

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

Volumen 5 | 2022

© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/
ISSN: 2695-7191
DOI: 10.37417/RPD/vol_5_2022
Fotocomposición: Ene Estudio

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

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

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

COMITÉ DE DIRECCIÓN

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

Juli Ponce Solé
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

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

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

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Letelier Wartenberg
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

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

Héctor Santaella Quintero
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia

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

Elisenda Malaret i García
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Claudia Tubertini
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo
Università di Bologna

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

COMITÉ ASESOR

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

Benoît Delaunay
Professeur en Droit Public
Université Paris II

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

José Esteve Pardo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves
Professor de Direito
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds
Research Professor
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

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

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

ÍNDICE

Orlando Vignolo Cueva: <i>El funcionario público y la lucha por la armonía dogmática</i>	7
Clara I. Velasco Rico, <i>La actividad informal de la administración. Premisas para una tentativa de reconstrucción de una cateogría (casi) olvidada</i>	37
Gabriel Doménech Pascual, <i>Sobre el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sus vicios y su control judicial</i>	73
Marcos Vaquer Caballería, <i>El Ingreso Mínimo Vital desde la óptica del Derecho público: sus aportaciones al debate sobre el estado social y autonómico...</i>	115
Flavio Quezada Rodríguez, <i>Espacios jurídicos transnacionales en la formación del Derecho administrativo: Adolfo Posada y Valentín Letelier</i>	143

EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA LUCHA POR LA ARMONÍA DOGMÁTICA*

THE CIVIL SERVANT AND THE STRUGGLE FOR DOGMATIC HARMONY

Orlando Vignolo Cueva

Profesor de Derecho Administrativo

Universidad de Piura (Perú)

RESUMEN: En el presente trabajo, el autor analiza y propone la defensa de un concepto unitario de funcionario público, tratando de superar la excesiva elasticidad funcional que presenta la legislación penal referida a los sujetos que podrían cometer delitos contra la administración pública. Este fenómeno nacido de un listado de sujetos disímiles que son tratados como funcionarios públicos “a efectos de la jurisdicción penal”, ha saltado por completo lo construido por la dogmática del Derecho administrativo, e incluso en los últimos años ha empezado a mostrar una fuerte expansión en campos de la propia función pública, las diversas responsabilidades administrativas y el control gubernamental peruano.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, Derecho Administrativo, función pública, *ius puniendi*, funcionarios públicos, funcionario de hecho.

ABSTRACT: The author analyzes and proposes the defense of a unitary concept of public official, trying to overcome the excessive functional elasticity presented by the criminal legislation referring to the subjects that could commit crimes against public administration. This phenomenon born of a list of dissimilar subjects who are treated as public officials “for the purposes of the criminal jurisdiction”, has completely bypassed what has been built by the dogmatics of administrative law,

* Fecha de finalización del trabajo: 22 de octubre de 2021. Abreviaturas: CP: Código Penal. CEFP: Código de Ética de la Función Pública. CIC: Convención Interamericana contra la corrupción. CS: Corte Suprema de la República del Perú. TUO LPAG: Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General. TC: Tribunal Constitucional del Perú.

and even in recent years has begun to show a strong expansion in the fields of public service itself, the various administrative responsibilities and the Peruvian governmental control.

KEYWORDS: Criminal Law, Administrative Law, public function, *ius puniendi*, public officials, de facto official.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO EL PRISMA DEL IUS PUNIENDI ESTATAL.—3. EL OBJETO CENTRAL DE ESTUDIO.—4. EL “FUNCIONARIO PÚBLICO” DE NATURALEZA FUNCIONAL Y PENAL.—5. EL LISTADO PENAL DE LOS FUNCIONARIOS Y UN EXCURSUS SOBRE EL *FUNCIONARIO DE HECHO*. PRIMER INTENTO DE SOLUCIÓN.—6. LAS PRECISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO. EL INTENTO DE SEGUNDA SOLUCIÓN.—7. LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO QUE SE DEFIENDE.—8. CONCLUSIÓN.—9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene una *triple* finalidad, por un lado, presentar un problema de disparidad conceptual sobre la categoría de los funcionarios públicos a partir de lo propugnado por las normatividades específicas de Derecho penal y administrativo. En segundo término, tratar de encontrar una solución a la misma y finalmente plantear la necesidad de abrir los espacios de vasos comunicantes y mezclas obligatorias de datos de diversas ciencias jurídicas. Estimo que negar esta última visión es no solo vivir bajo un Derecho primitivo y que no responde a las variantes actuales. De alguna manera fuerza a nuestros ciudadanos a asumir que, en la búsqueda incansable e inacabada de orden y paz social, una misma materia puede tener infinidad de categorías conceptuales según el arbitrio de cada profesor y operador de turno, dependiendo de la rama a la que se dedique cada uno. Una especie de laberinto dogmático que se enreda con las correspondientes fuentes jurídicas disímiles que resultan aplicables a similares casos concretos.

