que pudiera parecer a simple vista.

Así, pues, de ficciones tratan las siguientes páginas. Más precisamente, de las conexiones que existen entre dos de las grandes ficciones que *repiensan el mundo a través de palabras*, el derecho y la literatura.

En 1973 se publicó en Estados Unidos un libro firmado por Boyd White que asume, justamente, esta peculiar manera de entender el Derecho: *The legal imagination*[5]. Concebido para los estudiantes universitarios, el autor plantea la idea de que el derecho es un lenguaje que se aproxima a la literatura y destaca el papel que la retórica juega en la argumentación jurídica. Frente a ciertas teorías derivadas del pensamiento positivista que contemplan el lenguaje como algo neutral y casi objetivo, White entiende, en la línea de las tesis defendidas por Wittgenstein, que el lenguaje del que se sirve el Derecho es algo vivo, cuyo significado y alcance depende de muchas variables sociales y culturales, así como de la experiencia personal de cada individuo[6]. Siguiendo este planteamiento, el autor concibe el derecho como un

---

[2] Sobre esta cuestión: Pablo MEIX CERECEDA, *Lenguaje, poder y Derecho en la edad de la información*, Iustel, Madrid, 2025, p. 26.

[3] Albert CAMUS, «Sur une philosophie de l'expression», en *Oeuvres completes,* V.I, Gallimard, Paris, 2006. [traducción propia]. Disponible en línea en: *https://www.ttoarendt.com/2020/10/mal-nommer-un-objet-c-est-ajouter-au-malheur-de-ce-monde.html*

[4] *Ibíd*.

[5] James BOYD WHITE, *The legal imagination. Studies of the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Company, Boston, 1973. La edición que aquí manejo es, no obstante, la de 1985: James Boyd White, *The legal imagination*. Abridged edition, University of Chicago Press, 1985. Véase asimismo la entrevista realizada al autor por Carlos SÁNCHEZ MORENO, «An interview with James Boyd White, pioneer of the discipline 'Law and Literature'», en *Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía*, núm. 4, 2025.

[6] Sobre el pensamiento de White, véase Teresa ARSUAGA, «La literatura en la formación de jueces y abogados», en *Anuari de Filología. Estudis de lingüística*, 7/2017, pp. 125-148.Vid, igualmente: María

fenómeno lingüístico que se integra en un modelo cultural en sentido amplio y que puede verse enriquecido con el estudio de la literatura[7]. En su libro, White propone una serie de textos literarios de Twain, Dickens, Shakespeare o Conrad, entre otros, que acompañan su análisis.

El libro de White no es, ciertamente, el primero que se interesa por las relaciones entre literatura y derecho[8], pero suele considerarse precursor de un movimiento que conoció una notable repercusión en Estados Unidos, el movimiento *Law and literature*. Antes que él, Wigmore había publicado en 1908 una *lista* de novelas que reflejaban temas del mundo jurídico (*A list of Legal Novels*[9]). Y en los años 20 el juez de la *Supreme Court* de Estados Unidos, Cardozo, había unido estrechamente derecho y literatura al destacar el aspecto literario de los pronunciamientos judiciales y la importancia del estilo, no tanto por adorno sino porque, como más tarde apuntara Weisberg, «el estilo controla el significado, no se añade por diversión»[10].

¿Por qué, entonces, el libro de White? Porque a partir de ese momento, lo que habían sido estudios más o menos aislados alcanzan una fuerza y proyección inusitadas en la doctrina jurídica e incluso se hacen un hueco en los planes de estudio de las facultades de Derecho norteamericanas. Después de White, las reflexiones sobre derecho y literatura no solo se intensifican, sino que adquieren unas dimensiones teóricas que acaso ni sospechaban los primeros teóricos de la materia. La literatura se convierte en un espejo en el que el derecho se mira, pero la imagen que resulta no siempre es complaciente. Se abre un debate: la literatura ofrece la ocasión única para un cuestionamiento profundo del sistema jurídico y político desde el punto de vista democrático[11]. Y este cuestionamiento da lugar a diferentes teorías de la interpretación jurídica.

Una de las principales voces que resuenan en este coro es la de Weisberg, cuyas reflexiones sobre derecho y literatura están marcadas por una fuerte perspectiva ética. El régimen francés de Vichy sirve al autor para ilustrar su razonamiento y mostrar el injusto resultado a que puede conducir una actitud irreflexiva por parte de quienes aplican el

---

JIMENA SÁENZ, «¿Qué puede aprender el derecho de la literatura?»: Notas sobre la importancia de la discusión derecho/literatura en el pensamiento jurídico», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 82, 2019, pp. 437-454.

[7] *Ibíd.*, pp. 129-130.

[8] En Europa, es obligado referirse a los estudios de Hans FEHR, como *Das Recht in der Dichtung*, A. Francke AG Verlag, Berna, 1931; y *Die Dichtung im Recht*, Francke, Berna, 1936, en los que se realiza un análisis de la Historia del Derecho a través de las fuentes literarias. Asimismo, en el ámbito español se puede destacar el trabajo del civilista Juan Ossorio Morales, que abordó un análisis de la práctica jurídica en el Siglo de Oro: Juan OSSORIO MORALES, *Derecho y literatura*, Universidad de Granada, Granada, 1949. También en el ámbito italiano pueden citarse los trabajos de Ferruccio PERGOLESI, como «Il diritto nella letteratura», en *Archivio giuridico*, Modena, 1927 y de Antonio D'AMATO: *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milán, 1936.

[9] John H. WIGMORE, «A list of Legal Novels», en *Illinois Law Review*, núm. 2., 1908, pp. 574-593.

[10] Benjamin CARDOZO, «Law and Literature», en *The Yale Review*, núm.14, 1925, pp. 699-718. Sobre el trabajo de Cardozo, véase: Richard WEISBERG, «Cardozo's "Law and literature": A guide to his judicial writing style», en *Touro Law Review*, vol. 34, n. 1, art. 21, 2018, pp. 349-358.

[11] Sobre esta dimensión, *vid.*, Arnaud COUTANT, «Droit et littérature, un mouvement juridique et démocratique», en *Droit et littérature*, Cradpec núm. 4, Mare et Martin, Paris, 2015, pp. 32-41.

derecho. Según el autor, la adhesión casi unánime de los juristas franceses a la doctrina de las leyes de Vichy no se debió tanto al antisemitismo de sus aplicadores como a una particular lógica profesional cartesiana a la hora de aplicar las normas, entre otras razones[12]. El jurista ha de estar, por tanto, en condiciones de formular su desacuerdo frente a este tipo de situaciones y para ello la literatura ofrece un aprendizaje fundamental[13].

Weisberg se sirve de la literatura para mostrar que el jurista, a través de su retórica y habilidad profesional, puede deformar los hechos y la ley a su conveniencia[14]. Esta idea se aprecia bien en la lectura que hace de la obra de Herman Melville, *Billy Budd, Sailor*[15]. En realidad, a través de su análisis Weisberg efectúa un cuestionamiento del sistema desde el punto de vista democrático y una profunda crítica de la situación de dominación en que puede encontrarse el individuo frente a las estructuras de poder, políticas y económicas[16]. Excelente caldo para la polémica. Y he aquí que entra en escena otra de las figuras representativas de este movimiento, Posner, para combatir los argumentos de aquel. El profesor de Derecho en la Universidad de Chicago[17] se opone frontalmente a la tesis de Weisberg, que llega a ver como un riesgo para la democracia norteamericana[18].

Así, pues, lo que pudiera parecer un inofensivo movimiento con fines casi lúdicos se convirtió en un debate con un importante trasfondo político que llegó incluso a tener proyección en *The New York Times*. Un debate que enfrenta distintas formas de entender la democracia y la hermenéutica jurídica. Entre las teorías de la interpretación que se apoyan en la analogía entre derecho y literatura destaca, precisamente, la famosa visión constructiva de la interpretación de Dworkin, criticada por Fish[19], que defiende que todas las proposiciones jurídicas son proposiciones interpretativas —incluso la identificación del propio objeto a interpretar— y que la interpretación literaria y jurídica se pueden explicar de la misma manera: ambas presuponen una previa idea de lo que es y para qué sirve el arte o el derecho[20]. La identificación entre

---

[12] Vid., en este sentido, Richard WEISBERG, *Vichy Law and the Holocaust*, New York University Press/ Harwood Academic Publishers, 1996, p. 4.

[13] Anne SIMONIN, «Mais qui est Richard H. Weisberg? Droit et Littérature: nouvelles réflexions sur la question juive», en *Raisons politiques*, núm. 27, 2007, p. 12.

[14] Richard WEISBERG, «Law in and as Literature: Self-Generated Meaning in the "Procedural Novel" », en Clayton Koelb y Susan Noakes (ed.), *The Comparative Perspective on Literature*, Cornell University Press, New York, 1988, p. 224-232.

[15] Vid. Richard WEISBERG, *The failure of the word. The protagonist as lawyer in modern fiction*, Yale University Press, 1984, pp. 131 y ss.

[16] Sobre esta cuestión: Arnaud COUTANT, «Droit et littérature…», *op. cit.*, pp. 39-41.

[17] Además de juez y economista. De hecho, Posner es también un conocido representante del movimiento del análisis económico del Derecho.

[18] Arnaud COUTANT, «Droit et littérature…», *op. cit.*, p. 40.

[19] Stanley FISH, «Working on de Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism», en *Critical Inquiry*, 9, pp. 201-216.

[20] Ronald DWORKIN, «How law is like literature», en *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985, pp. 146-166. Según la hipótesis valorativa de Dworkin, dos proposiciones interpretativas están en desacuerdo porque presuponen distintas teorías sobre qué es arte o derecho y sobre qué hace que un objeto de interpretación sea mejor que el

derecho y literatura llevó al propio Dworkin a concebir el derecho como una novela en cadena (*chain novel*), elaborada por una pluralidad de actores, los jueces, que, a partir del precedente construyen un sistema dinámico. En su razonamiento, Dworkin se sirve del conocido *Cuento de Navidad* de Dickens[21].

El movimiento Derecho y literatura es, pues, vasto y conoce múltiples derivaciones. A través de los años, los trabajos que se han ocupado de estas cuestiones han tocado planos muy distintos y cada uno ha encontrado en la literatura en cierto modo lo que buscaba encontrar. Así, Nussbaum y su obra *Poetic Justice*[22] pone el acento en la empatía que proporciona al juez la literatura. Algunos autores han afirmado que el derecho, como la literatura, tiene una naturaleza esencialmente narrativa, es ante todo un *relato*. Tal es la posición, por ejemplo, de Cover[23], Baron o Epstein[24]. Partiendo de esta premisa, la cuestión que algunos autores se plantean es la del *silencio* de esta narración en relación con la palabra de las minorías u oprimidos.

Estos enfoques tan diversos, enredan en cierta medida el análisis que podríamos realizar en este trabajo. La cuestión casi adopta la forma de un laberinto *borgiano*. En este *jardín de senderos que se bifurcan*, los autores suelen proponer tres perspectivas de análisis: el derecho *en* la literatura, el derecho *como* literatura y el derecho *de* la literatura[25]. Bien observadas, estas bifurcaciones podrían reconducirse a dos, en realidad. La primera tomaría el derecho y la literatura como realidades distintas la una de la otra y permite explorar las relaciones que entre ellas pueden surgir (así, el derecho como objeto de la literatura o la literatura como objeto del derecho). La segunda se refiere propiamente a la ontología del derecho y podría resumirse en el siguiente interrogante: ¿no son, en el fondo, realidades similares? ¿Es posible ver en el derecho *una forma más* de literatura?

El análisis de las siguientes páginas pretende recorrer estos senderos con especial detenimiento en la perspectiva que aporta el Derecho público. Es cierto que el movimiento *Law and Literature* tiene carácter transversal y no es exclusivo de una rama del derecho. Es más, los trabajos que han abordado esta materia se han centrado sobre todo en cuestiones de Derecho penal, Historia del Derecho o Filosofía del Derecho. Los estudios que abordan las conexiones del Derecho público con la literatura son escasos, aunque existen ejemplos muy notables no lejos de nuestras fronteras; valga como

---

otro: Pablo BONORINO, «El Derecho como literatura en la estrategia antipositivista de Ronald Dworkin», en *Ivs Fvgit*, 26-27, 2023-2024, pp. 9-32.

[21] Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1986, pp. 232-238.

[22] Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice*, Beacon Press, Boston, 1995.

[23] Robert COVER, «Nomos and Narrative» en The Supreme Court 1982, *Harvard Law Review*, núm. 97, 1983, pp. 4-68.

[24] Jane B. BARON y Julia EPSTEIN, «Is Law narrative? », en *Buffalo Law Review*, vol. 45, 1997, pp. 141-187.

[25] Cfr. François OST, «El reflejo del Derecho en la literatura», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp. 334-335. La editorial Marcial Pons, en la que esta Revista se encuadra, tiene, por cierto, una reciente colección titulada "Derecho y Literatura", que distingue estas tres perspectivas de análisis.

muestra la obra de Vandelli, *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*[26] o el libro colectivo en lengua francesa *Les racines littéraires du droit administratif*, prologado por Ost, al que me referiré a lo largo de estas páginas[27]. En España, sin embargo, la perspectiva de análisis que ofrece el Derecho público apenas ha sido explorada, a pesar del interés creciente de la doctrina por las relaciones entre derecho y literatura[28]. Esta es la razón por la que, sin perjuicio de que muchas de las ideas expresadas en este estudio tengan carácter transversal, la perspectiva principal de análisis es la del Derecho público —y el Derecho administrativo—, lo que se observará tanto en los ejemplos y referencias utilizadas —especialmente en la última parte del trabajo— como en el menor desarrollo de algunas cuestiones, como los derechos de autor. Entiéndase ello, por tanto, como una elección deliberada y ajustada al objeto de esta revista.

## 2. EL DERECHO *EN* LA LITERATURA Y EL DERECHO *DE* LA LITERATURA

Derecho y literatura pueden ser estudiadas como dos realidades distintas que, no obstante, se miran continuamente la una a la otra. La suya es una relación de permanente tensión. Se buscan, se saludan; en ocasiones se niegan. La literatura recurre al derecho de manera constante. Lo hace para aplaudirlo, para celebrarlo. Incluso desde el punto de vista formal, el lenguaje jurídico ha atraído al literato por su precisión y exactitud, como dejó escrito Stendhal[29]. Pero la literatura también observa al derecho con un ojo severo y puede destapar su cara menos amable. Igualmente, el derecho va al encuentro de la literatura, la invita a veces a pasar a su casa, le da cobijo y protección, le ofrece *una habitación propia*; otras veces le cierra sus puertas y le muestra sus *dents de loup*: conocida es la interminable historia de la censura.

### 2.1. El derecho en la literatura

Nadie ha sabido reflejar mejor las insuficiencias, contradicciones y fallos del sistema jurídico que los escritores a través de sus obras literarias. Desde antiguo, la literatura ha

---

[26] Luciano VANDELLI, *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura* (traducción de Manuel Díaz González), Iustel, Madrid, 2015.

[27] Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2021.

[28] Buena muestra de este creciente interés doctrinal por la materia es la aparición en los últimos años de agrupaciones, foros y revistas especializadas, como la Asociación Española de Derecho y Literatura, la Revista *Ius fugit. Revista de Cultura Jurídica*, la *Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía* o *Cultus et Ius. Revista de Derecho, Cultura y Bellas Artes*.

[29] «*En composant la Chartreuse, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil*» (Al escribir *La cartuja de Parma*, para tomar el tono, leía cada mañana dos o tres páginas del Código civil): STENDHAL, *Lettre a Balzac de 16 de octubre de 1840*, en *Correspondance* (1836-1842), vol. X, Le divan, Paris, 1933-1934, p.282. Disponible en línea en la base de datos *Gallica* de la *Bibliothèque Nationale de France*.

planteado con especial agudeza buena parte de los debates filosóficos que subyacen al fenómeno jurídico y que han sido objeto de cavilaciones por los teóricos del derecho. La literatura se ha acercado a estos problemas con una precisión que a veces falta a la abstracción filosófica. Tal vez por eso decía Tabucchi en su gran novela *Sostiene Pereira* que «la filosofía parece ocuparse sólo de la verdad, pero quizá no diga más que fantasías, y la literatura parece ocuparse sólo de fantasías, pero quizá diga la verdad»[30].

Pensemos un momento en el enfrentamiento entre el derecho positivo y otros valores metajurídicos —éticos, divinos o de otro tipo—. Un tema que ha atravesado la filosofía jurídica y sobre el que la doctrina parece haber escrito todo sin haber, pese a ello, agotado nada. Es el dilema que se plantea a Antígona en la tragedia de Sófocles. La ley de Creonte sitúa a la protagonista ante la disyuntiva de acatar un cuestionable mandato real o desobedecerlo y dar sepultura religiosa al cuerpo inerte de su hermano. Su trágica decisión la expulsó al fondo de una fosa. Antígona es un símbolo de la resistencia a la tiranía y a las leyes injustas[31], su historia cuenta un tema universal, se repite en cada época siempre que una muchacha de Londres o de Rotterdam busca entre los escombros a un hermano muerto[32]. Póngase el nombre que se prefiera: ética, moral, valores humanos, leyes no escritas de los dioses, justicia…La encrucijada es similar y la literatura vuelve sobre ella a través de las épocas.

Dostoievski planteará la cuestión en la mente de Raskólnikov con renovado misticismo[33]. Es cierto que el dilema que se plantea el estudiante ruso no coincide estrictamente con el de la heroína tebana; en el caso de Raskólnikov la cuestión adquiere un cariz intelectual, es fruto de una reflexión teórica. En su disyuntiva entra en juego una idea, que en el desarrollo de la novela se debilitará progresivamente[34]. Sin embargo, a los efectos que aquí interesan, se puede apreciar una cuestión de fondo común: la desobediencia a la ley en favor de una idea o valor pretendidamente superior, a pesar de que las motivaciones que los llevan a contradecir la ley y la fuerza de convicción de los personajes sean muy diferentes en cada caso.

El tema de la desobediencia a la ley como acto de rebeldía ha sido explorado por la literatura una y otra vez. Quizá uno de los más bellos ejemplos venga de la pluma de Moravia, en su obra *La romana*. Adriana es una joven que se ve forzada a prostituirse en un ambiente de completa degradación social y pobreza que era la Italia fascista de entonces. En este clima de profunda decepción y consciente de la bajeza moral en la que su vida ha caído casi sin quererlo, roba una polvera y, más adelante,

---

[30] Antonio TABUCCHI, *Sostiene Pereira*, Anagrama, Barcelona, 1997, p. 27.

[31] Claudio MAGRIS, *Literatura y derecho…op. cit.*, p. 38.

[32] Marguerite YOURCENAR, «Mitología griega y mitología de Grecia», en *Ensayos*, Debolsillo, 2017 [versión electrónica].

[33] Sobre esta cuestión, véase el interesante libro de Tamara DJERMANOVIC, *El universo de Dostoievski*, Acantilado, Barcelona, 2021.

[34] Como apunta DJERMANOVIC, en el caso de *Crimen y castigo* «la mayor parte de las páginas del libro que suceden al crimen servirán a Dostoievski para demostrar que nadie tiene derecho a decidir sobre las vidas de los demás y concluir, en palabras de Raskólnikov, que "junto a ella, me maté a mí mismo, de una vez y para siempre». Como señala la autora, en *Crimen y Castigo* «[l]o que está en juego son los límites de la propia libertad»: *Ibíd.*, pp. 110-112.

un pañuelo para su madre. Y en ese acto siente una curiosa satisfacción porque se demuestra a sí misma que va al encuentro del destino que la vida le impone («robándola, me pareció obedecer a la lógica que determinaba los sucesos de mi vida»[35]). Moravia expresa con una finura excepcional ese sentimiento que tiene Adriana, que es casi un desafío ante la vida y el derecho, de abrazar a un «enemigo al que no se puede vencer»[36]. ¿Qué puede exigir el derecho a una muchacha en esta situación cuando ha fallado en darle una respuesta en algo mucho más grande?

Uno de los grandes méritos de la literatura es precisamente el de dar palabra a las voces que el derecho ha silenciado. Lo que no se nombra no existe y en ese no nombrar se han apoyado las estructuras de poder y la evolución jurídica durante siglos. Solo cuando el foco de atención de las normas se vuelve hacia los sujetos otrora ninguneados se producen los grandes avances del derecho, a veces en forma de revolución. La literatura ha venido, en este sentido, a dar testimonio de muchos de los grandes olvidados del sistema jurídico. Uno de los periodos de la Historia donde quizá se aprecie más esta conclusión es el siglo XIX. Debemos a Dickens, Zola, Balzac, Galdós[37], el relato de una época y unas gentes que no siempre gozaron de la atención de la norma jurídica. Es una de las ideas que transmite Oliver en su análisis de la obra de Balzac: la Historia oficial no da cuenta de toda una sociedad y, por eso, Balzac le opone «una historia que ha permanecido oculta»[38]. Los personajes de la Historia oficial siempre son los mismos; grandes hombres, jefes de Estado, gente de guerra, estos grandes rebaños de hombres que han dejado al margen a muchos otros. Mucho antes que Marx y Engels, Dickens denunció los excesos y abusos de la Inglaterra victoriana[39] y retrató, con el sentimentalismo que le era propio, una realidad a la que el derecho de entonces parecía volver la cara[40]. El dramatismo de su visión era evidente, y pese a ello —o quizás por ello— inolvidable.

En una cosa podemos convenir: en el diagnóstico de los problemas e insuficiencias de los modelos jurídicos y políticos de cada momento histórico, la literatura a menudo ha ido un paso por delante del derecho y los juristas hasta el punto de jugar un papel casi premonitorio en el devenir de los acontecimientos. Qué mejor ejemplo que el de Kafka y el siglo XX. Con asombrosa lucidez, la obra kafkiana parece vaticinar muchas de las pesadillas y delirios que vendrían después de su muerte, como la Europa en guerra o las siniestras caras del fascismo, según apunta Izquierdo[41]. En el ámbito del Derecho

---

[35] Alberto MORAVIA, *La romana*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1982, p. 154.

[36] *Ibíd*., p. 214.

[37] Es de interés destacar, sobre la figura de GALDÓS, su obra y su tiempo, el libro de Rafael JIMÉNEZ ASENSIO: *El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su 'cuarto oscuro' en España*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2023.

38 Gabriel OLIVER, «Balzac», en Jordi LLOVET (ed.), *Lecciones de literatura universal. Siglos* XII *a* XX, 4ªed., Cátedra, Madrid, 2012, 544.

[39] Aránzazu USANDIZAGA, «Dickens», en Jordi LLOVET (ed.), *Lecciones de Literatura…op. cit.*, pp. 584-585.

[40] Un ejemplo de ello es la crítica no disimulada a las leyes de Pobres de Inglaterra que se observa en *Oliver Twist*: *Ibíd*., p. 586.

[41] Lluís IZQUIERDO, «Kafka», en Jordi LLOVET, (ed.), *Lecciones de literatura…op. cit*., p. 904.

Público, las ficciones de Kafka también nos hablan de los sinsentidos de una asfixiante burocracia, que la era electrónica ni mucho menos ha hecho desaparecer[42].

El Derecho Público ha sido el reino de las distopías en literatura. Saramago nos lo demostró en su potente *Ensayo sobre la lucidez*, en el que dejó claro que las estructuras de poder y las élites políticas, por muy inquebrantables que parezcan, se desmoronan como un castillo de naipes si no tienen una base social que las sustente. *La granja de los animales* de Orwell nos dio, asimismo, otra importante lección sobre el poder[43]. Si el trasfondo evidente de esta fábula es el régimen soviético y el estalinismo, su mensaje, sin embargo, va más allá; nos habla de la capacidad del ser humano para transformar cualquier ideal en tiranía y en poder de dominación sobre los otros. Nos transmite una idea fundamental sobre la que volveré a lo largo de estas páginas: la *retórica* es, siempre lo ha sido, la más poderosa arma de manipulación: quien maneja las palabras maneja el derecho. Y nos enseña también hasta qué punto la burocracia puede convertirse un engranaje parasitario e improductivo[44].

Más allá de estos ejemplos, la literatura ha explorado de forma constante los despropósitos de la burocracia, hasta el punto de ser uno de los temas Derecho Administrativo preferidos por los escritores, como pone de relieve Vandelli en su libro sobre burocracia y literatura[45]. El retrato que hace Gógol del caos burocrático ruso en *Almas muertas* —y que tan bien ilustró Chagall— es buena muestra de ello. También Galdós dibujó con su inigualable precisión la realidad administrativa de la España de finales de siglo y, en particular, la figura del cesante, encarnada en el personaje de Villaamil[46]. Una realidad social y administrativa que ya antes Larra había satirizado en su *Vuelva usted mañana*, que hoy podríamos perfectamente traducir como un *¿tiene usted cita previa?*[47]

Por lo demás, un compendio de las obras literarias que se han interesado por el derecho no resultaría aquí posible y escapa a la finalidad de este trabajo[48]. Podríamos, desde luego, disertar sobre otro de los grandes temas que se han tratado por la literatura, el de los errores judiciales y la injusta condena a un inocente, como hace Lewis en su gran relato *El juicio de Sören Qvist* y que también se plantea en *Los hermanos Karamazov*. Podríamos detenernos en la visión de muchas instituciones jurídico-privadas que la literatura nos ofrece, como el derecho de obligaciones en *El*

---

[42] Como demuestra su tantas veces citada obra, *El proceso*.

[43] Como también lo hizo su otra novela distópica, *1984*.

[44] Mario VARGAS LLOSA, «La granja de los animales», en *La verdad de las mentiras*, Alfaguara, Madrid, 2011, p. 253.

[45] Luciano VANDELLI, *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, *op. cit.*

[46] Benito PÉREZ GALDÓS, *Miau*, Cátedra, Madrid 2005.

[47] Título, por cierto, de un reciente artículo de José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS, en el que destaca los problemas de la cuestión: «¿Tiene usted cita previa?», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 11, 2025, pp. 41-73.

[48] Una extensa antología de obras literarias que tratan sobre cuestiones jurídicas se puede encontrar en la obra de María José FALCÓN Y TELLA, *Derecho y literatura* (prologada por François OST), Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 62-203.

*mercader de Venecia* de Shakespeare[49]o el derecho de propiedad, familia y sucesiones en obras como *Orgullo y prejuicio*, de Jane Austen[50]. Incluso podríamos examinar algunas ficciones —¿o no ficciones?— como la de Capote y preguntarnos quién actúa más *a sangre fría*, los dos asesinos del caso o el Estado con su silla eléctrica. En realidad, deberíamos remover bibliotecas enteras para este fin, pues no hay libro en que el derecho no se halle presente de alguna u otra manera. No es este, como digo, el objetivo último de estas páginas.

La cuestión que aquí interesa plantearse es en qué medida el análisis de las obras literarias puede interesar al jurista. Según antes señalaba, algunos autores han encontrado en la literatura una nueva lente con la que interpretar o incluso cuestionar el sistema jurídico[51]. Para estos autores, la literatura ofrece una perspectiva crítica de algunos aspectos del derecho que puede ser útil para el análisis jurídico. Entre estas aproximaciones teóricas está la de Weisberg, que considera que la aplicación del derecho no es más que la traducción de una relación de fuerzas, de un subjetivismo que pretende disimularse con los ropajes de un discurso racional. La literatura permitiría reconstruir dicha deformación y hacer una nueva relectura del derecho.

Weisberg concibe, por tanto, la corriente derecho y literatura como un movimiento *político*[52] con una aspiración democrática. Se trata, por un lado, de asegurar que los jueces y políticos cuiden de las personas bajo su influencia y de que los ciudadanos, por su parte, aprendan también a escuchar, comprender y criticar mejor a quienes ocupan el poder, para llegar incluso a sustituirlos si fuera necesario[53]. Según Weisberg, las obras literarias «imaginan una democracia más transparente, ignorada en los discursos de los jueces y los políticos»[54], que deforman la realidad de los hechos para adaptarlos a su discurso, lleno de subjetivismo y resentimiento[55]. El autor apoya su razonamiento en el análisis de *L'étranger* de Camus y de *Billy Budd, Sailor*, de Melville[56], donde la injusta condena de una persona es consecuencia de una manipulación de la ley y los hechos por quienes aplican el derecho.

*Deformación de la ley*, *deconstrucción de la realidad*, *aproximación subjetiva*. El culpable no es el derecho —dirá Weisberg— sino los jueces, cuyas interpretaciones

---

[49] Sobre esta obra: Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, «Estampas jurídicas de la literatura», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 377 y ss.

[50] AUSTEN, J., *Orgullo y prejuicio*, Austral, 2015. Sobre el Derecho privado en la literatura, veánse, entre otras: Manuel ALONSO OLEA, *Entre Don Quijote y Sancho. ¿Relación laboral?*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992 y Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *El Derecho civil en la obra de Cervantes*, Comares, Granada, 1987.

[51] Entendido aquí como un conjunto de normas positivas jerárquicamente organizadas y sancionadas por el Estado.

[52] Richard WEISBERG, «Vérité démocratique et spécificité romanesque. Droit et littérature dans deux romans de procédure», en *Raisons politiques* 2007/3, núm. 27, p. 82.

[53] *Ibíd*., p. 74

[54] *Ibíd*., p. 76.

[55] *Ibíd*., p. 77.

[56] Cuando POSNER se opone a su tesis, WEISBERG lo acusa de ser defensor de las élites económicas.

resultan deformadas y nocivas. Solo las obras literarias nos permiten acceder a la realidad de las cosas, según el autor.

Esta crítica —un tanto radical pero pertinente en algún aspecto, como en seguida señalaré— parece obviar un punto importante: los escritores también mienten. El lenguaje literario no deja de ser, como antes señalaba, una interpretación del mundo, una recreación de la realidad a través de palabras. Por muy pertinente que pueda resultar esa interpretación y por muy atinada que resulte su crítica de ciertos aspectos del sistema jurídico, no podemos perder de vista que la obra literaria es también *expresión de un subjetivismo*. Yourcenar lo decía en boca de Adriano: «los escritores mienten, aun los más sinceros. Los menos hábiles, carentes de palabras y frases capaces de encerrarla, retienen una imagen pobre y chata de la vida; algunos, como Lucano, la cargan y abruman con una dignidad que no posee. Otros como Petronio, la aligeran, la convierten en una pelota hueca que rebota, fácil de recibir y lanzar en un universo sin peso»[57]. El mundo de la literatura, de la poesía, es un mundo muy diferente del que nos ha sido dado y «casi inhabitable en la práctica»[58], decía la escritora. En efecto, las obras literarias no reproducen ni describen una realidad; *crean una distinta*. Esa diferente realidad que se crea a través de las palabras puede ser más atractiva, más bella, acaso más interesante, pero no repite nunca aquella en la que pretende inspirarse. Las palabras la transforman en algo diferente[59]. El autor filtra y condimenta los hechos a su antojo, selecciona unos, rehúye otros y el resultado es, por muy realista que se quiera, la inevitable traducción de un punto de vista.

Por este motivo resulta también cuestionable la idealización que hace Weisberg de la literatura desde el punto de vista democrático. En su afán de que las obras literarias alumbren esas sombras que el derecho ha generado durante siglos, el autor abraza la literatura como símbolo de una democracia más perfecta, más transparente. Descuida una cuestión: en la literatura también hay sesgos y es posible apreciar algunos ángulos muertos en su relato de la realidad. En ese discurso literario aparentemente más democrático hay muchas voces —entre otras, las femeninas, aunque no sólo— que han sonado *con sordina* a lo largo de los siglos, salvo muy notables excepciones. Por lo tanto, también está sesgada y no siempre colma todos vacíos del derecho ni en los temas que trata ni en la manera en que los trata.

De manera que nos situamos ante una aparente paradoja. Como los reflejos de la luna en el agua, la literatura nos da su imagen de la realidad y del derecho: una imagen cristalina, luminosa, pero también quebradiza e incompleta. La visión del mundo y del derecho que nos ofrecen las obras literarias es, por tanto, una interpretación más. ¿Eso le resta interés? ¿Ha de despreciarla el jurista? A mi juicio, no.

---

[57] Marguerite YOURCENAR, *Memorias de Adriano*, Edhasa, Barcelona, 2021, p. 31.

[58] *Ibíd*., p. 31.

[59] En palabras de VARGAS LLOSA: «al traducirse en lenguaje, al ser contados, los hechos sufren una profunda modificación. El hecho real […] es uno, en tanto que los signos que podrían describirlo son innumerables. Al elegir unos y descartar otros, el novelista privilegia una y asesina otras mil posibilidades o versiones de aquello que describe: esto, entonces, muda de naturaleza»: Mario VARGAS LLOSA, *La verdad de las mentiras*, *op*. *cit*., pp. 18-19.

No, si se acepta que la verdad no es necesariamente uniforme. Es compleja, llena de zonas grises y con múltiples aristas. La literatura aporta un contrapunto necesario al razonamiento jurídico y abre la mente de los juristas, a menudo encerrados en su redil como si se bastaran a sí mismos. Demuestra al jurista que toda doctrina fracasa si no responde a los problemas que la indomable realidad genera. Y en ese planteamiento de los problemas reales, de los debates, reside su interés. La literatura puede alumbrar zonas en penumbra, pero no nos fiemos a su poder milagroso; también hay en ella zonas veladas, disimuladas e incluso transfiguradas. La propia literatura nos ha advertido a lo largo de los siglos de los peligros de confiar demasiado en la ficción; recordemos el destino de Alonso Quijano y Emma Bovary[60]. Tomemos, pues, el asunto en sus justos términos: tal vez el gran mérito de la literatura sea el de plantear preguntas más que el de proporcionar respuestas.

Y a pesar de todo su poder es inmenso. No importa si lo que cuenta es más o menos veraz, su fuerza reside en su poder de convicción, en su curiosa capacidad para persuadirnos de sus embustes, para *contarnos algo de nosotros mismos que quizás desconocíamos*, como dijo Hrabal[61]. No es el suyo un discurso exclusivamente racional; el *pathos*[62] juega un papel fundamental en su fuerza y es determinante para que todos acabemos reconociéndonos en sus relatos. Cuando lo racional se junta con lo emocional, las ideas se transforman en *valores*. Y sobre esos valores se estructura cualquier sociedad. ¿Cómo podría resultar ello ajeno al derecho? Desde luego que le interesa, si es que pretende configurarse como un sistema de normas jurídicas que confía su pervivencia a algo más que al empleo de la fuerza física. Quienes detentan el poder siempre han sido muy conscientes de la importancia del relato para la construcción de un Estado. Lo sabían los franceses en los años de la Revolución[63] y lo han sabido todos los tiranos del mundo en su obsesión por silenciar cualquier fabulación que se apartara de sus simplistas eslóganes o en sus intentos por generar un relato aceptable de su poder arbitrario.

Llegados a este punto, tres ideas me parecen destacables. La primera –en esto sí tiene razón Weisberg[64], como White y otros tantos autores del movimiento– es el lugar esencial que la retórica y el discurso tienen en la aplicación del derecho, aspecto sobre el que la literatura es una espléndida maestra. Las palabras no solo moldean las histo-

---

[60] *Ibíd*., p. 22.

[61] Bohumil HRABAL, *Una soledad demasiado ruidosa*, 13ª ed., Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2022, p. 12.

[62] No por casualidad en la filosofía aristotélica se concebía el *pathos* como uno de los tres pilares de la persuasión, junto con el *ethos* y el *logos*.

[63] Sobre esta cuestión no puede dejarse de citar el clásico discurso de ingreso en la Real Academia Española de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, publicado después con el mismo título como libro que ha conocido diversas ediciones. Aquí manejo la edición de la editorial Civitas, de 2001. Sobre este tema, véase igualmente el reciente libro de Pablo MEIX CERECEDA: *Lenguaje, poder y derecho en la edad de la información… op. cit*., en especial, pp. 95-99.

[64] « […] les victimes du droit sont ceux qui ne maîtrisent pas la parole, et se retrouvent ainsi pris dans le discours des puissants » : Richard WEISBERG, « Vérité démocratique… », *op. cit*., p. 82.

rias literarias, sino que están presentes en todo lo que concierne a la vida del derecho. Y, más allá de su verdad, lo que importa es su capacidad para *convencer*. Digámoslo de otro modo: las víctimas del derecho son quienes pierden la batalla de las palabras y que se encuentran atrapadas por el discurso de los poderosos. En ese arte de convencer, fondo y forma son una misma cosa; y esta es otra de las enseñanzas de la literatura.