Sobre los primeros objetivos propuestos en este trabajo vale adelantar que la persecución de conductas delictivas contra la Administración Pública, no tiene porqué convertirse en un fundamento para extender al máximo o generar la desintegración de la figura del *funcionario público*, fenómeno poco estudiado que no solo aparece recogido en la legislación penal peruana¹ y que termina siendo un pretexto lícito para que sujetos individuales de diversas naturalezas sean empaquetados en la lista de supuestos de una única noción normativa (muy maleable). La crítica incluso se puede extender a otras cuestiones de detalle, puesto que en ese grupo que puede ser

¹ En aras de entender que lo tratado en este trabajo puede tener recojo en otros países puede revisar el art. 427 del Código Penal español. Es más, debe asumirse que la irrupción potente de fuentes normativas de Derecho Internacional Público (como la CIC) hacen que el fenómeno se haya extendido por muchos lados.

pasible de esta categorización ultra funcional, se encuentra compuesto no solo por particulares, sino también involucra una distorsión de distintos tipos de funcionarios de los poderes públicos estatales (no únicamente las organizaciones administrativas), con variadas posiciones de jerarquía y ámbitos competenciales, disímiles caracteres jurídico-formales en los productos de sus actuaciones y por sobre todo grandes diferencias en sus orígenes y permanencias funcionariales (las grandes distancias entre los políticamente elegidos y los funcionarios públicos de vínculo formalizado). Todas cuestiones, al no tener una respuesta mejor elaborada en el Derecho penal, terminan generando situaciones injustas e imprecisas en las aplicaciones procesales de este mentado listado.

En la actualidad, todas estas cuestiones se han venido discutiendo fuertemente debido a varias situaciones procesales resumidas por la doctrina penal peruana más dotada², y en paralelo, sin mayores datos científicos que se puedan resaltar, tomadas en cuenta por nuestro Derecho administrativo debido a los reflejos que empieza a denotar esta noción en la legislación sectorial pertinente (principalmente en la desordenada idea de *función pública* que aparece preceptuada en el CEFP, la incorrecta fórmula de *denunciado* del régimen de integridad aprobado por D.L. N. 1367, la irrupción de los *locadores de servicio* como sujetos disciplinables y el servidor o funcionario público a efectos del control gubernamental).

Por tanto, estas finalidades tienen claros campos de análisis que se expanden por fuera del propio CP. Es más, la dilatación de esta problemática lleva a que ciertos estudios del propio Derecho penal empiecen a recular en los campos interpretativos de este listado funcional, a pesar de que no se admite la remisión del CP a las normas administrativas, pero —de alguna manera— se presenta la esencia funcionarial *mixta* que mezcla lo orgánico y funcional de esta categoría (persona con un vínculo efectivo y jurídicamente formalizado con una administración pública que le permite ejercitar potestades administrativas y tener una cobertura jurídico-formal distinta ante el interés público y los administrados)³.

Así, sobre esto último, el profesor GARCÍA CAVERO ha indicado con mucha claridad frente a estas necesidades de precisión de la definición a efectos penales que la “necesidad de desvincular la interpretación penal de la regulación administrativa o laboral para determinar el alcance del elemento típico “funcionario o servidor público” en los delitos de funcionarios públicos no debe, sin embargo, llevar a la falsa conclusión de que el juez penal puede considerar funcionario o servidor público a cualquiera que realice un trabajo o preste un servicio para el Estado. Tal comprensión dejaría de lado el sentido de los delitos de funcionarios públicos que se estructuran sobre la base de una posición especial del autor del delito en relación con el Estado. Así, seguir una simple interpretación fáctica que se apoye en el solo hecho de realizar

² Por todos ver el recientísimo trabajo de Percy GARCÍA CAVERO, “El concepto penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública”, *Actualidad Penal*, núm. 86, 2021, pp. 81-106.

³ Ver el citado trabajo de GARCÍA CAVERO, 2021: 84.

alguna labor en favor del Estado llevaría, por ejemplo, a tener que castigar como autor del delito de peculado al agente de retención de los tributos que se apropia de estos”⁴.

Frente a este panorama es posible pensar en algunas cuestiones nuevas para construir un mínimo respeto por la mencionada categoría funcional, que permita incluso desarrollar una serie de otros institutos, útiles en términos penales, para que distintos sujetos de derecho relacionados con las administraciones públicas tales como el concreto personal de empresas públicas (mayoritariamente conformadas como sociedades mercantiles), los particulares dependientes y sub-contratistas de contratistas administrativos (privados en general), delegados de potestades públicas, o incluso funcionarios de otros poderes públicos (jueces, fiscales o altos magistrados del TC), puedan tener un tratamiento punitivo propio.

Por tanto, este trabajo se resume en el doble de respeto por la *noción unitaria* de funcionario público y la aparición de nuevas categorías positivizadas (bajo un molde que asuma la esencia de cada interviniente en el supuesto penal). Pensando incluso que estas últimas deberían involucrar agravantes frente a los sujetos no funcionariales, con muestras de una mayor severidad al defraudar su servicio o tutela directa al interés público promovido y habilitado por el Derecho, o, de ser el caso, ejercitar disfuncional o indebidamente funciones, potestades o tareas administrativas (por ejemplo mediante una revalorización de la noción del *funcionario de hecho*, con su consecuente escalera de castigos penales más duros, por tratarse de conductas delictivas más reprochables de cara a determinados bienes jurídicos).

Ahora bien, en el afán de cumplir con estos propósitos centrales del trabajo y de demostrar que el intercambio de datos entre las ciencias jurídicas involucradas es posible, resulta indispensable reflexionar sobre algunas de las categorías que permiten la unidad de respuesta. En concreto, es importante revisar la conexión general que en la actualidad existe a través del *ius puniendi* estatal, figura constitucional que ha permitido ganar carta de naturaleza y equilibrio a la potestad sancionadora administrativa, a partir de tomar los avances garantistas desarrollados en su momento por el Derecho penal y que, de una manera gravitante, han sido amplificadas por las labores más recientes del TC y la CS de nuestro país.

Por ende, el trabajo intenta mostrar soluciones aplicables a algunos problemas, pero tratando de acometer una complicación original de visiones artificialmente separadas sobre el funcionario público (a partir de una fragmentación de fuentes normativas). En cualquier caso, el diálogo entre ciencias jurídicas podría colaborar en la búsqueda de soluciones cercanas y viables de cara a la justicia material.

⁴ *Ibid.*, p. 84.

2. EL DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO BAJO EL PRISMA DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

El Derecho es una ciencia jurídica que se ha diversificado mucho en la última centuria. La cantidad de materias nuevas que tiene que atender se ha multiplicado, enrevesado y complejizado de una manera exponencial y sin tener precedentes comparables, no existiendo posibilidad alguna de parar este fenómeno de *particularización*. Pero esto no se trata de un hecho que no haya tenido eco en la antigüedad, menos que se haya buscado de minimizar, pues siempre se ha asumido que algunas fuentes o institutos pueden cambiar, pasar a ser meros antecedentes de otros, o, incluso desaparecer. Sin embargo, subsistirán las nociones esenciales y de propósito último (las definiciones imperecederas sobre *ius* o *iustitia* son muestras palpables de ello).

Por ende, los cambios de la realidad siempre obligan a tener fuentes jurídicas dinámicas y en constante adaptación, sostenidas sobre bases teóricas sólidas y muchas veces inalterables, siempre en pos de servir a la justicia material. Justamente, la búsqueda de estos niveles de adaptabilidad obliga a mirarnos entre los juristas “particulares”, a fin de todos encontrarnos en un verdadero diálogo abierto y científico que permita afrontar la realidad común y a veces mal segmentada (desde la artificialidad normativa y el prurito de los campos producidos por una incipiente doctrina nacional que tiene poco ánimo por ser *multidisciplinaria*). Este primer plano de discusión, hecho principalmente por los que hacemos doctrina, debe inspirar para que el resto de operadores también asuma la necesidad y humildad de siempre mirar a la otra ciencia jurídica, a veces distante e ignota, con preferencia y como un efectivo medio instrumental para afrontar los casos concretos.

Este trabajo intenta colarse en esa línea de ser una investigación razonadamente *multidisciplinaria*. Asumida, concebida y desarrollada para servir al objetivo de tener un claro intercambio entre datos relevantes jurídico-penales y administrativos, pero agregado con un plus de perspectiva *holística* (que a la larga termina evitando el empequeñecimiento de una mirada hacia al ombligo o, lo que es peor, el recorte de la propia justicia a partir de una errada calificación jurídica de hechos y que no sigue las categorías de la otra ciencia jurídica).

Quizás, el gran punto de inflexión de lo antes afirmado es quitarnos del lenguaje cotidiano aquella mala frase, de que existe una categoría *propia* que solo se condice con la que utilizo en mi ciencia de práctica forense. El avance y dificultad técnica de los hechos que tienen que ser instrumentalizados por el Derecho penal (a través de una judicatura cada vez más robusta y mediática), lo obligan a entender que hay otras ciencias jurídicas que han estudiado previamente a los mismos institutos de manera profunda, creando dogmática acorde para explicarlos y adaptarlos al servicio de la justicia, dentro de un necesario equilibrio respecto al propio interés público involucrado.

Así, solo por citar algunos ejemplos, los funcionarios públicos y el personal de empresas públicas, el funcionario de hecho, el particular usurpador, las propias potestades administrativas, las actividades o tareas materiales de la administración

pública, la actividad prestacional de la organización administrativa (reducida irregularmente en nuestro país al *servicio público*), los fondos públicos, la variopinta y compleja contratación administrativa, los bienes públicos corpóreos, el patrimonio público inmaterial, los recursos naturales como cosas públicas, la división de competencias, funciones o potestades administrativas entre funcionarios individualizados, las competencias entre administraciones públicas, el órgano administrativo, las distancias conceptuales entre los particulares y la administración pública, entre otros; son figuras que para el Derecho administrativo tienen décadas de estudio, de profusa producción bibliográfica, tesis contrapuestas y conceptos. Mucha tinta se ha escrito sobre estas nociones (incluso en nuestro país), y claro está, los regímenes jurídicos existentes tienen demasiado que decir cuando se les necesite en un supuesto específico.

Pero además de lo expresado, y como lo había adelantado, existe una figura macro y constitucional que ha unido al Derecho penal y administrativo de una manera muy fuerte. El *ius puniendi* estatal único ha enlazado la potestad administrativa sancionadora y la potestad jurisdiccional penal, mediante unos *principios punitivos comunes*, limitantes, universales, imposibles de rebatir (dada la naturaleza singular de esta fuente) y, por, sobre todo, de recojo constitucional⁵ y con luces claras en el propio Derecho Internacional Público (todas aplicables en nuestro país). A esto habría que adicionarle que las últimas dos décadas estos principios han servido para cimentar el despliegue de esta categoría fundamental a la luz de mucha jurisprudencia de nuestro TC (valgan verdaderas a veces errática y dispar), contando con el adicional y tímido aporte de la CS y con importantes resoluciones (mucho más vigorosas) de los jueces contenciosos-administrativos de primera instancia (al menos de los que existen solitariamente en la capital de la República).