La segunda idea se deriva de la anterior: dado que el relato es fundamental para la aplicación, pervivencia y legitimidad de la norma jurídica, hemos de conceder a la obra literaria un poder transformador de la realidad —una suerte de performatividad— que el jurista no puede desconocer. La literatura no solo es un reflejo de la sociedad: la construye. *La poesía es un arma cargada de futuro*, creía Celaya[65], porque la obra artística y las historias son herramientas para la transformación de la sociedad, mucho más potentes que la apelación a ciertas ideas abstractas. *Son palabras que todos repetimos sintiendo como nuestras y vuelan*[66]. A través del arte, de la literatura, nos reconocemos como sociedad; allí se cuecen los valores sobre los que el derecho opera. Obsérvese que, pesar de la interminable lista de obras literarias que se ocupan de temas jurídicos, existen ciertas constantes que se repiten en muchas de ellas. Una es la posición del individuo frente al poder; estamos ante el eterno problema de la *libertad*. Otra es el enfrentamiento entre la ley y otros valores —éticos, por ejemplo— y los fallos del sistema jurídico cuando se produce la condena de un inocente; este el tema de la *justicia*. O, en fin, la cuestión de la protección de ciertos desfavorecidos u olvidados por el derecho; aquí el problema de la *igualdad*. El primer artículo de la Constitución española quiere precisamente que sean estas tres palabras los valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia y la igualdad[67].

En fin, la tercera idea es casi la conclusión a la que nos llevan las anteriores: no es posible enfocar la cuestión de la legitimidad última del derecho sin entrar en un terreno valorativo que supera la estricta lógica de la norma de derecho positivo. Y en ese terreno, la literatura nos ofrece grandes lecciones.

### 2.2. El derecho de la literatura

El derecho siempre ha observado a la literatura con una mezcla de consideración y sospecha. Le ha ofrecido lo mejor y lo peor que podía ofrecerle. Si, por un lado, le ha otorgado su protección como a una de las más preciosas libertades constitucionales —íntimamente ligada a la libertad de expresión—, también ha ejercido sobre ella la peor de las persecuciones posibles. En este irresuelto vaivén se mueve siempre el poder público frente al arte. Y en función de la intensidad con que se asuma una u otra posición se perfecciona una democracia o se erige una tiranía. Conviene matizar, no obstante, esta afirmación. Si puede ser válida como formulación general, el asunto

---

[65] Gabriel CELAYA, «La poesía es un arma cargada de futuro», de *Cantos íberos*, en *Trayectoria poética. Antología*, Castalia, Madrid, 1993, pp. 202-204.

[66] Versos del mismo poema de CELAYA: *ibíd.*, p. 204

[67] Además del pluralismo político.

está lleno de matices que es preciso considerar. Incluso en las mejores democracias ninguna libertad tiene un valor absoluto ni puede pretenderlo; todos los derechos tienen límites para que puedan operar. El simple reconocimiento de una variedad de libertades hace preciso delimitar las fronteras entre unas y otras, definir los límites para que cualquiera de ellas pueda desenvolverse mínimamente sin ser estorbada por las demás. Pero la línea que separa dos libertades puede ser muy delgada y ahí está la complejidad de la cuestión, que nunca se cierra del todo.

De manera que el derecho *de* la literatura se plantea primero y ante todo como un problema de libertad. De libertad de creación frente a injerencias externas y del espacio que el derecho reconoce —o no— al creador. Este es, en realidad, el problema original porque, como es obvio, todos los demás debates solo pueden venir después. De nada sirve hablar de derechos de autor y otras cuestiones conexas si no existe un marco de libertad en el que la literatura pueda desarrollarse. La cuestión conecta con el atávico fenómeno de la censura[68] o, más ampliamente, de la condena por el poder público de las obras artísticas y literarias, que atraviesa de forma ininterrumpida la Historia de la humanidad. No daría este trabajo para enumerar las hogueras que han ardido, por unas u otras razones, con obras de ficción, ni para mencionar a todos los inquisidores, dictadores o sistemas políticos que han ejercido esta práctica. Pero el asunto va más allá. Hoy el gran riesgo que se plantea para la democracia no viene tanto de una censura o condena directa por parte del Estado, como de una tibia respuesta del poder público frente a los ataques que terceros fanáticos ejercen frente a las obras artísticas. Y es precisamente aquí donde hay que recordar el papel esencial que corresponde al Estado como garante de la libertad y de la democracia.

Los motivos de estas restricciones a la libertad de creación son diversos. El factor religioso ha sido —lo sigue siendo— la gran piedra en el zapato para la literatura, pero hay muchos otros temas que podríamos mencionar. La misma moral, que tantas veces ha servido a la literatura para justificar la desobediencia a la ley —ya lo hemos visto—, se ha utilizado por el legislador para condenar la obra literaria: la moral puede servir para casi todo lo que nos propongamos. Y lo mismo con otros tantos conceptos que se han utilizado para perseguir el arte, como las buenas costumbres[69], el buen gusto, la obscenidad sexual[70] o el carácter degenerado[71].

¿Conceptos del pasado? De ningún modo. Hace no tantos años el Tribunal Constitucional en una de sus más desafortunadas sentencias (asunto «Makoki») condenó la publicación de una obra —un tebeo, en este caso— por considerarlo «desprovisto de cualesquiera valores socialmente positivos, sean estéticos, históricos, sociológicos,

---

[68] Me refiero ahora a la censura en sentido amplio, es decir, a aquella que se ejerce por el poder público, pero no necesariamente a través de «un control previo oficial», tal y como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: *vid.*, SSTTC 52/1983, de 17 de junio; 13/1985, de 31 de enero o 187/1999, de 25 de octubre.

[69] Por citar algún ejemplo ilustre, este fue uno de los conceptos que se utilizaron para cuestionar la obra de Gustave FLAUBERT, *Madame Bovary*, ante el *Palais de Justice* de París.

[70] Este fue el caso de *Ulises*, de James JOYCE.

[71] Véase el *entartete Kunst* o arte degenerado nazi.

científicos, políticos o pedagógicos»[72]. Es verdad que aquí la cuestión se planteaba en términos de límites a un derecho fundamental y no de censura en sentido estricto[73], entendida como un control previo oficial de la obra. Pero qué importa aquí el tecnicismo si el razonamiento conduce —más tarde o más temprano— al mismo lugar: la condena de una obra artística por los *mismos* motivos que podría utilizar un aparato censor *stricto sensu*. Las palabras pueden traicionarnos, decía atrás, y es en estos casos donde no debemos caer en los enredos del lenguaje y de los conceptos jurídicos para poder situar la cuestión en sus justos términos. No es censura, de acuerdo: hablemos de límites a un derecho fundamental. Más allá de estos vocablos, lo esencial es la *razón* que lleva al jurista a desaprobar una obra artística desde el punto de vista jurídico. Lo que deberíamos preguntarnos es si, a la hora de limitar un derecho fundamental, ha de concederse la misma fuerza a un concepto —como el valor estético— sumamente controvertible, que ni siquiera aparece mencionado en la Constitución —y mejor que así sea— que a otro derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional no es el único que acepta conceptos más o menos contestables para limitar el ejercicio de la libertad de expresión. También en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo ha admitido injerencias en la libertad de expresión en virtud de criterios bastante controvertidos. En efecto, según su artículo 10, para valorar si una limitación de la libertad de expresión está o no amparada por el Convenio es preciso, primero, que la injerencia esté prevista en la Ley, que además encaje en alguno de los objetivos a los que se refiere el artículo 10[74] —entre los que, por cierto, está la moral— y, en fin, que constituya una limitación «necesaria en una sociedad democrática». Es en este último punto donde el Tribunal de Estrasburgo reconoce a los Estados un amplísimo margen de apreciación para restringir la libertad de expresión, especialmente cuando la cuestión afecta a la religión. Es más, el Tribunal parece incluso llegar a equiparar la *protección de los derechos de otros* con la *ofensa a los sentimientos religiosos*, lo que desde luego no son cuestiones equiparables[75]. Incluso ha llegado a admitir un concepto como el de «paz religiosa» para fundamentar injerencias en la libertad de expresión[76].

---

[72] STS 176/1995, de 11 de diciembre. Sobre esta cuestión: Nuria RUIZ PALAZUELOS, «La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (*l'oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 215, pp. 111-142.

[73] Sobre los distintos conceptos de censura resulta muy clarificador el trabajo de María Jesús GARCÍA MORALES: «La prohibición de la censura en la era digital», en *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 31, 2013, en especial, pp. 246-249.

[74] En concreto, los objetivos que pueden perseguir las limitaciones a la libertad de expresión son los siguientes: «seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial» (art. 10.2 CEDH).

[75] Así, por ejemplo, en el asunto *Otto-Preminger-Institut* el TEDH se refiere a «la obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que son gratuitamente ofensivas para los demás y que constituyen, *por tanto*, una vulneración de sus derechos»: STEDH *Otto Preminger Institut contra Austria* (1994). Vid., igualmente, la STEDH *I. A. contra Turquía* (2005).

[76] STEDH *E. S. contra Austria* (2018).

En otro trabajo he tenido ocasión de pronunciarme sobre esta problemática noción[77] que ahora no procede analizar. Lo que sí importa decir es que los criterios que sirven a los tribunales para limitar la libertad de expresión resultan muy variados y no siempre igual de justificables. De nuevo la importancia del discurso y la sutileza de las palabras. Entre la *libertad religiosa*, la *ofensa a sentimientos religiosos* y la *paz religiosa* hay una distancia importante; en un caso un derecho fundamental, no en los otros. ¿Superarían hoy la prueba de Estrasburgo algunos pasajes del infierno de *La Divina Comedia* de Dante?[78] Volvemos al tema que antes señalaba: una de las grandes cuestiones que se plantean actualmente en las sociedades democráticas es la necesidad de garantía de las libertades por parte del Estado frente a ataques externos que basan todo su poder en el brutalismo de sus acciones. Acoger en el plano jurídico ciertos conceptos como el de la *paz religiosa* es una suerte de rendición democrática, que más parece sustentarse en una inquietud frente a la posible exaltación de ciertos individuos, que en una razón constitucional de peso.

De todos modos, el arte y la literatura son escurridizos, no se dejan capturar tan fácilmente por quienes pretenden dominarlos y destruirlos. La obra artística es *l'oiseau rebelle que nul ne peut apprivoiser*, decía en otro lugar[79]. Ni los peores inquisidores del mundo han podido con la fuerza del arte y por eso afirma Hrabal que se *queman los libros en vano, porque cuando un libro comunica algo válido, su ritmo silencioso persiste incluso mientras lo devoran las llamas*[80]. La historia de algunos escritores perseguidos durante el estalinismo nos lo enseña bien. Cuentan que Ajmátova, como Mandelsshtam y tantos otros, escribía sus versos en un papel y luego los quemaba, tras hacérselos memorizar a algunos amigos cercanos. Allí residían, en la silenciosa memoria humana, hasta poder ser tinta. Así, como los antiguos versos de la tradición oral, pudo sobrevivir uno de más conmovedores poemas de la época, *Réquiem*, desde que se concibió en 1939 hasta que se llevó al papel en 1962[81].

Este *pájaro rebelde* se mueve, por tanto, en un cielo que apenas resulta alcanzable. Como decía al comienzo de estas páginas, las ficciones, la poesía, encierran en sí mismas una misteriosa fuerza para huir de las barreras que les imponen las personas y

---

[77] Nuria RUIZ PALAZUELOS, «El laberinto de la libertad de expresión en Europa. Consideraciones a propósito de la STEDH E.S. contra Austria (2018)», en *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XII, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 345-365.

[78] Me refiero, por ejemplo, al pasaje donde DANTE describe al profeta Mahoma: «Una cuba que haya perdido las duelas del fondo no se vacía tanto como un espíritu que vi hendido desde la barba hasta la parte inferior del vientre; sus intestinos le colgaban por las piernas, se veía el corazón en movimiento y el triste saco donde se convierte en excremento todo cuanto se come». (Canto XXVIII, Círculo octavo, noveno foso): DANTE ALIGHIERI, *La divina comedia*, 9ªed., Espasa-Calpe, Madrid, 1975, p.82.

79 «El amor es un pájaro rebelde que no se puede domar». Cfr., la famosa *Habanera* de la ópera *Carmen*, de BIZET. Sobre esta cuestión: Nuria RUIZ PALAZUELOS, «La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? …», *op. cit.*, p. 139.

[80] Bohumil HRABAL, *Una soledad demasiado ruidosa*…*op. cit.*, p. 8.

[81] Sobre la terrible persecución que sufrieron los escritores de estos años por el régimen de STALIN: Ana RODRÍGUEZ FISCHER, *Antes de que llegue el olvido*, Siruela. Nuevos tiempos, Madrid, 2024.

las leyes; por eso son tan difíciles de someter a pretensiones privativas o incluso a los designios de su propio autor. Acaban por escapar, como escaparon las obras de Kafka y de Dickinson a las brasas que sus autores habían previsto para ellas.

¿Debería el derecho estar al servicio de la literatura o de su creador? Entramos aquí en otra de las grandes cuestiones que trata el derecho de la literatura, la relativa a la propiedad intelectual y los derechos de autor, que también es un problema de libertad. ¿A quién pertenecen las ideas? ¿Hasta dónde pueden llegar los designios de un autor sobre su obra? ¿Cuál es la fina línea que separa el plagio de la inspiración? Podríamos incluso proponernos analizar la gran utopía de la originalidad. ¿Somos originales? Más bien *creemos* que lo somos, y esa creencia solo se sustenta en el grado de ignorancia que tenemos sobre lo que ya ha sido dicho y pensado antes. O tal vez habría que decir que existen infinitas maneras de expresar la misma idea y que ahí reside nuestra verdadera originalidad. Pero esta es otra cuestión sobre la que aquí no podemos detenernos.

El derecho de la literatura es, en fin, el derecho que regula los dos grandes polos sobre los que se construye cualquier sistema jurídico: la libertad y la propiedad. La propiedad intelectual sobre una obra, sobre una idea. La libertad de crear literatura y la libertad también de poder acceder a la literatura. Y aquí el amplio papel que corresponde a los poderes públicos para que esa libertad sea real y efectiva, como quiere el artículo 9.2 de la Constitución, a través de una panoplia de instrumentos jurídicos, que se reconducen a las conocidas nociones de fomento y servicio público.

## 3. EL DERECHO *COMO* LITERATURA

Por las ramas del laurel
vi dos palomas desnudas.
La una era la otra
y las dos eran ninguna.
FEDERICO GARCÍA LORCA,
*Casida IX De las palomas oscuras*[82].

Palabras, reino de lo intangible, sustancia de la ficción. ¿No será el derecho una forma más de literatura? ¿No es su mundo el de las palabras, el inasible territorio de las ficciones? El análisis desarrollado hasta ahora nos lleva inevitablemente a esta cuestión. Se trata de adentrarnos en el corazón mismo del derecho, en su ontología, para averiguar si literatura y derecho no pueden ser vistos, en el fondo, como una misma realidad.

Este es el interrogante que se han planteado muchos autores del movimiento *Law and literature*. Algunos, como Dworkin, han elaborado una teoría de la interpretación alrededor de esta asimilación entre derecho y literatura, como pone de relieve la formulación de su «hipótesis estética» o su conocida visión del derecho como una

[82] Federico GARCÍA LORCA, *Sonetos del amor oscuro. Diván del Tamarit*, Lumen, Barcelona, 2018, p. 51.

novela en cadena[83]. Otras tesis defienden la idea de que el derecho es ante todo una *narración* y que los relatos producen normas. Como explica Ost, a diferencia del positivismo jurídico, que concibe el derecho como proposición normativa, del realismo jurídico, que lo examina como una previsión más o menos probable, o de concepciones iusnaturalistas, que lo ven como un mandato necesario, estas teorías afirman que lo que verdaderamente opera en el interior mismo del derecho es el *relato* y, al revés, que *el relato es fuente de derecho*[84].

Así pues, en estos casos se habla más de narrativa que de literatura en sentido amplio; narrativa que es más una propiedad textual que una categoría estrictamente literaria, según Pfersmann[85]. Quedan fuera, por tanto, géneros literarios que no encajan en ella, como la poesía. Los autores que defienden estas ideas suelen razonar del siguiente modo: puesto que la narración construye la realidad cultural de la sociedad, es también la que crea, en consecuencia, la realidad jurídica[86].

Para Baron y Epstein, el derecho, en términos generales, utiliza historias y es narrativo[87]. Esta concepción hay que leerla desde su visión no-fundacionalista del derecho. La idea, en síntesis, es la siguiente: frente a las concepciones fundacionalistas, que aceptan que la verdad jurídica existe y puede ser alcanzada a través de argumentos neutros y adecuados, la posición no-fundacionalista sostiene que la neutralidad no existe y que ningún discurso jurídico opera en el vacío, sino que está sesgado o filtrado por creencias y valores de tipo moral, filosófico o político, que no siempre resultan evidentes[88]. ¿Qué significa decir que todo discurso jurídico es (solo) una historia, como sostienen estas autoras? Que es solo el resultado de un sesgo ideológico, histórico, social y político a veces no evidente pero siempre presente. Que todo argumento deriva de una visión del mundo que quizá aparezca oculta en la formulación, pero que es importante descubrir[89]. Y que no hay, en consecuencia, argumentos mejores o peores en función de su —mayor o menor— aproximación a la verdad porque ninguno de ellos es neutral. En consecuencia, no existe método objetivo para llegar a la verdad. Decir que el derecho es (solo) una historia, implica asumir este planteamiento, que es también un profundo cuestionamiento de todo análisis que pretenda establecerse como autoritario[90]. Permitiría, además, admitir que pueden existir otras historias silenciadas de las que no da cuenta la narrativa que asume un determinado discurso jurídico. Nuevamente, de su análisis se puede inferir una

---

[83] Cfr. Ronald DWORKIN, «How law is like literature», en *A matter of principle*, *op. cit*, pp. 146-166; y Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit*., 1986, pp. 232-238.

[84] François OST, «Prolégomènes à une théorie narrative du droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, *op. cit*., p. 7.

[85] Otto PFERSMANN, «Le droit est-il narrative, la narrativité est-elle juridique ?», en *Droit & Littérature*, núm. 3, 2019, p. 170.

[86] *Ibíd*., p. 175.

[87] Jane B. BARON y Julia EPSTEIN, «Is Law narrative? », *op*. *cit*., p. 148.

[88] *Ibíd*., pp. 172-173.

[89] *Ibíd*., pp.171-172.

[90] *Ibíd*., pp. 176-177.

crítica de las estructuras de poder que pretenden imponer como verdaderas ciertas visiones del mundo. Y, nuevamente, se destaca el poder de la literatura para mostrar que lo que pudiera parecer un hecho objetivo y neutral no es más que una historia, es decir, una perspectiva sesgada cuando se observa desde el prisma de otra historia (incluso una historia literaria)[91].

Desde su férreo positivismo, Pfersmann se opone frontalmente a la tesis de estas autoras, así como a la de Cover, que también concibe el ordenamiento jurídico como un universo narrativo[92]. Según Pfersmann, la tesis arriba expuesta es «errónea y de consecuencias desastrosas»[93], no solo porque no tiene en cuenta la distinta naturaleza y función de los textos, sino porque cae en un «relativismo autocontradictorio»[94] (si todo es relativo, también lo sería el hecho de afirmarlo). Estos autores caen en el sofisma naturalista contrario a la ley de Hume[95]. No hay que confundir planos, dice el autor. Si el juez sugiere, a través de la retórica, ciertas apreciaciones basadas no en razones técnicas, sino orientadas a un concreto resultado, el papel de la doctrina jurídica debería ser el de descubrir dichas estratagemas y no el de buscar con entusiasmo una normatividad intrínseca a la narrativa[96]. Por lo que se refiere a algunas tendencias del movimiento que consisten en preguntarse por las carencias de los textos jurídicos en tanto que palabra de ciertas minorías u oprimidos, Pfersmann apunta que tales debates no son pertinentes a la luz del derecho porque los hechos han de apreciarse a la luz de las normas que los regulan y no de otras historias, por muy importantes que estas sean en un plano moral. En definitiva, la tesis de Baron y Epstein constituye para el profesor de la Sorbona «una inmunización» contra cualquier examen crítico: si todo está inevitablemente sesgado, estaría naturalmente justificado contar y promover la visión que mejor nos conviene porque en cualquier hipótesis el intérprete no puede evitar una visión tendenciosa de los hechos[97]. En realidad, dice el autor, todo tiene un objetivo ideológico: promover la modificación del derecho fuera de las vías jurídicamente previstas para ello, a través del desprecio de la búsqueda de objetividad en el trabajo doctrinal[98].

Dos posiciones, pues, radicalmente distintas desde el punto de vista de la teoría del derecho, que dan una idea suficientemente amplia de los términos en los que se plantea el debate. En realidad, es la misma encrucijada histórica sobre el positivismo y sus límites. La tesis de Baron y Epstein es pertinente en la exposición de los problemas y acierta en imprimirle un sello de subjetividad a toda formulación jurídica. Pero su relativismo es peligroso y su razonamiento, llevado al extremo, produce vértigo

---

[91] *Ibíd*., pp. 180-181.

[92] Robert COVER, «Nomos and Narrative», *op. cit*., pp. 4-68.

[93] Otto PFERSMANN, «Le droit est-il narrative, la narrativité est-elle juridique? », *op. cit*., p. 176.

[94] *Ibíd*., p. 176.

[95] Es decir, la falacia que desde el punto de vista lógico supone derivar un *deber ser* (norma) del *ser* (hechos). Según PFERSMANN, así razonan estos autores cuando hablan del relato como fuente de normatividad: *Ibíd*., p. 175.

[96] *Ibíd*., p. 176.

[97] *Ibíd*., p. 178.

[98] *Ibíd*., p. 179.

porque arroja al vacío todo el sistema jurídico y permite toda suerte de voluntarismos: cuando nada vale, todo está permitido. Semejante razonamiento puede aspirar a las más nobles causas, pero también dar un pretexto a las más abyectas: no olvidemos que en ese permanente cuestionamiento de las estructuras jurídicas se mueven los discursos populistas tan propios de nuestro siglo. Es preciso tener cuidado con nuestros planteamientos porque, como dice Magris[99], corremos en riesgo de toparnos con las consecuencias de nuestros propios presupuestos.

Por lo demás, en la pregunta de si el derecho *es* literatura o narración las autoras parecen hablar de derecho en un sentido muy amplio que quizás convendría clarificar. Hablan, por ejemplo, de textos legales, de decisiones judiciales, pero también de trabajos doctrinales. Podemos asumir una idea: el *relato* desempeña un papel fundamental en el discurso jurídico. En el análisis de este papel propongo distinguir dos planos: el discurso *del* derecho, por una parte, y el discurso *sobre* el derecho, por otra. Veámoslo más detenidamente.

### 3.1. El discurso del derecho

Consideremos primero el discurso del derecho, entendido aquí en sentido amplio como un conjunto de normas y de actos jurídicos que aplican dichas normas, como los actos administrativos y los pronunciamientos judiciales[100]. ¿En qué sentido se puede el derecho aproximar a la literatura? En uno básico: ambos forman parte del género de las *ficciones*, de las ficciones *que repiensan el mundo a través de palabras*, como decía en las primeras páginas. Más aún, ninguno de los dos describe ni reproduce la realidad[101]; *crean* una realidad alternativa con las palabras, distinta de la realidad empírica[102]. A pesar de que el derecho tiene, como es evidente, vocación de modificar la realidad material, de producir consecuencias prácticas, su mundo es el de las ficciones, como lo es el de la literatura. Nótese que el término ficción se emplea aquí en un sentido amplio: incluso las obras literarias que pretenden configurarse como no-ficciones (*A sangre fría*, de Capote o algunas novelas de Carrère, entre muchas otras), no dejan de ser ficciones en tanto que productos cognitivos derivados de la subjetividad de su autor, que de ninguna manera repiten la realidad material, aunque encuentren en ella su apoyo referencial inmediato y pretendan describirla[103]. Por esta

---

[99] Claudio MAGRIS, *Literatura y Derecho. Ante la Ley*, *op. cit*., p. 53.

[100] Cfr. Otto PFERSMANN, «Le problème des normes paratopiques» en Michel FROMONT, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thales MORAIS DA COSTA, Gustavo VIEIRA DA COSTÀ CERQUEIRA, Bibiana GRAEFF y Tanísia MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 557-565.

[101] Vid., *supra*., p. 8.

[102] Sobre la idea de derecho como constructor de la realidad: Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999, pp.4 y ss.

[103] Según PFERSMANN, «solo puede haber ficción si se renuncia la actitud descriptiva propia del discurso verifuncional» [es decir, el que puede ser planteado en términos de verdadero o falso]. Para el autor, la obra literaria «no se presenta como descripción del mundo actual» y, si lo hace, es a título

misma razón, un personaje literario puede ser ficticio en un doble sentido; bien porque no encuentre un referente inmediato en el mundo real —el Víctor Frankenstein de Shelley— o bien porque, aun encontrando un referente directo en la experiencia o historia real, su autor le dote (inevitablemente) de una vida y un perfil propios —la María Antonieta de Zweig—, siempre distintos del original [104].

Que el derecho es ante todo ficción se observa bien al examinar la estructura de cualquier norma jurídica o el ordenamiento jurídico en general. Como apunta Pfersmann, todo el sistema normativo es una ficción por naturaleza: primero, porque el propio enunciado de una norma se plantea en términos condicionales, se refiere a una *hipótesis* —lo que podría o no suceder— y, segundo, porque la validez última del sistema jurídico solo puede descansar en una ficción, según afirmó Kelsen, es decir, en una supuesta «Norma fundamental» sobre la que reposa la validez de todas las demás y que no existe en tanto que hecho natural [105]. Más allá de esta consideración sobre el sistema jurídico en su conjunto, en el universo del derecho existen ciertas figuras jurídicas en las que la naturaleza ficcional resulta quizá más evidente [106]. Me refiero, por ejemplo, a la persona jurídica, el silencio administrativo o la máxima de la nulidad según la cual «*quod nullum est nullum effectum producit*». Se trata de figuras o construcciones intelectuales que no existen como tales en el mundo real y que incluso parecen cuestionar las leyes físicas que lo rigen (no se puede admitir en un plano material que un acto nulo no produce ningún efecto, por supuesto que lo produce).

Pfersmann dirá que no se trata en estos casos de una auténtica ficción, sino de una simple cuestión de formulación [107]. Llevado a nuestros ejemplos, lo mismo daría decir «*quod nullum est nullum effectum producit*» que «han de destruirse los posibles efectos de un acto nulo». En el primer caso parece construirse una ficción jurídica propia; no en el segundo. Al razonamiento de Pfersmann podríamos objetar que, si se acepta la premisa inicial, es decir, que toda formulación jurídica es por su propia naturaleza una ficción por estar planteada como una hipótesis, cualquiera de los dos enunciados tendría, en todo caso, carácter ficcional.

---

lúdico o bien «*renuncia a su carácter literario* en vistas de apoyarse en una ideología» [cursiva añadida]. No comparto del todo esta visión. El hecho de que una obra literaria tenga una pretensión de describir o reflejar la realidad no le resta su carácter literario ni su naturaleza de ficción. Las llamadas novelas de no-ficción, por volver al ejemplo, son tan literatura como cualquier otra. Cfr., Otto PFERSMANN, «Les modes de la fiction: droit et littérature», en Françoise LAVOCAT (dir.), *Usages et théories de la fiction*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, par. 66-69.

[104] Para profundizar en el debate sobre las diferentes nociones de ficción: Lorenzo MENOUD, *Qu'est-ce que la fiction ?*, Vrin, Paris, 2005.

105 Otto PFERSMANN, «Les modes de la fiction: droit et littérature», *op. cit.*, par. 49 y 50.

[106] Sobre las ficciones en Derecho Administrativo: Thomas CORTÈS, «Les fictions juridiques en droit administratif. Linéaments pour une théorie», en *Revue de Droit Public*, núm. 4, 1014, pp. 915-944.

[107] El autor pone un ejemplo jurídico clásico de formulación normativa: «solo las mujeres tienen acceso a esta piscina. El socorrista es una mujer en el sentido de este reglamento». El reglamento no está cambiando de sexo al socorrista, solo está diciendo que, en caso de que fuera un hombre, puede entrar en la piscina. Según PFERSMANN, la misma idea podría haberse expresado del siguiente modo: «solo se admiten mujeres en la piscina, a excepción del socorrista encargado de la seguridad de las personas y las instalaciones»: Otto PFERSMANN, «Les modes de la fiction: droit et littérature», *op. cit.*, par. 57.

Así, pues, confirmamos nuestra premisa de partida. Derecho y literatura *son ficciones* que *crean* una nueva realidad, distinta de la realidad material. Si este es su punto de encuentro, ¿dónde están las diferencias entre la ficción jurídica y la literaria? Podemos convenir con Pfersmann —si bien con matizaciones— en dos fundamentales: en primer lugar, el derecho se mueve siempre en el plano de lo contingente o de lo posible; en segundo lugar, el derecho tiene una vocación directa de transformar o modificar la realidad (él habla de carácter prescriptivo).

El mundo diseñado por el derecho es, por un lado, un mundo basado en acciones materialmente posibles, es decir, no inevitables ni imposibles. La literatura admite, por el contrario, cualquier tipo de formulación y goza de posibilidades casi ilimitadas[108]: «Toda persona que mida más de un kilómetro tendrá que abandonar la sala», reza el artículo cuarenta y dos de la libreta del rey de corazones que pretende condenar a Alicia. Precisamente porque a nadie se le puede exigir algo imposible, todo acto administrativo con semejante contenido es nulo de pleno derecho[109] y ningún comportamiento irresistible puede ser sancionado porque en tal caso, como bien observa Pfersmann, estaríamos ante una obligación *categórica* de sancionar a ciertas personas[110] (es lo que ocurre en el ejemplo de Alicia). La literatura no tiene las barreras del derecho; en su universo habitan los cronopios, en sus ciudades los muertos dialogan con los vivos y las personas se levantan por la mañana transformadas en insectos. El derecho, sin embargo, es el reino de lo contingente.

La segunda nota que distingue el universo jurídico ficcional frente al literario es que el primero tiene una vocación inherente de transformar la realidad material (precisamente por eso no puede moverse en el plano de lo imposible). Pfersmann habla aquí del carácter *prescriptivo* del derecho por contraste con la literatura, pero dicha expresión es un tanto reduccionista porque no da cuenta de una importante realidad jurídica que no puede desconocerse, la del *soft law*. En efecto, el derecho pretende modificar la realidad, plasmar sus formulaciones en el plano fáctico, cosa que no ocurre con la literatura, o al menos no es un elemento consustancial[111]. Ahora bien, en esta pretensión de modificar la realidad o determinar los comportamientos de sus destinatarios, el derecho no siempre hace uso de una formulación prescriptiva, ni siempre se plantea en términos de deber-ser, como entiende el autor. Cada vez son más habituales los instrumentos basados en la sugestión, la incitación o la recomendación que, sin llegar a tener un carácter imperativo, persiguen los mismos objetivos que los enunciados prescriptivos. Y no cabe duda de que estos instrumentos también forman parte de lo que hemos llamado el discurso del derecho.

---

[108] Cfr. François OST, «El reflejo del Derecho en la literatura», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 335.

[109] Artículo 48 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas.

[110] Otto PFERSMANN, «Les modes de la fiction: droit et littérature», *op. cit.*, par. 30.

[111] Conviene matizar que la literatura también puede tener una vocación de cambio o transformación, como es el caso de la llamada *poesía social*. Sin embargo, esta pretensión de transformación tiene carácter contingente y no ontológica.

Algunos autores se han referido, además, a la cuestión de la estética en el derecho y la literatura. Al tratar del estilo administrativo Chauvet lo ha calificado de una «anti-littérature», sometido a fuertes restricciones estilísticas, como la simplicidad, la claridad y la precisión, en la que no hay lugar para la imaginación, el talento o el espíritu creador[112]. Es, según el autor, casi lo opuesto a lo que puede entenderse por «buena literatura» porque no deja al lector libertad para el sentimiento y la interpretación[113]. Ello no impide que en la mente del lector un texto pueda adquirir un carácter literario —por ejemplo, los textos administrativos antiguos—, pero es más una impresión del receptor que una característica del texto en sí, según el autor[114]. En realidad, cualquier análisis sobre la estética o la belleza de algo nos remite a una apreciación subjetiva y por eso es difícil pronunciarse sobre esta cuestión en términos categóricos, ni desde luego puede fundamentar, a mi juicio, una diferencia ontológica entre derecho y literatura. Lo que sí es cierto es que el discurso del derecho debería responder a unas exigencias de precisión y claridad[115] que no tiene por qué respetar un texto literario[116]. Pero es precisamente en esa claridad y sencillez donde Ihering ve la belleza jurídica[117].

Hechas estas consideraciones, volvamos a la cuestión antes apuntada: ¿es el derecho *relato*? ¿Podemos aceptar que es la narración la que genera las normas, como sostienen algunos autores? Propiamente, no. Por naturaleza, la norma no es narración ni puede considerarse una historia. Como antes señalaba, el discurso del derecho es un discurso que prescribe, decide, permite o recomienda un determinado comportamiento; en definitiva, *determina* conductas. El relato *cuenta* una historia. La norma no *da cuenta* de un acontecimiento, sino que pretende encuadrar un comportamiento[118]. De nuevo Pfersmann sitúa la cuestión en sus justos términos. A pesar de que el enunciado de una norma pueda adoptar una fórmula aparentemente descriptiva, su sentido no es el describir nada. Por su parte, un relato tampoco encierra en sí mismo la formulación de ninguna norma[119]. Los siguientes ejemplos ayudarán a mostrar este razonamiento. Si la Constitución dice que la Administración *sirve con objetividad los intereses generales*, no está dando cuenta de ninguna realidad, ni relatando ningún acontecimiento, sino formulando un deber, predeterminando una conducta

---

[112] Clément CHAUVET, «Le style administratif comme littérature», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, *op. cit.*, pp. 151-160.

[113] *Ibíd.*, pp. 154-156.

[114] *Ibíd.*, p. 160.

[115] Sobre esta cuestión: Pablo MEIX CERECEDA, *Lenguaje, poder y derecho…op. cit.*, pp. 140-147.

[116] Una claridad, sin embargo, que no resulta fácil cuando el derecho se sumerge en cuestiones técnicas: *ibíd.*, p. 140. En el mismo sentido, Clément CHAUVET, «Le style administratif…», *op. cit.*, p. 154; así como Luis MARTÍN REBOLLO, *Manual de derecho administrativo*, 9ª ed., Aranzadi-La ley, Pamplona, 2025, p. 76.

[117] Vid., *infra.*, p 25.

[118] Sigo en este punto el razonamiento de PFERSMANN: cfr. «Le droit est-il narrative…», *op. cit.*, p. 172.

[119] *Ibíd*. p. 172.

para que sea conforme a derecho. Por el contrario, si Kawabata comienza *La casa de las bellas durmientes* con la oración: *No tenía que hacer nada de mal gusto, le advirtió la mujer de la posada al anciano Eguchi*, el narrador está dando cuenta de un suceso en el que una mujer informa a un anciano del contenido de una norma. Pero una cosa es la norma y otra es el relato de los hechos. Del mismo modo que si en *Conversación en La Catedral* leemos que *el general Alvarado dice que sólo sacará la tropa si se lo ordena el ministro de Guerra*, este relato es testimonio de un personaje que no supone, como tal, ningún tipo de normatividad. Una conclusión que se mantiene incluso aunque la declaración procediera del verdadero Ministro de Defensa y no de un personaje novelesco.

Ahora bien, el hecho de que derecho y relato no puedan identificarse ontológicamente no implica negarle a este último todo valor en el discurso jurídico. Muy al contrario, el relato desempeña un papel esencial en el discurso del derecho en lo que hace a dos aspectos clave: su *validez* y su *legitimidad*.

*1)* El relato puede considerarse, por un lado, condición de *validez* de los actos jurídicos en sentido amplio. Pensemos, por ejemplo, en la motivación de un acto administrativo, consistente en la explicación —relato— sucinto de los fundamentos de hecho o de derecho que justifican la decisión administrativa y que marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, entre lo conforme a derecho y lo ilegal. Lo mismo puede decirse de los pronunciamientos judiciales y de la aprobación de normas como el Decreto-Ley. La explicación del Gobierno de los hechos que permiten hacer uso de esta figura constitucional es condición misma de su validez y adopta la estructura típica de un relato, como se observa bien en el reciente Decreto-Ley de medidas urgentes frente a los daños ocasionados por la DANA de Valencia [120]:

> El pasado 28 de octubre de 2024 España sufrió uno de los episodios meteorológicos más graves de su historia reciente. El domingo 27 de octubre de 2024, la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET) emitió un aviso especial en el que informaba de que una Depresión Aislada en Niveles Altos (en adelante, DANA) se había situado en el interior peninsular, con previsión de precipitaciones de carácter generalizado en la Península y Baleares, y especial intensidad en la vertiente mediterránea. […] La urgencia de esta reforma reside, por tanto, en institucionalizar los mecanismos de apoyo financiero que han demostrado su utilidad […].