Ahora bien, el ingreso pleno del *ius puniendi* estatal como figura de amalgama no ha sido nada sencillo, costó mucho romper con tesis internas del Derecho administrativo peruano (que pregonaban la singularidad y especialidad a ultranza de la potestad sancionadora de la administración pública), o de un purismo del Derecho penal que impedía tomar sus avances garantistas para mejorar el ejercicio de una competencia punitiva distinta (en la que la organización del poder público pertinente y titular es claramente “juez y parte”)⁶. Pero, lo más difícil en nuestro Derecho fue

⁵ El vigente numeral 2.24 literal d) de la Constitución reconoce el *ius puniendi* estatal en todas sus manifestaciones fenomenológicas, al asumir de manera expresa que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

⁶ Estas razones, entre otros argumentos, me llevan a descartar y oponerme abiertamente a un *eficientismo punitivo*, que admiten la rebaja velada o expresa de las correspondientes garantías aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora, prevista tras la idea de que el Derecho sancionador no aflige tanto en la imposición de sus puniciones, o, que es solo necesario para completar las conductas reprochables que no son alcanzadas por el Derecho penal. En ese sentido, incluso proponiendo la elevación del estándar de garantías en el Derecho sancionador se ha pronunciado recientemente el profesor Manuel GÓMEZ TOMILLO. Así, indica el importante autor español que: “las garantías operativas en el derecho administrativo sancionador, en ocasiones, son, o han de ser, superiores a las propias del Derecho

instalar el citado *ius puniendi* de manera formal y material, existiendo una evolución muy reciente de la categoría (a desmedro de otros países occidentales que contaban con algunas décadas extras de recojo y práctica de esta esencial figura).

Así, el siglo XIX nos muestra un *proto ius puniendi* que se reserva básicamente para el castigo judicial y causas criminales, sin los contornos y elementos claros, pero con un intento de tener alguna solidez material. La mayor muestra de lo afirmado se encuentra en el art. 117 de la llamada Constitución vitalicia de 1826: “*Ningún peruano puede ser preso sin prudente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado*”. Esta misma forma de regulación y recojo se mantuvo en las Constituciones posteriores de esta centuria y sin mayores cambios que permitieran extraer principios u otras formas punitivas alternativas a las establecidas por el Derecho penal.

Es recién en el pasado siglo, con la aparición del art. 57 de la Constitución de 1933, que se puede hablar de un verdadero y jurídico *ius puniendi*, en el que caben extraer varios principios propios de la legalidad material, teniendo además una clara tendencia a la des-judicialización del castigo debido a la irrupción de la importante noción de *infracciones* que se ha mantenido hasta nuestros días⁷ y que finalmente permite reafirmar un formal monopolio *público* de la imposición de la punición. La composición de esta regla constitucional se ha mantenido —casi intacta— hasta nuestros días, rezando claramente que: “Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia”.

Esta fórmula de *ius puniendi* se ha repetido en las dos siguientes Constituciones que ha tenido nuestro país, tomando claramente un énfasis *beccariano* que muchas veces es olvidado en tiempos actuales (siempre para liquidar la eficacia punitiva a secas y la rapidez irreflexiva que nos agobia en la post-modernidad). La infracción punible solo practicada por poderes públicos estatales ha aparecido completamente juridificada, a partir de la aplicación de unos principios sustanciales que saltan a la vista de cualquier operador medianamente formado, tal como por ejemplo se puede

penal”. *Vid.* Manuel GÓMEZ TOMILLO, “Los principios constitucionales nucleares del Derecho penal y matices característicos del Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC*, núm. 6, 2020, p. 12.

⁷ Como bien ha afirmado el profesor Víctor BACA, la infracción es un elemento constitucional de unión entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, pues si “la sanción se justifica por la comisión de una infracción, es posible trasladar a este ámbito las distintas categorías de infracciones que se emplean en el Derecho penal. Así, tendremos infracciones materiales o formales (según sea parte del tipo la materialización de un resultado o no) infracciones de lesión o peligro (según se requiera el daño al bien jurídico o únicamente su puesta en peligro), infracciones instantáneas, instantáneas de efectos permanentes, permanentes o continuadas (según la acción infractora se consume y únicamente permanezcan sus efectos, permanezca dicha acción en el tiempo o se realice en repetidas ocasiones en un único contexto infractor”. *Vid.* Víctor BACA ONETO, *Apuntes de Derecho administrativo sancionador*, pro manuscrito, 2017, p. 5.

examinar en el derogado numeral 2.20 d) de la Constitución de 1979⁸ y en el antes citado numeral 2.24 literal d) de la actual Carta Magna de 1993.

Esto último finalmente se ha reflejado en una idea de fronteras y control pre-existente de todo tipo de potestades punitivas, basado exclusivamente “en el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades”⁹.

Por tanto, las conexiones naturales entre el Derecho administrativo y penal existen, es más las primeras son constitucionales y fuerzan a respuestas concretas más o menos parejas y correspondientes. Todo lo que se haga desde el Legislador debe respetar este punto de comunicación y concordancia sin que esto implique la pérdida de autonomía de cada ciencia jurídica involucrada (allí en donde sea necesaria).