Un relato que, más allá de cuestiones estilísticas, no difiere demasiado en su formulación del conocido comienzo de Saramago:

> Al día siguiente no murió nadie. El hecho, por absolutamente contrario a las normas de la vida, causó en los espíritus una perturbación enorme, efecto a todas luces justificado, basta recordar que no existe noticia en los cuarenta volúmenes de la historia universal, ni siquiera un caso para muestra, de que alguna vez haya ocurrido un fenómeno semejante [121].

2) Por otro lado, el relato juega un papel importante en la *legitimidad* del derecho [122] y, en consecuencia, es decisivo para su *eficacia*. Más ampliamente, el relato

---

[120] Real Decreto-Ley 12/2025, de 28 de octubre.

[121] José SARAMAGO, *Las intermitencias de la muerte*, Alfaguara, Madrid, 2005, p. 13.

[122] Sobre el papel del lenguaje en la legitimidad del derecho: Pablo MEIX CERECEDA, *Lenguaje, poder y derecho…op. cit.*, pp. 129-150.

es necesario para la pervivencia de cualquier sistema político porque, más allá de la coacción física, un ordenamiento jurídico sólo puede mantenerse a través de un relato que lo haga *aceptable*. Esta es una idea que se aplica a todo sistema político y no solo a los modelos democráticos; las tiranías conocen muy bien el papel esencial que el relato juega en su supervivencia y por eso la manipulación ha sido y es una de las técnicas preferidas de cualquier gobierno despótico. El relato es siempre necesario, poco importa si está o no fundado. A veces cuatro palabras simplistas y rotundas tienen más efecto que la explicación de la compleja realidad social, como tristemente nos enseña la Historia y nos vuelven a confirmar los populismos de nuestro tiempo. Una idea está clara: la batalla de la democracia se pierde o se gana a través de las palabras y por eso acertaba Camus al ver que la miseria del mundo procede de un mal nombrar las cosas, como señalaba en las páginas iniciales. Emplear una palabra en lugar de otra es crear dos realidades completamente distintas. Por eso es tan importante el papel de la retórica, porque la legitimidad del derecho —y su éxito— se resuelve siempre en ese sutil arte de *convencer*. Como en la literatura.

Y volvemos otra vez a la idea con que se cerraba un apartado anterior. A pesar de que norma y relato no puedan identificarse como realidades intercambiables, y aunque no se pueda asumir en su integridad la afirmación de algunos autores según la cual el derecho *es* narración, hay algo que no se puede negar: hasta el positivismo más estricto conviene en que, en último término, la validez de un sistema jurídico reposa sobre su eficacia global. Incluso el mismo Kelsen afirma que las normas de un orden jurídico positivo «valen *porque* la norma fundamental básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz. Tan pronto como la constitución, y ello significa: el orden jurídico instaurado sobre esa base, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas pierde su validez»[123]. Pues bien, esa eficacia global o concreta del orden jurídico depende de una convicción social generalizada que aparece *siempre dominada por un relato*. El paso del Antiguo Régimen al nuevo orden que instauran los revolucionarios franceses lo ilustra muy bien.

El relato, por lo tanto, no es la norma, pero está presente en toda la vida de la norma. Es el sustrato en el que el derecho germina y el que puede condicionar su validez y eficacia. El relato se filtra, además, de forma constante a lo largo del proceso de aplicación del derecho, porque opera en la tarea de subsunción de los hechos en el enunciado normativo. Y en este proceso de aplicación o metabolización del derecho, el discurso *sobre* el derecho desempeña también un papel significativo.

### 3.2. El discurso sobre el derecho

Con esta expresión se hace referencia a todos aquellos trabajos, estudios, documentos, ensayos y demás producciones lingüísticas que tienen por objeto el derecho en

[123] Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1991, p. 224.

sentido amplio. Aunque en esta categoría pueden incluirse textos bastante heterogéneos, me referiré aquí, en particular, a la doctrina jurídica, a la que muy gráficamente se describe como *literatura* jurídica. Porque es, en efecto, de literatura de lo que hablamos en estos casos. Los trabajos doctrinales crean ficciones y se sirven de relatos que se integran en el proceso de aplicación del derecho [124]. Crean también mitos. Construyen, en definitiva, un imaginario jurídico en el que nos reconocemos colectivamente como juristas, del mismo modo que nos reconocemos en los mitos y ficciones literarias. Crean, en definitiva, una identidad colectiva, como ha afirmado Ost [125].

La doctrina francesa ha explorado esta profunda interrelación entre los diversos discursos que han construido el mosaico del Derecho Administrativo desde una perspectiva literaria [126]. En efecto, ante la ausencia de codificación y la *imperatoria brevitas* de los pronunciamientos del *Conseil d'État* francés, el Derecho Administrativo se formó, en buena medida, a través de los relatos, construcciones y fórmulas que a lo largo de los años elaboró la doctrina jurídica [127]. Touzeil-Divina ha sostenido que, si el derecho es sobre todo ficción, los relatos del Derecho Administrativo han incorporado también elementos ficticios imaginados, añadidos, inventados, que podemos calificar como mitos [128]. Uno de los mayores mitos es, para el autor, el que se ha formado alrededor de la decisión del *Tribunal de conflits* de 8 de febrero de 1873, conocido como el *arrêt Blanco*. Se dice que el Derecho Administrativo toma en Francia carta de naturaleza, nace formalmente con este *grand arrêt*. La realidad es, sin embargo, bastante más compleja. En palabras del autor: «aunque es sencillo afirmar […] que el derecho administrativo no nace en 1873, la doctrina se complace en repetirlo porque este relato le gusta: le conviene: le da seguridad. Es la bella historia que el publicista lee a sus hijos-alumnos-discípulos para afirmarse y reconocerse como publicista» [129].

La doctrina académica es, por tanto, creadora de mitos, de fabulaciones. Entre esas inolvidables fábulas se encuentra, por ejemplo, la del hurón en el *Palais Royal* [130] que nos dio Rivero, autor de otras tantas felices metáforas [131]. Fue también Rivero el

---

[124] En palabras de François OST, «los textos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales se engendran recíprocamente y se responden continuamente» [traducción personal]: François OST, «Prolégomènes à une théorie narrative du droit administratif», *op. cit.*, p. 8.

[125] *Ibíd.*, p. 26.

[126] El libro colectivo dirigido por GIRARD, LAUBA y SALLES ya citado es, por el momento, la obra de referencia en el plano del Derecho Administrativo, reseñado, por cierto, por Francisco SOSA WAGNER en la *Revista de Administración Pública*, núm. 218, 2022, pp. 323-376.

[127] Anissa HACHEMI, «Maximes, adages, formules, aporismes du droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, *op. cit.*, p. 181.

[128] Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Les récits du droit administratif », en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, *op. cit.*, p. 105. Del mismo autor: *Dix mythes du droit public*, LGDJ, Paris, 2019.

[129] *Ibíd.*, p. 108.

[130] Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », D., 1962. Chron. 37, p. 7 y ss.

[131] Sobre las metáforas en la obra de Jean RIVERO : Benjamin DEFOORT, « L'usage des métaphores par Jean Rivero: regard sur une conception de la doctrine», en *Revue Française de Droit Admi-*

que se refirió a Hauriou como *el Saturno que devora a su propia criatura* al reconocer que fue él, antes que el propio Duguit, el que definió el concepto de servicio público e incluso el padre doctrinal del *arrêt Terrier*, que plasmó la tesis del servicio público en Francia [132]. Precisamente al reconocer el importante papel que Hauriou desempeñó en la creación de la noción de servicio público, Rivero afirma que los integrantes de la *Escuela de Burdeos* —Duguit, Jèze, etc.— nada crearon, sino que se limitaron a orquestar el tema: «en derecho, como en música, el genio sinfónico que dicta las construcciones poderosas y complejas no va necesariamente de la mano con el genio melódico de donde brota, en su pureza mozartiana, el tema inicial» [133].

El Derecho Administrativo ha sido una de las disciplinas que más debe, en su formación histórica, a la doctrina académica [134]. El propio Rivero lo afirmó, una vez más, a través de otra metáfora: el Derecho administrativo ha sido un *chœur à deux voix*, un coro a dos voces [135]; la del *Conseil d'État* y la de la doctrina. La doctrina es, podríamos decir, la fuente intelectual del Derecho Administrativo, y muchas de las fórmulas, reglas o principios extraídos por los autores, han sido después recogidos en decisiones judiciales para acabar integrando lo que hemos dado en llamar el discurso *del* derecho. Y en estas formulaciones académicas, el uso de metáforas ha sido una constante. Algunas son clásicas, como la *bouche de la loi* de Montesquieu [136] o la gráfica imagen de Huber, que habla de la discrecionalidad administrativa como el *caballo de troya* del Estado de Derecho [137]. Además, los juristas también vivimos de mitos que no han agotado su fuerza: el mejor ejemplo es el de la *pirámide* normativa atribuida a Kelsen que, sin embargo, no se encuentra en ninguno de sus trabajos. Pero qué puede hacerse ante la fuerza de un mito.

La doctrina española ha dado también muestras de creatividad literaria a través de imágenes y relatos que sirven de apoyo a sus estudios. Nieto se ha referido, por ejemplo, a la Administración moderna como «el gigante de Gulliver inmovilizado

---

*nistratif*, 2009, p. 1048. Del mismo autor : «Les métaphores en droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, *op. cit*., pp. 187-201. Sobre las metáforas en el mundo jurídico : Gérard TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », en *Droits*, 2001/1, núm. 33, pp. 3-18.

[132] Jean RIVERO, « Hauriou et la notion de service public », en *L'évolution du droit public: études offerts à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 461-471.

[133] *Ibíd*., pp. 461-471.

[134] TOUZEIL-DIVINA tiene claro que, sin menospreciar el innegable papel que ha jugado el *Conseil d'État* a lo largo de los años, «es en la doctrina jurídica que se encuentran las primeras fuentes históricas, las más importantes de nuestra ciencia […]. [E]l derecho administrativo del siglo XIX debe su auge y magnificencia (así como sus errores) a la teoría jurídica que lo ha diseñado » [traducción propia]: Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Les récits du droit administratif », *op. cit*., 115.

[135] Jean RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, 1955, p. 29.

[136] Cfr. «Les métaphores en droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, *op. cit*., p. 190.

[137] Hans HUBER, « Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat», en *Festgabe für Z. Giacometti*, Polygraphischer Verlag A. G., Zurich, 1953, p. 66.

por los enanos de las normas administrativas»[138], Santamaría Pastor ha hablado de la «orgía» de los principios generales del derecho[139] y L. Martín Retortillo ha visto la Administración como «un comensal inesperado, un huésped advenedizo en la mesa del Estado contemporáneo»[140]. Si, a propósito de la crisis del servicio público en Francia, T.R. Fernández escribía que ya a mediados del siglo xx «la estrella» del servicio público había comenzado a declinar[141], Martín Rebollo ha estudiado y enfatizado los «restos del naufragio»[142]. Las referencias literarias y bíblicas han servido también a algunos autores como Esteve Pardo para dar título a sus obras, como *El desconcierto del Leviatán*[143] .

En definitiva, las elaboraciones doctrinales generan relatos y mitos (¿lo es la concepción subjetiva del Derecho Administrativo?), que estructuran nuestra mentalidad jurídica y que a veces no son fáciles de encajar en la realidad material. La teoría de la invalidez en Derecho Administrativo es buena muestra de ello. Esta teoría de las nulidades ha estado siempre rodeada de un conjunto de suposiciones, dogmas y enredos todavía no resueltos. Estos enredos se han generado, entre otros motivos, por un *excesivo constructivismo* —es decir, aquel en el que la categorización es el resultado exclusivo de la operación intelectual de su creador—, que ha hecho muy difícil su aplicación homogénea y coherente en la realidad. Pero es tan difícil desprenderse del relato que nos hemos contado a propósito de ciertas instituciones como la nulidad que a veces es preferible encajar la categoría *a martillazos de la realidad*, como dijo T.R. Fernández (otra metáfora, por cierto).

No es el momento, claro, de entrar en este debate, que ha sido objeto inagotable de trabajos y análisis importantes[144]. Lo que sí interesa subrayar es que los relatos,

---

[138] Alejandro NIETO, « La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo », en *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, p. 22.

[139] Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, «Presentación», en Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 45.

[140] Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de "Daseinsvorsorge"», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, p. 36.

[141] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Del servicio público a la liberalización: desde 1950 hasta hoy», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, p. 57.

[142] Luis MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, p. 2538.

[143] José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

[144] Sin ánimo de dar cuenta de todos los trabajos que se han aproximado a la cuestión, baste citar algunos muy relevantes: Juan Manuel ALEGRE ÁVILA y Ana SÁNCHEZ LAMELAS, *Validez y eficacia de los actos jurídicos. Procedimientos, actos y recursos administrativos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021; José María BAÑO LEÓN, «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en VVAA., *El Derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016; Margarita BELADIEZ ROJO, «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 133, 1994; Silvia DEL SAZ CORDERO, «¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014; Gabriel DOMENÉCH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍ-

historias, mitos o construcciones de la doctrina son una forma más de literatura, en la que no ha dejado de verse, por cierto, una forma de *belleza*. El mismo Ihering lo decía, al tratar las características esenciales que debería reunir la construcción científico-jurídica. Además de estar referida al derecho positivo y no adolecer de contradicciones internas, debía responder a la «Ley de la belleza jurídica». Es decir, para Ihering, «la ciencia requiere un verdadero estilo artístico. Sencillez, claridad, transparencia, naturalidad: he ahí las notas» [145]. En otras palabras, literatura.

En conclusión, las elaboraciones doctrinales no sólo pueden considerarse una forma más de literatura, sino que desempeñan una función primordial porque dan forma a las categorías empleadas para estudiar el derecho positivo. Y aunque la realidad contradiga muchas veces lo que nos esforzamos por defender desde un punto de vista teórico, resulta muy difícil desprendernos de ciertas ideas porque son, como diría GINZBURG, nuestro *léxico familiar* [146].

## 4. CONCLUSIONES

El movimiento *Law and literature* ha adquirido una fuerza y proyección apenas adivinadas por los primeros teóricos de la corriente. Tal vez esta fuerza se deba más a la importancia de las preguntas que plantea que a las respuestas a que pueda dar lugar. Su mérito es el de los espejos: ofrecer una imagen de la realidad —del derecho— que el ojo del jurista no siempre alcanza a atisbar. El derecho se refleja en la literatura, aunque la imagen resultante no es totalmente transparente porque también es expresión de la subjetividad de su autor. Ello no le resta utilidad porque aporta un contraste o contrapunto necesario al análisis jurídico.

Literatura y derecho son *ficciones* que crean mundos a través de palabras. ¿Podemos verlos como una misma realidad, tal y como proponen ciertos autores del movimiento, sostener que el derecho es ante todo relato? No exactamente. Si distinguimos el discurso del derecho y el discurso sobre el derecho, podemos afirmar que norma y relato no son conceptos intercambiables, que el relato no puede ser identificado con la norma. Ahora bien, el relato juega un papel esencial en el proceso de aplicación de la norma e incluso puede condicionar su validez y eficacia, además de su legitimidad, porque es el relato el que hace que el derecho sea *aceptable*. Y solo sobre esa idea puede sustentarse un sistema jurídico. En esto la literatura ofrece grandes lecciones, por-

---

GUEZ, «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017; Luis MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre la invalidez en el Derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos. Una reflexión abierta y algunas propuestas», en *Revista de Administración Pública*, núm., 210, 2019; Fernando LÓPEZ RAMÓN, «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018; Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

[145] Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del derecho*, V. 1, D.L, Madrid, 1971, pp. 141-142.

[146] Natalia GINZBURG, *Léxico familiar*, Lumen, Barcelona, 2022.

que la cuestión de la legitimidad se resuelve siempre en el plano metajurídico de los valores que se forjan a través de palabras y aquí la literatura, como el arte en general, tiene un poder formidable, como han sabido las tiranías a lo largo de la Historia. Por lo tanto, es preciso conceder a la retórica y al relato una función central en el derecho; las palabras moldean el discurso jurídico del mismo modo que moldean una obra literaria y, por ello, más allá de si lo que cuentan es más o menos verdad, su fuerza reside en su poder de convicción, como nos muestran los grandes mitos literarios y jurídicos. En este poder de convicción de las palabras se ha jugado siempre la batalla del derecho y la de las democracias, hoy debilitadas por los discursos populistas, tan falsos como eficaces. Esto también nos lo enseña la literatura: las víctimas del derecho son siempre las que pierden la batalla de las palabras.

## 5. BIBLIOGRAFÍA


Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, «Estampas jurídicas de la literatura», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 373-388.

Juan Manuel ALEGRE ÁVILA y Ana SÁNCHEZ LAMELAS, *Validez y eficacia de los actos jurídicos. Procedimientos, actos y recursos administrativos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.

Manuel ALONSO OLEA, *Entre Don Quijote y Sancho. ¿Relación laboral?*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *El Derecho civil en la obra de Cervantes*, Comares, Granada, 1987.

Teresa ARSUAGA, «La literatura en la formación de jueces y abogados», en Anuari de Filología. *Estudis de lingüística*, 7/2017, pp. 125-148.

Jane AUSTEN, *Orgullo y prejuicio*, Austral, Barcelona, 2015.

José María BAÑO LEÓN, «Reconsideración sobre el régimen de impugnación del plan urbanístico», en VVAA., *El Derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, pp. 758-769.

Jane B. BARON. y Julia EPSTEIN, J., «Is Law narrative? », en *Buffalo Law Review*, vol. 45, 1997, pp. 141-187.

Margarita BELADIEZ ROJO, «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, 133, 1994.

José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS, «¿Tiene usted cita previa?», en *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 11, 2025, pp. 41-73.

Pablo BONORINO, «El Derecho como literatura en la estrategia antipositivista de Ronald Dworkin», en *Ivs Fvgit*, 26-27, 2023-2024, pp. 9-32.

James BOYD WHITE, J., *The legal imagination*. Abridged edition, University of Chicago Press, 1985.

Albert CAMUS, «Sur une philosophie de l'expression», en *Oeuvres completes,* V.I, Gallimard, Paris, 2006.

Truman CAPOTE, *A sangre fría*, 11ªed., Anagrama, Barcelona, 2014.

Benjamin CARDOZO, «Law and Literature», en *The Yale Review*, núm. 14, 1925, pp. 699-718.

Gabriel CELAYA, *Trayectoria poética. Antología*, Castalia, Madrid, 1993.

Clément CHAUVET, «Le style administratif comme littérature», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2021, pp. 143-160.

Joseph CONRAD, *El corazón de las tinieblas*, Cátedra, Madrid, 2005.

Thomas CORTÈS, «Les fictions juridiques en droit administratif. Linéaments pour une théorie», en *Revue de Droit Public*, núm. 4, 1014, pp. 915-944.

Arnaud COUTANT, «Droit et littérature, un mouvement juridique et démocratique», en *Droit et littérature*, Cradpec núm. 4, Mare et Martin, Paris, 2015, pp. 9-45.

Robert COVER, «Nomos and Narrative» en The Supreme Court 1982, *Harvard Law Review*, núm. 97, 1983, pp. 4-68.
DANTE ALIGHIERI, *La divina comedia*, 9ªed., Espasa-Calpe, Madrid, 1975.
Antonio D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milán, 1936.
Benjamin DEFOORT, « L'usage des métaphores par Jean Rivero: regard sur une conception de la doctrine», en *Revue Française de Droit Administratif*, 2009, p. 1048.
Benjamin DEFOORT, «Les métaphores en droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2021, pp. 187-201.
Silvia DEL SAZ CORDERO, «¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, 2014, pp. 1141-1159.
Tamara DJERMANOVIC, *El universo de Dostoievski*, Acantilado, Barcelona, 2021.
Fiódor DOSTOIEVSKI, *Los hermanos Karamázov*, Alba, Barcelona, 2013.
Fiódor DOSTOIEVSKI, *Crimen y castigo*, Cátedra, Madrid, 2022.
Gabriel DOMENÉCH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
Ronald DWORKIN, «How law is like literature», en *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1985, pp. 146-166.
Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1986.
José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
María José FALCÓN Y TELLA, *Derecho y literatura* (prólogo de François OST), Marcial Pons, Madrid, 2015.
Hans FEHR, *Das Recht in der Dichtung*, A. Francke AG Verlag, Berna, 1931.
Hans FEHR, *Die Dichtung im Recht*, Francke, Berna, 1936.
Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Del servicio público a la liberalización: desde 1950 hasta hoy», en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 57-74.
Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, pp. 137-162.
Stanley FISH, «Working on de Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism», en *Critical Inquiry*, 9, pp. 201-216.
Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 2001.
Federico GARCÍA LORCA, *Sonetos del amor oscuro. Diván del Tamarit*, Lumen, Barcelona, 2018.
María Jesús GARCÍA MORALES, «La prohibición de la censura en la era digital», en *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 237-276.
Natalia GINZBURG, *Léxico familiar*, Lumen, Barcelona, 2022.
Nikolái GÓGOL, *Almas muertas*, Austral, Barcelona, 2013.
Anissa HACHEMI, «Maximes, adages, formules, aporismes du droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2021, pp. 163-186.
Bohumil HRABAL, *Una soledad demasiado ruidosa*, 13ª ed., Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2022.
Hans HUBER, « Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaat», en *Festgabe für Z. Giacometti*, Polygraphischer Verlag A. G., Zurich, 1953.
Lluís IZQUIERDO, «Kafka», en Jordi LLOVET (ed.), *Lecciones de literatura universal. Siglos* XII *a* XX, 4ªed., Cátedra, Madrid, 2012, pp. 904-909.
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *El legado de Galdós. Los mimbres de la política y su 'cuarto oscuro' en España*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2023.
Franz KAFKA, *El proceso*, Debolsillo, Barcelona, 2003.
Yasunari KAWABATA, *La casa de las bellas durmientes*, Austral, Barcelona, 2013.
Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1991

Mariano José de LARRA, «Venga usted mañana», en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/vuelva-usted-manana--0/html/ff7a5caa-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html.

Janet LEWIS, *El juicio de Sören Qvist,* Reino de Redonda, Madrid, 2017.

Fernando LÓPEZ RAMÓN, «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 13-48.

Claudio MAGRIS, *Literatura y Derecho. Ante la Ley*, Sexto Piso, Madrid, 2008.

Luis MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 2471-2542.

Luis MARTÍN REBOLLO, «De nuevo sobre la invalidez en el Derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos. Una reflexión abierta y algunas propuestas», en *Revista de Administración Pública*, núm., 210, 2019, pp. 91-122.

Luis MARTÍN REBOLLO, *Manual de derecho administrativo*, 9ªed., Aranzadi-La ley, Pamplona, 2025.

Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de "Daseinsvorsorge"», en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 35-66.

Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999.

Pablo MEIX CERECEDA, *Lenguaje, poder y Derecho en la edad de la información*, Iustel, Madrid, 2025.

Lorenzo MENOUD, *Qu'est-ce que la fiction* ?, Vrin, Paris, 2005.

Alberto MORAVIA, *La romana*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1982.

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Hablamos la misma lengua. Historia política del español en América, desde la Conquista a las Independencias*, Crítica, Barcelona, 2017.

Santiago MUÑOZ MACHADO, «Prólogo», en MEIX CERECEDA, P., *Lenguaje, Poder y Derecho en la edad de la información*, Iustel, 2025.

Alejandro NIETO, «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo », en *Revista de Administración Pública*, núm. 76, 1975, pp. 9-30.

Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice*, Beacon Press, Boston, 1995.

Gabriel OLIVER, «Balzac», en Jordi LLOVET (ed.), *Lecciones de literatura universal. Siglos* XII *a* XX, 4ªed., Cátedra, Madrid, 2012, pp. 543-557.

George ORWELL, *1984*, Destino, Barcelona, 2024.

George ORWELL, *Rebelión en la granja*, Debolsillo, Barcelona, 2013.

Juan OSSORIO MORALES, *Derecho y literatura*, Universidad de Granada, Granada, 1949.

François OST, «El reflejo del Derecho en la literatura», en Cuadernos de filosofía, núm. 29, 2006, pp. 333-348.

François OST, «Prolégomènes à une théorie narrative du droit administratif», en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2021, pp. 5-35.

Benito PÉREZ GALDÓS, *Miau*, Cátedra, Madrid 2005

Ferruccio PERGOLESI, «Il diritto nella letteratura», en *Archivio giuridico*, Modena, 1927.

Otto PFERSMANN, «Les modes de la fiction : droit et littérature», en Françoise LAVOCAT (dir.), *Usages et théories de la fiction*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, pp. 39-61.

Otto PFERSMANN, «Le problème des normes paratopiques» en Michel FROMONT, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thales MORAIS DA COSTA, Gustavo VIEIRA DA COSTÀ CERQUEIRA, Bibiana GRAEFF y Tanísia MARTINI VILARINO (dir.), *Droit français et droit brésilien: perspectives nationales et comparées*, BRUYLANT, Bruxelles, 2012, Pp. 557-565.

Otto PFERSMANN, «Le droit est-il narrative, la narrativité est-elle juridique ?», en *Droit &Littérature*, núm. 3, 2019, pp. 169-179.

Jean RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *Études et documents du Conseil d'État*, 1955, p. 29.

Jean RIVERO, « Hauriou et la notion de service public », en *L'évolution du droit public: études offerts à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1956, pp. 461-471.

Jean RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », D., 1962. Chron. 37, p. 7.

Ana RODRÍGUEZ FISCHER, *Antes de que llegue el olvido*, Siruela. Nuevos tiempos, Madrid, 2024.

Nuria RUIZ PALAZUELOS, «La libertad de creación artística, ¿un derecho autónomo? (*l'oiseau rebelle* en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 215, pp. 111-142.

Nuria RUIZ PALAZUELOS, «El laberinto de la libertad de expresión en Europa. Consideraciones a propósito de la STEDH E.S. contra Austria (2018)», en *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XII, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 345-365.

María Jimena SÁENZ, «¿Qué puede aprender el derecho de la literatura?»: Notas sobre la importancia de la discusión derecho/literatura en el pensamiento jurídico», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 82, 2019, pp. 437-454.

Carlos SÁNCHEZ MORENO, «An interview with James Boyd White, pioneer of the discipline 'Law and Literature'», en Revista General de Derecho, Literatura y Cinematografía, núm. 4, 2025.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010.

José SARAMAGO, *Las intermitencias de la muerte*, Alfaguara, Madrid, 2005.

José SARAMAGO, *Ensayo sobre la lucidez*, Alfaguara, 2022.

William SHAKESPEARE, *El mercader de Venecia*, 2ª ed., Anagrama, Barcelona, 2001.

Mary SHELLEY, *Frankenstein*, Leyenda, México, 2012.

Anne SIMONIN, «Mais qui est Richard H. Weisberg? Droit et Littérature: nouvelles réflexions sur la question juive», en *Raisons politiques*, núm. 27, 2007, pp. 11-36.

SÓFOCLES, *Antígona*, Penguin Clásicos, 2015.

STENDHAL, *Correspondance* (1836-1842), vol. X, Le divan, Paris, 1933-1934.

Antonio TABUCCHI, *Sostiene Pereira*, Anagrama, Barcelona, 1997.

Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Dix mythes du droit public*, LGDJ, Paris, 2019.

Mathieu TOUZEIL-DIVINA, « Les récits du droit administratif », en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBA y Damien SALLES (dir.), *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, Poitiers, 2021, pp. 105-119.

Gérard TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », en *Droits*, 2001/1, núm. 33, pp. 3-18.

Aránzazu USANDIZAGA, «Dickens», en Jordi LLOVET (ed.), *Lecciones de literatura universal. Siglos xii a xx*, 4ªed., Cátedra, Madrid, 2012, pp. 583-596.

Luciano VANDELLI, *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*, Iustel, Madrid, 2015.

Mario VARGAS LLOSA, «La verdad de las mentiras», en *La verdad de las mentiras*, Alfaguara, Madrid, 2011, pp. 15-33

Mario VARGAS LLOSA, «La granja de los animales», en *La verdad de las mentiras*, Alfaguara, Madrid, 2011, pp. 243-260.

Richard WEISBERG, *The failure of the word. The protagonist as lawyer in modern fiction*, Yale University Press, 1984.

Richard WEISBERG, «Law in and as Literature: Self-Generated Meaning in the "Procedural Novel" », en Clayton KOELB. y Susan NOAKES (ed.), *The Comparative Perspective on Literature*, New York, Cornell University Press, 1988, p. 224-232.

Richard WEISBERG, *Vichy Law and the Holocaust*, New York University Press/Harwood Academic Publishers, 1996.

Richard WEISBERG, «Vérité démocratique et spécificité romanesque. Droit et littérature dans deux romans de procédure», en *Raisons politiques* 2007/3, núm. 27, pp. 73-90.

Richard WEISBERG, «Cardozo's "Law and literature": A guide to his judicial writing style», en *Touro Law Review,* vol. 34, n. 1, art. 21, 2018, pp. 349-358.

John H. WIGMORE, «A list of Legal Novels», en *Illinois Law Review*, núm. 2., 1908, pp. 574-593.

Marguerite YOURCENAR, *Ensayos*, Debolsillo, 2017.

Marguerite YOURCENAR, *Memorias de Adriano*, Edhasa, Barcelona, 2021.

Stefan ZWEIG, *María Antonieta*, Acantilado, Barcelona, 2024.

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 189-220
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3154
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Mireia Molina Sánchez
ISSN: 2695-7191
Recibido: 04/08/2025 | Aceptado: 20/02/2026

# VIOLENCIA DE GÉNERO Y OMISIÓN ADMINISTRATIVA: UNA PROPUESTA PARA CUANTIFICAR EL DAÑO

## GENDER-BASED VIOLENCE AND ADMINISTRATIVE OMISSION: A PROPOSAL TO QUANTIFY THE DAMAGE CAUSED.

Mireia Molina Sánchez
Ayudante doctora.
Universitat de València*

**RESUMEN:** El texto analiza la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en casos de violencia de género derivados de omisiones administrativas que generan daños a las víctimas. Frente a la dificultad de probar un nexo causal directo, proponemos la fundamentación de la indemnización en la teoría de la pérdida de oportunidad, que reconoce la reparación por la frustración de una posibilidad real de evitar el daño mediante una actuación adecuada.

En lugar de exigir certeza sobre la relación causal entre la omisión administrativa y el daño, esta teoría permite atribuir responsabilidad cuando existe una probabilidad significativa de que la intervención estatal habría evitado el resultado lesivo. Para cuantificar el daño indemnizable, se propone un mecanismo objetivo basado en datos estadísticos y herramientas de evaluación de riesgo, que permite estimar empíricamente la probabilidad de que una intervención administrativa oportuna hubiera prevenido el daño sufrido.

En definitiva, el texto sostiene que la responsabilidad administrativa es procedente en estos casos y que la combinación de la teoría de la pérdida de oportunidad con un mecanismo empírico para

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "la planificación administrativa, ref. PID2023-152781NB-I00" que se encuadra en el Plan Nacional I+D+i: PLANADM 2024-2026, en el proyecto "Algorithmic Law", ref. CIPROM/2024/16, que se enmarca en el programa Prometeu Generalitat Valenciana: AILAW, 2025-2026 y del convenio C036/23-OT entre la entidad pública empresarial Red.es agrupación de entidades formada por la Universidad del País Vasco/EUSKAL HERRIKO UNIBERSITATEA (UPH/EHU), la Universitat de València, la Fundación Instituto de Investigación Sanitaria "Marqués de Valdecilla", la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales LA (EGEDA), la Universitat Rovira i Virgili, y la Fundación Hay Derecho, para impulsar la implementación de la carta de derechos digitales en el ámbito de entornos específicos.

la cuantificación del daño mejora la justicia y la seguridad jurídica en la reparación a las víctimas de violencia de género.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad patrimonial; pérdida de oportunidad; Administración Pública; VioGén, empírico.

**ABSTRACT:** The text analyzes the financial liability of the public administration in cases of gender violence resulting from administrative omissions that cause harm to victims. Given the difficulty of proving a direct causal link, we propose basing compensation on the theory of loss of opportunity, which recognizes compensation for the frustration of a real possibility of avoiding harm through appropriate action.

Instead of requiring certainty about the causal relationship between the administrative omission and the damage, this theory allows liability to be attributed when there is a significant probability that state intervention would have prevented the harmful outcome. To quantify the compensable damage, an objective mechanism based on statistical data and risk assessment tools is proposed, which allows for an empirical estimate of the probability that timely administrative intervention would have prevented the damage suffered.

In conclusion, the text argues that administrative liability is appropriate in these cases and that combining the theory of loss of opportunity with an empirical mechanism for quantifying damage improves justice and legal certainty in the compensation of victims of gender-based violence.

**KEYWORDS:** state liability; loss of oportunity; Public Administration; VioGén; empirical.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2.ENTRE LA IMPUTACIÓN Y LA INCERTIDUMBRE: EL NEXO CAUSAL COMO ZONA GRIS: 2.1. La teoría de la pérdida de oportunidad.— 3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO: ENTRE LA OMISIÓN, LA OPORTUNIDAD PERDIDA Y LA INEXISTENCIA DE DAÑO: 3.1. Consideraciones generales; 3.2. La determinación de las probabilidades causales: 3.2.1. La responsabilidad de la Administración por la incorrecta determinación del nivel de riesgo o la inaplicación de las medidas de protección; 3.2.2. La responsabilidad de la Administración en la detección de las circunstancias especiales.— 4. CONCLUSIÓN.— 5. BIBLIOGRAFIA

## 1. INTRODUCCIÓN

La violencia de género constituye una de las formas más graves de vulneración de los derechos humanos en las sociedades contemporáneas, y su erradicación ha sido uno de los principales objetivos en la agenda política de numerosos Estados. En el caso de España, la respuesta institucional frente a esta problemática ha evolucionado significativamente en las últimas décadas, especialmente en lo que respecta a la obligación positiva del Estado de proteger a las víctimas. En el ámbito de las obligaciones policiales de protección, una de las manifestaciones más concretas ha sido la creación del Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), implementado por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior a través de la Instrucción 10/2007.

El Sistema VioGén fue concebido como una herramienta destinada a mejorar la actuación policial frente a la violencia de género, estructurándose en torno a dos pilares fundamentales: la valoración del riesgo[1] y la aplicación de medidas de protección adaptadas a cada uno de los niveles de riesgo. En primer lugar, el sistema está compuesto de algoritmos diseñados para determinar la probabilidad de que una mujer víctima de violencia de género vuelva a sufrir una nueva agresión por parte de su pareja o expareja. En segundo lugar, establece una serie de medidas policiales de protección que deben aplicarse de forma inmediata y obligatoria, en función del nivel de riesgo que haya sido determinado por la herramienta.

Desde su puesta en marcha, el Sistema VioGén ha sido sometido a diversas actualizaciones con el objetivo de aumentar su eficacia y adaptabilidad a las nuevas formas de violencia. Entre las más relevantes se encuentra la Instrucción 4/2019, la cual introdujo importantes innovaciones. Esta nueva normativa no solo mantiene el análisis del riesgo para la víctima, sino que amplía el espectro de protección al detectar a los menores en situación de riesgo o vulnerabilidad, así como al identificar escenarios de riesgo grave o letal para la víctima. Esta herramienta, a diferencia de las empleadas en otros países de nuestro entorno, cumple con estos objetivos por medio de dos cuestionarios: la VPR 5.0-H (Valoración Policial del Riesgo, versión 5.0-H) y la VPER4.1 (Valoración Policial de la Evolución del Riesgo, versión 4.1). La primera de ellas es empleada en el primer contacto de la víctima con el agente de policía, momento en el que este comprueba que no existe ningún caso registrado en el sistema entre la misma víctima y agresor, con el objetivo de determinar el nivel inicial de riesgo, así como las medidas de protección que deben ser implementadas. La segunda, es empleada en los subsiguientes contactos entre agente y víctima. Cabe mencionar que hasta la entrada en vigor de la Instrucción 1/2025, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración y gestión policial del nivel de riesgo de violencia de género y seguimiento de los casos a través del sistema VioGén-2, existían dos tipos formularios de VPER 4.1, la VPER 4.1-S, también conocida como VPER sin incidente y la VPER 4.1-C, conocida como VPER con incidente. La primera de ellas era empleada cuando, por el transcurso del plazo determinado por la Instrucción vigente para el nivel de riesgo concreto, el agente contactaba con la víctima para conocer como progresaba el caso[2]. La VPER-C, por su parte, era empleada en aquellos casos en que se producía un

[1] Sobre la valoración del riesgo véase: Lucia MARTÍNEZ GARAY, Francisco MONTES SUAY, L (2018). "El uso de las valoraciones de riesgo de violencia en derecho penal: algunas cautelas necesarias", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pp. 1-47.