3. EL OBJETO CENTRAL DE ESTUDIO

Pero si el *ius puniendi* presenta una base conceptual innegable que unifica y otorga límites específicos a las potestades sancionadores y penales de la Administración pública y el Poder Judicial, incluso extiende su reflejo tuitivo sobre el actual fenómeno de la privatización punitiva; existen otros campos de la realidad en los que nuestras ciencias jurídicas involucradas se contraponen abiertamente, existiendo un caos de nociones evidente e inexplorado, casi una suerte de regímenes segmentados y contrapuestos a pesar que se refieren al mismo objeto de estudio. En esta parte, creada desde la poca pulcritud del legislador, me referiré a uno solo de estos hoyos negros: el *funcionario público*.

Actualmente, en el régimen de los delitos del Título XVIII del Libro II del CP el *funcionario público* es considerado como sujeto activo de varias de las primeras conductas delictivas¹⁰. Ahora bien, un sector importante de la doctrina penalista, siempre en aras de proteger y colocar como el centro de atención al principal bien jurídico protegido por estos delitos, ha terminado creando una mirada propia y singular sobre la persona-funcionario. Así, partiendo por el *correcto funcionamiento de la organización administrativa* como un objetivo de tutela, se ha indicado que estas conductas reprochables se castigan en pos de lograr la “preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios

⁸ Esta regla constitucional indicaba que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley”.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N. 010-2002-AI/TC, p. 87.

¹⁰ Giovanna RODRÍGUEZ OLAVE, *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública* (tesis para optar por el grado de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú), pro manuscrito, 2015.

que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia”¹¹. Otros agregan que estos delitos implican “el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común”¹², o, incluso algunos señalan a los intereses de la ciudadanía en orden a los principios constitucionales como un asunto ligado al bien jurídico antes señalado¹³.

Adicionalmente, nuestro TC también se ha pronunciado sobre el citado bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública en múltiples ocasiones, tal como puede verse en: (i) Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 21 de julio de 2005 recaída en el expediente N. 0019-2005-PI/TC; así como la (ii) sentencia del 8 de agosto de 2008 expedida en el expediente N. 01271-2008-PHC/TC; (iii) la resolución de aclaración de fecha 23 de abril de 2007, emitida en el expediente N. 006-2006-PCC/TC; (iv) la sentencia de fecha 29 de agosto de 2007 expedida en los expedientes acumulados N. 0009-2007-PI/TC y 0010/2007-PI/TC; y la (v) Resolución de fecha 3 de mayo de 2012, emitida en el Expediente N. 00017-2011-PI/TC.

De esta forma, se puede advertir que el TC, al tratar el contenido del bien jurídico citado, señala que *el buen funcionamiento de la Administración Pública* está conformado por un conjunto de garantías y principios constitucionales que dan contenido a dicho instituto, siempre manteniendo un lenguaje un poco difuso y sin mayores precisiones¹⁴. Quizás, este bien jurídico se asemeje mucho, con problemas y ventajas, a lo que cierto sector de la doctrina administrativista ha denominado las obligaciones surgidas del derecho de buena administración, las cuales en el mundo comunitario han sido introducidas a partir de la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹⁵.

¹¹ Adela ASUA BARRATITA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en Adela ASUA BARRATITA (ed. lit.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 21.

¹² Ramiro SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2011, p. 8.

¹³ RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 19.

¹⁴ Por todas revisar el fundamento 16 de la mencionada sentencia recaída en el Expediente N. 00017-2011-PI/TC: “A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho Penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los arts. 39 y 41 de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N. 009-2007-AI, 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N. 58)”. Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que: “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por la naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones pública, así como los actos de corrupción específicamente vinculadas con tal ejercicio”.

¹⁵ El autor iberoamericano que más ha defendido este nuevo derecho subjetivo comunitario, incluso con la idea de autonomía conceptual de la figura, ha sido Jaime RODRÍGUEZ-ARANA. *Vid.* Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y

En nuestro país, estos deberes se deberían encontrar a lo largo de algunos de los principios recogidos en el artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG (principalmente legalidad, debido procedimiento y razonabilidad).

Frente a estas cuestiones, es claro que la tutela de este bien jurídico involucraría a *múltiples* agentes físicos, algunos con una participación colaborativa interna respecto a la administración pública, otros con una ligazón orgánica demostrable, deberes funcionariales cualificados, potestades habilitadas, tareas públicas y de promoción directa de esas actuaciones, y un tercer gran número de intervinientes que más bien tienen un rol externo al citado poder público y que no practican más que su condición efectiva de ciudadano (a partir de derechos constitucionales), con adicionales fórmulas de apariencia o camuflaje (creadas por ordenamientos sectoriales). Para desentrañar esta individualización de roles y el valor de la naturaleza jurídica de cada participante en estos delitos especiales aclararé algunas nociones a continuación.

4. EL “FUNCIONARIO PÚBLICO” DE NATURALEZA FUNCIONAL Y PENAL

La doctrina penal moderna considera que los delitos contra la Administración pública gravitan sobre las *infracciones al deber*¹⁶, obligaciones últimas que de forma clásica —y poco clara— han sido entendidas como aquellos “deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización [...] están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”¹⁷. En ese mismo sentido, también se ha manifestado el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la CS, a través del Acuerdo Plenario N. 2-2011/CJ-116, afirmándose que existen tipos legales que se forman a partir de la infracción del *deber especial* que le corresponde al autor, siendo esta una “característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos”¹⁸.

No obstante, esta visión extendida se ha visto cuestionada por la búsqueda de un verdadero y correcto deber *objetivizado*, lo cual implica un análisis específico “en función de cada tipo penal”, a fin de determinar “cuál es el ámbito de la función pública que ha sido vulnerado por el funcionario o servidor público, siendo que tras analizar la configuración del cargo de cada funcionario podremos concluir cuál es el “deber” vulnerado”¹⁹. Esta perspectiva estricta permite que algunos autores afirmen que estas

administración pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 16, 2012, pp. 260-262.

¹⁶ Raúl PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias”, *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 19, enero 2011, pp. 69-83.

¹⁷ José Antonio CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho penal*, núm. 1, 2003, pp. 3-4.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 23.

¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

obligaciones deban provenir estrictamente del Derecho penal y no de otras ramas del ordenamiento jurídico (“los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo penal”)²⁰.

En el mismo sentido, la más reciente doctrina peruana asume intentos por discriminar el valor de los deberes de los funcionarios, asumiendo que debe negarse *categorícamente* la aplicación de estos delitos, si se ha infringido ciertos *deberes penalmente nimios* tales como la fidelidad, la obediencia u otros establecidos por el CEFP. De esta forma, “si el funcionario infringe un deber de su cargo, tal circunstancia no implica *per se* la comisión de un ilícito penal”. Por ende, la prevención y represión de la mera infracción de deberes propios del funcionario público solo importan punitivamente, si los primeros tienen una trascendencia o impacto sobre el bien jurídico antes aludido²¹.

Por tanto, los deberes y el bien jurídico protegido componen los elementos esenciales de estos delitos, quedando el problema a resolver en puntualizar sus contenidos respectivos. Por eso, parte de la doctrina penal moderna considera que esas nociones deben configurarse a partir de definiciones autónoma²². Por ende, se confina mucho al operador pertinente a solo mirar y aplicar las *fuentes especiales*, sin darse cuenta que la ciencia jurídico-penal no creó estos conceptos y tampoco lo desarrolló (finalmente puso en marcha solo una categoría utilitaria y secundaria de funcionario para los fines punitivos y persecutorios propios). Es más, estos últimos datos se vuelven esenciales, pues como bien señala (GARCÍA CAVERO, 2012: 199), existe un avance innegable del Derecho administrativo en muchos campos de control y con evidentes relaciones especiales de sujeción aplicables a funcionarios públicos y persona bajo custodia estatal²³.

Así, si bien esta doctrina y legislación han aceptado la configuración de las denominadas infracciones de deber, en aras de eliminar problemas diversos es obligatorio llevar adelante un necesario proceso de expurgación y objetivización de dichas obligaciones, toda vez que una consideración subjetiva o meramente funcional de los mismos puede llevar a la indiferenciación entre delitos de funcionarios y las infracciones disciplinarias²⁴ (problemas de *ídem*), o lo que es peor, a no saber distinguir un privado individual de un verdadero funcionario o empleado público. En consecuencia, la construcción del *deber funcional* es el hilo de la madeja que conecta

²⁰ PARIONA ARANA, 2011: 75-79.

²¹ Cfr. Inés OLAIZONA NOGALES y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. El código penal de 1995”, *Auditoría Pública*, núm. 6, 1996, pp. 39-52.

²² La defensa de esta visión autónoma ha sido repetida recientemente por el importante penalista de GARCÍA CAVERO, 2021.

²³ Percy GARCÍA CAVERO, “El principio del *nom bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en Nicolas QUELOZ, Marcel Alexander NIGGLI y Christof RIEDO (eds.), *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Schulthess, Zurich, 2012, p. 199.

²⁴ RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 24-25.

con la noción exacta de cobertura para la persecución penal (el concepto final de funcionario público estándar y constitucional)²⁵.

¿Pero que define el Derecho penal sobre la noción de funcionario público? La respuesta a esta cuestión ha sido dada por la doctrina mayoritaria²⁶ en el sentido de un concepto de dos elementos: (i) la participación de la función pública; y que (ii) la persona deba ser incorporada heterónomamente a la actividad pública, circunstancia conocida en el Derecho penal como *título habilitante*²⁷. Sobre el primer punto, es decir, la participación en la función pública como noción organizativa (el cuerpo organizado y sistémico de funcionarios públicos), el Código Penal no hace referencia a un sentido del primer elemento, por lo que, acertadamente, se señala que “si se asigna una extensión inusitada a la función pública, es posible ampliar la consideración de funcionario público a un número indefinido de sujetos”²⁸.

Vale considerar que es evidente la irrupción *funcionalista* reflejada en este anterior componente, el cual incluso se ha ido acrecentado a partir de la más reciente aplicación de dispositivos de Derecho internacional público. Así, por ejemplo (VILLAVICENCIO TERREROS, 2015: 85) ha seguido la definición lata de “función pública” desarrollada por la CIC²⁹, señalando que esta definición (sin indicar si es en clave subjetiva u objetiva), debe entenderse como el conjunto de intereses “de cuya tutela

²⁵ Al respecto, se ha escrito recientemente que “lo que caracterizaría a los deberes [...] como responsabilidades en el ámbito público (caracterizado por ser un marco institucional formalizado y jerarquizado) sería el hecho de que se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos, que sería lo que justificaría la exigencia de prestarles «cuidado y atención»; lo que a su vez suele provocar tanto la «complejidad» como la mayor «duración» a la que hace referencia HART. Y es precisamente esa vinculación con la promoción de ciertos fines la que determina las funciones (el *status*, rol o cargo) que el sujeto desempeña en el marco de la institución social de que se trate. Ocupar un determinado cargo en el marco de una institución social compromete con la persecución de los fines que justifican su propia existencia y la búsqueda del bienestar o las metas o propósitos propios de la institución; que en el caso de la Administración pública ha de estar al servicio de los intereses generales”. *Vid.* Isabel LIFANTE VIDAL, “¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la administración pública?”, *Documentación administrativa*, núm. 7, 2020, p. 38.