[2] Los períodos de tiempo van desde las 72 horas en los casos de riesgo extremo, un máximo de 7 días en los casos de riesgo alto, 30 días en los casos de riesgo medio, cada 60 días en caso de riesgo bajo y 90 días en casos de riesgo no apreciado. Secretaría de Estado de Seguridad, "Instrucción 4/2019, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género (Sistema VioGén)", 2019, pp.1-23 (p.13) Ministerio del Interior; Juan José LÓPEZ OSSORIO, "Prevención de la violencia de género desde el sistema VioGén", Debates de la UNED, "*Violencia de género: lo que nos cuentan y lo que no nos cuentan*", 2023, 22 de marzo. Madrid, España.

nuevo incidente como por ejemplo una nueva agresión o un quebrantamiento de condena. Este cuestionario también podía ser empleado en aquellos casos en que se había tenido conocimiento de nuevos incidentes que se desconocían en el momento en que se rellenó el VPR 5.0-H. Actualmente, la VPR 5.0-H es empleada en los mismos casos que anteriormente, pero también en aquellos casos en que se emplearía la VPER-C, debido a que ambos protocolos eran idénticos. La VPER 4.1, por su parte, que cumple con la función que con anterioridad desempeñaba la VPER-S.

Resulta esencial comprender que, pese a que hablamos de formularios o cuestionarios, ni la VPR ni la VPER, se basan en un conjunto de preguntas que se le proporcionan a la víctima para que las responda, sino que el agente es el encargado de obtener toda la información posible en la entrevista que mantiene con la víctima para posteriormente poder responderlas. No debiendo realizar preguntas que puedan influir en el relato de la víctima[3]. A mayores, pese a que el relato de la víctima es la principal fuente de información, los agentes no deben limitarse a ello, sino que deben obtener la mayor información posible proveniente de otras fuentes, como, por ejemplo, testifical del entorno de la víctima y del agresor, informes médicos, testigos, antecedentes penales y policiales nacionales y en el extranjero, etc.[4].

Finalmente, respecto de la herramienta, resulta destacable que entre 2019 y 2025 se han desarrollado otras Instrucciones que convivían con la de 2019 y que han introducido funcionalidades complementarias a la herramienta, como por ejemplo aquellas encaminadas a la adopción de medidas especiales de protección en aquellos casos en que no contemos con denuncia de la víctima[5], medidas especiales respecto de los agresores persistentes[6] y medidas especiales para los casos resistentes[7]. La Instrucción de 1/2025 derogó todas las Instrucciones anteriores, no obstante, ha aglutinado el contenido de estas, por lo que la herramienta sigue cumpliendo con todas estas funciones.

---

[3] Secretaría de Estado de Seguridad, "Guía de procedimiento VPR 5.0 y VPER 4.1: Protocolo de valoración policial del riesgo y gestión de la seguridad de las víctimas de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004)", 2019, pp.1-56 (p. 5). Ministerio del Interior.

[4] Secretaría de Estado de Seguridad, "Guía de procedimiento VPR 5.0 y VPER 4.1: Protocolo de valoración policial del riesgo y gestión de la seguridad de las víctimas de violencia de género", Cit. p. 9.

[5] Secretaría de Estado de Seguridad, "Instrucción 5/2021, por la que se establece el protocolo de primer contacto policial con víctimas de violencia de género en situación de desprotección (protocolo cero)", 2021, pp.1-10. Ministerio del Interior.

[6] Secretaría de Estado de Seguridad, "Instrucción 8/2021, por la que se establecen medidas para prevenir la violencia de género ocasionada por agresores persistentes", 2021, pp. 1-6 (p.4). Ministerio del Interior; Secretaría de Estado de Seguridad, "Instrucción 1/2023, por la que se desarrolla la obligación de comunicación a la víctima de los antecedentes del agresor en los denominados casos de "agresores persistentes" y otras medidas de protección y seguridad en los casos de violencia de género", 2023, pp. 1-10 (pp. 4-7). Ministerio del Interior.

[7] En relación con los casos resistentes la regulación se encuentra en la Instrucción 11/2022, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se actualizan los procedimientos de actuación en la gestión del riesgo de los denominados "casos resistentes" de violencia de género. Así como en la Instrucción 8/2021, por la que se establecen medidas para prevenir la violencia de género ocasionada por agresores persistentes y en la Instrucción 5/2021, por la que se establece el protocolo de primer contacto policial con víctimas de violencia de género en situación de desprotección (protocolo cero).

Los continuos estudios y análisis de la herramienta encaminados a la mejor de la misma y que, en este momento ha culminado con la entrada en vigor de la Instrucción 1/2025 tienen como objetivo optimizar el sistema con base en la experiencia acumulada y el análisis de los datos recopilados. Sin embargo, a pesar de los indudables avances que ha supuesto la implementación del sistema en la lucha contra la violencia de género, también han surgido importantes interrogantes sobre sus limitaciones, especialmente cuando, pese a su utilización las víctimas no han sido protegidas de forma efectiva. Esta falta de protección se puede producir por muy diversas situaciones, entre las que podemos destacar las incorrectas valoraciones del riesgo, por errores humanos a la hora de obtener la información o cumplimentar la propia herramienta; errores en el diseño de la herramienta que den lugar a infravaloraciones del riesgo; la incorrecta implementación de las medidas protectoras asignadas por la herramienta; cuando, pese a que la normativa lo prevé, no se activa el protocolo para realizar una nueva valoración del riesgo, —por ejemplo, si a causa de los errores en los Sistema de seguimiento por medios telemáticos de las prohibiciones de aproximación, no se detecta que se ha producido una vulneración de la orden de alejamiento, lo cual es considerado como un nuevo incidente y no se realiza una nueva valoración del riesgo— y de haberse realizado se hubiera aumentado el nivel de riesgo.

En este contexto, nos planteamos la siguiente cuestión: ¿qué consecuencias legales pueden derivarse para el Estado en los casos en los que la herramienta algorítmica de valoración del riesgo cometa un error que termine posibilitando una nueva agresión o incluso el asesinato de la víctima? Esta pregunta adquiere especial relevancia en el marco de las obligaciones positivas de protección de los derechos humanos que impone el Derecho internacional, y que exigen al Estado no solo abstenerse de interferir en los derechos de las personas, sino también adoptar medidas activas para garantizarlos. La respuesta es clara: si el Estado no cumple de forma adecuada con esta cuestión, surge la posibilidad de incurrir en responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados.

El estudio de esta posible responsabilidad nos lleva a analizar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado en España. Para que surja el deber de indemnizar se deben cumplir una serie de requisitos, ya que no todos los daños ocasionados por la Administración son indemnizables[8]. En primer lugar, se exige que el daño sufrido sea antijurídico[9], es decir, que la persona afectada no tenga el deber

---

[8] Por todas, STS 1572/1999, (Sala de lo contencioso, sección 7.ª), de 8 de marzo. ECLI:ES:TS:1999:1572. Fundamento jurídico 6.

[9] Luis MARTÍN REBOLLO, (1999). "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones*", Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 317-372 (p.362); Juan Carlos HENAO, (2000), "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia". En Juan Carlos HENAO, *et al.* (Eds.), *La responsabilidad patrimonial del Estado,* Instituto Nacional de Administración Pública, México D.F, 2000, pp. 105-147 (p. 128).; Raúl LETELIER WARTENBERG, Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar, en Marcos VAQUER CABALLERIA, Ángel Manuel MORENO MOLINA & Antonio DESCALZO GONZÁLEZ (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso Tomo I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1045-1067 (pp. 1046); David Vicente BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pan-*

jurídico de soportarlo. Este requisito implica que la actuación administrativa no esté amparada por una norma que legitime la producción del daño. En segundo lugar, la legislación española no exige que exista culpa o negligencia por parte de la Administración [10], basta con que se haya producido un daño que no debiera haber sido soportado por la víctima. No obstante, esta cuestión es controvertida, ya que gran parte de la doctrina se muestra contraria a la concepción objetivista de la responsabilidad patrimonial [11]. Del mismo modo, la jurisprudencia en determinadas ocasiones ha hecho servir distintos artificios para incorporar, aunque de forma encubierta, el requisito de la culpa [12]. Finalmente, la existencia de nexo causal. Debe demostrarse que existe una relación directa entre la actuación —o la omisión— de la Administración y el daño sufrido [13]. En el caso de la violencia de género, este elemento plantea grandes difi-

---

*demia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la Covid-19*), 1ª ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p.365; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL & Luis MEDINA ALCOZ, (2024). "Lección 32. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", en Francisco VELASCO CABELLERO & Maria Mercè DARNACULLETA GARDELLA (dirs.), *Manual de Derecho administrativo,* 2.ª ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paolo, 2024, pp. 802-859 (p. 809).

[10] Cfr. Luis MEDINA ALCOZ, "El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista de Administración Pública*, núm. 213, pp. 69-91 (p.72).

[11] Martín Rebollo afirma que debemos poner el foco en el funcionamiento anormal de las Administraciones Públicas, no solo si ha sido consecuencia de una culpa personal sino también si ha sido a causa de una culpa genérica atribuible al servicio u organización en general. Esto es debido a que la responsabilidad patrimonial debe influir en el modo en que actuará la Administración. Para Pantaleón no debemos entender la responsabilidad civil extracontractual como un instrumento de "ingeniería social", sino como una institución que entiende el daño como un problema entre el dañante y el dañado, esto tiene como consecuencia que el primero debe indemnizar al segundo por razones de justicia conmutativa. Entre estas razones se encuentra la culpa principalmente. Mir Puigpelat considera que debería crearse un sistema en el que conviva una cláusula general que establezca la responsabilidad de las Administraciones Públicas por funcionamiento anormal, con otros supuestos típicamente previstos que se rijan por el criterio de la responsabilidad objetiva. Para Doménech Pascual y Medina Alcoz, el hecho de que la mayoría de las condenas por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se justifiquen en el funcionamiento anormal del servicio público se debe a que el régimen vigente no habla de la culpa, pero lo justifica en base a la "cosificación o instrumentalización de un individuo", de manera la responsabilidad tiene como objetivo contrarrestar dicha cosificación. Es por ello por lo que, ante causas accidentales o dirigidas a prevenir conductas dañinas, no estaremos ante responsabilidad patrimonial. MARTÍN, 1999: 366; Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* núm. 4, 2000, pp. 167-192 (pp. 175-180); Oriol MIR PUIGPELAT, (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacía un nuevo sistema,* Civitas, Madrid, 2002, pp. 255-310; DOMÉNECH & MEDINA, 2024: 819.

[12] Por todas, la STS 8602/1998 - ECLI:ES:TS:1998:8602, FJ 9. "En suma, no concurrió una imputable actuación negligente por parte de la Administración Penitenciaria, que, sin embargo, dispuso de la prestación normal en la realización de los servicios, sin que se advierta, por consecuencia, la estimación de la aludida responsabilidad patrimonial, procediendo, en este punto, la confirmación de los criterios manifestados por la sentencia recurrida y la desestimación del tercero de los motivos de casación formulados por la parte recurrente".

[13] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1955, pp. 1023-1166 (p.1144); MARTÍN, 1999: 345-346; DOMÉNECH & MEDINA, 2024: 811.

cultades probatorias, ya que las funciones policiales no son la causa directa del daño, sino que lo que se cuestiona es su pasividad o falta de diligencia en la prevención del delito. De este modo, resulta especialmente complejo establecer una relación clara y contundente entre la falta de acción del sistema policial y el resultado lesivo, que se manifiesta en forma de unas lesiones graves o el fallecimiento de la víctima.

Ante esta dificultad, proponemos recurrir a la teoría de la pérdida de oportunidad como una vía para solventar la problemática del nexo causal. Con esto no tratamos de flexibilizar el estándar de prueba del nexo causal, sino de aplicar un régimen alternativo en el que prescindimos del requisito de certeza para permitir una indemnización parcial basada en una probabilidad objetiva y significativa de evitación del daño. Esta teoría ha sido utilizada en otros ámbitos jurídicos para reconocer que, aun cuando no se pueda probar con certeza que la actuación omisiva del Estado causó el daño, sí puede demostrarse que la Administración privó a la víctima de una posibilidad real y significativa de evitarlo. Aplicando esta perspectiva al ámbito de la violencia de género, y aprovechando la ventaja de contar con datos estadísticos derivados de estudios elaborados sobre el propio funcionamiento del sistema algorítmico, se puede elaborar un método empírico para calcular la probabilidad de que el daño fuera evitable con una actuación diligente por parte de la Administración. Esto permitiría sustituir la habitual arbitrariedad en la valoración judicial del nexo causal por una estimación científicamente fundamentada.

Este enfoque no solo enriquece el debate doctrinal sobre la responsabilidad del Estado en contextos de violencia de género, sino que además contribuiría a reforzar la rendición de cuentas institucional y la confianza ciudadana en los sistemas de protección. El análisis que se presenta a continuación pretende aportar una visión crítica y constructiva sobre el papel del Estado en la protección de las víctimas, así como sobre los mecanismos jurídicos disponibles para exigir responsabilidad cuando dicha protección resulte insuficiente.

## 2. ENTRE LA IMPUTACIÓN Y LA INCERTIDUMBRE: EL NEXO CAUSAL COMO ZONA GRIS

Uno de los obstáculos a la hora de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración radica en la dificultad de acreditar la existencia de un nexo causal directo entre el daño sufrido por la víctima y la actuación del servicio público. Para que el daño antijurídico pueda ser jurídicamente imputado al Estado y surja la obligación de indemnizar, resulta indispensable demostrar que existe una relación causal entre el perjuicio producido y el comportamiento de la Administración. La prueba de esta exigencia resulta considerablemente complicada en aquellos supuestos en los que el daño no resulta de una acción directa, sino de una omisión administrativa, como ocurre con relativa frecuencia en el ámbito de las obligaciones positivas de protección.

En los casos de omisión, el análisis causal debe desplazarse hacia una lógica contrafactual: se trata de examinar qué habría ocurrido si la Administración hubiera lle-

vado a cabo la conducta omitida[14]. Este ejercicio especulativo introduce un margen inevitable de incertidumbre, dado que no podemos afirmar con absoluta seguridad cuál habría sido el desenlace si la conducta esperada se hubiera llevado a cabo. En este sentido, un determinado evento lesivo puede derivarse de una pluralidad de causas concurrentes, no todas ellas con el mismo peso o relevancia en la producción del daño. Esto ha tenido como consecuencia que, en el marco del derecho administrativo, se adopte mayoritariamente la denominada teoría de la causalidad adecuada como criterio de imputación del daño.

Según esta teoría, no basta con que un hecho o conducta constituya una condición necesaria para que el daño se haya producido —lo que se conoce como *conditio sine qua non*—, sino que además debe tratarse de una causa objetivamente idónea para generar el resultado lesivo[15]. Debe existir una adecuación objetiva entre la conducta omisiva de la Administración y el daño, siendo plausible la secuencia causal. Solo cuando dicha adecuación queda verificada, se puede hablar de una causa adecuada, esto es, una causa efectiva y verdadera del daño sufrido[16]. Es decir, el umbral de certeza lo consideramos como superando cuando es más probable la existencia del nexo causal que su inexistencia. En consecuencia, quedan excluidas aquellas causas meramente circunstanciales, remotas o extraordinarias, pero que pueden ser consideradas idóneas para explicar razonablemente el desenlace lesivo[17].

Al aplicar esta teoría pueden surgir situaciones en las que, si bien existe una cierta relación causal entre la omisión administrativa y el daño, esta no alcanza el grado de certeza requerido para fundamentar una imputación total de responsabilidad[18].

Esto tiene lugar, por ejemplo, cuando concurren múltiples factores externos que podrían haber influido de forma determinante en la causación del daño[19]. En estos

---

[14] Por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, 1955: 1144; MARTÍN, 1999: 345-346; DOMÉNECH & MEDINA, 2024: 811.

[15] Por todos, Martín María RAZQUIN LIZÁRRAGA, "Actualización del artículo 106.2: La responsabilidad de la Administración Pública", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2.ª ed. Fundación Wolters Kluwer / Boletín Oficial del Estado / Tribunal Constitucional / Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 517-536 (p. 534); Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal,* 1ªed. Aranzadi S.A.U. Navarra, 2018, pp. 23-26.

[16] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE & Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 16.ª ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2020, pp.426-428; Clemente CHECA GÓNZÁLEZ, "La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es, en todo caso, objetiva", *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2021, pp. 19-72 (pp. 33-34).

[17] STS 7123/1998 - ECLI:ES:TS:1998:7123. FJ 3.

[18] María Felicia GASCÓN ABELLÁN & Luis MEDINA ALCOZ, (2009) ¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad), *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 6, 2009, pp. 191-226 (p. 193).

[19] Para Martín Rebollo, esto no significa que para que podamos hablar de causalidad adecuada debamos estar ante una causa exclusiva y directa, sino que esta ha de tener la suficiente entidad como para que se le pueda atribuir el daño. Medina Alcoz, por su parte, considera que para poder hablar de causalidad adecuada debe existir una probabilidad preponderante o prevalente, es decir, una probabi-

casos, el nexo causal no desaparece, pero se debilita hasta el punto de que ya no resulta posible atribuir al Estado la causa directa del perjuicio. La aplicación exclusiva y excluyente de esta teoría resulta contraproducente pues dejará múltiples casos, igualmente relevantes, sin atención, pese a que la Administración haya sido la causante del daño. De manera que debemos encontrar una solución intermedia que permita ofrecer una respuesta en todos aquellos casos en que resulte plausible que la Administración sea la causante del daño.

Actualmente la doctrina deja abierta la posibilidad de aplicar tres posibles soluciones: el estándar de probabilidad preponderante, el estándar de probabilidad asimétrico y las teorías de la probabilidad. Todas ellas tienen como objetivo ofrecer una alternativa menos exigente que el modelo de la causalidad adecuada.

La teoría de la probabilidad preponderante se basa en que cuando un hecho es más probable que el resto de las hipótesis planteadas resulta aceptado y, por ende, procede indemnización[20]. Esto implica que cuando una hipótesis tiene una probabilidad superior al 50 por cien será aceptada, mientras que si es inferior será rechazada. De manera que, aunque una hipótesis sea mucho más plausible que el resto, sino alcanza el 50 por cien no podrá ser aceptada. Por el contrario, si contamos con más de una hipótesis con una probabilidad de verosimilitud superior al 50 por cien se aceptará como válida aquella que tenga una probabilidad superior[21]. La ventaja que plantea este modelo frente a otros, como el de estándar de probabilidad asimétrico, es el trato igualitario de todos los litigantes ya que ninguno de ellos está siendo favorecido, encontrándose ambos ante la misma posibilidad de que se produzca un falso positivo o un falso negativo[22]. Este modelo cuenta con una regla de cierre encargada de resolver la incertidumbre en aquellos casos en que el juzgador no es capaz de determinar si se supera el umbral de probabilidad del 50 por cien. Cuando se da esta situación, aplicamos la teoría de la distribución dinámica de la prueba la cual establece que en caso de duda el juzgador debe resolver en contra de quien contando con mejores medios de prueba no los ha aportado[23].

La teoría de la probabilidad asimétrica, a diferencia de lo que ocurre con el modelo anterior, inclina la balanza hacia una de las partes, por lo que una de las críticas que recibe es la falta de igualdad a la hora de adoptar las decisiones. Dentro de este modelo nos podemos encontrar ante dos opciones: ante un estándar probatorio suave, el cual sitúa el estándar de probabilidad en igual o superior al 10 por cien o al 25 por cien, dependiendo del caso. Lo cual comporta que se puedan aceptar como ciertos unos hechos que tienes más posibilidades de ser falsos, lo cual siempre va a favorecer

---

lidad superior al 50 por cien de que un determinado evento sea la causa. MARTÍN, 1999: 345-346; MEDINA, 2018: p. 29.

[20] Marina GASCÓN ABELLÁN, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 28, 2005, pp. 127-139 (p.129); MEDINA, 2018: 29.

[21] MEDINA, 2018: 29.

[22] MEDINA, 2018: 30-31.

[23] Esta regla de cierre tiene su fundamentación en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

a aquel que esté interesado en que se determine la veracidad de los hechos. También nos podemos encontrar ante un estándar probatorio exigente, el cual requiere una probabilidad igual o superior al 75 por cien o al 90 por cien, dependiendo del caso. Esto supone que muchos hechos que sean ciertos serán rechazados porque no alcanza dichos porcentajes de probabilidad[24].

Finalmente, tenemos las teorías de la probabilidad, dentro la cual se encuentra la teoría de la perdida de oportunidad. Esta teoría rompe con el sistema binario característico de las teorías analizadas con anterioridad, ofreciendo una solución intermedia. Esto se debe a que ofrece múltiples opciones que van desde denegar la indemnización, ofrecer una indemnización total, hasta una indemnización parcial en función de la probabilidad de que un determinado evento sea el causante del daño (sobre esto *vid. Supra* epígrafe 2.1)[25]. Actualmente, esta teoría está siendo ampliamente utilizada en el ámbito sanitario. En nuestra opinión, para los casos de violencia de género por el uso de la herramienta VioGén, este modelo es el que presenta mayores ventajas, ya que la indemnización es por la deficiente protección ejercida por la Administración, lo cual ha facilitado que la víctima haya sido nuevamente agredida. De manera que más una solución binaria de todo o nada, la solución más adecuada (sobre esto *vid. Supra* epígrafe 3) será aquella que tenga en consideración en qué proporción la Administración ha contribuido a que la víctima sufra una nueva agresión.

### 2.1. La teoría de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad se enmarca en las teorías de la probabilidad y es una solución intermedia que permite imputar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Esta teoría parte de la idea de que, en determinados casos, lo que realmente ha sido lesionado no es el bien jurídico final —como la vida o la integridad física de la víctima—, sino la posibilidad real y efectiva de que el daño no se hubiera producido de haberse dado una actuación diligente por parte del servicio público. Este modelo no flexibiliza el estándar probatorio del nexo causal, sino que lo prescinde de él, y recurre a un sistema proporcional que otorgará una indemnización en función de la oportunidad perdida. En la práctica, los tribunales han aplicado esta doctrina como una teoría de la probabilidad en aquellos casos en que no se alcanza el umbral de certeza exigido por la teoría de la causalidad adecuada, pero la víctima, en un determinado porcentaje, ha perdido la oportunidad de obtener un beneficio o de no sufrir un perjuicio[26]. Esta teoría ha surgido gracias a la Directiva 92/13/CEE y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[27].

---

[24] MEDINA, 2018: 35.

[25] Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, 1ª ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 88-99; GASCÓN & MEDINA, 2009: 194.

[26] La primera sentencia que describe la teoría de la pérdida de oportunidad como una teoría probabilística es la STSJ AND 4880/2009 - ECLI:ES:TSJAND:2009:4880.

[27] Esta cuestión es analizada en profundidad en MEDINA, 2007: 145-171; Luis MEDINA ALCOZ, "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extra-

Cabe destacar que existen dos teorías en torno a qué debe ser indemnizado cuando aplicamos dicho modelo. Por un lado, tenemos la teoría ontológica, la cual sostiene que la oportunidad perdida es un daño diferente del que representa el beneficio dejado de obtener[28]. En otras palabras, el daño indemnizable no es el resultado lesivo en sí mismo, sino la frustración de una expectativa razonable de haber obtenido un resultado favorable[29]. La jurisprudencia española en determinados casos ha seguido este modelo al afirma que lo que se indemniza es la pérdida derivada de no haber obtenido un beneficio o de no haber evitado un perjuicio, siempre que exista una probabilidad suficiente de que ello hubiese sido posible con una actuación diligente de la Administración[30]. Por otro lado, la teoría causalista, por su parte, se basa en la idea de que lo que se debe indemnizar es la ventaja dejada de obtener a consecuencia del actuar negligente de una tercera persona. De manera que lo que aquí se indemniza, no es la oportunidad pérdida sino la probabilidad de haber obtenido un determinado beneficio si se hubiera seguido el curso normal de los acontecimientos[31]. Esta teoría se aplica en aquellos casos en que no se puede demostrar la existencia del nexo causal entre el daño sufrido y la actuación de un tercero, pero sí que se puede demostrar que en un determinado porcentaje el daño ha sido consecuencia del actuar de un tercero. Esta teoría también ha sido empleada por la jurisprudencia española al afirmar que "la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad

---

contractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 30, 2009, pp. 31–74.

[28] MEDINA, 2007: 139; María Carmen CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, 1.ª ed. Thomson, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005, p. 368; Felipe OYARZÚN VARGAS, "Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad: Análisis y reflexiones del caso español", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 43, 2021, pp. 119-147 (p.124).

[29] En contra de este criterio Medina Alcoz, quien considera que esta explicación es un mero artificio innecesario, de entre otros existentes, para poder aplicar la responsabilidad proporcional, pues en atención a la normativa vigente se puede aplicar de igual manera. MEDINA, 2018: 85-112.

[30] En este sentido, podemos destacar, entre otras, la STS 1096/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1096. Fundamento jurídico 9. La cual establece que "en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable". En los mismos términos, la SAN 2812/2019 - ECLI:ES:AN:2019:2812.

[31] Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual,* 1ª ed. Editorial Jurídica de Chile*, Santiago de Chile, 2006,* p. 378, citado en OYARZÚ, 2021: 119-147; Álvaro LUNA YERGA, "Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1-19 (p.4); Miquel MARTÍN-CASALS, "La 'modernización' del derecho de la responsabilidad extracontractual", en Miquel MARTÍN-CASALS (coord.), *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, pp. 11-111 (p. 50); Eduardo ASENSI PALLARÉS, Iñigo CID-LUNA CLARES, "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 228-239 (p. 235).

perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa" [32].

Dicho esto, cabe destacar que la teoría de la perdida de oportunidad se debe aplicar de forma subsidiaria, es decir, cuando la probabilidad de que el funcionario o el servicio público haya sido causante del daño no alcanza el nivel de certeza razonable requerido para que resulte aplicable la teoría de la causalidad adecuada [33]. En estos casos, la indemnización se concede por la oportunidad irreversiblemente perdida, entendida como una expectativa real de evitar el daño, a consecuencia de la actuación omisiva de la Administración, y la cual ha desaparecido de manera definitiva. Si la probabilidad de que el daño hubiese sido evitado es insignificante, no procede la indemnización, al no alcanzarse el umbral mínimo de probabilidad exigido por esta teoría. Por el contrario, cuando se sobrepasa el límite máximo de probabilidad de esta teoría se considera que se alcanza el estándar de certeza razonable, por lo que no se recurre a la pérdida de oportunidad, sino que se indemniza directamente el daño sufrido, ya que se considera probada la existencia del nexo causal.

Planteada la base teórica lo que debemos preguntarnos es ¿qué porcentajes serán los considerados como umbral mínimo y máximo en esta teoría? Esta cuestión es una de las grandes incógnitas del modelo ya que no existe una forma empírica de determinarlos, y, por tanto, no existe unanimidad al respecto. Medina Alcoz, en un primer momento, consideró que dichos porcentajes debían ser del 15 por cien y del 80 por cien [34], no obstante, años más tarde flexibilizó su concepción y abrió la posibilidad a que el umbral mínimo sea del 10 por cien o del 25 por cien y el umbral máximo sea del 75 por cien o del 90 por cien [35]. Prévôt y Chaia, por su parte, entienden que nos debemos encontrar en un umbral entre el 10 por cien y el 75 por cien [36]. Bajo nuestra opinión, al igual que afirman Prévôt y Chaia, el umbral mínimo y máximo debe situarse entre el 10 por cien y el 75 por cien. Ya que un umbral mínimo del 25 por cien dejaría fuera muchas situaciones en que existe una duda razonable sobre la evitación del perjuicio causado. Respecto del umbral máximo, si lo situamos en el 90 por cien muchos eventos sobre los que existe un elevado grado de certeza, pienses en aquellos en que quede probado en un 89 por cien, no serán indemnizados por la totalidad del daño sufrido, cuando existen altas probabilidades de que el nexo causal exista.

Dicho lo anterior, y establecido, que bajo nuestro criterio deben ser tenidos en consideración determinados porcentajes para que resulte de aplicación la teoría de la perdida de oportunidad, corresponde analizar cómo calcular dichas probabilidades causales.

---

[32] Por todas, STS 576/2019 - ECLI:ES:TS:2019:576. FJ 7.

[33] MEDINA, 2007: 90; GASCÓN & MEDINA, 2009: 209; MEDINA, 2018: 143.

[34] MEDINA, 2007: 316. Estos porcentajes fueron años más tarde secundados por Carlos ALCOLEA AZCÁRRAGA, "La responsabilidad patrimonial de la administración y el uso de algoritmos", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

[35] MEDINA, 2018: 45.

[36] Juan Manuel PRÉVÔT & Rubén Alberto CHAIA, *Pérdida de la chance de curación,* 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 64, Citado en: MEDINA, 2018: 98.

Es evidente que el análisis estadístico y el empleo de herramientas probabilísticas desempeñan un papel importante en dicho cálculo, ahora bien ¿deben dichas probabilidades calcularse únicamente en base a datos estadísticos?

La doctrina dominante es clara al respecto: las estadísticas son un elemento más de juicio, que se debe complementar con la valoración del resto de datos relativos al asunto concreto, ya que, por si solas, no permiten sacar conclusiones precisas sobre el caso en cuestión[37]. Esto se debe a que el uso exclusivo de datos estadísticos no aporta información sobre el caso concreto. De hecho, cuanta más información del caso concreto se conoce, menos fiables serán los resultados que arrojen las valoraciones efectuadas exclusivamente con datos estadísticos[38]. No obstante, discrepo parcialmente de esta postura. Considero que el peso que se otorgue a la estadística depende de la calidad y de la naturaleza de los datos disponibles. Autores como Ferrer Beltrán[39] sostienen que el criterio estadístico no se puede valorar de forma autónoma, ya que se basa en generalizaciones y no tiene en consideración los elementos individuales del caso.

Comulgo con esta idea en contextos en los que se emplean estadísticas generales —por ejemplo, cuando analizamos probabilidad de que un paciente haya fallecido a causa de un medicamento que en determinados casos produce toxicidad y que le recetó un facultativo en urgencias — en estos supuestos pueden influir múltiples factores externos como el estado de salud del paciente o el modo en que se suministró el medicamento. Consecuentemente, el empleo exclusivo de datos estadísticos nos da una visión sesgada de la realidad, pues omite elementos relevantes que no son tenidos en consideración en los cálculos probabilísticos. Sin embargo, no considero adecuado mantener una postura tan rígida como la que defienden autores como Ferrer Beltrán[40], ya que existen supuestos en los que los datos matemáticos ofrecen una visión completa del caso y ayudan a reducir posibles sesgos en la valoración judicial[41]. Esto ocurre, como veremos en el siguiente epígrafe, cuando se utilizan herramientas algorítmicas o sistemas de inteligencia artificial que tienen en consideración las variables concretas del caso y que, por tanto, ofrecen una evaluación global a través de métodos cuantitativos. Por tanto, la respuesta a esta cuestión no puede ser categórica.

---

[37] Michele TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: Nozioni generali,* 1ªed. Giuffrè, Milano, 1992, p. 197; MEDINA, 2018: 28; Luis MEDINA ALCOZ, "La equidistribución del coste de la incertidumbre causal en el Derecho de daños", *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 211-212, 2018, pp. 5-48 (p. 15).

38 Marina GASCÓN ABELLAN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 2010, p. 153.

[39] Jordi FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba, 1ª ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007,* pp. 98-108.

40 Este autor llega a afirmar que "cualquier argumento sobre la ocurrencia de un hecho necesita del apoyo de las correspondientes generalizaciones. Esto es inevitable". BELTRAN, 2007: 108

[41] En este sentido, Allen considera que el uso exclusivo de estadísticas tiene la misma probabilidad de error que en aquellos casos en que estas son un elemento más de juicio a la hora de que el juzgador adopte una decisión. Ronald ALLEN, "Rationality, mythology and the "acceptability of verdicts" tesis", *Boston University Law Review,* núm. 66, pp. 541–562.

No podemos afirmar que el uso de las estadísticas debe quedar limitado a un papel complementario. En determinados casos, será la propia estadística lo que permita eliminar la subjetividad inherente a la teoría de la perdida de oportunidad en la determinación de la probabilidad causal[42].

Por tanto, la teoría de la pérdida de oportunidad resultará aplicable en aquellos casos en los que no se puede probar de forma concluyente la existencia del nexo causal, pero sí podemos demostrar que existían expectativas serias y reales de evitar el perjuicio o de haber obtenido un beneficio[43]. Lo cual, tiene como consecuencia que esta teoría se caracterice por conjugar elementos de certidumbre e incertidumbre: certidumbre en cuanto a la existencia de una posibilidad razonable de evitar el daño, e incertidumbre respecto a si, efectivamente, se habría evitado de no haber mediado la omisión administrativa[44]. Debido a esta incertidumbre inherente, el *quantum* indemnizatorio se calcula en función de la probabilidad de que el daño no se hubiera producido si la Administración hubiera actuado con la debida diligencia. Es decir, se indemniza de forma proporcional al grado de la probabilidad perdida, multiplicando el valor del daño por la probabilidad estimada de que la Administración sea la causante de este[45].

Es importante subrayar que el objeto de la indemnización en estos supuestos no es el lucro cesante, ya que lo que se compensa no es una ganancia dejada de percibir —la cual aún no se había devengado al momento de producirse el daño—, sino un daño real y cierto, consistente en la pérdida de la oportunidad de obtener un determinado beneficio[46]. Esto no significa que no se pueda indemnizar por el lucro cesante en un caso en que se aplique la teoría de la pérdida de oportunidad, ya que no son excluyentes. Sino que el objetivo perseguido por esta teoría no es resarcir las ganancias dejadas de obtener. Por otro lado, cabe destacar que algunas sentencias han equiparado la pérdida de oportunidad al daño moral, al considerar que lo que se indemniza es el sufrimiento causado por la frustración de dicha expectativa[47]. Sin embargo, esta interpretación no constituye doctrina jurisprudencial consolidada. Ya

---

[42] En este sentido, Schauer sostiene que no resulta adecuado depositar mayor confianza en la prueba individualizada que en la estadística, ya que en numerosas ocasiones produce más errores que la prueba estadística. Frederick SCHAUER, *Profiles, probabilities, and stereotypes*, 1ª ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, 2006.

[43] MEDINA, 2007: 88-99; GASCÓN & MEDINA, 2009: 194.

[44] MEDINA, 2007: 94. María Jesús GALLARDO CASTILLO, "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 35-66 (p.38).

[45] Adriano DE CUPIS & Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN (1975). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil,* 1ª ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 319; Jorge MOSSET ITURRASPE, *Estudios sobre responsabilidad por daños,* 1ª ed. Rubinzal·Culzoni Editores, Santa Fe, 1982, p.66; Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral: prevención, reparación, punición: el daño moral en las diversas ramas del derecho,* 2ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 131-132; MEDINA, 2007: 106-107; DOMÉNECH & MEDINA, 2024: 811- 812.

[46] GALLARDO, 2015: 60-63.

[47] Cfr. STS 3021/1996 - ECLI:ES:TS:1996:3021; STS 3679/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3679; STS 401/2005 - ECLI:ES:TS:2005:401.

que, en determinadas ocasiones, el Tribunal Supremo se ha mostrado reticente a esta equiparación, argumentando que se corre el riesgo de desvirtuar el concepto de daño moral, al utilizarlo como vía para indemnizar auténticos daños patrimoniales[48]. Gallardo Castillo afirma que el perjuicio derivado de la pérdida de oportunidad no puede considerarse como un daño moral. Pese a que se trata de un daño patrimonial que no puede ser cuantificado con base en hechos objetivos —al tratarse de una posibilidad no realizada—, sí admite una valoración económica basada en un cálculo prospectivo, que tenga en cuenta la probabilidad de que se hubiese alcanzado un determinado resultado si la Administración hubiese actuado de otra manera[49]. Esta equiparación podría tener consecuencias, ya que podría tener como efecto un aumento significativo de las indemnizaciones, dado que resulta más fácil acreditar un daño moral que probar un perjuicio patrimonial basado en la probabilidad de obtener una ventaja concreta. Además, esta práctica comprometería el concepto daño moral, desdibujando su finalidad indemnizatoria y utilizándolo como mecanismo para reparar daños de naturaleza distinta. Cabe destacar que, como afirma Medina Alcoz[50], que, si bien en estos casos puede existir un daño moral resarcible, este es independiente de la indemnización correspondiente al daño sufrido por la víctima.