²⁶ Entre ellos: Edgardo Alberto DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 4, 2005, p. 272; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 987; Manuel ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 22; y RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 41.

²⁷ Es claro que, para el Derecho administrativo, el título habilitante tiene otras connotaciones dogmáticas y va directamente referido al ejercicio de derechos, actuaciones y bienes diversos gestionados por los particulares en la práctica de sus libertades propias. A modo de comparación, el profesor penalista GARCÍA CAVERO ha señalado que esta categoría implica “la existencia de un acto lícito que incorpora al sujeto a la administración pública o le asigna el cumplimiento de una función pública”. *Vid.* GARCÍA CAVERO, 2021: 89.

²⁸ Inmaculada VALEIJE ALVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, p. 463.

²⁹ Ver lo señalado en el art. 1 de este dispositivo: “Toda actividad temporal o permanente, remunerada y honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial, pues, es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual esta se desempeñe”³⁰.

Sobre el segundo elemento de la noción, el Derecho penal ha tenido un tratamiento muy exiguo, que lo lleva a no fijar una organicidad mínima del denominado título habilitante. Esto permite una elasticidad sin límites de supuestos que, sin perjuicio de casos evidentes de verdaderos funcionarios públicos, termina reflejándose en la idea legislativa y desordenada del numeral 3 del art. 425 del CP: “Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”.

Al menos en nuestro Derecho (visto de una manera sistémica), esta norma legal unifica a supuestos de naturalezas jurídicas muy distintas, e incluso a personas de organizaciones muy disimiles entre sí. Por un lado, se tiene al *auténtico funcionario* con un vínculo *orgánico* de función pública (contractual, estatutario o mixto) mantenido con verdaderas organizaciones administrativas, elemento que debe gozar de un reconocimiento expreso en la variopinta legislación sectorial existente. Este supuesto incluiría al personal de las denominadas empresas públicas de forma jurídico-pública (las “administraciones públicas empresariales” tales como el Banco de la Nación, FONAFE, Caja Militar-Policial, entre otras de corte municipal)³¹. En segundo lugar, aparece al *funcionario de hecho* sin vínculo orgánico reconocible y que ostenta una condición de apariencia o de cercanía a uno previo. En tercer lugar, estaría el *privado* que hace las veces de funcionario público con un vínculo orgánico inexistente (más adelante hare algunas necesarias explicaciones). En cuarto lugar, el *personal* de las empresas públicas de forma jurídico-privada (principalmente societarias y que aparecen reguladas por normas especiales, el régimen de actividad empresarial del Estado y o legislación municipal o interna).

Todo lo afirmado ha determinado que nuestro CP se sustente en una concepción muy amplia y de mero desempeño activo, incluyendo dentro del mismo a sujetos de

³⁰ Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*, Instituto de Estudios Internacionales-PUCP, Lima, 2001, p. 15.

³¹ Esta denominación sintética de *administraciones públicas empresariales* se inspira en el Derecho español. Su referencia puede encontrarse en los numerales 1 y 2 del art. 103 de la Ley 40/2015, normas en las que son definidas como “entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian con ingresos de mercado [...] y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación”. En nuestra doctrina este tema ha sido tratado por Antonio ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010, pp. 20 y ss.

derecho de diverso origen, que comparten relaciones jurídicas (no todas necesariamente públicas o funcionariales), tales como el personal de empresas del Estado (de forma societaria), los propios agentes físicos de empresas concesionarias, los políticos democráticamente elegidos, los privados que practican o ejercitan —jurídicamente o de hecho— actividades materiales y potestades administrativas. Asimismo, destacamos que no es una lista cerrada, toda vez que el numeral 7 del art. 425 del CP, deja un espacio a otros sujetos que puedan ser incluidos en la Constitución o legislación (siendo un listado de *numerus apertus*).

Pero además es una lista y postura que podría tener dificultades para sostenerse ante ciertas reglas supra-legales, como por ejemplo la categórica distinción que plantea nuestra Carta Magna respecto a la función pública (en sentido de cuerpo organizado) y el personal de empresas públicas (sin hacer las distinciones antes explicadas), por la cual, se señala la delimitación negativa de la primera pues no “están comprendidos” en ella “los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta” (ver el art. 40 de la Constitución). Extrañamente, esta regla constitucional solo ha sido usada e interpretada para producir efectos laborales y lograr algún nivel de separación legislativa entre ambos grupos humanos (con la consecuente privatización del empleo respecto a la *mayoría* de empresas públicas), sin que el Congreso de la República señale ninguna consecuencia adicional respecto al principio de responsabilidad punitiva³².