Entre las principales ventajas de esta teoría, pueden destacarse al menos dos. En primer lugar, incrementa las posibilidades de resarcimiento para los particulares, al no exigir únicamente la existencia de una certeza razonable. En segundo lugar, refuerza el efecto preventivo del sistema de responsabilidad patrimonial, ya que obliga a la Administración a actuar con diligencia en aquellos casos donde sea probable que su omisión cause un perjuicio, lo que conlleva un mayor nivel de cuidado institucional[51]. Este efecto se pierde en aquellos casos en que se tiene concepción binaria del nexo causal, en la que la falta de prueba liberaba automáticamente a la Administración de toda responsabilidad.

Cabe destacar, que, pese a no tratarse de la teoría general de responsabilidad patrimonial, esta teoría sí que se encuentra tipificada[52] en determinados ámbitos como,

---

[48] La STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866, establece en el fundamento jurídico 6 que "(c)uando el daño consiste en la frustración de una acción judicial […] el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones —y, desde luego en el caso enjuiciado— tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza".

[49] GALLARDO, 2015: 59-60.

[50] MEDINA, 2018: 91-92.

[51] Cfr. Guido CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1ª ed, Yale University Press, New Haven and London, 1970; Richard Allen POSNER, *El análisis económico del derecho*, 2ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007, pp. 156-208; MEDINA, 2018: 76-78; Letelier Wartenberg plantea la duda de si el análisis económico resulta beneficioso en aquellos casos en que hablamos de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Raúl LETELIER WARTENBERG, "Algunos aspectos económicos de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte,* núm.1, 2013, pp. 309-321(p. 314).

[52] Cfr. MEDINA, 2018: 127-133.

por ejemplo, la Directiva 92/13/CEE, la Ley 1/2015, de 12 de marzo, de Caza de Aragón, Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, etc. A mayores, Medina Alcoz, afirma que la jurisprudencia puede hacer uso de esta teoría en muy diversos ámbitos debido a que "no altera la estructura o coherencia interna del Derecho establecido"[53]. Dicho esto, es importante destacar que esta teoría únicamente debe resultar de aplicación en aquellos casos en que exista una duda razonable sobre la existencia del nexo causal. De modo contrario, sí que vendría a alterar la normativa existente, ya que prescindiría de la obligación de probar la existencia de nexo causal[54].

En definitiva, la teoría de la pérdida de oportunidad ofrece una herramienta aplicable en situaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de omisiones administrativas, especialmente en contextos donde las exigencias probatorias de la existencia del nexo causal, históricamente aplicables, resultarían injustas para la víctima. A través de un enfoque equilibrado entre probabilidad, justicia y racionalidad, esta teoría contribuye a garantizar una tutela más efectiva de los derechos frente a la inacción del Estado.

En los casos de violencia de género el establecimiento del nexo causal entre la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las lesiones o el asesinato de la víctima se basa, en términos generales, en la pasividad o inobservancia por parte de los agentes encargados del caso, de los deberes de prevención y protección. De manera que, la actuación de los agentes no es la causa directa del daño, lo cual, en determinados casos, dificulta el establecimiento del nexo causal. La falta de protección ejercida por los agentes, en algunas ocasiones, puede dar lugar a una pérdida de la oportunidad de haber sido protegidas y, consecuentemente, de no haber sido revictimizadas nuevamente. Esto último, junto con la posibilidad de establecer un nexo causal ante la pasividad de las FFCCSE, será objeto de análisis en el siguiente epígrafe para determinar si procede la indemnización y en qué cuantía.

## 3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO: ENTRE LA OMISIÓN, LA OPORTUNIDAD PERDIDA Y LA INEXISTENCIA DE DAÑO

### 3.1. Consideraciones generales

El daño indemnizable en los supuestos de responsabilidad por violencia de género en contextos de omisión administrativa tiene lugar a consecuencia de la deficiente protección otorgada a la víctima, lo cual puede derivar en la producción de lesiones o incluso en su asesinato[55]. No obstante, para que la Administración esté obligada

[53] MEDINA, 2018: 154.

[54] Cfr. David FISCHER, "Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox", *Vanderbilt Law Review*, núm. 5, 1993, pp. 1201-1226 (pp. 1218-1219); MEDINA, 2018: 155-156.

[55] De manera que, si la Administración ha actuado conforme a derecho, pero, aun así, se produce una nueva agresión, el estado no deberá responder del daño sufrido por la víctima. Cfr. Lucia MAR-

a responder por tales daños, debe concurrir un nexo causal entre la conducta administrativa —en este caso, la adopción de medidas de seguridad inferiores a las previstas por el sistema VioGén para el nivel de riesgo correspondiente o la incorrecta determinación del nivel de riesgo que suponga la adopción de medidas de protección insuficientes— y el resultado lesivo [56].

En muchos de estos casos la víctima únicamente podrá acreditar que existía una probabilidad seria y real de haber sido protegida si se hubieran implementado las medidas de protección adecuadas al riesgo real asignado por el sistema. Por esta razón, la teoría de la pérdida de oportunidad resulta especialmente adecuada para considerar a la Administración responsable [57], ya que lo que se indemniza no es el resultado lesivo en sí mismo, sino la pérdida de la posibilidad real y concreta de evitarlo mediante una actuación diligente de los servicios policiales [58]. En este contexto, el daño resarcible sería la frustración de la oportunidad que tenía la víctima de haber sido protegida eficazmente.

Esta teoría resulta aplicable cuando el daño ya se ha producido, pero no puede afirmarse con una certeza absoluta que se habría evitado si la Administración hubiera actuado de forma diligente [59]. Es decir, el nexo causal no puede probarse de manera concluyente, aunque sí existe una elevada probabilidad de que la omisión administrativa haya contribuido a su producción.

Esta doctrina, como ya hemos avanzado, no exige una certeza plena sobre el vínculo causal, sino la acreditación de una probabilidad suficiente de que la conducta de la Administración haya influido en el resultado [60]. En consecuencia, la indemnización no se refiere al daño sufrido por la víctima, sino a la pérdida de la posibilidad de haber evitado ese daño a través de una intervención policial adecuada. La cuantía indemnizatoria, como se desarrollará más adelante, deberá calcularse en atención a la probabilidad de que la omisión administrativa haya determinado la insuficiente protección. Así, lo indemnizable no es el daño efectivo en sí mismo, sino la pérdida de la expectativa razonable de que ese daño no se produjera si la actuación de la Administración hubiera seguido un curso normal. En este sentido, Trigo Represas afirma que, la oportunidad que se pierde es un daño cierto en grado de probabilidad. Por lo tanto, el daño no es la lesión finalmente producida, sino la mera frustración de las posibilidades de alcanzar el resultado deseado [61].

---

TÍNEZ GARAY, "Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales", en José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2020, pp. 513-532 (p.517).

[56] Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, "Responsabilidad administrativa por el uso de inteligencia artificial", en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), *Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 227-253 (p. 242).

[57] MEDINA, 2007: 56 y 99.

[58] LUNA, 2005: 4.

[59] GALLARDO, 2015: 37.

[60] MEDINA, 2007: 413; ALCOLEA, 2022: 37.

[61] Félix Alberto TRIGO REPRESAS, (2008*). Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación,* Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 263. Citado en: GALLARDO, 2015: 39; MEDINA, 2009: 42; GALLARDO, 2015: 40.

Para que esta pérdida de oportunidad sea indemnizable, es necesario que dicha oportunidad se haya perdido de forma definitiva, es decir, que no exista posibilidad alguna de que se materialice en el futuro. Este requisito resulta esencial, ya que, en caso contrario, estaríamos ante un perjuicio hipotético o eventual, lo cual lo hace jurídicamente no resarcible. En palabras de Gallardo Castillo: "si cupiera la posibilidad de que en un futuro pudiera obtenerse el beneficio o la disminución del perjuicio que se pretendían, no estaríamos en presencia de un perjuicio actual, cierto y efectivo, sino de un perjuicio eventual e hipotético, que, como bien se sabe, no resultaría resarcible, no ya sólo por esta circunstancia sino porque ni siquiera existiría el daño en el sentido más arriba expresado, esto es, no se habría perdido la oportunidad alguna"[62]. Aplicado esto al caso concreto, lo que resulta indemnizable es la pérdida de la posibilidad de que, si la Administración hubiera actuado conforme a su obligación, la víctima hubiera sido suficientemente protegida.

En el caso de que la víctima consiga demostrar la existencia del nexo causal con un grado de certeza razonable, no procederá aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad. En tal supuesto, la relación de causalidad entre la actuación administrativa —la aplicación de medidas de protección inadecuadas— y el daño sufrido estaría plenamente acreditada. Por tanto, lo indemnizable será el daño efectivo, atribuible directamente a la conducta de la Administración, lo cual, tendrá importantes repercusiones a efectos de cuantificación del perjuicio, pues se deberá indemnizar por el cien por cien del daño sufrido. También puede darse el caso contrario, es decir, que la víctima no consiga acreditar ni siquiera una probabilidad superior a la genérica de que la actuación de la Administración haya influido en la producción del daño[63]. En este caso, no procede indemnización, pues no se considera que la conducta administrativa haya sido determinante en la infra protección de la víctima[64].Esto nos lleva a afirmar que cuando aplicamos la teoría de la pérdida de oportunidad, el régimen probatorio no se debe basar en demostrar la existencia de un nexo causal concluyente, sino en probar que existía una oportunidad real, seria y significativa, de que la correcta actuación de la Administración habría evitado el daño. De manera que no estamos hablando de una flexibilización del estándar probatorio, sino de un modelo indemnizatorio basado en la probabilidad de la expectativa frustrada[65].

No podemos finalizar este análisis sin entrar a valorar el principio de distribución dinámica de la prueba, ya que en este contexto cobra especial relevancia, esto es debido a que "la carga de acreditar los hechos no debe recaer exclusivamente sobre

---

[62] GALLARDO, 2015: 40.

[63] En este sentido, Gallardo Castillo afirma que "A sensu contrario, las probabilidades especialmente inciertas, improbables, efímeras o que cuenten con escasos o nulos elementos con que sustentar ciertas garantías de éxito no cubren el grado suficiente que permita entender que se ha producido un daño que merezca ser resarcido". GALLARDO, 2015: 36.

[64] MEDINA, 2007: 316; ALCOLEA, 2022: 34.

[65] Patricia MENDILIBAR NAVARRO, *Determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración en la toma de decisiones basadas en inteligencia artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 90 y 104.

la víctima, sino sobre aquella parte que disponga de mayores medios para probar los hechos controvertidos[66]. Esta teoría, en conjunción con la teoría de la probabilidad cobra especial relevancia en los casos de violencia de género, donde el acceso de la víctima a información contenida en el sistema VioGén suele estar restringido, mientras que la Administración sí dispone de los informes de evaluación de riesgo y los registros sobre las medidas adoptadas.

Actualmente, lo más apropiado es, no solo comulgar con la responsabilidad proporcional en estos casos, sino también exigir a la administración, que se encuentra en mejor posición probatoria, que sea ella quien aporte las pruebas pertinentes. Esto se debe a que pese a que la normativa vigente prevé que los ciudadanos tienen derecho a acceder a toda la información contenida en los expedientes administrativos de procedimientos que puedan afectarles —no pudiendo en ningún caso excluirse del expediente administrativo los informes o valoraciones directamente relacionadas con la decisión administrativa, lo cual se traduce en que las víctimas tienen derecho a acceder a la valoración efectuada por VioGén, ya que a partir de ella se adopta una decisión administrativa, las medidas protectoras a implementar[67] —la realidad es muy distinta ya que a la víctima únicamente tiene conocimiento del nivel de riesgo asignado. Dándosele traslado de un documento en el que se explica de forma genérica el funcionamiento de la herramienta y las medidas de protección asignadas a cada uno de los niveles de riesgo.

Así, corresponde a la Administración justificar el nivel de riesgo asignado por el sistema en cada caso y demostrar que las medidas adoptadas fueron las adecuadas, así como que fueron efectivamente ejecutadas. En caso de que se haya asignado correctamente el nivel de riesgo, la Administración podrá acreditar con mayor facilidad que aplicó las medidas oportunas. Por su parte, la víctima, en muchas ocasiones, solo podrá recurrir a su propio testimonio para alegar el incumplimiento de dichas medidas, lo cual refuerza la necesidad de aplicar criterios probatorios más equitativos[68].

### 3.2. La determinación de las probabilidades causales

A lo largo del epígrafe anterior hemos analizado la probabilidad como mecanismo para determinar la existencia de responsabilidad.

En este contexto, se convierte en un elemento esencial conocer cómo se obtienen dichos porcentajes. Como se ha señalado previamente, no en todos los casos resultará aplicable esta teoría: puede suceder que la probabilidad sea excesivamente genérica y

---

[66] Por todos, GALLARDO, 2015: 36-37; MENDILIBAR, 2024: 90.

[67] Lucia MARTÍNEZ GARAY, *et al. Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol,* Publicaciones Univ. València, Valencia, 2024, pp. 61-62.

[68] La testifical no tiene un valor probatorio tan elevado como otras pruebas que puede aportar la Administración Pública, como, por ejemplo, las tareas asignadas a las patrullas que se encontraban en activo en un momento determinado o, los agentes de policía que tienen asignado el seguimiento de un caso. Por lo que, en estos casos, convendría la inversión de la carga de la prueba.

no permita establecer de forma significativa la contribución de la Administración al daño. Pero también es posible que el nexo causal haya sido probado con un grado de certeza razonable, haciendo innecesaria la aplicación de este enfoque probabilístico.

Estos porcentajes no solo inciden en la determinación de la existencia de responsabilidad, sino que también condicionan el *quantum* de la indemnización. Esto se debe a que la probabilidad de que, de haber actuado correctamente la Administración, el daño no se hubiera producido será la que determine la cuantía de la indemnización. Así, se deberá calcular aplicando el porcentaje antes dicho a la cuantía a la que ascendería la indemnización de haberse demostrado la existencia del nexo causal. Por tanto, cuanto mayor sea dicha probabilidad, más sólida será la existencia del nexo causal y, consecuentemente, más alta será la indemnización[69].

Uno de los grandes problemas de esta teoría es el componente aleatorio y subjetivo del cálculo de los porcentajes aplicables en el caso concreto, pues en la inmensa mayoría de las ocasiones depende plenamente del criterio del juzgador[70]. Como hemos analizado en el epígrafe anterior, la doctrina mayoritaria considera que el uso exclusivo del análisis estadístico ofrece una visión parcial de la realidad, ya que solo se basa en frecuencias y no en los hechos concretos del caso[71]. No obstante, en casos como el que nos ocupa, es posible determinar el porcentaje aplicable en cada caso concreto a través de herramientas estadísticas y datos empíricos, lo cual nos sitúa ante una teoría más objetiva y verificable. Esto se debe a que no nos encontramos ante un caso en que empleamos datos estadísticos genéricos, sino que el cálculo probabilístico se basa en los elementos de juicio del caso. Es decir, aquello que la herramienta tiene en consideración para arrojar los porcentajes son los propios elementos de juicio.

La búsqueda de la objetividad de esta teoría es lo que nos ha llevado a realizar, más allá de un análisis teórico de la pérdida de oportunidad, la propuesta de un método de cálculo más riguroso y fundamentado en datos empíricos. En este sentido, proponemos el desarrollo de una metodología de cálculo basada en el uso de estadísticas y probabilidades, con el objetivo de establecer criterios más objetivos a la hora de determinar los porcentajes que caracterizan a esta teoría y reducir al máximo la subjetividad. De este modo, tratamos de reducir la arbitrariedad y ofrecer mayor seguridad jurídica, particularmente en aquellos supuestos donde existen fuentes de datos que permiten realizar estimaciones fundadas.

Cabe decir que, pese a que este método de cálculo de las probabilidades causales ha sido elaborado para aplicarse sobre la base teoría de la teoría de la pérdida de oportu-

---

[69] GALLARDO, 2015: 37.

[70] En este sentido Sardinero García, *et al.* Destacan que solo en un 8,9 por cien de las ocasiones los jueces y tribunales determinan el grado de probabilidad para después aplicarlo sobre el valor del daño y así determinar la cuantía final a la que asciende la indemnización. Mientras que en un 85,6 por cien de los casos realizan una estimación a tanto alzado justificada únicamente por el criterio del juzgador. Carlos SARDINERO GARCÍA, Et. Al., "Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española", *Gaceta Sanitaria,* núm. 1, 2017, pp. 30-34.

[71] TARUFFO, 1992: 197; MEDINA, 2018: 28; MEDINA, 2018: 15; BELTRÁN, 2007: 102.

nidad, también podría resultar de aplicación si se optara por seguir un sistema binario. Esto se debe a que una vez calculada la probabilidad de que la inacción administrativa haya contribuido a que la víctima sea nuevamente agredida, esta puede ser empleada — en atención al estándar de probabilidad preponderante o al estándar de probabilidad asimétrico— para determinar si procede la indemnización. No obstante, bajo nuestro criterio lo más acertado es recurrir a la teoría de la perdida de oportunidad ya que ofrece soluciones más justas tanto para las víctimas como para la Administración. Esto se debe a que, como veremos en el siguiente epígrafe, si optamos por el modelo del estándar de probabilidad preponderante, muy pocos casos serán indemnizados, lo cual colocará a las víctimas en una situación de desprotección. Mientras que, si optamos por un modelo asimétrico suave, en el que se rebaja el estándar de probabilidad, indemnizaremos por 100 por cien del daño muchos casos en que la Administración ha contribuido en la producción del daño pero no con una elevada probabilidad.

### *3.2.1. La responsabilidad de la Administración por la incorrecta determinación del nivel de riesgo o la inaplicación de las medidas de protección.*

Uno de los escenarios en los que se analiza la posible responsabilidad de la Administración por la infra protección de las víctimas es aquel en el que no se ha determinado correctamente el nivel de riesgo. Así como también cuando habiéndose determinado adecuadamente, no se han adoptado las medidas de protección que corresponden a dicho nivel[72]. En ambos casos, se parte de una deficiente actuación administrativa en la gestión del riesgo, que puede haber incrementado significativamente la probabilidad de que se produzca una nueva agresión[73].

Para ello, tendremos en cuenta dos elementos fundamentales: la tasa de reincidencia que se produce en cada uno de los niveles de riesgo a pesar de haberse adoptado medidas de protección y la reincidencia observada en esos mismos niveles de riesgo cuando no se aplican medidas protectoras. Considerar ambos supuestos —con y sin intervención de la Administración— es esencial, ya que permite evaluar la probabilidad de que el desenlace hubiera sido distinto si se hubieran implementado las medidas adecuadas.

Esto se debe a que una actuación diligente por parte de la Administración no elimina por completo el riesgo al que se enfrenta la víctima. Por tanto, para valorar con precisión el incremento real del riesgo derivado de una actuación negligente de la Administración, es necesario evaluar en que en qué medida la situación de peligro en la que se encuentra la víctima —por la omisión de las medidas de seguridad correspondientes a su nivel de riesgo— ha sido ocasionada por la deficiente intervención de la Administración Pública.

---

[72] Cabe mencionar que para que resulte de aplicación este último supuesto es necesario que no se haya adoptado ninguna de las medidas de protección asignadas a un determinado nivel de riesgo, ya que si se produce una adopción parcial de las medidas de protección este método de cálculo no sería de aplicación.

[73] El método de cálculo que se propone a continuación resulta aplicable a ambos casos.

En este sentido, en el año 2019 López-Ossorio, Loinaz y González-Álvarez[74] realizaron un estudio en el que se determinó la tasa de reincidencia correspondiente a cada nivel de riesgo, lo que permite estimar la probabilidad de que una víctima vuelva a ser agredida según el nivel de riesgo que se le haya asignado. Además, aunque con una muestra limitada —dado que este tipo de investigaciones plantea dificultades éticas—, el mismo estudio mostró que la probabilidad de reincidencia es casi tres veces mayor cuando no se adoptan medidas de protección[75]. Es cierto que en este caso se tiene en consideración estadísticas generales para determinar la probabilidad de que la inacción de Administración haya contribuido en la causación del daño — lo cual ha sido ampliamente criticado por la doctrina mayoritaria en lo relativo al empleo de estadísticas como medio de prueba (sobre esto *vid. Supra* epígrafe 2) —. No obstante, es la mejor vía para ofrecer una solución objetiva, ya que de seguir el juzgador un criterio subjetivo analizaría los elementos del caso —que se reducirían a la actuación deficiente de la administración—, pero la determinación de en qué proporción la Administración ha incrementado el riesgo de la víctima — o si se optara por un criterio binario la concesión de la indemnización—se basaría en meras valoraciones personales sobre los hechos acaecidos. El método de cálculo propuesto — el cual puede ser empleado tanto si se recurre a la teoría de la perdida de oportunidad como si se emplea un sistema binario—, tiene en consideración el único elemento de juicio que tendría en consideración el juzgador de seguir un criterio subjetivo de valoración — la actuación de la Administración que ha dado lugar a una deficiente protección de la víctima—, ya que de no darse no haríamos uso del cálculo probabilístico, aunque este no es un elemento valorativo, ya la probabilidad causal, o en su caso la procedencia de la indemnización, se determinará en atención a esos cálculos probabilísticos. A nuestro parecer este criterio reduce los posibles errores en torno a la concesión de la indemnización, ya que nos permite hacer una valoración objetiva de qué habría ocurrido de darse una secuencia de hechos diferentes, eliminando cualquier ápice de subjetividad. Insistimos en que el empleo de esta técnica no omite ningún elemento relevante del caso, pues la determinación del nivel de riesgo se hace en base a los elementos de juicio que se poseen y, no de hacerse uso de este modelo el juzgador no tendría en consideración ningún elemento relevante que eluda el método de cálculo propuesto. En este sentido, resulta irrelevante si la incorrecta valoración del riesgo fue por un error inherente de la herramienta o si la causa fue un error humano, ya que la indemnización procederá de igual manera, teniéndose en consideración en que proporción la Administración aumento la situación de riesgo en la que se encontraba la víctima.

---

[74] Juan José LÓPEZ OSSORIO, Ismael LOINAZ & José Luis GONZÁLEZ ÁLVAREZ, (2019). "Protocolo para la valoración policial del riesgo de violencia de género (VPR4.0): revisión de su funcionamiento", *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 2, 2019, pp. 52-58.

[75] En este sentido, el estudio estableció que en un 38,7 por cien de los casos en los que no se ofrecía protección a la víctima había reincidencia, frente a un 13,6 por cien en aquellos en que sí se adoptaban medidas. Por lo que podemos afirmar que la reincidencia es 2,85 veces mayor en aquellos casos en que no se adoptan medidas protectoras. LÓPEZ, LOINAZ & GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, 2019: 56.

**Tabla 1:** Reincidencia asociada a cada uno de los niveles de riesgo con y sin adopción de medidas de protección

| | **Reincidencia con medidas de protección** | **Reincidencia sin medidas de protección**[76] |
|---|---|---|
| No apreciado | 8,9 | 25,4 |
| Bajo | 14,5 | 41,33 |
| Medio | 18,7 | 53,3 |
| Alto | 22,4 | 63,84 |
| Extremo | 29,7 | 84,65 |

*Fuente:* Tabla de elaboración propia a partir de los datos contenidos en LÓPEZ, LOINAZ & GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, 2019: 55-56.

A partir de los datos contenidos en la tabla anterior, puede estimarse la probabilidad de que una actuación diligente de la Administración hubiese evitado el daño en un caso concreto. Como se ha señalado, si el nivel de riesgo se determina de forma incorrecta no se adoptarán las medidas protectoras asociadas a la situación de peligro real en la que se encuentra la víctima. Incrementando significativamente la posibilidad de que el riesgo se materialice. Lo mismo ocurre en aquellos supuestos en los que, aun habiéndose determinado correctamente el nivel de riesgo, no se adaptan las medidas de protección correspondientes[77].

Para estimar la probabilidad de que una actuación adecuada de la Administración hubiera evitado una nueva agresión, debe calcularse la diferencia entre la tasa de reincidencia sin medidas de protección y la tasa de reincidencia con medidas de protección, relativas al nivel de riesgo que correspondía. Esta diferencia refleja el impacto que tiene la intervención administrativa en la reducción del riesgo, y constituye un elemento clave para aplicar con fundamento la teoría de la pérdida de oportunidad en estos casos[78].

---

[76] Estos datos provienen de multiplicar 2,85 (que equivale al porcentaje en que la reincidencia sin medidas de protección es superior a la reincidencia cuando se adoptan medidas protectoras) por la reincidencia apreciada en cada uno de los niveles de riesgo. Si bien es cierto que esta tasa de reincidencia ha resultado del análisis de la reincidencia con y sin medidas de protección en todos los niveles de riesgo, nos sirve para conocer como varía la reincidencia en función de si se implementan medidas protectoras, y hacer una aproximación para cada uno de los niveles de riesgo.

[77] No haremos uso de esta teoría en aquellos casos en que se produzca una aplicación parcial de las medidas, ya que la tasa de reincidencia por no haberse adoptado medidas no resultará aplicable. En este momento no podemos ofrecer un mecanismo que permita determinar la probabilidad de que la actuación de la Administración haya sido la causante del daño, ya que se pueden dar una infinidad de situaciones. Por lo que entendemos que se deberá determinar caso por caso.

[78] No consideramos relevante tener en consideración el nivel de riesgo que determinó la herramienta, ya que en atención de las necesidades de cada uno de los niveles de riesgo se asignan las medidas correspondientes. Por lo que la adopción de las medidas de protección asignadas a niveles de riesgo inferiores no se considera adecuada para prevenir la reincidencia en los niveles de riesgos superiores. Juan José LÓPEZ OSSORIO, José Manuel MUÑOZ VICENTE, Antonio ANDRÉS PUEYO & Mar PASTOR BRAVO, *Guía de aplicación del formulario VFR 5.0-H en la valoración forense del riesgo. Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género*, Ministerio del Interior, 2020, pp. 1-42 (p.5).

**Tabla 2:** porcentajes de reincidencia con y sin medidas de protección y probabilidad de que la Administración haya sido la causante del daño.

| | **Reincidencia con medidas de protección** | **Reincidencia sin medidas de protección**[79] | **% de que la Administración haya sido la causante del daño** |
|---|---|---|---|
| No apreciado | 8,9 | 25,4 | 16,5 |
| Bajo | 14,5 | 41,33 | 26,83 |
| Medio | 18,7 | 53,3 | 34,6 |
| Alto | 22,4 | 63,84 | 41,44 |
| Extremo | 29,7 | 84,65 | 54,95 |

Fuente: Tabla de elaboración propia a partir de los datos contenidos en LÓPEZ, LOINAZ & GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, 2019: 55-56.

En atención a los datos contenidos en la tabla anterior, y a modo de ejemplo, si a la víctima le correspondía nivel de riesgo alto, se estima en un 41,44 % la probabilidad de que una actuación diligente de la Administración hubiera evitado una nueva agresión. Este valor se obtiene al restar el 22,4 % de reincidencia con medidas de protección —asociado al nivel de riesgo alto— del 63,84 % de reincidencia observada cuando no se adoptan medidas protectoras para ese mismo nivel. Dicho de otro modo, una actuación adecuada de la Administración habría reducido en un 41,44 % la probabilidad de que la víctima hubiera vuelto a ser agredida.

En el desarrollo de esta metodología, se valoraron otras alternativas que, sin embargo, presentaban limitaciones significativas. Por un lado, se consideró utilizar exclusivamente el porcentaje de reincidencia con medidas de protección para cada nivel de riesgo. Este enfoque permite conocer qué probabilidad tenía la víctima de no sufrir una nueva agresión si se hubieran aplicado las medidas protectoras correspondientes. No obstante, omite un elemento esencial: la situación real de desprotección ocasionada por la omisión administrativa. Al no tener en consideración la situación de desprotección en que se encuentra la víctima pese a que se adopten medidas protectoras, este método no refleja de manera fiel las consecuencias concretas de la negligencia.

También se tuvo en consideración utilizar los puntos de corte de los distintos niveles de riesgo, calculando la diferencia entre la puntuación media del nivel de riesgo que debió haberse asignado y la del nivel que fue asignado incorrectamente. Sin embargo, esta opción tampoco se consideró adecuada, ya que no tiene en cuenta la posibilidad de que, aun mediando una actuación correcta, el daño se hubiera producido igualmente, lo que imposibilita cuantificar la oportunidad perdida de forma realista.

[79] Estos datos provienen de multiplicar 2,85 (que equivale al porcentaje en que la reincidencia sin medidas de protección es superior a la reincidencia cuando se adoptan medidas protectoras) por la reincidencia apreciada en cada uno de los niveles de riesgo. Si bien es cierto que esta tasa de reincidencia ha resultado del análisis de la reincidencia con y sin medidas de protección en todos los niveles de riesgo, nos sirve para conocer como varía la reincidencia en función de si se implementan medidas protectoras, y hacer una aproximación para cada uno de los niveles de riesgo.

En consecuencia, se ha optado por la fórmula aquí propuesta, al considerarla la más idónea. Esta permite valorar con mayor precisión en qué medida la actuación correcta de la Administración hubiera evitado el resultado lesivo. De este modo, se proporciona un indicador empírico de la pérdida de oportunidad sufrida por la víctima debido a la deficiente actuación de los servicios públicos. Al mismo tiempo, contribuye a la reducción de la subjetividad y el componente aleatorio que históricamente ha caracterizado a la teoría de la pérdida de oportunidad.

### *3.1.2. La responsabilidad de la Administración en la detección de circunstancias especiales*

Ahora bien, la responsabilidad de la Administración no se limita exclusivamente a aquellos casos en los que la herramienta ha fallado en la detección del nivel de riesgo o no se han adoptado las medidas de protección impuestas. Existen otros supuestos, como los catalogados como supuestos especiales, que también requieren de un procedimiento para calcular la probabilidad de que su detección hubiera evitado la producción del daño.

Para los casos catalogados como de especial relevancia, se tomará como base la sensibilidad de la Escala-H —el mecanismo incorporado al sistema VioGén para la detección de casos en que la víctima se encuentra en una situación de riesgo grave o letal—. El uso de la sensibilidad como parámetro se justifica en que constituye una medida que permite conocer la probabilidad de que la herramienta, funcionando correctamente, detecte que una mujer se encuentra en riesgo de sufrir una agresión grave o letal. Según el estudio Intimate Partner Homicide Risk Assessment by Police in Spain: The Dual Protocol VPR5.0-H, la sensibilidad de la Escala-H se sitúa en un 84 por cien[80]. De manera que podemos concluir, que, si la Administración hubiera actuado de forma correcta, hubiera tenido un 84 por cien de probabilidad de detectar la situación de riesgo y adoptar las medidas de protección oportunas. Para afinar el cálculo de este porcentaje, sería deseable contar con datos sobre el número de víctimas que, a pesar de haber recibido las medidas correspondientes, han sufrido igualmente una agresión grave o letal. No obstante, estos datos no están publicados, lo que limita la precisión del análisis. Al situarse la probabilidad en un 84 por cien consideramos que existe una certeza razonable de que la actuación diligente de la Administración hubiera evitado la causación del daño (sobre esto *vid. Supra* epígrafe 2), de manera que no resultará de aplicación la teoría de la perdida de oportunidad, pues el nexo causal ha quedado demostrado con una certeza razonable.

En cuanto a los menores en situación de riesgo, la apreciación de esta circunstancia reviste una especial trascendencia. En caso de no ser detectada, los menores no reciben protección policial directa, quedando únicamente amparados de forma

[80] Juan José LÓPEZ OSSORIO, José Luis GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, Ismael LOINAZ, Ana MARTÍNEZ MARTÍNEZ & David PINEDA, "Intimate partner homicide risk assessment by police in Spain: the dual protocol VPR5.0-H", *Psychosocial Intervention*, núm. 1, pp. 47-55 (p.52).

indirecta por las medidas adoptadas para proteger a la madre[81]. Un error en la detección de esta situación puede tener consecuencias nefastas, como lesiones o incluso la muerte del menor. Dado que no existen datos publicados sobre la sensibilidad de la herramienta en este ámbito, en aquellos casos en los que se haya producido una deficiente protección del menor —manifestada en lesiones o muerte—, se considerará que existe una certeza razonable del nexo causal entre la omisión administrativa y el daño. En tales casos, lo indemnizable será el daño causado al menor, sin necesidad de acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad.

Por otra parte, en relación con los casos recurrentes y persistentes, las medidas específicas previstas tienen un carácter predominantemente informativo, y principalmente tiene consecuencias en la elaboración del Plan de Seguridad Personalizado (PSP). Estas medidas contribuyen a que la víctima tome conciencia de la situación de riesgo en la que se encuentra y adopte estrategias de autoprotección más efectivas. Sin embargo, no tienen un impacto significativo sobre el nivel de protección activa proporcionado por los agentes, por lo que se estima que un error en la identificación de estas circunstancias supondría una probabilidad genérica de que la omisión de la Administración sea la causante del daño —inferior al 10 por cien—, por lo que resulta insuficiente para considerar que una actuación diligente de la Administración hubiese evitado la causación del daño.

En definitiva, tanto las omisiones individuales de los agentes como los errores derivados del uso de VioGén pueden dar lugar a situaciones de infra protección, las cuales se materializan en la mayoría de los casos mediante una nueva agresión por parte del agresor. Esta realidad no impide la aplicación del régimen general de responsabilidad patrimonial, ya que, como se ha demostrado, se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico vigente para que surja el deber de indemnizar. El recurso a la teoría de la pérdida de oportunidad no se justifica por el uso de una herramienta basada en probabilidades, sino por el hecho de que en estos supuestos la materialización del riesgo depende necesariamente de la intervención de un tercero, el agresor. Esta circunstancia introduce un margen de incertidumbre que impide, en muchos casos, establecer un nexo causal con una certeza razonable. De ahí que esta teoría resulte la más adecuada en la mayoría de los casos de la violencia de género, donde con frecuencia solo puede acreditarse el daño y una probabilidad significativa de que este haya sido consecuencia de la omisión de la Administración[82].

---

[81] Un ejemplo de ello es la vigilancia de la mujer en el hogar o cuando acude al centro escolar.

[82] En este caso concreto, en contra de lo que defiende Mendilibar Navarro para los sistemas algorítmicos en general, la idoneidad de la teoría de la pérdida de oportunidad no se debe a que nos encontremos ante un sistema algorítmico en el que existe una incertidumbre en torno a la producción del daño y una posibilidad cierta de que este no se hubiera producido si hubiera adoptado la decisión un humano. Sino que la incertidumbre la encontramos en torno a la probabilidad de que el agresor no hubiera revictimizado a la víctima, si se hubieran adoptado las medidas protectoras idóneas. MENDILIBAR, 2024: 105.

## 4. CONCLUSIONES

La responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de violencia de género asociados a omisiones en la adopción de medidas de protección plantea un escenario jurídico especialmente complicado, en el cual se entrecruzan cuestiones probatorias, valoraciones estadísticas y principios rectores del Derecho Administrativo. No obstante, el problema analizado en este artículo radica en la prueba del nexo causal entre la actuación administrativa deficiente —ya sea por la asignación incorrecta del nivel de riesgo, la no detección de situaciones especiales o por la no implementación de las medidas correspondientes— y el resultado dañoso, que puede materializarse en nuevas agresiones o, incluso, en el asesinato de la víctima.

En este contexto, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad ofrece una vía razonable y fundada para imputar responsabilidad a la Administración, sin exigir la prueba con una certeza razonable del nexo causal. Esta teoría permite reconocer la existencia de un daño indemnizable cuando puede acreditarse que existía una probabilidad seria y real de que la correcta actuación del servicio público hubiera evitado el resultado lesivo. Cabe destacar que, el daño no se identifica, en este caso, con la lesión sufrida por la víctima, sino con la frustración de la posibilidad cierta, aunque no definitiva, de haber evitado dicha lesión. Esto no quiere decir que se produzca una flexibilización del estándar clásico de prueba del nexo causal, sino que estamos aplicando un régimen distinto, que prescinde del requisito de certeza para permitir una indemnización proporcional basada en probabilidades objetivamente fundamentadas

La jurisprudencia y la doctrina, en otros ámbitos como el sanitario, han reconocido que, en determinados casos, debe bastar con la demostración de una probabilidad bastante de que el daño no se habría producido si la Administración hubiese actuado con la diligencia exigida. Esta concepción probabilística encaja con la lógica del sistema VioGén, que clasifica los niveles de riesgo en función de algoritmos que se apoyan en datos empíricos y estadísticas.

En este sentido, el uso de herramientas estadísticas permite establecer un criterio objetivo para calcular la probabilidad de que la actuación de la Administración haya influido en la producción del daño. Esto es debido a que través de la comparación datos estadísticos y a los estudios elaborados por los desarrolladores del sistema se puede cuantificar la pérdida de oportunidad sufrida por la víctima y, en consecuencia, establecer un método proporcional para fijar la indemnización correspondiente.

Otro elemento clave en este análisis es el principio de "distribución dinámica de la carga de la prueba", que desplaza la obligación probatoria hacia la parte que tiene mayor facilidad para aportar la prueba. En los casos de violencia de género, esto se traduce en una obligación de la Administración de acreditar que el nivel de riesgo fue evaluado correctamente y que las medidas asignadas fueron implementadas eficazmente. Esto se debe a que pese a que la legislación vigente habilita a la víctima, para que acceda a los informes del sistema VioGén que fundamentan la decisión adminis-

trativa, la realidad es muy distinta ya que no se les da traslado de este, de manera que no tienen pruebas suficientes sobre la existencia del nexo causal.

La metodología propuesta en este trabajo para el cálculo de la pérdida de oportunidad parte de datos estadísticos verificados como los del estudio de López-Ossorio, Loinaz y González-Álvarez[83], y permite estimar con mayor precisión la probabilidad de evitabilidad del daño, ya que se recurre a la tasa de reincidencia cuando se adoptan medidas de protección, así como cuando no se adoptan. Este enfoque no solo mejora la seguridad jurídica, sino que también reduce el componente arbitrario que históricamente ha caracterizado a la teoría de la pérdida de oportunidad, favoreciendo decisiones más objetivas y consistentes.

Además, se ha abordado el análisis de situaciones calificadas como de especial relevancia, en las que la sensibilidad de la Escala-H del sistema VioGén alcanza un 84 %, lo que significa que, de haber funcionado correctamente, el riesgo grave o letal habría sido detectado en la mayoría de los casos. Este dato, aunque limitado por la falta de estadísticas complementarias sobre el resultado final de las medidas adoptadas, constituye una base razonable para aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad y fijar una indemnización. No obstante, al tratarse de un 84 por cien consideramos que existe una certeza razonable en cuanto a la existencia del nexo causal y, consecuentemente, debe indemnizarse a la víctima por el daño efectivamente sufrido y no por la oportunidad perdida.

En los casos que implican a menores en situación de riesgo, se considera que, ante la producción de un daño efectivo como lesiones o muerte y la ausencia de medidas de protección por omisión administrativa, el nexo causal alcanza un grado de certeza razonable, por lo que no resulta necesario acudir a la teoría de la pérdida de oportunidad. En estos supuestos, lo indemnizable será el daño efectivo producido, dada la gravedad del perjuicio y la previsibilidad de la consecuencia ante la falta de intervención administrativa.

Por el contrario, en los casos en que no pueda establecerse ni siquiera una probabilidad relevante de que la omisión administrativa haya contribuido al daño, no procederá la indemnización. Esta exigencia impide que se indemnicen perjuicios, garantizando así la coherencia del sistema de responsabilidad patrimonial y evitando su banalización. Esto último es lo que ocurre en aquellos casos en que la herramienta hierra a la hora de detectar los casos recurrentes y persistentes, ya que la detección de tales circunstancias únicamente afecta a la adopción de medidas de autocuidado, pero no las medidas en sí que adopta la Administración.

En definitiva, la teoría de la pérdida de oportunidad, complementada con análisis probabilísticos objetivos, se presenta como una herramienta especialmente útil y legítima para imputar responsabilidad a la Administración en el ámbito de la violencia de género. Su aplicación permite superar las limitaciones del modelo clásico de causalidad directa, ofreciendo un marco adaptado a la naturaleza de estos casos. Además,

[83] LÓPEZ, LOINAZ & GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, 2019: 52-58.

favorece la reparación de las víctimas, fortalece el principio de legalidad y promueve una actuación más diligente y eficaz por parte de los poderes públicos, que deben responder por las deficiencias en el desarrollo de sus funciones que comprometen el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Eliminando la clásica desventaja que ha envuelto a esta teoría, la falta de objetividad a la hora de determinar los porcentajes en cada caso concreto.

## BIBLIOGRAFÍA


Adriano DE CUPIS & Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN (1975). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil,* 1ª ed. Bosch, Barcelona, 1975.

Álvaro LUNA YERGA, "Oportunidades perdidas: La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2005, pp. 1-19.

Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas)", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pp. 167-192.

Carlos ALCOLEA AZCÁRRAGA, "La responsabilidad patrimonial de la administración y el uso de algoritmos", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

Carlos SARDINERO GARCÍA, et el. "Responsabilidad por pérdida de oportunidad asistencial en patologías neurológicas en la medicina pública española", *Gaceta Sanitaria*, núm. 1, 2017, pp. 30-34.

Clemente CHECA GÓNZÁLEZ, "La falacia de la tesis de que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es, en todo caso, objetiva", Nueva Fiscalidad, núm. 2, 2021, pp. 19-72.

David FISCHER, "Proportional Liability: Statistical Evidence and the Probability Paradox", Vanderbilt *Law Review*, núm. 5, 1993, pp. 1201-1226.

David Vicente BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia. (Los poderes públicos y los daños por la crisis de la Covid-19)*, 1ª ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

Eduardo ASENSI PALLARÉS, Iñigo CID-LUNA CLARES, "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 228-239.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE & Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, 16.ª ed. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2020.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación forzosa", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1955, pp. 1023-1166.

Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual,* 1ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Felipe OYARZÚN VARGAS, "Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad: Análisis y reflexiones del caso español", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 43, 2021, pp. 119-147.

Félix Alberto TRIGO REPRESAS, (2008). Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Astrea, Buenos Aires, 2008.

Frederick SCHAUER, *Profiles, probabilities, and stereotypes*, 1ª ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts y Londres, 2006.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL & Luis MEDINA ALCOZ, (2024). "Lección 32. La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas", en Francisco VELASCO CABELLERO & Maria Mercè Darnaculleta Gardella (dirs.), *Manual de Derecho administrativo,* 2.ª ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paolo, 2024, pp. 802-859.

Guido CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, 1ª ed, Yale University Press, New Haven and London, 1970.

Jordi FERRER BELTRÁN, *La valoración racional de la prueba, 1ª ed. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007*.

Jorge MOSSET ITURRASPE, Estudios sobre responsabilidad por daños, 1ª ed. Rubinzal·Culzoni Editores, Santa Fe, 1982.

Juan Carlos HENAO, (2000), "La responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia". En Juan Carlos HENAO, *et al.* (Eds.), *La responsabilidad patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México D.F, 2000, pp. 105-147.

Juan José LÓPEZ OSSORIO, "Prevención de la violencia de género desde el sistema VioGén", Debates de la UNED, "*Violencia de género: lo que nos cuentan y lo que no nos cuentan*", 2023, 22 de marzo. Madrid, España.

Juan José LÓPEZ OSSORIO, José Luis GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, Ismael LOINAZ, Ana MARTÍNEZ MARTÍNEZ & David PINEDA, "Intimate partner homicide risk assessment by police in Spain: the dual protocol VPR5.0-H", *Psychosocial Intervention*, núm. 1, pp. 47-55.

Juan José LÓPEZ OSSORIO, José Manuel MUÑOZ VICENTE, Antonio ANDRÉS PUEYO & Mar PASTOR BRAVO, *Guía de aplicación del formulario VFR 5.0-H en la valoración forense del riesgo. Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género,* Ministerio del Interior, 2020, pp. 1-42.

Juan José LÓPEZ OSSORIO, Ismael LOINAZ & José Luis GONZÁLEZ ÁLVAREZ, (2019). "Protocolo para la valoración policial del riesgo de violencia de género (VPR4.0): revisión de su funcionamiento", *Revista Española de Medicina Legal*, núm. 2, 2019, pp. 52-58.

Juan Manuel PRÉVÔT & Rubén Alberto CHAIA, *Pérdida de la chance de curación*, 1ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

Luis MARTÍN REBOLLO, (1999). "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y tres reflexiones*", Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999, pp. 317-372.

Lucia MARTÍNEZ GARAY, *et al. Three predictive policing approaches in Spain: Viogén, RisCanvi and Veripol,* Publicaciones Univ. València, Valencia, 2024.

Lucia MARTÍNEZ GARAY, "Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales", en José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2020, pp. 513-532.

Lucia MARTÍNEZ GARAY, Francisco MONTES SUAY, L (2018). "El uso de las valoraciones de riesgo de violencia en derecho penal: algunas cautelas necesarias", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2018, pp. 1-47.

Luis MEDINA ALCOZ, "El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Revista de Administración Pública, núm. 213, 2020, pp. 69-91.

Luis MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 1ªed. Aranzadi S.A.U. Navarra, 2018.

Luis MEDINA ALCOZ, "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 30, 2009, pp. 31–74.

Luis MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, 1ª ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007.

María Carmen CRESPO MORA, *La responsabilidad del abogado en el derecho civil*, 1.ª ed. Thomson, Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.

María Jesús GALLARDO CASTILLO, "Causalidad probabilística, incertidumbre causal y responsabilidad sanitaria: la doctrina de la pérdida de oportunidad", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 35-66.

Marina GASCÓN ABELLÁN & Luis MEDINA ALCOZ, (2009) ¿Pueden declararse responsabilidades por daños sin la prueba del nexo causal? (Debate en torno a la teoría de la pérdida de oportunidad), *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 6, 2009, pp. 191-226.

Marina GASCÓN ABELLAN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 3ª ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, Barcelona, 2010.

Marina GASCÓN ABELLÁN, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 28, 2005, pp. 127-139.

Martín María RAZQUIN LIZÁRRAGA, "Actualización del artículo 106.2: La responsabilidad de la Administración Pública", en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER y María Emilia CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española,* 2.ª ed. Fundación Wolters Kluwer / Boletín Oficial del Estado / Tribunal Constitucional / Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 517-536.

Michele TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: Nozioni generali,* 1ªed. Giuffrè, Milano, 1992.

Miquel MARTÍN-CASALS (coord.), *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Editum, Murcia, 2011, pp. 11-111.

Oriol MIR PUIGPELAT, (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacía un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

Patricia MENDILIBAR NAVARRO, *Determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración en la toma de decisiones basadas en inteligencia artificial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral: prevención, reparación, punición: el daño moral en las diversas ramas del derecho,* 2ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

Raúl LETELIER WARTENBERG, Sobre la lesión que la víctima no está obligada a soportar, en Marcos VAQUER CABALLERIA, Ángel Manuel MORENO MOLINA & Antonio DESCALZO GONZÁLEZ (Coords.), Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1045-1067.

Raúl LETELIER WARTENBERG, "Algunos aspectos económicos de la responsabilidad extracontractual del Estado", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm.1, 2013, pp. 309-321.

Richard Allen POSNER, *El análisis económico del derecho*, 2ª ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Ronald ALLEN, "Rationality, mythology and the 'acceptability of verdicts' tesis", *Boston University Law Review,* núm. 66, pp. 541–562.

Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, "Responsabilidad administrativa por el uso de inteligencia artificial", en Eduardo GAMERO CASADO (dir.), Inteligencia artificial y sector público: Retos, límites y medios, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 227-253.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Instrucción 1/2025, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración y gestión policial del nivel de riesgo de violencia de género y seguimiento de los casos a través del sistema VioGén-2", 2025, pp. 1-52 Ministerio del Interior.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Instrucción 1/2023, por la que se desarrolla la obligación de comunicación a la víctima de los antecedentes del agresor en los denominados casos de "agresores persistentes" y otras medidas de protección y seguridad en los casos de violencia de género", 2023, pp. 1-10. Ministerio del Interior.

SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Instrucción 11/2022, por la que se actualizan los procedimientos de actuación en la gestión del riesgo de los denominados «casos resistentes» de violencia de género, 2022, pp. 1-9, Ministerio del Interior.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Instrucción 8/2021, por la que se establecen medidas para prevenir la violencia de género ocasionada por agresores persistentes", 2021, pp. 1-6. Ministerio del Interior

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Instrucción 5/2021, por la que se establece el protocolo de primer contacto policial con víctimas de violencia de género en situación de desprotección (protocolo cero)", 2021, pp.1-10. Ministerio del Interior.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Instrucción 4/2019, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del Sistema de Seguimiento Integral de los Casos de Violencia de Género (Sistema VioGén)", 2019, pp.1-23.

SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD, "Guía de procedimiento VPR 5.0 y VPER 4.1: Protocolo de valoración policial del riesgo y gestión de la seguridad de las víctimas de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004)", 2019, pp.1-56. Ministerio del Interior.

## Jurisprudencia

STS 576/2019 - ECLI:ES:TS:2019:576
STS 1096/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1096.
STS 5866/2006 - ECLI:ES:TS:2006:5866.
STS 401/2005 - ECLI:ES:TS:2005:401.
STS 3679/2003 - ECLI:ES:TS:2003:3679.
STS 1572/1999 - ECLI:ES:TS:1999:1572.
STS 8602/1998 - ECLI:ES:TS:1998:8602.
STS 7123/1998 - ECLI:ES:TS:1998:7123.
STS 3021/1996 - ECLI:ES:TS:1996:3021.
SAN 2812/2019 - ECLI:ES:AN:2019:2812.
STSJ AND 4880/2009 - ECLI:ES:TSJAND:2009:4880.

*Revista de Derecho Público: Teoría y Método*
Vol. 13 | 2026 pp. 221-255
Madrid, 2026
DOI: 10.37417/RPD/vol_13_2026_3302
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
© Albert Lladó Martínez
ISSN: 2695-7191
Recibido: 05/01/2026 | Aceptado: 02/03/2026

# ARQUITECTURA NORMATIVA DEL URBANISMO E INTEGRACIÓN DEL ENTORNO FÍSICO: ANÁLISIS COMPARADO ENTRE EL MODELO NEERLANDÉS Y EL CATALÁN*

## REGULATORY STRUCTURE OF URBAN PLANNING AND INTEGRATION OF THE PHYSICAL ENVIRONMENT: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE DUTCH AND CATALAN MODELS

Albert Lladó Martínez
Profesor Lector Serra Húnter
Universitat de Girona

**RESUMEN:** El artículo analiza comparativamente el marco normativo del urbanismo en los Países Bajos y en Cataluña, tomando como referencia la Ley del Entorno neerlandesa (*Omgevingswet*) y el sistema urbanístico catalán en el marco constitucional español. Desde una metodología jurídico-estructural, el estudio examina el diseño institucional como elemento determinante de la capacidad de integrar políticas públicas y afrontar los retos de la sostenibilidad. La comparación identifica dos racionalidades diferenciadas: un modelo neerlandés integrado y adaptativo, basado en la unificación normativa y la ponderación conjunta de intereses, y un modelo catalán sectorial y garantista, centrado en el planeamiento como delimitación *ex ante* de derechos y en la coordinación procedimental. El trabajo concluye que la sostenibilidad opera como criterio estructurante del diseño jurídico y que cada sistema redistribuye de forma distinta las tensiones entre flexibilidad y control, integración y seguridad jurídica.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho urbanístico comparado; integración normativa; sostenibilidad urbana; gobernanza territorial.

---

* Trabajo finalizado el 14/02/2026. Elaborado en el marco del proyecto "Urbanismo responsable: intervención administrativa y actividad de fomento en el acceso a la vivienda en territorios turísticos" financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Proyectos de Generación de Conocimiento, referencia PID2024-158147OB-C21, MICIU/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE.

**ABSTRACT:** This article comparatively analyzes the regulatory frameworks for urban planning in the Netherlands and Catalonia, using the Dutch Environment Act (*Omgevingswet*) and the Catalan urban planning system within the Spanish constitutional framework as reference points. Employing a legal-structural methodology, the study examines the institutional design as a determining factor in the capacity to integrate public policies and address the challenges of sustainability. The comparison identifies two distinct rationales: an integrated and adaptive Dutch model, based on regulatory unification and the joint balancing of interests, and a sectoral and rights-based Catalan model, centered on planning as the *ex ante* delimitation of rights and on procedural coordination. The study concludes that sustainability operates as a structuring criterion for legal design and that each system redistributes the tensions between flexibility and control, integration and legal certainty, in different ways.

**Keywords:** Comparative urban planning law; regulatory integration; urban sustainability; territorial governance.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. MARCO METODOLÓGICO: EL MÉTODO COMPARADO APLICADO AL DERECHO URBANÍSTICO.— 3. CONTEXTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE LOS SISTEMAS COMPARADOS: 3.1. Países Bajos: tradición de integración ambiental y reforma sistémica; 3.2. España y Cataluña: evolución del urbanismo sectorial y multinivel, 3.3. Influencia del Derecho europeo y de las agendas globales; 3.4. Cultura jurídica y modelos de autoridad administrativa.— 4. ARQUITECTURA NORMATIVA DEL URBANISMO: INTEGRACIÓN FRENTE A SECTORIALIZACIÓN: 4.1. La *Omgevingswet* como marco normativo integrado del entorno físico; 4.2. El sistema urbanístico catalán: legislación urbanística y acumulación sectorial; 4.3. Técnicas jurídicas de integración y coordinación normativa, 4.4. Coherencia normativa, legibilidad y complejidad regulatoria. Consecuencias jurídicas del diseño normativo.— 5. INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN Y ESTRUCTURA DEL PLANEAMIENTO: 5.1. Instrumentos de planificación en el modelo neerlandés; 5.2. Planeamiento territorial y urbanístico en Cataluña; 5.3. Jerarquía, vinculación y flexibilidad de los planes, 5.4. Planeamiento como sistema adaptativo frente a sistema cerrado. Implicaciones para la sostenibilidad urbana.— 6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y TOMA DE DECISIONES: 6.1. Integración procedimental y autorizaciones en la *Omgevingswet*; 6.2. Procedimientos urbanísticos y sectoriales en el sistema catalán; 6.3. Coordinación interadministrativa y distribución de responsabilidades; 6.4. Simplificación, seguridad jurídica y discrecionalidad. 6.5. Digitalización y procedimientos integrados.— 7. PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y MODELOS DE GOBERNANZA: 7.1 La participación como principio estructural en la *Omgevingswet*; 7.2. Participación urbanística en el sistema catalán; 7.3. Intensidad, momentos y efectos jurídicos de la participación; 7.4. De la participación formal a la cocreación.— 8. URBANISMO, SOSTENIBILIDAD Y COORDINACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS: 8.1. La sostenibilidad como problema de integración normativa; 8.2. Coordinación de políticas públicas y gobernanza multinivel; 8.3. Urbanismo, cambio climático e infraestructura verde; 8.4. De la coherencia normativa a la efectividad jurídica.— 9. DISCUSIÓN COMPARADA: DOS MODELOS NORMATIVOS Y DOS RACIONALIDADES DE GOBERNANZA: 9.1. Regulación integrada y regulación sectorial como expresiones de distintas culturas jurídicas; 9.2. Ventajas estructurales y riesgos del enfoque integrado; 9.3. Fortalezas y límites del modelo sectorial, 9.4. Participación, sostenibilidad y desplazamiento de tensiones; 9.5. Límites de la transferencia y aportaciones del análisis comparado.— 10. CONCLUSIONES Y AGENDA DE INVESTIGACIÓN FUTURA.— 11. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas, el Derecho urbanístico atraviesa un proceso de transformación profunda que afecta tanto a sus objetivos materiales como a sus técnicas normativas. Tradicionalmente configurado como un derecho instrumental, centrado en la ordenación del suelo y en la canalización del crecimiento urbano, su ámbito funcional se ha visto progresivamente ampliado por la incorporación de objetivos ambientales, sociales y climáticos que desbordan el enfoque clásico del planeamiento urbanístico (ALARCÓN ZAMBRANO, 2019: 11-12). Este desplazamiento funcional ha ido acompañado de un notable incremento de la complejidad normativa, derivado en gran medida de la superposición de regulaciones sectoriales y de la necesidad de coordinar políticas públicas con impactos concurrentes sobre el territorio (GARCÍA RUBIO, 2017: 29).

La literatura reciente coincide en señalar que el urbanismo se ha convertido en un espacio jurídico clave para la implementación de estrategias de sostenibilidad, adaptación al cambio climático y resiliencia urbana (GARCÍA SÁNCHEZ, 2019: 21). Sin embargo, esta ampliación funcional no siempre ha ido acompañada de una revisión coherente de la arquitectura normativa que la sustenta (LACAL ROMERO, 2024: 1038-1039). Los nuevos objetivos se han incorporado mediante la adición de exigencias sectoriales sobre estructuras urbanísticas preexistentes, lo que ha generado tensiones acumuladas entre ambición normativa, eficacia administrativa y seguridad jurídica (CEREZO IBARRONDO, 2023: 351-357; HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020b: 968-969).

En este contexto, el diseño institucional del Derecho urbanístico, esto es, la forma en que se estructuran normativamente los instrumentos de planificación, los procedimientos de toma de decisiones y los mecanismos de coordinación intersectorial, adquiere una relevancia central. Más allá del contenido sustantivo de las normas, la arquitectura jurídica condiciona decisivamente la capacidad de los sistemas urbanísticos para gestionar la complejidad territorial, articular objetivos múltiples y responder a contextos que se caracterizan por la incertidumbre, tanto ambiental como social.

El Derecho urbanístico constituye, por ello, un terreno especialmente adecuado para el análisis comparado. No solo porque aborda problemas estructurales comunes a las sociedades contemporáneas, como el uso del suelo, la sostenibilidad, la vivienda o las infraestructuras, sino también porque las respuestas jurídicas a estos problemas reflejan opciones de política normativa profundamente vinculadas a tradiciones administrativas, culturas jurídicas y modelos de gobernanza diferenciados (NELKEN, 2004: 52-55). El análisis comparado permite con este enfoque ir más allá de la mera descripción normativa para interrogarse sobre los presupuestos estructurales que condicionan la acción pública sobre el territorio (JINWON, 2023: 47-49).

Este artículo se sitúa en esa perspectiva. Su objetivo no es ofrecer una descripción exhaustiva de los sistemas urbanísticos comparados ni evaluar empíricamente sus resultados, sino analizar las implicaciones jurídicas del diseño normativo de dos

modelos contrastados de ordenación del territorio: un modelo de integración normativa y procedimental, representado por la reciente reforma neerlandesa articulada en torno a la *Omgevingswet* (Ley del Entorno)[1], y un modelo de carácter sectorial y acumulativo, característico del urbanismo catalán en el marco del Derecho español.

La elección de estos dos casos responde a su interés comparativo desde un punto de vista estructural. Ambos ordenamientos se inscriben en el contexto europeo y se encuentran influidos por el Derecho de la Unión Europea y por agendas globales comunes en materia de sostenibilidad. Sin embargo, han adoptado opciones normativas divergentes en relación con la integración de políticas públicas, la configuración de los instrumentos de planificación y la articulación de los procedimientos administrativos. Estas diferencias van a permitir identificar racionalidades de gobernanza distintas y analizar cómo el Derecho redistribuye tensiones entre flexibilidad y control, discrecionalidad administrativa y garantías jurídicas.

La comparación se plantea en términos jurídico-estructurales y no evaluativos. El análisis se sitúa deliberadamente en una fase *ex ante* (PRIEUR, 2021: 25-26), atendiendo al diseño institucional y a la arquitectura normativa como condiciones habilitantes o limitantes de la efectividad del Derecho urbanístico (MURTHY, 2018: 385-388). Se evitan los juicios de valor globales sobre la superioridad de uno u otro modelo y se limita a identificar las consecuencias jurídicas derivadas de distintas opciones de diseño institucional y los compromisos estructurales que cada sistema asume al afrontar los retos del urbanismo sostenible.

## 2. MARCO METODOLÓGICO: EL MÉTODO COMPARADO APLICADO AL DERECHO URBANÍSTICO

El análisis comparado del Derecho urbanístico plantea cuestiones metodológicas propias ampliamente discutidas por la doctrina del derecho comparado y del derecho público en particular. A diferencia de otros ámbitos jurídicos, el urbanismo se caracteriza por encontrarse inmerso en una red densa de normas jurídicas, estructuras administrativas, prácticas institucionales y condicionantes territoriales, aspectos que lo convierte en una disciplina particularmente sensible al contexto (VAN HOECKE, 2015: 16-18; HANTRAIS, 2008: 121-123).

[1] Aunque en la literatura jurídica en lengua española se ha generalizado la traducción de *Omgevingswet* como «Ley de Medio Ambiente», esta denominación resulta, a mi juicio, parcialmente reductora. El término neerlandés *omgeving* no equivale estrictamente a medio ambiente, sino que remite de forma más amplia al "entorno" o "entorno vital", comprendiendo de manera integrada los elementos naturales y construidos, los usos del suelo, las infraestructuras y la calidad del espacio habitable. Esta amplitud semántica es reconocida de forma expresa en la propia sistemática y objetivos de la norma, que no se limita a la protección ambiental en sentido estricto, sino que articula un marco jurídico integrado para la ordenación del conjunto del entorno físico. Por esta razón, aun siendo consciente del uso extendido de la expresión "Ley de Medio Ambiente", en este trabajo se considera que la traducción "Ley del Entorno" refleja con mayor fidelidad el espíritu, el alcance material y la lógica integradora de la *Omgevingswet*, sin perjuicio de mantener la denominación original neerlandesa para evitar equívocos.

Este estudio se sitúa en el marco del derecho administrativo y urbanístico comparado contemporáneo, entendiendo la comparación no como una mera contraposición de normas, sino como un instrumento de análisis para comprender cómo diferentes ordenamientos estructuran respuestas jurídicas a problemas funcionalmente semejantes. Siguiendo las aportaciones de EBERLE (2008: 2-6) y SIEMS (2019: 858-860), la comparación se concibe como una práctica interpretativa necesariamente contextualizada, que exige prestar atención tanto al contenido normativo como a los marcos institucionales y culturales en los que se inscribe.

El enfoque funcionalista más clásico resulta insuficiente en el ámbito urbanístico si se aplica de manera aislada. Como ya ha advertido la literatura, la identificación de soluciones que formalmente aparecen como equivalentes o parecidas puede ocultar diferencias sustantivas en la distribución de poder, en los márgenes de discrecionalidad administrativa o en los mecanismos de control (DAMASKA, 1991: 16-19 y 71-73). Por ello, adopto aquí una aproximación metodológica más ecléctica, que combina el análisis funcional con enfoques contextuales y socio-jurídicos propios del comparativismo contemporáneo (NELKEN, 2004: 46-49).

La estrategia comparativa empleada es de carácter estructural y meso-comparativo (LLADÓ MARTÍNEZ, 2025: 48-50 y 195-201). No se comparan sistemas jurídicos en su totalidad, ni instituciones aisladas, sino conjuntos coherentes de elementos normativos (arquitectura legal, instrumentos de planificación, procedimientos y participación) que permiten identificar las racionalidades de gobernanza de las que emanan. Este nivel de análisis se presenta especialmente adecuado para un primer artículo comparativo de carácter general, en el que se pretende evitar tanto la abstracción excesiva como el análisis casuístico.

La selección de los casos responde a criterios sustantivos: tanto los Países Bajos como Cataluña se encuentran en contextos europeos comparables, y jurídicamente comparten la influencia del Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, han adoptado opciones normativas divergentes en relación con la integración sectorial y la gobernanza del territorio, especialmente con la reciente aprobación y entrada en vigor de la nueva normativa neerlandesa. El *tertium comparationis* se construye en torno a la función común de ordenar el uso del suelo y el entorno construido en clave de interés general, por medio de las herramientas normativas empleadas para la articulación o coordinación de las distintas políticas públicas.

La comparación exige una aclaración metodológica adicional, dado que se contrasta un Estado unitario descentralizado con una entidad subestatal inserta en un Estado compuesto. Esta diferencia no invalida el ejercicio, porque el análisis no se plantea como traslación normativa, sino como contraste estructural del diseño urbanístico en niveles con competencias decisivas sobre planificación y usos del suelo. La escala institucional y el encaje competencial se incorporan, por tanto, como variable analítica relevante para interpretar las posibilidades y límites de la integración normativa y procedimental. El estudio se sitúa deliberadamente en el plano del diseño normativo e institucional para adoptar una perspectiva *ex ante* (SARFATY, 2013: 606-609).

## 3. CONTEXTO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE LOS SISTEMAS COMPARADOS

La comparación entre el modelo urbanístico neerlandés y el sistema vigente en Cataluña en el marco del Derecho urbanístico español exige situar previamente ambos ordenamientos en su respectivo contexto jurídico-institucional. El Derecho urbanístico no opera en el vacío, sino que se inserta en estructuras constitucionales, administrativas y territoriales que condicionan de manera decisiva tanto la formulación de las normas como las técnicas de intervención sobre el territorio. Ignorar estos condicionantes conduciría a una comparación meramente formal que no lograría explicar las diferencias estructurales que subyacen a las opciones normativas adoptadas (VAN HOECKE, 2015: 28-30).

### 3.1. Países Bajos: tradición de integración ambiental y reforma sistémica

El sistema neerlandés de ordenación del territorio se caracteriza históricamente por una fuerte orientación hacia la planificación integrada y la gestión coordinada del entorno físico. Esta tradición se explica, en buena medida, por factores geográficos y ambientales. Una parte significativa del territorio neerlandés ha sido literalmente construida mediante obras públicas de desecación, drenaje y contención (los conocidos pólderes), lo que ha situado desde etapas tempranas la intervención pública coordinada sobre el espacio físico en el centro de la organización estatal. Esta experiencia histórica ha contribuido a consolidar una concepción del territorio como sistema interdependiente, en el que la planificación espacial, la gestión del agua, la protección ambiental y la seguridad frente a riesgos naturales se conciben como dimensiones inseparables de una misma función pública (BEUNEN, 2009: 57-59; VAN RIJSWICK & SALET, 2012: 2-4).

Desde una perspectiva jurídica, este condicionante histórico se ha traducido en una temprana aceptación de enfoques integrados de planificación y en una menor compartimentación sectorial de las políticas territoriales y ambientales. A diferencia de otros ordenamientos europeos, en los que la coordinación entre urbanismo, medio ambiente y gestión del agua se articula principalmente a través de mecanismos procedimentales *ex post*, el sistema neerlandés ha tendido históricamente a integrar estas dimensiones en marcos normativos comunes.

Desde el punto de vista institucional, los Países Bajos presentan un modelo de Estado unitario descentralizado, con distribución de funciones entre el nivel estatal, las provincias, los municipios y los *waterschap*. Estos últimos constituyen una institución singular, con competencias propias en materia de gestión del agua y una legitimidad histórica que refuerza la lógica de gobernanza integrada del territorio (VERSCHUUREN, 2004: 35). La presencia de estos entes especializados ha con-

tribuido a consolidar una visión del territorio como sistema físico interdependiente, lo que ha tenido un reflejo directo en la configuración del Derecho aplicable (KORTHALS ALTES, 2016: 421-424).

La *Omgevingswet* se inscribe en esta trayectoria histórica, pero introduce al mismo tiempo una reconfiguración significativa del marco normativo anterior. Más que una ruptura absoluta, la reforma puede interpretarse como una respuesta a la fragmentación normativa progresiva derivada de la acumulación de legislación sectorial ambiental y territorial durante las décadas anteriores. El legislador neerlandés optó por una codificación integradora del denominado "entorno físico", con el objetivo explícito de mejorar la coherencia normativa, simplificar los instrumentos disponibles y facilitar una toma de decisiones más coordinada en contextos de creciente complejidad (KORTHALS ALTES, 2016: 425-428). La norma fue aprobada en 2016 tras un prolongado proceso de elaboración legislativa y entró finalmente en vigor el 1 de enero de 2024. Los cambios introducidos durante el proceso legislativo y el debate doctrinal previo justifican atender también a la literatura anterior a 2024, para comprender los objetivos de la reforma y los obstáculos identificados en su gestación.

Este contexto institucional explica en gran medida la ambición integradora de la *Omgevingswet*, así como la centralidad que adquieren en ella principios como la coherencia normativa, la flexibilidad planificadora y la participación temprana (VAN ELDIK *et al.*, 2024: 2-4). La reforma no surge, por tanto, como un simple ejercicio de simplificación legislativa, sino como la culminación de una evolución doctrinal y práctica que concibe la ordenación del territorio como una tarea inherentemente transversal y cooperativa.

La adopción de un enfoque integrado no está exenta de tensiones jurídicas. La concentración de decisiones en marcos normativos y procedimentales comunes puede incrementar los márgenes de discrecionalidad administrativa y dificultar la identificación de estándares sectoriales específicos, especialmente en ámbitos tradicionalmente protegidos mediante regulaciones detalladas. Parte de la doctrina ha señalado, además, que la eficacia del modelo integrado depende en gran medida de la capacidad administrativa y de la calidad de los procesos participativos, lo que introduce riesgos de aplicación desigual (PRIEUR, 2021). Estas tensiones forman parte del trasfondo sobre el que debe interpretarse la *Omgevingswet* y deben ser tenidos en cuenta para una comparación equilibrada con modelos de carácter más sectorial.

### 3.2. España y Cataluña: evolución del urbanismo sectorial y multinivel

El sistema urbanístico español presenta una trayectoria histórica y constitucional claramente diferenciada. A diferencia del caso neerlandés, el urbanismo se ha configurado tradicionalmente como un sector jurídico específico y centrado en la regulación del suelo, de los usos urbanísticos y del proceso urbanizador. Esta especialización ha ido acompañada de una fuerte juridificación del planeamiento, que ha

convertido los instrumentos urbanísticos en piezas clave del control administrativo y judicial de la actuación pública sobre el territorio (MENÉNDEZ-REXACH, 2023: 714-717).

Desde el punto de vista constitucional, la ordenación del territorio y el urbanismo se sitúan en un marco competencial complejo, caracterizado por la concurrencia de competencias estatales, autonómicas y locales. El Estado conserva competencias básicas vinculadas al régimen del suelo, a las condiciones básicas de igualdad y a la legislación ambiental, mientras que las comunidades autónomas ostentan competencias exclusivas en materia de urbanismo y ordenación del territorio. Los municipios, por su parte, desempeñan un papel central en la elaboración y ejecución del planeamiento urbanístico, aunque sujetos a un intenso control normativo y procedimental. Así, aunque la Comunidad Autónoma ostenta la competencia exclusiva en materia de urbanismo, esta se ejerce en el contexto de la legislación básica estatal sobre suelo así como de otras competencias estatales con incidencia territorial, como las relativas al medio ambiente, aguas, costas (parcialmente) o a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas. La legislación estatal del suelo ha configurado históricamente un núcleo estructural del régimen jurídico de la propiedad del suelo, delimitando derechos y deberes básicos que condicionan el margen de configuración normativa autonómica y refuerzan la centralidad del planeamiento como instrumento garantista (TRAYTER JIMÉNEZ, 2025: 39-42; PAREJO ALFONSO, 2023).

En este contexto, una posible reforma sistémica del modelo urbanístico catalán, en particular una orientada hacia una integración normativa omnicomprensiva similar a la neerlandesa, debería articularse respetando la estructura competencial vigente y el papel de la legislación básica estatal. Esto no impide la introducción de mecanismos de coordinación transversal o de integración procedimental, pero sí condiciona la posibilidad de reconfigurar de manera integral el régimen jurídico de la propiedad del suelo o de desplazar el eje garantista del sistema hacia instrumentos de carácter más flexible.

En el caso de Cataluña, esta distribución competencial se ha traducido en el desarrollo de un cuerpo normativo propio en materia de urbanismo, que ha ido incorporando progresivamente objetivos de sostenibilidad, cohesión social y protección ambiental. No obstante, esta evolución se ha producido fundamentalmente mediante la adición de nuevas exigencias sectoriales al planeamiento urbanístico tradicional, más que a través de una integración normativa sistemática (ALARCÓN ZAMBRANO, 2019: 8-10). El resultado es un entramado jurídico en el que la legislación urbanística coexiste con una amplia normativa sectorial (ambiental, territorial, patrimonial, de infraestructuras) que incide de forma directa sobre el uso del suelo (CEREZO IBARRONDO, 2023: 335-337).

Este modelo multinivel y sectorial genera una elevada complejidad normativa y procedimental, en la que la coordinación entre políticas públicas se articula, en gran medida, a través de mecanismos de informes, autorizaciones y evaluaciones sectoriales (HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020b: 946-948). A diferencia del enfoque neerlandés, la integración se produce aquí predominantemente en la fase procedimental y

no en la arquitectura normativa de base, un modelo que genera elevados costes de coordinación y dificulta la adaptación a contextos cambiantes (LACAL ROMERO, 2024: 1041-1042).

### 3.3. Influencia del Derecho europeo y de las agendas globales

A pesar de sus diferencias estructurales, ambos sistemas comparten el marco supranacional común del Derecho de la Unión Europea, que ejerce una influencia significativa sobre la ordenación del territorio. Las directivas ambientales, las políticas de cohesión territorial y las estrategias europeas en materia de sostenibilidad urbana han introducido objetivos y obligaciones que trascienden las tradiciones jurídicas nacionales y condicionan las opciones normativas disponibles[2].

En el caso neerlandés, esta influencia se ha integrado de manera relativamente orgánica en el proceso de reforma que ha llevado a la *Omgevingswet*, y ha reforzado la lógica de integración normativa y de coordinación de políticas públicas. En el contexto español y catalán, por el contrario, el Derecho europeo ha tendido a incorporarse mediante la superposición de nuevas capas normativas y procedimentales, especialmente en ámbitos como la evaluación ambiental o la protección de la biodiversidad. Esta diferencia en los mecanismos de recepción contribuye a explicar la distinta percepción de la sostenibilidad como principio estructurante del urbanismo en uno y otro sistema.

Por otro lado, ambos ordenamientos se ven también interpelados por agendas globales como los Objetivos de Desarrollo Sostenible o la Agenda Urbana, que introducen un lenguaje y unos estándares comunes, pero cuya traducción jurídica concreta depende en gran medida de las estructuras institucionales preexistentes. Todo ello refuerza la necesidad de una comparación contextualizada, orientada a distinguir entre convergencias discursivas y divergencias normativas en la realidad.

### 3.4. Cultura jurídica y modelos de autoridad administrativa

Finalmente, la comparación entre ambos sistemas no puede prescindir de una referencia a sus respectivas culturas jurídicas y modelos de autoridad administrativa. El modelo neerlandés se caracteriza por una tradición de cooperación interinstitucional, pragmatismo normativo y apertura a soluciones flexibles, en la que la discreciona-

[2] Un ejemplo claro de ello es la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/ CE del Consejo.

Así, a nivel europeo se exige aumentar la participación ciudadana en el proceso legislativo, no como sustitutivo a los canales establecidos de la democracia representativa, sino para dar respuesta a las exigencias de mayor transparencia de la acción pública en materias de reconocido interés general.

lidad administrativa se concibe como una herramienta necesaria para gestionar la complejidad del entorno físico. En este contexto, la planificación se entiende menos como un mecanismo rígido de control y más como un proceso continuo de ajuste y negociación (DAMASKA, 1991).

El sistema español y catalán, por el contrario, se inscribe en una tradición jurídica fuertemente garantista, en la que el planeamiento urbanístico desempeña una función central de delimitación *ex ante* de derechos y deberes. La seguridad jurídica se articula principalmente a través de la precisión normativa y del control judicial, lo que explica la tendencia a la densificación regulatoria y a la formalización procedimental (TRAYTER JIMÉNEZ, 2025: 42-56). Esta cultura jurídica condiciona profundamente la forma en que se abordan los intentos de integración y simplificación normativa.

Estas diferencias culturales no deben interpretarse en términos valorativos, sino como expresiones de trayectorias institucionales distintas que influyen en la configuración del Derecho urbanístico. Su exposición y análisis son esenciales para evitar lecturas simplistas del contraste entre integración y sectorialización, y para comprender por qué soluciones normativas aparentemente similares pueden producir efectos muy distintos en contextos diferentes.

## 4. ARQUITECTURA NORMATIVA DEL URBANISMO: INTEGRACIÓN FRENTE A SECTORIALIZACIÓN

La comparación entre el modelo neerlandés articulado en torno a la *Omgevingswet* y el sistema urbanístico vigente en Cataluña revela dos concepciones distintas de la arquitectura normativa aplicable a la ordenación del territorio. Estas diferencias no se limitan a opciones técnicas o terminológicas, sino que reflejan modelos contrapuestos de organización del Derecho urbanístico y, en un sentido más amplio, de la gobernanza del entorno físico. Mientras que el ordenamiento neerlandés ha optado con esta reforma por una integración normativa de carácter sistémico, el modelo catalán, en línea con la tradición española, se estructura a partir de una lógica sectorial en la que la coordinación entre políticas públicas se produce fundamentalmente a través de mecanismos procedimentales.

### 4.1. La *Omgevingswet* como marco normativo integrado del entorno físico

La *Omgevingswet* representa un intento considerablemente ambicioso de reforma estructural del Derecho urbanístico y ambiental, sin comparación en Europa en las últimas décadas. Su primer rasgo definitorio es la unificación, en un único texto normativo, de un amplio conjunto de regulaciones previamente dispersas en leyes sectoriales relativas al urbanismo, el medio ambiente, la naturaleza, el agua, las infraestructuras y determinados aspectos del patrimonio. Esta opción responde a un diagnóstico ampliamente compartido en la doctrina neerlandesa: la acumulación progresiva de normas sectoriales había generado un sistema difícilmente legible, con elevados costes

de coordinación y una creciente inseguridad jurídica en la toma de decisiones (VERSCHUUREN, 2004: 34-36; KORTHALS ALTES, 2016: 421-423).

Desde el punto de vista de su objeto, la *Omgevingswet* abandona la noción clásica de "urbanismo" como regulación del suelo y de los usos urbanos, y adopta en su lugar el concepto de "entorno físico" (*fysieke leefomgeving*), entendido como el conjunto integrado de elementos tanto naturales como construidos que conforman el territorio (VAN RIJSWICK & SALET, 2012: 4-6). Este desplazamiento conceptual tiene consecuencias normativas importantes, ya que permite abordar de forma conjunta cuestiones tradicionalmente tratadas de manera separada, como la planificación urbana, la protección ambiental, la gestión del agua o la adaptación al cambio climático (KISTENKAS *et al.*, 2018: 35-37).

La integración normativa se manifiesta también en la estructura interna de la ley, que establece principios comunes, instrumentos de planificación unificados y procedimientos integrados de autorización. En lugar de articular la coordinación entre sectores mediante remisiones cruzadas o informes sectoriales, la *Omgevingswet* pretende configurar un marco jurídico coherente desde el inicio, en el que las distintas políticas públicas relevantes para el entorno físico se encuentren ya incorporadas en la lógica normativa general. Esta opción va en línea con los enfoques de integración de políticas ambientales desarrollados en la literatura sobre gobernanza ambiental, que subrayan la necesidad de superar la compartimentación sectorial para afrontar problemas complejos y transversales (DRIESSEN *et al.*, 2012; RUNHAAR *et al.*, 2014: 239-240).

No obstante, la doctrina ha señalado también los riesgos inherentes a este modelo. La integración normativa puede conducir a una mayor discrecionalidad administrativa y a una dilución de garantías específicas, especialmente en ámbitos como la protección ambiental o de la naturaleza, tradicionalmente regulados mediante normas sectoriales estrictas (KISTENKAS *et al.*, 2018: 35-36). La *Omgevingswet* se sitúa por tanto en una posición de tensión entre flexibilidad e integración, por un lado, y seguridad jurídica y protección sectorial, por otro (BEUNEN, 2009: 65-67).

### 4.2. El sistema urbanístico catalán: legislación urbanística y acumulación sectorial

Frente al modelo neerlandés, el sistema urbanístico catalán se inscribe en una tradición normativa claramente sectorial. El urbanismo se configura como un ámbito jurídico específico, con un cuerpo normativo propio que regula la clasificación del suelo, los usos urbanísticos, el planeamiento y la ejecución del proceso urbanizador. A este núcleo se le superpone una extensa legislación sectorial (ambiental, territorial, patrimonial, de infraestructuras, de costas, de aguas) que incide directamente sobre el uso del suelo y condiciona de manera significativa la actuación urbanística.

Este modelo responde a una lógica jurídica garantista, en la que la densidad normativa del planeamiento y la formalización procedimental se conciben como instrumentos orientados a la consecución de la seguridad jurídica, entendida como previsi-

bilidad de la actuación administrativa y la delimitación *ex ante* de derechos y deberes. No obstante, la existencia de un diseño normativo orientado a la seguridad jurídica no equivale necesariamente a la obtención efectiva de dicho resultado, como pone de manifiesto la experiencia acumulada del urbanismo español y catalán. El planeamiento cumple una función estructural en el sistema, delimita *ex ante* derechos y deberes, y sirve de parámetro de control tanto administrativo como judicial (TRAYTER JIMÉNEZ, 2025: 112). La incorporación de objetivos de sostenibilidad, protección ambiental o resiliencia urbana se ha producido, en gran medida, mediante la adición de nuevas determinaciones al planeamiento y la exigencia de informes y evaluaciones sectoriales, más que a través de una redefinición de la arquitectura normativa de base (CEREZO IBARRONDO, 2023: 334-338). En este sentido, la complejidad normativa derivada de la acumulación sectorial puede, paradójicamente, generar escenarios de incertidumbre jurídica, especialmente en contextos de prolongación de los procedimientos, cambios normativos sobrevenidos o elevada litigiosidad.

Desde esta perspectiva, la coordinación entre políticas públicas no se articula primordialmente en el nivel normativo, sino en el procedimental. El sistema descansa en la acumulación de controles sectoriales que deben integrarse en el procedimiento de aprobación de los planes y de otorgamiento de licencias (HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020a: 621-623). Este modelo, aunque garantiza un elevado nivel de protección formal, genera una notable complejidad normativa y procedimental, que ha sido ampliamente documentada por la doctrina como una de las principales disfunciones del urbanismo español contemporáneo (ORTEGA-MORENO, 2021: 13).

A diferencia de la *Omgevingswet*, el Derecho urbanístico catalán no adopta un concepto integrador equivalente al de "entorno físico". El objeto de la regulación sigue siendo fundamentalmente el suelo y su ordenación urbanística, mientras que los elementos ambientales y territoriales se incorporan como condicionantes externos, aunque cada vez más relevantes. Esta diferencia conceptual parte de la lógica sectorial del sistema y explica la dificultad de avanzar hacia una integración normativa plena sin alterar profundamente sus fundamentos estructurales.

### 4.3. Técnicas jurídicas de integración y coordinación normativa

La divergencia entre ambos modelos se refleja de manera clara en las técnicas jurídicas empleadas para articular la coordinación entre sectores. En el caso neerlandés, la integración se produce mediante la codificación y la unificación de instrumentos, lo que permite reducir el número de normas aplicables y concentrar la toma de decisiones en marcos jurídicos comunes (VAN ELDIK *et al.*, 2024: 9-11). Esta técnica se apoya en una concepción del Derecho como sistema adaptable, en el que la coherencia se garantiza más por la estructura general que por el detalle normativo exhaustivo (VERSCHUUREN, 2004: 34-35).

En el modelo catalán, por el contrario, la coordinación se basa en técnicas de remisión, informes preceptivos y evaluaciones sectoriales, que preservan la autonomía de cada ámbito regulador. Un enfoque que responde a una cultura jurídica garan-

tista, en la que la especialización normativa se asocia a una mayor protección de los intereses públicos sectoriales. Sin embargo, como ha señalado la literatura comparada, este tipo de coordinación *ex post* tiende a trasladar los conflictos al plano procedimental, incrementando los tiempos de tramitación y, potencialmente, la litigiosidad (DE-LA-CRUZ-MERA, 2023: 653).

Desde un punto de vista comparado se hace evidente que estas técnicas no son neutrales, puesto que condicionan la forma en que se ejerce la discrecionalidad administrativa, el papel de los distintos niveles de gobierno y la capacidad del sistema para adaptarse a contextos cambiantes, como los derivados del cambio climático o de las transformaciones demográficas.

### 4.4. Coherencia normativa, legibilidad y complejidad regulatoria. Consecuencias jurídicas del diseño normativo

Un aspecto básico de la arquitectura normativa es la asequibilidad del sistema jurídico, entendida como la capacidad de los operadores públicos y privados para comprender y aplicar las normas de manera coherente. La *Omgevingswet* se presenta explícitamente como una respuesta a la pérdida de legibilidad del Derecho del entorno físico, con una apuesta por la reducción del número de normas y por una estructura más accesible (PRIEUR, 2021: 122). Esta aspiración conecta con la literatura sobre "better regulation" y con las críticas a la inflación normativa y procedimental en el ámbito ambiental y urbanístico (SARFATY, 2013: 614-617).

En el sistema catalán, la legibilidad se ve comprometida por la superposición de normas y por la dispersión de fuentes aplicables, que exige un elevado esfuerzo interpretativo y de coordinación por parte de las administraciones locales. Aunque este modelo permite preservar la especificidad sectorial, también genera barreras de entrada para los operadores y dificulta la adopción de enfoques integrados en la práctica.

Las diferencias en la arquitectura normativa tienen consecuencias jurídicas relevantes que van más allá de la técnica legislativa. El modelo integrado neerlandés tiende a favorecer una gobernanza más flexible y adaptativa, pero plantea interrogantes sobre el alcance del control judicial y la protección de intereses sectoriales específicos. El modelo sectorial catalán, por su parte, ofrece un alto grado de formalización y control, pero a costa de una mayor rigidez y complejidad.

Estas consecuencias son el resultado de la concreción de opciones de política jurídica coherentes con contextos históricos, institucionales y culturales distintos. La comparación de estas arquitecturas normativas permite, precisamente, comprender los compromisos inherentes a cada enfoque y proporciona una base adecuada para analizar en trabajos posteriores cómo estas opciones se traducen en resultados efectivos en términos de sostenibilidad, eficiencia administrativa y legitimidad democrática.

## 5. INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN Y ESTRUCTURA DEL PLANEAMIENTO

La distinta arquitectura normativa analizada en el apartado anterior se proyecta de manera especialmente clara en la configuración de los instrumentos de planificación y en la estructura general del planeamiento urbanístico. Los sistemas neerlandés y catalán no solo difieren en el número y denominación de los instrumentos disponibles, sino, sobre todo, en la lógica jurídica que marca su diseño, en su grado de vinculación y en su capacidad para integrar objetivos múltiples en un marco coherente de ordenación del territorio.

### 5.1. Instrumentos de planificación en el modelo neerlandés

El modelo neerlandés de ordenación del territorio, tal como ha sido reformulado con la entrada en vigor de la *Omgevingswet*, se articula en torno a un sistema de instrumentos de planificación que responde a la lógica integradora del denominado entorno físico (*fysieke leefomgeving*) (KORTHALS ALTES, 2016: 427). A diferencia de los sistemas urbanísticos clásicos centrados en la regulación del suelo y de los usos urbanísticos, el Derecho neerlandés configura la planificación como un marco jurídico transversal en el que confluyen de manera integrada consideraciones urbanísticas, ambientales, territoriales, paisajísticas y de gestión del agua. Esta concepción se refleja en la tipología, función y articulación de los instrumentos de planificación previstos en la *Omgevingswet* (VAN ELDIK *et al.*, 2024: 9-11).

Desde un punto de vista funcional, el sistema distingue entre instrumentos de orientación estratégica, instrumentos normativos de aplicación directa y mecanismos programáticos de implementación. Esta diferenciación no tiene una fundamentación jerárquica en sentido clásico, sino que persigue la coherencia funcional y la coordinación intersectorial, idea que constituye uno de los rasgos definitorios del modelo.

El instrumento estratégico central es la *Omgevingsvisie* (visión ambiental). Se trata de un documento de planificación de largo plazo que puede ser aprobado por todos los niveles de gobierno (Estado, provincias, municipios y *waterschappen*) y que tiene por objeto establecer una visión integrada sobre el desarrollo y la protección del entorno físico en su respectivo ámbito territorial. Desde el punto de vista jurídico, la Omgevingsvisie no tiene carácter normativo vinculante para los particulares ni produce efectos directos sobre el uso del suelo. Su función es, sin embargo, jurídicamente relevante, puesto que actúa como marco de referencia para la adopción de decisiones posteriores, orientando la elaboración de los instrumentos normativos y la actuación administrativa, y con la intención de dotar de coherencia a la intervención pública sobre el territorio (VAN ELDIK *et al.*, 2024: 9-11).

La relevancia jurídica de la Omgevingsvisie reside precisamente en su carácter transversal. En ella se integran objetivos relativos al desarrollo urbano, la protección

ambiental, la adaptación al cambio climático, la movilidad, la energía o la gestión del agua, de forma que se evita su tratamiento sectorializado en documentos separados. Esta concepción integradora pretende poder anticipar y visibilizar potenciales tensiones entre políticas públicas antes de su traducción en normas o decisiones concretas, aunque sin resolverlas de manera vinculante. En este sentido, la Omgevingsvisie cumple una función de coordinación ex ante que reduce, al menos en teoría, la carga de integración posterior en los procedimientos administrativos.

El instrumento normativo central del sistema es el *Omgevingsplan* (plan ambiental), de competencia municipal. El Omgevingsplan sustituye y unifica los tradicionales planes urbanísticos locales, así como un amplio conjunto de ordenanzas sectoriales que, en el modelo anterior, regulaban de manera fragmentada aspectos relativos al uso del suelo, la edificación, el medio ambiente o la calidad del entorno. A diferencia del planeamiento urbanístico clásico, el Omgevingsplan no se limita a clasificar suelo o asignar usos, sino que establece un marco normativo integrado que puede incluir reglas sobre edificación, protección ambiental, condiciones de uso, estándares de calidad ambiental y otras determinaciones relativas al entorno físico (BODDE *et al.*, 2018: 17).

Desde el punto de vista jurídico, el Omgevingsplan tiene carácter vinculante y constituye la principal norma de referencia para la toma de decisiones administrativas a nivel local, en particular para el otorgamiento de autorizaciones integradas. Su rasgo más singular es su estructura abierta y modular (BODDE *et al.*, 2018: 18). La *Omgevingswet* no concibe el Omgevingsplan como un documento cerrado que deba ser aprobado y revisado en su conjunto, sino como un instrumento susceptible de actualización progresiva mediante modificaciones parciales. Con este diseño se pretende facilitar la adaptación del planeamiento a cambios normativos, científicos o sociales sin necesidad de activar procedimientos generales de revisión, para conseguir así un planeamiento de estructura menos rígida.

La integración normativa que caracteriza al Omgevingsplan no elimina la existencia de criterios sectoriales, pero sí altera la forma en que estos se incorporan jurídicamente. En lugar de operar como condicionantes externos que se superponen al planeamiento, los intereses ambientales, territoriales o de gestión del agua se integran directamente en el contenido normativo del plan (KISTENKAS *et al.*, 2018: 15). Ello desplaza la coordinación intersectorial a momentos anteriores, desde el procedimiento hacia la arquitectura normativa, lo que conlleva implicaciones en términos de distribución de responsabilidades administrativas y de ejercicio de la discrecionalidad.

Junto a estos instrumentos, la *Omgevingswet* prevé programas de carácter sectorial o temático (*programma's*), orientados a la implementación de objetivos específicos, como la adaptación al cambio climático, la protección de la naturaleza o la mejora de la calidad ambiental. Estos programas no tienen carácter normativo directo ni sustituyen al Omgevingsplan, pero cumplen una función operativa relevante puesto que concretan acciones, prioridades y medidas de ejecución. Tienen un papel significativo en un sistema que concibe la planificación como un proceso dinámico y continuo, en el que la implementación adquiere una importancia equiparable a la regulación formal (RUNHAAR *et al.*, 2014: 234–237).

La articulación entre estos instrumentos se basa en una concepción flexible de la jerarquía. La Omgevingsvisie orienta estratégicamente la actuación pública; el Omgevingsplan establece las normas vinculantes aplicables en el ámbito local; y los programas refuerzan la dimensión operativa del sistema. En caso de tensiones entre instrumentos, el modelo neerlandés no recurre a reglas jerárquicas estrictas, sino a mecanismos de coherencia, motivación y coordinación administrativa, lo que tiende a reforzar el carácter adaptativo del sistema, pero también a incrementar la responsabilidad de las autoridades en la justificación de sus decisiones (RUNHAAR *et al.*, 2014: 236). Jurídicamente, esto implica que la Omgevingsvisie no opera como parámetro directo de legalidad frente a particulares, sino como criterio de coherencia interna para la actuación administrativa. Una eventual separación de sus directrices no determina por sí misma la invalidez de un instrumento normativo o de una decisión individual, pero exige una motivación adecuada que justifique la opción adoptada en el marco de los objetivos estratégicos definidos en la visión estratégica (KORTHALS ALTES, 2016: 425-427). En conjunto, los instrumentos de planificación del modelo neerlandés reflejan una concepción del urbanismo como sistema jurídico integrado y orientado a la gestión de la complejidad del entorno físico.

### 5.2. Planeamiento territorial y urbanístico en Cataluña

El sistema catalán de planeamiento se estructura a partir de una distinción clásica entre planeamiento territorial y planeamiento urbanístico a la que se añaden diversos instrumentos especiales y derivados. El planeamiento territorial establece directrices de carácter supramunicipal, mientras que el planeamiento urbanístico municipal (planes de ordenación urbanística municipal y figuras derivadas) constituye el eje central de la ordenación del suelo y de los usos urbanos.

A diferencia del modelo neerlandés, el planeamiento urbanístico catalán presenta un alto grado de densidad normativa y una fuerte vocación reglada. Los planes urbanísticos no solo definen la estructura urbana y los usos del suelo, sino que incorporan determinaciones detalladas sobre aprovechamientos, estándares y sistemas de actuación. Esta precisión responde a una función garantista: el planeamiento actúa como instrumento de delimitación *ex ante* de derechos y deberes, proporcionando seguridad jurídica tanto a la Administración como a los particulares (HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020b: 946).

La integración de objetivos ambientales y territoriales se produce, en este contexto, mediante la incorporación de determinaciones específicas y la sujeción del planeamiento a una pluralidad de estudios e informes sectoriales preceptivos, que actúan como mecanismos de verificación material del cumplimiento del desarrollo urbano sostenible e integrado (CEREZO IBARRONDO, 2023: 333-336). Este modelo refuerza el control jurídico sobre el contenido de los planes y limita el margen de configuración del planeamiento, al vincular su validez a la correcta incorporación de dichas exigencias. Al mismo tiempo, la incorporación progresiva de nuevos objetivos ambientales, sociales y

económicos se ha producido, en buena medida, a través de la adición de capas normativas y técnicas sobre instrumentos urbanísticos concebidos originariamente para una lógica más estable y sectorial, lo que incrementa la complejidad del sistema y dificulta su adaptación ágil a contextos cambiantes (ALARCÓN ZAMBRANO, 2019: 8-11).

### 5.3. Jerarquía, vinculación y flexibilidad de los planes

Una diferencia estructural clave entre ambos sistemas reside en la forma en que se conciben la jerarquía y la fuerza vinculante de los instrumentos de planificación. En el modelo neerlandés, la jerarquía formal entre instrumentos es relativamente flexible y se articula más en términos de coherencia funcional que de subordinación estricta. Los instrumentos estratégicos orientan la actuación pública, mientras que los instrumentos normativos concretan las reglas aplicables, permitiendo un margen significativo de adaptación en la implementación.

En el sistema catalán, por el contrario, la jerarquía entre instrumentos es más marcada y se traduce en una vinculación normativa intensa. El planeamiento territorial condiciona el urbanístico, y este, a su vez, vincula de manera directa la actividad administrativa y privada. Esta estructura jerárquica refuerza la seguridad jurídica, pero limita la capacidad de introducir ajustes incrementales sin activar complejos procedimientos de modificación o revisión.

Desde una perspectiva de la cultura jurídica comparada (NELKEN, 2004; LLADÓ MARTÍNEZ, 2025: 237-242), estas diferencias reflejan opciones divergentes en relación con el equilibrio entre flexibilidad y control. Mientras que el modelo neerlandés confía en la capacidad de la Administración para gestionar la discrecionalidad dentro de un marco integrado, el sistema catalán apuesta por una regulación más detallada como mecanismo de garantía frente a posibles desviaciones en la aplicación del planeamiento.

### 5.4. Planeamiento como sistema adaptativo frente a sistema cerrado. Implicaciones para la sostenibilidad urbana

La distinta concepción de los instrumentos de planificación se traduce, en último término, en dos modelos de planeamiento con lógicas opuestas. En el caso neerlandés, el planeamiento se configura como un sistema adaptativo en el que los instrumentos pueden ajustarse progresivamente en función de nuevas prioridades políticas, avances científicos o cambios contextuales. Esta adaptabilidad resulta interesante en ámbitos como la adaptación al cambio climático o la gestión de riesgos ambientales, donde la incertidumbre es estructural (VAN RIJSWICK & SALET, 2012: 1-2).

El planeamiento catalán, en cambio, responde a una lógica más cerrada, en la que la coherencia interna y la estabilidad normativa priman sobre la flexibilidad. Si bien este enfoque ofrece ventajas en términos de previsibilidad y control judicial, también

plantea desafíos significativos para integrar de manera ágil nuevas demandas sociales o ambientales. La literatura ha señalado que esta rigidez puede generar desajustes entre los objetivos declarados de sostenibilidad y la capacidad real del sistema para implementarlos eficazmente (GARCÍA SÁNCHEZ, 2019: 10-12; LACAL ROMERO, 2024: 1040).

Las diferencias en los instrumentos de planificación tienen implicaciones directas sobre la forma en que cada sistema aborda la sostenibilidad urbana. El modelo neerlandés, al integrar objetivos ambientales, territoriales y urbanísticos en instrumentos comunes, facilita una visión holística del territorio y una mayor coherencia entre políticas públicas. No obstante, esta integración depende en gran medida de la capacidad administrativa y de la calidad de los procesos participativos, lo que introduce riesgos de desigualdad en la aplicación práctica.

El sistema catalán, por su parte, garantiza una incorporación formal intensa de objetivos de sostenibilidad en el planeamiento, pero a costa de una mayor complejidad y de una menor capacidad de adaptación. Esta tensión entre ambición normativa y eficacia operativa constituye uno de los principales desafíos del urbanismo sectorial contemporáneo, lo que hace evidente la necesidad de análisis comparados que permitan comprender las consecuencias prácticas y jurídicas de las distintas opciones de diseño institucional.

## 6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y TOMA DE DECISIONES

La arquitectura normativa y los instrumentos de planificación analizados en los apartados anteriores se materializan en la práctica a través de procedimientos administrativos concretos. Es en este nivel donde se hacen especialmente visibles las diferencias entre un modelo orientado a la integración normativa y procedimental, como el neerlandés, y un sistema basado en la acumulación de controles sectoriales, como el catalán. El análisis comparado de los procedimientos resulta así básico para comprender cómo se toman de forma efectiva las decisiones urbanísticas y cuáles son las implicaciones jurídicas de cada enfoque.

### 6.1. Integración procedimental y autorizaciones en la *Omgevingswet*

La integración procedimental constituye uno de los objetivos centrales explicitados[3] en la *Omgevingswet* y representa la correlación operativa de la integración

[3] En los Países Bajos no se incluye una exposición de motivos directamente en el texto legal; en cambio, los razonamientos que llevan al diseño y aprobación de la norma acompañan al proyecto de ley durante su tramitación parlamentaria y se integran en los llamados *Kamerstukken* (Documentos Parlamentarios). En referencia a los objetivos declarados de la *Omgevingswet*, la *Memorie Van Toelichting* (Memoria Explicativa) se puede consultar en: *https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34986-3.html.*

normativa analizada en los apartados anteriores. Mientras que el modelo urbanístico sectorial tradicional articula la coordinación entre políticas públicas a través de una secuencia de autorizaciones y controles diferenciados, el sistema neerlandés opta por concentrar la toma de decisiones en procedimientos integrados, diseñados para permitir una evaluación conjunta de los distintos intereses que inciden sobre el entorno físico (VERSCHUUREN, 2004: 34-35; KORTHALS ALTES, 2016: 425).

El instrumento central de esta integración procedimental es el *Omgevingsvergunning* (permiso ambiental integrado). Consiste en una autorización administrativa única que sustituye y agrupa un conjunto de permisos sectoriales previamente exigidos en ámbitos como la edificación, las actividades con impacto ambiental, determinadas intervenciones en el espacio natural o el uso del suelo. La integración no implica la desaparición de los criterios sectoriales sustantivos, sino su aplicación conjunta en un único procedimiento decisorio, lo que permite valorar de forma simultánea los distintos impactos de una actuación sobre el entorno físico.

La inclusión del análisis de las autorizaciones en este punto no responde a una digresión respecto de los instrumentos de planificación, sino a una característica estructural del modelo neerlandés. En la *Omgevingswet*, la integración normativa del planeamiento y la integración procedimental de las autorizaciones forman parte de una misma lógica de diseño institucional. El Omgevingsplan establece el marco normativo integrado a nivel local, mientras que el permiso (Omgevingsvergunning) constituye el mecanismo a través del cual dicho marco se aplica y se concreta en decisiones individuales (KORTHALS ALTES, 2016). La comprensión del sistema de planificación neerlandés resultaría incompleta sin atender a la forma en que este se proyecta en los procedimientos autorizatorios.

Desde una perspectiva jurídica, la integración procedimental no debe entenderse exclusivamente como una estrategia de simplificación administrativa. Su relevancia reside, sobre todo, en el desplazamiento del momento y del modo en que se produce la coordinación intersectorial. En lugar de articularse mediante la acumulación secuencial de informes y autorizaciones, la ponderación de los intereses urbanísticos, ambientales y territoriales se realiza en el seno de un único procedimiento, lo que modifica la distribución de responsabilidades entre autoridades y refuerza el papel decisorio de la Administración competente (RUNHAAR *et al.*, 2014: 234-236). Este modelo integrado tiene consecuencias jurídicas relevantes. Por un lado, puede incrementar la coherencia interna de las decisiones administrativas, al evitar contradicciones entre autorizaciones sectoriales formalmente independientes. Por otro, desplaza parte de las tensiones clásicas del urbanismo, en particular, las relativas a la previsibilidad de las decisiones y a la delimitación *ex ante* de derechos y obligaciones, hacia el ámbito de la motivación administrativa y del diseño procedimental. La integración procedimental pone, por tanto, en el centro la justificación de las decisiones y la transparencia del proceso decisorio como garantías fundamentales del sistema (PRIEUR, 2021: 96).

### 6.2. Procedimientos urbanísticos y sectoriales en el sistema catalán

El sistema catalán se caracteriza por una estructura procedimental marcadamente sectorial, en la que las decisiones urbanísticas se adoptan tras la adopción de los controles requeridos por las diversas normativas de aplicación, así como de la emisión de los informes preceptivos previstos. El procedimiento de aprobación del planeamiento y el otorgamiento de licencias urbanísticas se configuran como espacios de convergencia de distintas normativas sectoriales, cada una de las cuales mantiene su autonomía y sus propios criterios de intervención.

Este enfoque responde a una lógica garantista, en la que el procedimiento previsto actúa como principal mecanismo de coordinación entre políticas públicas. La integración se produce, por tanto, *ex post* mediante la exigencia de evaluaciones ambientales, informes territoriales, autorizaciones sectoriales y otros controles que condicionarán el contenido final de la decisión urbanística. La doctrina ha señalado reiteradamente que esta acumulación procedimental contribuye a una elevada complejidad administrativa, con efectos significativos sobre los tiempos de tramitación y la seguridad jurídica (HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020b: 968; ORTEGA-MORENO, 2021: 15-16).

A diferencia del modelo neerlandés, la posibilidad de adaptar la intensidad del procedimiento a las características del proyecto es limitada. La rigidez procedimental deriva tanto de la densidad normativa como de la centralidad del control judicial, que incentiva a las administraciones a extremar el formalismo para reducir el riesgo de impugnación. Este contexto inclina la percepción del procedimiento como una secuencia de verificaciones sectoriales más que como un espacio de ponderación integrada.

### 6.3. Coordinación interadministrativa y distribución de responsabilidades

Las diferencias procedimentales se proyectan también en la forma en que se articula la coordinación interadministrativa. En el modelo neerlandés, la integración normativa facilita la distribución clara de responsabilidades entre niveles de gobierno, al mismo tiempo que los instrumentos y procedimientos comunes proporcionan un marco compartido de actuación. La cooperación entre administraciones se concibe como un elemento estructural del sistema, no como una exigencia puntual derivada de la concurrencia de competencias (VAN TATENHOVE, 1993: 149-152; VAN ELDIK *et al.*, 2024: 1).

En el sistema catalán, la coordinación interadministrativa se articula principalmente a través de mecanismos procedimentales formales, como informes vinculantes o no vinculantes, que reflejan la distribución competencial subyacente. Este modelo preserva la autonomía de cada administración sectorial, pero tiende a desplazar los conflictos al plano procedimental, donde se manifiestan en forma de retrasos, solapamientos o contradicciones entre informes. La literatura comparada ha puesto de

relieve que este tipo de coordinación "por acumulación" puede generar ineficiencias estructurales difíciles de corregir sin una revisión de la arquitectura normativa de base (LLADÓ MARTÍNEZ, 2025: 243-246).

### 6.4. Simplificación, seguridad jurídica y discrecionalidad

El contraste entre ambos modelos no se formula en términos de oposición entre flexibilidad y seguridad jurídica, sino como la expresión de estrategias jurídicas distintas para la gestión de la incertidumbre. Mientras que el sistema catalán tiende a canalizar la búsqueda de seguridad jurídica mediante la densidad normativa y la formalización procedimental, el modelo neerlandés confía en marcos integrados y en mecanismos de ponderación conjunta, de forma que desplaza el énfasis desde la delimitación exhaustiva *ex ante* hacia la coherencia estructural y la motivación de las decisiones (BEUNEN, 2009: 61-63; PRIEUR, 2021: 121-123).

El sistema catalán, en cambio, prioriza la seguridad jurídica a través de la formalización procedimental y del control *ex ante* del contenido de las decisiones mediante los informes sectoriales. Esta estrategia reduce el margen de discrecionalidad, pero incrementa la rigidez del sistema y puede dificultar la adopción de soluciones innovadoras o adaptativas. Desde una perspectiva comparada, ninguno de los dos modelos ofrece una solución exenta de costes: la simplificación puede tensionar las garantías, mientras que la acumulación de controles puede comprometer la agilidad y la eficacia administrativa. Ambos enfoques persiguen, por vías distintas, reducir la incertidumbre inherente a la ordenación del territorio, aunque asumen costes y riesgos diferenciados en términos de complejidad normativa, discrecionalidad administrativa y capacidad de control jurídico.

### 6.5. Digitalización y procedimientos integrados

Finalmente, conviene señalar el papel creciente de la digitalización en ambos sistemas, aunque también con enfoques distintos. La *Omgevingswet* incorpora desde su diseño un único sistema digital integrado que pretende facilitar el acceso a la información normativa y procedimental, reforzando al mismo tiempo la transparencia y la coherencia del sistema. Se concibe el enfoque tecnológico como un complemento necesario de la integración normativa, en la medida en que permite gestionar la complejidad sin recurrir a la fragmentación regulatoria (SARFATY, 2013: 582-585). En concreto, la digitalización se articula a través del *Digitaal Stelsel Omgevingswet* (DSO), que constituye uno de los elementos más innovadores de la reforma. No obstante, su implementación inicial ha evidenciado dificultades técnicas y organizativas (especialmente de interoperabilidad entre administraciones y retrasos en la adaptación de los sistemas locales) que han afectado al acceso a la información, a la interoperabilidad entre niveles de gobierno y a la previsibilidad de los procedimientos. Estas dificultades no tienen consecuencias únicamente tecnológicas, sino que

inciden directamente en la efectividad de los derechos de participación y en la transparencia del proceso decisorio, además de introducir riesgos adicionales en términos de seguridad jurídica (KAMERSTUK, 2022).

En el sistema catalán, la digitalización ha avanzado de forma más fragmentada, reproduciendo en gran medida la lógica sectorial existente. Aunque se han producido mejoras significativas en la tramitación electrónica, estas no han alterado sustancialmente la estructura procedimental ni la forma en que se coordinan los distintos controles sectoriales[4].

En conjunto, el análisis de los procedimientos administrativos pone de relieve que la diferencia entre ambos sistemas no reside únicamente en el número de trámites o en su duración, sino en la lógica subyacente de la toma de decisiones. El modelo neerlandés apuesta por la integración y la ponderación conjunta de los intereses implicados, y asume un mayor grado de discrecionalidad y de responsabilidad administrativa. El sistema catalán, por su parte, confía en la diversificación de controles sectoriales como mecanismo de garantía, aun a costa de una mayor complejidad y rigidez.

## 7. PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y MODELOS DE GOBERNANZA

La participación pública constituye uno de los ejes en los que se pueden reflejar con mayor claridad las diferencias entre los modelos normativos comparados. Más allá de su reconocimiento formal como derecho procedimental, la participación actúa como un indicador fiable del tipo de gobernanza urbanística que se promueve en cada sistema, bien como un proceso de coproducción temprana de decisiones, bien como un mecanismo de garantía y control integrado en procedimientos reglados. El análisis comparado de la participación permite, por tanto, ir más allá del plano técnico para entrar en las racionalidades institucionales que informan la acción pública sobre el territorio.

### 7.1. La participación como principio estructural en la *Omgevingswet*

La *Omgevingswet* incorpora la participación pública no solo como una exigencia procedimental, sino como un principio estructural del sistema de toma de decisiones sobre el entorno físico. La ley parte de la premisa de que la complejidad de los problemas territoriales y ambientales contemporáneos exige una implicación temprana

[4] El Departament de Territori, Habitatge i Transició Ecològica de la Generalitat de Catalunya habilita, a través de la plataforma al efecto de la Administració Oberta de Catalunya, un formulario único desde el cual solicitar "los informes preceptivos establecidos en la normativa vigente" tras la aprobación del planeamiento municipal básico (POUM). Por tanto, tramitación desde un único punto de acceso pero manteniendo el control por separado de cada uno de los sectores implicados en cada actuación. Consultable en: https://territori.gencat.cat/ca/06_territori_i_urbanisme/planejament_urbanistic/tramitacio_plans_urbanistics/informes_sectorials/

y sustantiva de los actores afectados, incluidos ciudadanos, empresas y organizaciones sociales (DRIESSEN *et al.*, 2012: 144-147). Esta concepción se traduce en la promoción explícita de procesos de participación anticipada (*vroegtijdige participatie*), anteriores incluso a la formulación formal de planes o solicitudes de autorización.

Desde el punto de vista jurídico, este enfoque supone un desplazamiento relevante respecto del modelo clásico de participación, centrado en la audiencia pública en fases avanzadas del procedimiento. En el sistema neerlandés, la participación temprana no se concibe principalmente como un derecho subjetivo exigible en términos estrictamente formales, sino como una obligación organizativa de las autoridades competentes, orientada a mejorar la calidad de las decisiones y a reducir conflictos posteriores (VAN ELDIK *et al.*, 2024: 9-11).

Esta orientación se inserta en una concepción más amplia de la gobernanza ambiental y territorial basada en la colaboración y la corresponsabilidad de todos los actores, públicos y privados. La literatura sobre cambios en los modos de gobernanza ha destacado cómo estos enfoques tienden a sustituir modelos jerárquicos por esquemas más horizontales, en los que el Estado actúa como facilitador y coordinador más que como decisor exclusivo (DRIESSEN *et al.*, 2012: 152; RUNHAAR *et al.*, 2014). En este contexto, la participación se presenta como un medio para integrar conocimiento local, gestionar incertidumbres y legitimar decisiones discrecionales en entornos complejos.

No obstante, este modelo no deja de plantear interrogantes relevantes desde la perspectiva jurídica. La formalización escasa de los procesos participativos en la normativa dificulta su control judicial y puede generar incertidumbre sobre el alcance real de las obligaciones administrativas (BEUNEN, 2009: 66-67). Como ha señalado parte de la doctrina crítica, la flexibilidad participativa puede derivar en prácticas desiguales y en una participación asimétrica, especialmente en contextos en los que los recursos y capacidades de los actores son desiguales (KISTENKAS *et al.*, 2018: 35-37).

### 7.2. Participación urbanística en el sistema catalán

La participación pública en el sistema urbanístico catalán se articula fundamentalmente como un derecho procedimental formal, integrado en fases concretas y regladas del proceso de aprobación de los instrumentos de planeamiento y de determinados proyectos urbanísticos. A diferencia del enfoque neerlandés, que enfatiza la participación temprana y flexible como elemento estructural del proceso decisorio, el modelo catalán concibe la participación primordialmente como una garantía jurídica, vinculada a la transparencia, al derecho de audiencia y al control de la legalidad del procedimiento. Los instrumentos centrales de participación son la información pública, la audiencia a los interesados y la posibilidad de formular alegaciones en el marco de procedimientos formalizados. Estos mecanismos cumplen la función jurídica de permitir a los ciudadanos y a los sujetos afectados conocer el contenido de las propuestas de planeamiento, formular observaciones y, en su caso, preservar sus

derechos frente a la actuación administrativa. Su cumplimiento se configura como un requisito esencial de validez del procedimiento, cuya omisión o defectuosa realización puede dar lugar a la anulación de los instrumentos aprobados (TRAYTER JIMÉNEZ, 2025: 79-87).

En relación con la consulta pública previa prevista con carácter general en la legislación de procedimiento administrativo común, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (notablemente STS 133/2023, de 6 de febrero de 2023) ha precisado que su omisión no constituye, por sí sola, un vicio determinante de nulidad en el ámbito del planeamiento urbanístico, en la medida en que este se rige por procedimientos específicos que incorporan sus propios mecanismos de participación (CASADO CASADO, 2024). Esta interpretación refuerza la consideración de la participación urbanística como una garantía procedimental formalizada, pero también pone de relieve los límites de su alcance sustantivo en la configuración efectiva de las decisiones urbanísticas.

Este modelo garantista se inscribe en una tradición jurídica en la que la participación cumple principalmente una función de control y de protección de derechos, más que de toma compartida de decisiones. La formalización de la participación facilita su exigibilidad y su control judicial, refuerza la seguridad jurídica y la transparencia del procedimiento. Al mismo tiempo, sin embargo, limita el potencial transformador de la participación, que suele producirse en fases avanzadas, cuando las decisiones sustantivas ya han sido en gran medida adoptadas (HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020b: 968).

### 7.3. Intensidad, momentos y efectos jurídicos de la participación

Una de las diferencias más significativas entre ambos sistemas reside en el momento y la intensidad de la participación. Mientras que el modelo neerlandés enfatiza la participación temprana e informal (KORTHALS ALTES, 2016: 428-429), el sistema catalán concentra la participación en fases formalizadas y más avanzadas del procedimiento (FALCÓN-PÉREZ, 2022: 285). Esta divergencia tiene consecuencias relevantes en términos de eficacia participativa y de prevención de conflictos.

Desde una perspectiva funcional, la participación temprana del sistema neerlandés puede contribuir a identificar problemas y alternativas antes de que las posiciones se petrifiquen y facilitar soluciones más consensuadas. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, su falta de formalización dificulta la atribución de efectos vinculantes a las aportaciones realizadas y reduce las posibilidades de control externo. En el sistema catalán, por el contrario, la participación formalizada genera efectos jurídicos claros, pero su impacto sustantivo sobre las decisiones puede ser a menudo limitado (FALCÓN-PÉREZ, 2022: 285-286).

En el primer caso, la participación se valora por su capacidad de enriquecer la decisión; en el segundo, por su función de proteger derechos y asegurar la legalidad del procedimiento. Ambos enfoques responden a concepciones distintas del papel del Derecho en la gobernanza urbana. Estas tensiones reflejan el dilema entre

participación como proceso y participación como garantía, estrechamente vinculado a culturas jurídicas distintas (NELKEN, 2004). Desde el comparativismo contemporáneo, ello justifica conectar el diseño procedimental con las racionalidades institucionales subyacentes, más allá de su configuración formal (SIEMS, 2019: 853–857).

### 7.4. De la participación formal a la cocreación

El contraste entre ambos sistemas permite observar dos trayectorias divergentes hacia la llamada cocreación o creación compartida. En el modelo neerlandés, esta cocreación se integra explícitamente en el discurso normativo y político de la *Omgevingswet*, aunque su traducción jurídica concreta permanezca en buena medida indeterminada. Esta integración se desprende del análisis del debate legislativo[5] y del papel flexible de los instrumentos de planificación (KORTHALS ALTES, 2016: 421–423), así como de la evidencia de estudios de caso sobre procesos colaborativos y visiones espaciales a largo plazo (VAN ELDIK *et al.*, 2024: 5-6). Desde la teoría de la gobernanza ambiental, el desplazamiento neerlandés desde modelos jerárquicos hacia esquemas colaborativos se contextualiza en DRIESSEN *et al.* (2012: 154). En el sistema catalán, la cocreación aparece más bien como una práctica experimental o complementaria, situada al margen del Derecho urbanístico formal (SÈVE, REDONDO & SEGA, 2023).

Esta diferencia no debe interpretarse como una oposición entre participación "avanzada" o "mejor" y participación "atrasada" o "peor", sino como la expresión de culturas jurídicas distintas. Mientras que el sistema neerlandés asume mayores márgenes de discrecionalidad y confía en mecanismos de gobernanza blanda, el modelo español y catalán privilegia la certeza normativa y la protección formal de derechos, incluso a costa de una menor flexibilidad.

Desde una perspectiva comparada, ambos modelos presentan fortalezas y debilidades, también en términos de legitimidad democrática. La participación temprana y flexible puede reforzar la aceptación social de las decisiones, pero también corre el riesgo de convertirse en un ejercicio simbólico si no va acompañada de garantías mínimas de inclusividad y transparencia. La participación formalizada, por su parte, garantiza derechos y facilita el control judicial, pero puede resultar insuficiente para canalizar demandas complejas y conflictivas en contextos complicados.

## 8. URBANISMO, SOSTENIBILIDAD Y COORDINACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

La incorporación de la sostenibilidad como principio rector del urbanismo constituye uno de los principales vectores de transformación del Derecho urbanístico contemporáneo (TRAYTER JIMÉNEZ, 2025: 91-93). Sin embargo, más allá de las

[5] Véase nota 3.

previsiones normativas, la sostenibilidad —en sus distintas dimensiones— plantea un desafío estructural de coordinación de políticas públicas que pone a prueba tanto la arquitectura jurídica como los instrumentos de planificación y los procedimientos administrativos de cada sistema. Un análisis comparado entre el modelo neerlandés y el catalán permite observar cómo esta cuestión se aborda una vez más mediante lógicas institucionales distintas, con implicaciones jurídicas relevantes.

### 8.1. La sostenibilidad como problema de integración normativa

Desde una perspectiva jurídica, la sostenibilidad no se traduce únicamente en la adición de nuevos objetivos materiales, sino también en la necesidad de articular de manera coherente políticas que han transcurrido tradicionalmente separadas: urbanismo, medio ambiente, energía, movilidad, vivienda o gestión del agua, entre otras. La literatura ha subrayado que la dificultad principal no reside tanto en la definición de estándares sustantivos como en la integración efectiva de estos objetivos en los procesos de toma de decisiones (ALARCÓN ZAMBRANO, 2019: 10; PRIEUR, 2021: 41-43).

En el modelo neerlandés la *Omgevingswet* aborda este reto mediante una estrategia de integración normativa *ex ante*, incorporando la sostenibilidad en la definición misma del objeto regulado (el entorno físico) y en la estructura de los instrumentos de planificación y autorización, como se ha apuntado en los apartados correspondientes. Esta opción pretende evitar la fragmentación sectorial como fuente de incoherencias y conflictos, y es coherente con los enfoques de *environmental policy integration* desarrollados en la literatura comparada (DRIESSEN *et al.*, 2012: 149-151; RUNHAAR *et al.*, 2014: 234-236).

En el sistema catalán, por el contrario, la sostenibilidad se integra principalmente a través de determinaciones sectoriales que se superponen al planeamiento urbanístico clásico. Evaluaciones ambientales, estándares de eficiencia energética o exigencias de infraestructura verde se incorporan como condicionantes externos que refuerzan el contenido del planeamiento, pero sin alterar sustancialmente la lógica sectorial del sistema (CEREZO IBARRONDO, 2023: 335-336; LACAL ROMERO, 2024: 1039). Esta estrategia garantiza por una parte un alto grado de formalización, pero por otra dificulta la articulación de una visión verdaderamente integrada del territorio.

### 8.2. Coordinación de políticas públicas y gobernanza multinivel

La sostenibilidad territorial es claramente un objetivo transversal que exige coordinación tanto horizontal, entre sectores, como vertical, entre niveles de gobierno. En este punto, las diferencias entre ambos sistemas resultan una vez más significativas. El modelo neerlandés se apoya en una gobernanza multinivel cooperativa, en la que la planificación estratégica y los instrumentos integrados facilitan la alineación de objetivos entre el Estado, las provincias, los municipios y los *water boards* en su

caso. La existencia de marcos comunes de planificación, especialmente la *Omgevingsvisie*, contribuye a la alineación de voluntades y a la reducción de fricciones entre administraciones (VAN TATENHOVE, 1993: 151; VAN ELDIK *et al.*, 2024).

En el sistema catalán, la coordinación multinivel se articula fundamentalmente a través de mecanismos procedimentales y de control (TRAYTER JIMÉNEZ, 2025: 140-142). La concurrencia de competencias se gestiona mediante informes y autorizaciones sectoriales, que preservan la autonomía de cada nivel de gobierno, pero trasladan la carga de la coordinación al procedimiento. Este enfoque, si bien coherente con la estructura constitucional española, genera tensiones recurrentes en contextos en los que los objetivos de sostenibilidad requieren respuestas rápidas y adaptativas (HERNÁNDEZ-PARTAL, 2020b; ORTEGA-MORENO, 2021: 16).

### 8.3. Urbanismo, cambio climático e infraestructura verde

El cambio climático ha intensificado la presión sobre los sistemas urbanísticos, obligándolos a incorporar objetivos de mitigación y adaptación en un contexto de elevada incertidumbre. La literatura ha destacado el papel del urbanismo como herramienta clave para integrar soluciones basadas en la naturaleza (GARCÍA SÁNCHEZ, 2019: 21-25), gestionar riesgos y promover modelos urbanos más resilientes (LACAL ROMERO, 2024: 1039).

En el modelo neerlandés, la integración del cambio climático en la ordenación del entorno físico se ve facilitada por la tradición de planificación vinculada a la gestión del agua y por la flexibilidad incorporada a los instrumentos disponibles. La *Omgevingswet* permite añadir de manera relativamente ágil nuevas prioridades climáticas tanto en la planificación como en los programas de actuación, en aplicación de la buscada capacidad adaptativa del sistema (VAN RIJSWICK & SALET, 2012: 6).

En el sistema catalán, la incorporación de objetivos climáticos se produce principalmente a través del planeamiento y de la normativa sectorial ambiental. Aunque esta vía garantiza la inclusión formal de la adaptación y la mitigación en los instrumentos urbanísticos, la rigidez del sistema puede dificultar ajustes rápidos y coordinados en respuesta a nuevos escenarios, cambios sobrevenidos o nuevos conocimientos científicos. La distancia entre ambición normativa y capacidad operativa ha sido señalada como uno de los principales retos del urbanismo sostenible en contextos sectorializados (MILLÁN ESCRICHE, 2021: 97-98).

### 8.4. De la coherencia normativa a la efectividad jurídica

Un elemento central que debe ser contemplado es la relación entre la coherencia normativa y la capacidad de implementación del Derecho positivo. La literatura sobre indicadores jurídicos y evaluación de políticas públicas ha insistido en que la integración normativa no garantiza por sí sola mejores resultados (PRIEUR, 2021:

41-43), pero sí puede reducir barreras estructurales para la implementación de políticas complejas (MURTHY, 2018: 396-402).

Desde esta perspectiva, el modelo neerlandés ha apostado, como hemos visto, por una coherencia sistémica que facilite la traducción de objetivos de sostenibilidad en decisiones concretas. El sistema catalán, por su parte, se apoya en la densidad normativa y en el control procedimental como mecanismos para asegurar la efectividad. Ambos enfoques presentan ventajas y riesgos: la integración puede derivar en discrecionalidad excesiva si no se acompaña de garantías adecuadas, mientras que la sectorialización puede generar bloqueos y disfunciones en la coherencia que comprometan la eficacia de las políticas públicas.

## 9. DISCUSIÓN COMPARADA: DOS MODELOS NORMATIVOS Y DOS RACIONALIDADES DE GOBERNANZA

El contraste entre el modelo neerlandés articulado en torno a la *Omgevingswet* y el sistema urbanístico catalán no enfrenta simplemente dos conjuntos de normas distintas, sino dos racionalidades normativas y de gobernanza divergentes. La comparación muestra dos formas distintas de gestionar la complejidad territorial, la incertidumbre ambiental y la coordinación intersectorial, cada una con sus fortalezas y riesgos.

### 9.1. Regulación integrada y regulación sectorial como expresiones de distintas culturas jurídicas

El modelo neerlandés puede caracterizarse, tras el análisis realizado, como un sistema de regulación integrada y adaptativa, orientado a la gestión del entorno físico como un conjunto interdependiente y dinámico. La arquitectura de instrumentos introducida por la *Omgevingswet* (en particular la combinación entre Omgevingsvisie, Omgevingsplan y programas específicos) responde a una lógica de coherencia funcional más que de jerarquía rígida, y concibe la planificación como un proceso continuo susceptible de ajustes incrementales. Este enfoque se ve replicado en el plano procedimental por la integración de autorizaciones y por la apuesta explícita por la ponderación conjunta de intereses en un procedimiento único, asumiendo así un mayor margen de discrecionalidad administrativa compensado, al menos en el diseño normativo, por obligaciones añadidas de motivación, proporcionalidad y coherencia intersectorial. En este contexto, el Derecho actúa principalmente como marco habilitador y orientador de decisiones acordadas y contextualizadas, más que como un mecanismo de delimitación exhaustiva *ex ante*.

El sistema catalán, por el contrario, se estructura en torno a la racionalidad sectorial y garantista, donde el planeamiento urbanístico cumple una función central de delimitación previa de derechos y deberes, y en la que la integración de objetivos ambientales y territoriales se produce fundamentalmente mediante la superposición

de exigencias sectoriales y controles procedimentales. La elevada densidad normativa y la marcada jerarquía entre instrumentos refuerzan la seguridad jurídica y facilitan el control judicial, pero limitan la capacidad de adaptación del sistema y trasladan la carga de la coordinación al procedimiento.

Desde la perspectiva de la cultura jurídica comparada, estas diferencias reflejan opciones distintas en la estructura de la política jurídica, en el equilibrio entre flexibilidad y control, así como en la confianza depositada en la capacidad de la Administración para gestionar la discrecionalidad en contextos complejos.

### 9.2. Ventajas estructurales y riesgos del enfoque integrado

La integración normativa y procedimental característica del nuevo modelo neerlandés ofrece ventajas claras en términos de coherencia sistémica y en la potencial reducción de fricciones intersectoriales. La posibilidad de evaluar conjuntamente impactos urbanísticos, ambientales y territoriales en un mismo marco decisorio puede facilitar una visión holística del territorio y reducir algunos de los costes de coordinación habituales en sistemas más fragmentados. Esta capacidad resulta especialmente relevante en ámbitos de fuerte incertidumbre, como la adaptación al cambio climático o la gestión de riesgos ambientales, en que los sistemas adaptativos muestran ventajas frente a modelos cerrados. Asimismo, la integración temprana de la participación puede contribuir a identificar conflictos y alternativas antes de que las posiciones se petrifiquen.

No obstante, la visión comparada pone también de relieve riesgos estructurales asociados a este enfoque. La menor formalización de algunos mecanismos, en particular en materia de participación temprana, dificulta su control jurídico y puede dar lugar a prácticas desiguales, condicionadas por diferencias de recursos y capacidades entre los actores implicados. Además, la integración no elimina los conflictos inherentes a la ordenación del territorio, sino que tiende a desplazarlos hacia fases de negociación técnica o previa al inicio procedimental, fases con menor visibilidad y, por ello, más difíciles de auditar *ex post*.

### 9.3. Fortalezas y límites del modelo sectorial

El modelo catalán presenta, por su parte, fortalezas significativas en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y protección formal de derechos. La delimitación *ex ante* del contenido del planeamiento y la formalización intensa de los procedimientos y de la participación facilitan la exigibilidad de las garantías y dan cobertura al control judicial de la actuación administrativa.

Sin embargo, el análisis de los apartados 5 a 8 muestra que esta estrategia tiene costes relevantes. La acumulación de controles sectoriales y la rigidez procedimental incrementan la complejidad administrativa, prolongan los tiempos de tramitación y dificultan la introducción de ajustes incrementales sin activar procedimientos forma-

les de modificación o revisión. En términos sustantivos, la mayor densidad formal no garantiza necesariamente una mejor calidad material de las decisiones, entendida como coherencia intersectorial, eficacia ambiental y participativa o capacidad de adaptación a contextos cambiantes.

## 9.4. Participación, sostenibilidad y desplazamiento de tensiones

La comparación en materia de participación confirma que las diferencias procedimentales están íntimamente vinculadas a las racionalidades normativas subyacentes. Mientras que el modelo neerlandés enfatiza la participación temprana como instrumento de coproducción y legitimación de decisiones discrecionales, el sistema catalán privilegia la participación formalizada como garantía procedimental y mecanismo de control.

Estas opciones tienen implicaciones directas en la gobernanza de la sostenibilidad. La integración temprana facilita la incorporación de conocimiento local y la gestión de incertidumbres, pero reduce la trazabilidad jurídica de las decisiones. La participación formalizada, en cambio, asegura derechos y transparencia, pero suele producirse en fases avanzadas con un impacto limitado sobre el contenido sustantivo del planeamiento. La sostenibilidad actúa así como un factor de estrés institucional que pone de relieve las fortalezas y debilidades de cada arquitectura normativa. La integración *ex ante* puede reducir barreras estructurales para la implementación de políticas complejas, pero no garantiza por sí sola mejores resultados; la sectorialización asegura la incorporación formal de objetivos, pero puede generar bloqueos y desajustes en la coordinación.

## 9.5. Límites de la transferencia y aportaciones del análisis comparado

El análisis desarrollado permite extraer una conclusión central: no resulta posible trasladar mecánicamente los instrumentos o procedimientos de un sistema a otro sin atender a las culturas jurídicas, capacidades administrativas y marcos constitucionales subyacentes. La viabilidad de una reforma integral o profunda del modelo catalán debería, en su caso, valorarse a la luz del marco competencial vigente y de la función estructural que la legislación básica estatal atribuye al régimen jurídico del suelo. Por ello, el margen para una posible integración normativa total es jurídicamente más estrecho que en un sistema estatal unitario como el neerlandés.

Desde esta perspectiva, el aprendizaje comparado debe concebirse en términos reflexivos más que prescriptivos. El análisis permite identificar *trade-offs* estructurales y clarificar las consecuencias jurídicas de distintas opciones de diseño institucional, pero no legitima la importación acrítica de soluciones. En particular, cualquier intento de avanzar hacia una mayor integración en el contexto catalán debería tener en cuenta la centralidad del planeamiento como instrumento garantista, la distribución competencial multinivel y la cultura de control judicial que caracteriza al sistema.

La principal aportación de la comparación no reside, por tanto, en identificar un modelo "óptimo", sino en mostrar cómo distintas opciones de diseño institucional redistribuyen tensiones entre flexibilidad y control, discrecionalidad y garantía, coherencia normativa y eficacia operativa. Desde esta perspectiva, la comparación pretende contribuir a enriquecer el debate sobre el papel del Derecho urbanístico en la transición hacia modelos urbanos más sostenibles; tal como se ha evidenciado, la sostenibilidad no es solo un objetivo material, sino también un criterio político estructural de diseño jurídico e institucional.

## 10. CONCLUSIONES Y AGENDA DE INVESTIGACIÓN FUTURA

En el artículo se ha desarrollado una comparación jurídico-estructural entre el modelo neerlandés de ordenación del entorno físico, articulado en torno a la *Omgevingswet*, y el sistema urbanístico vigente en Cataluña, enmarcado en el Derecho estatal español. El análisis se ha situado deliberadamente en el plano del diseño normativo e institucional, partiendo de la premisa que la arquitectura jurídica no constituye un elemento neutro, sino un factor estructural que condiciona la forma en que los sistemas urbanísticos gestionan la complejidad territorial, integran políticas públicas y afrontan los retos contemporáneos de la sostenibilidad.

La comparación realizada no enfrenta simplemente dos conjuntos de normas distintas, sino dos racionalidades normativas y de gobernanza distintas. El modelo neerlandés se caracteriza por una apuesta explícita por la integración normativa y procedimental, por instrumentos de planificación flexibles y adaptativos, y por una concepción de la participación orientada a la coproducción temprana de decisiones. El sistema catalán, por el contrario, se inscribe en una lógica sectorial y garantista, en la que el urbanismo se configura como un ámbito jurídico especializado, estructurado en torno a instrumentos de planeamiento densos, procedimientos formalizados y mecanismos de control *ex ante*.

El análisis comparado permite identificar que estas diferencias no son meramente técnicas ni coyunturales, sino que reflejan opciones estructurales de política jurídica vinculadas a culturas administrativas, modelos de autoridad y concepciones distintas del papel del Derecho en la gobernanza del territorio. En el caso neerlandés, el Derecho opera principalmente como un marco habilitador y coordinador, orientado a facilitar la ponderación integrada de intereses en contextos complejos e inciertos. En el sistema catalán, el Derecho cumple prioritariamente una función de delimitación *ex ante* de derechos y deberes, que refuerza la previsibilidad y el control judicial, que ubica la coordinación intersectorial en el procedimiento administrativo.

Desde una perspectiva jurídico-comparada, ambos redistribuyen de forma distinta tensiones estructurales propias del urbanismo contemporáneo, como el equilibrio entre flexibilidad y control, discrecionalidad administrativa y garantías jurídicas, coherencia normativa y seguridad procedimental. La integración normativa y procedimental del modelo neerlandés puede facilitar respuestas adaptativas y coherentes,

pero plantea interrogantes relevantes en términos de control jurídico, protección de intereses sectoriales y desigualdad en las capacidades administrativas. El modelo catalán, por su parte, ofrece un alto grado de formalización y control, pero presenta dificultades estructurales para articular respuestas integradas y ágiles en contextos de incertidumbre creciente.

Uno de los principales resultados del análisis es constatar que la sostenibilidad actúa menos como un objetivo material autónomo que como un criterio estructurante del diseño jurídico del urbanismo. Lejos de introducir problemas nuevos, la sostenibilidad intensifica tensiones preexistentes relacionadas con la coordinación de políticas públicas, la gestión de la incertidumbre y el reparto de responsabilidades entre niveles de gobierno. En este sentido, la *Omgevingswet* puede interpretarse como una respuesta sistémica a estas tensiones, mientras que el sistema catalán ha optado por una adaptación incremental dentro de un marco sectorial consolidado.

La comparación entre un modelo estatal (Países Bajos) y un modelo subestatal (Cataluña) pone de relieve, además, la importancia de los condicionantes constitucionales y competenciales en el diseño del Derecho urbanístico. El análisis muestra que las posibilidades de integración normativa no dependen exclusivamente de la voluntad del legislador sectorial, sino que se ven condicionadas por la distribución de competencias, el papel de la legislación estatal del suelo y la centralidad del planeamiento como instrumento garantista. Estas diferencias de escala y de encaje institucional constituyen un límite significativo para la transferencia directa de modelos y deben ser consideradas explícitamente en cualquier reflexión comparada. Desde esta perspectiva, el aprendizaje comparado no puede concebirse en términos de importación acrítica de instrumentos o soluciones normativas. La experiencia neerlandesa muestra las potencialidades de enfoques integrados, pero también sus riesgos y tensiones internas. En el contexto catalán, cualquier avance hacia mayores niveles de integración debería plantearse, en su caso, de forma selectiva y gradual, a través de mecanismos de coordinación transversal, integración procedimental o proyectos piloto evaluables, y no mediante reformas omnicomprensivas que ignoren los condicionantes institucionales y culturales del sistema.

Finalmente, el trabajo pone de relieve la utilidad de un enfoque comparado estructural y contextual para el análisis del Derecho urbanístico. Antes de avanzar hacia evaluaciones empíricas o la construcción de indicadores de efectividad, resulta imprescindible comprender cómo el diseño normativo redistribuye capacidades, responsabilidades y riesgos entre actores públicos y privados. En este sentido, el artículo pretende aportar una base analítica para investigaciones posteriores, pero también contribuir de manera inmediata al debate doctrinal sobre el papel del Derecho urbanístico en la transición hacia modelos urbanos más sostenibles, legítimos y jurídicamente coherentes.

## 11. BIBLIOGRAFÍA


Jaime Alfredo ALARCÓN ZAMBRANO, José ALBERT MÁRQUEZ, "Las estrategias de sostenibilidad: un reto para el Derecho urbanístico", *Revista San Gregorio*, núm. 31, 2019, pp. 6-17. *https://revista.sangregorio.edu.ec/index.php/REVISTASANGREGORIO/article/view/927/1-JAIME22*

Raoul BEUNEN, "Implementation and integration of EU environmental directives: Experiences from the Netherlands", *Environmental Policy and Governance,* 2009, 19(1), pp. 57–69. *https://doi.org/10.1002/eet.495*

Maartje BODDE, Karin VAN DER WEL, Peter DRIESSEN, Arjan WARDEKKER, & Hens RUNHAAR, "Strategies for Dealing with Uncertainties in Strategic Environmental Assessment: An Analytical Framework Illustrated with Case Studies from The Netherlands", *Sustainability*, 2018, *10*(7), 2463, pp. 1-24. *https://doi.org/10.3390/su10072463*

Lucía CASADO CASADO, "La no exigibilidad del trámite de consulta pública previa a los instrumentos de ordenación urbanística. A propósito de la STS 133/2023", *Revista de Urbanismo y Edificación*, 2024, núm. 52.

Álvaro CEREZO IBARRONDO, "Las determinaciones, estudios e informes de la regulación básica para el desarrollo urbano sostenible e integrado en los instrumentos de ordenación urbanística", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* 2023, núm. 126, pp. 331-370. *https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.126.2023.09*

Mirjan DAMASKA, *The faces of justice and state authority: A comparative approach*. New Haven: Yale University Press, 1991.

Ángela DE-LA-CRUZ-MERA, "Debilidades del planeamiento urbanístico en el Derecho español", *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, 2023, núm. 217, pp. 649-666. *https://doi.org/10.37230/CyTET.2023.217.5*

Peter P.J. DRIESSEN, Carel DIEPERINK, Frank VAN LAERHOVEN, Hens A.C. RUNHAAR, Walter J.V. VERMEULEN, "Towards a conceptual framework for the study of shifts in modes of environmental governance", *Environmental Policy and Governance,* 2012, 22(3), pp. 143–160. *https://doi.org/10.1002/eet.1580*

Edward J. EBERLE, "The method and role of comparative law", *Washington University Global Studies Law Review*, 2008, 7(3), pp. 451–486. *https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1265659*

Carmen Esther FALCÓN-PÉREZ, "El auge de la participación ciudadana en el urbanismo: un reto para la administración pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, 2022, núm. 122, pp. 271-306. *https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.122.2022.08*

Fernando GARCÍA RUBIO, "El desarrollo de los modelos urbanísticos en Iberoamérica desde un prisma de sostenibilidad" *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal,* 2017, núm. 6, pp. 13-53. *https://doi.org/10.24310/wps.vi6.13795*

Francisco J. GARCÍA SÁNCHEZ, "Planeamiento urbanístico y cambio climático: la infraestructura verde como estrategia de adaptación", *Cuadernos de investigación urbanística,* 2019, núm. 122, pp. 5-96. *https://doi.org/10.20868/ciur.2019.122.3870*

Linda HANTRAIS, L. (2008). *International comparative research: Theory, methods and practice,* Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2008.

Sonia HERNÁNDEZ-PARTAL, "Los instrumentos de planeamiento urbanístico en España. Estudio comparado I", *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, 2020a, vol. LII, núm. 205, pp. 613-642. *https://doi.org/10.37230/CyTET.2020.205.11*

Sonia HERNÁNDEZ-PARTAL, "Los instrumentos de planeamiento urbanístico en España. Estudio comparado II", *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, 2020b, vol. LII, núm. 206, pp. 945-970. *https://doi.org/10.37230/CyTET.2020.206.15*

Jinwon JEON, "Methodology and framework of comparative urban planning law"*, Journal of Property Planning, and Environmental Law*, 2023, núm. 15 (2), pp. 45–62. *https://doi.org/10.1108/JPPEL-12-2022-0037*

KAMERSTUK 33 118-DV (8 juni 2022*), vragen van de fracties over het functioneren van het Digitaal Stelsel Omgevingswet (DSO) en aanverwante onderwerpen*. (Documento parlamentario 33 118-DV (8

de junio de 2022), preguntas parlamentarias sobre el funcionamiento del Sistema de Ley Ambiental Digital (DSO) y temas relacionados). *https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-33118-DV.html*

F.H. KISTENKAS, W. NIEUWENHUIZEN, D.A. KAMPHORST & M.E.A. BROEKMEYER, *Natuur en landschap in de Omgevingswet*. WOt - technical report: Wageningen University & Research, 2018. *https://doi.org/10.18174/465835*

Willem K. KORTHALS ALTES, "Planning reform beyond planning: The debate on an integrated Environment and Planning Act in the Netherlands", *Planning Practice & Research*, 2016, 31(4), pp. 420–434. *https://doi.org/10.1080/02697459.2016.1198556*

Patricia LACAL ROMERO, "Reevaluación y redefinición del Derecho urbanístico: hacia una ciudad responsable y resiliente en el contexto del desarrollo sostenible", *Libro de actas del VIII Congreso ISUF-H Formas urbanas diversas para espacios en recomposición*, Valencia, 2024. *https://doi.org/10.4995/ISUFh2024.2024.17553*

Albert LLADÓ MARTÍNEZ, *Derecho urbanístico comparado: metodología y sistemática*. Atelier libros jurídicos, 2025. *https://doi.org/10.71237/zYFpNWL8*

Ángel MENÉNDEZ-REXACH, "Propuestas para reforzar la seguridad jurídica de los planes de ordenación", *Ciudad Y Territorio: Estudios Territoriales*, 2023, 55(217), pp. 713–724. *https://doi.org/10.37230/CyTET.2023.217.9*

Mercedes MILLÁN ESCRICHE, "Proceso urbanizador y clima: Causas y consecuencias en el caso de la Región de Murcia (España)", *Turismo y Sociedad,* 2021, 29, 95-127. *https://doi.org/10.18601/01207555.n29.05*

Sharmila L. MURTHY, S. L., "Translating legal norms into quantitative indicators: Lessons from the global water, sanitation, and hygiene sector", *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 2018, 42(2), pp. 385-446. *https://scholarship.law.wm.edu/wmelpr/vol42/iss2/2/*

David NELKEN, "Using the concept of legal culture", *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2004, 29, 1–26. *https://www.austlii.edu.au/au/journals/AUJlLegPhil/2004/11.pdf*

Ildefonso ORTEGA-MORENO, "La Ley de Suelo de 2015: urbanismo sostenible y acceso a la vivienda", *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, 2021, Vol. LIII, núm. 207, 5-22. *https://doi.org/10.37230/CyTET.2021.207.01*

Luciano José PAREJO ALFONSO, "El texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana", en Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ (dir.), *Comentarios a la Ley de suelo y rehabilitación urbana*. Thomson Reuters Aranzadi, 2023, pp. 41-66.

Ignacio PEMÁN-GAVÍN, "La Agenda Urbana en el marco europeo: experiencias internacionales de políticas urbanas", *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales,* 2019, Vol. LI, núm. 202, pp. 701-722. *https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/77732*

Michel PRIEUR, Cristophe BASTIN, Ali MEKOUAR, *Measuring the effectivity of environmental law: Legal indicators for sustainable development*. The International Center for Comparative Environmental Law. Peter Lang. Brussels, 2021. *https://doi.org/10.3726/b18559*

Hens RUNHAAR, Peter DRIESSEN & Caroline UITTENBROEK, "Towards a systematic framework for the analysis of environmental policy integration", *Environmental Policy and Governance*, 2014, 24(4), pp. 233–246. *https://doi.org/10.1002/eet.1647*

Galit A. SARFATY, "Regulating through numbers: A case study of corporate sustainability reporting", *Virginia Journal of International Law*, 2013, 53(3), pp. 575–624. *https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1915212*

Bruno SÈVE, Ernesto REDONDO & Roberto SEGA, "Facetas de la co-creación urbana", *ACE: architecture, city and environment,* 2023, núm. 51. *https://doi.org/10.5821/ace.17.51.11694*

Mathias SIEMS, "New directions in comparative law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd ed.), Edward Elgar, 2019. *https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198810230.013.48*

Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho urbanístico de Cataluña*. Atelier, 2025. *https://doi.org/10.71237/fL1kabKN*

Zoë VAN ELDIK, Wim TIMMERMANS, Wim DE HAAS, "Transition processes in Dutch spatial planning and water management: A shift to the natural", *Urban Planning*, 2024, Vol. 9, art. 8056, pp. 1-16. *https://doi.org/10.17645/up.8056*

Mark VAN HOECKE, "Methodology of legal research", *Law and Method,* 2015, 1-35. *https://doi.org/10.5553/REM/.000010*

Marleen VAN RIJSWICK & Willem SALET, "Enabling the contextualization of legal rules in responsive strategies to climate change", *Ecology and Society*, 2012, 17(2). *http://dx.doi.org/10.5751/ES-04895-170218*

Jan VAN TATENHOVE, *Milieubeleid onder dak? : Beleidsvoeringsprocessen in het Nederlandse milieubeleid in de periode 1970—1990: Nader uitgewerkt voor de Gelderse Vallei*, Wageningen University and Research, 1993. *https://doi.org/10.18174/134642*

Jonathan VERSCHUUREN, "Restructuring Environmental Legislation in the Netherlands", *Environmental Law Network International Review*, 2004(2), pp. 34-37. *https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/restructuring-environmental-legislation-in-the-netherlands/*

Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Marcial Pons