Es evidente que esta anterior definición penal marca una clara diferencia con otros “conceptos de funcionario público” en nuestra legislación (como en el Derecho administrativo o en relaciones laborales), siendo una visión autónoma y autárquica que se defiende férreamente en este campo jurídico. En este sentido, como bien señala ABANTO VÁSQUEZ “el CP por su propia materia no puede dar efectos administrativos ni laborales a su definición de “funcionario público”. Sería absurdo por ejemplo que un funcionario de confianza, alegando la definición penal de “funcionario público” pretenda amparo legal en el campo administrativo laboral”³³.

Asimismo, y como también señala GARCÍA CANTIZANO en una posición extrema, el citado art. 425 del CP no conceptualiza al funcionario público, sino que simplemente enumera diversos supuestos para facilitar la tarea del operador jurídico³⁴. En este sentido, “a efectos penales, para ser funcionario público no interesa la naturaleza jurídica del régimen bajo el que se halle el funcionario (*privado* o público), por lo que mal puede sostenerse que función pública es la que solo se ejerce por partes reguladas por el régimen de Derecho público”³⁵. Por tanto, la tesis conceptual

³² Por todas, ver las aplicaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional en el Pleno Jurisdiccional recaído en los expedientes N. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/TC.

³³ ABANTO VÁSQUEZ, 2003: 36.

³⁴ Esta ponencia de García CANTIZANO aparece citada por RODRÍGUEZ OLAVE, 2005: 65.

³⁵ Rafael CHANJAN DOCUMET, “El concepto peruano de *funcionario público* en el Derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020, p. 9.

de funcionario público que más se adecua a la regulación penal peruana es la llamada *tesis teleológica intermedia*, pues incluso “permitiría comprender como función pública a aquellas actividades que son realizadas por instituciones o empresas públicas adscritas al régimen de sociedades privadas o concesionarios privados que cumplen determinados servicios públicos especiales”³⁶.

Sin embargo, a pesar de estas anteriores aproximaciones apriorísticas y hasta operativas del CP, siempre cabe la siguiente pregunta si la responsabilidad punitiva de un determinado sujeto activo es tan inerme como se pretende indicar en estas posturas, y luego su aplicación no abre los reconocimientos de otras situaciones funcionariales (como sueldos, estabilidad o derechos pasivos), tal como por ejemplo viene sucediendo en el Derecho disciplinario peruano con el conjunto de los locadores de servicios que sirven en las Administraciones públicas (personas que conforman nuestra lacerante *burocracia informal*). Todo lo anterior siempre bajo una perspectiva sistémica y de aplicación del principio general *a maiori, a minus*.

Entonces para el Derecho penal el concepto de funcionario público se basa en una *cercanía material* del agente físico con la función pública (que para esta ciencia no es solamente la pura potestad o su práctica pues podría abarcar elementos diversos como el interés público, bienes públicos, fondos públicos u otros), y sin que importe una serie de datos jurídicos de diferenciación funcional que puedan ser aplicables a supuestos específicos (como el vínculo orgánico antes citado), los cuales provienen de una perspectiva objetiva de la noción (como cuerpo organizado de personas-funcionarios). Así, la función pública se convierte para el Derecho penal en multi-conceptual y polisémica, siendo esta mirada tan particular la base para su autosuficiencia conceptual.

Lo dicho se nota claramente en la postura de (MONTROYA VIVANCO, 2013: 44), para quien “cuando un sujeto ya accede materialmente al aparato estatal (aunque por aspectos de forma aún no ejerce efectivamente la función pública) se origina una relación en la que el correcto y normal funcionamiento de la administración pública depende de su comportamiento”³⁷; y, por ende, “desde ese momento ya se podrá hablar de un funcionario público en el sentido penal”³⁸. En el mismo sentido, se pronuncia (LORENTE VELASCO, 2011: 72) cuando señala que “en consecuencia, podemos extraer una primera conclusión: el concepto penal de funcionario público es más amplio que el administrativo, pues a tenor de sus exigencias se puede catalogar como tal a un individuo que en virtud de las directrices del ámbito administrativo no merece esa consideración”³⁹.

Es así que la configuración de los delitos contra la Administración pública buscan eliminar posibles disputas sobre el sujeto activo, pues pueden ser aplicados a diversos

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Yvan MONTROYA VIVANCO, *Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, IDEHPUCP, Lima, 2013, p. 44.

³⁸ CHANJAN DOCUMET, 2020: 11.

³⁹ Susana María LORENTE VELASCO, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 72.

agentes físicos que afecten a la administración pública. No obstante, esta salida de *pura* eficacia punitiva a la larga puede terminar trayendo otros problemas y, como no, la propia afectación del concepto original de funcionario, agrupando a sujetos dentro de las condiciones y elementos pertinentes del tipo penal a pesar que muchas veces no tienen similares desenvolvimientos funcionales, ni naturalezas jurídicas equiparables, ni menos una pertenencia efectiva a una organización del Poder Público (como pasa en la actualidad con los directivos y el personal de las empresas públicas constituidas de forma societaria).

Por tanto, me vuelvo a cuestionar, como es jurídicamente posible que, tras la idea de configurar los elementos de los delitos administrativos, exista un concepto de funcionario público para el Derecho penal y otros muy diferentes para el Derecho administrativo (o laboral). Por el contrario, resulta una tarea importante y constitucional mostrar una definición única e integral, pues como también señala (DONNA, 2005: 271) la noción en cuestión “es eminentemente jurídica y debe ser sacada de la estructura del Derecho como tal”. En cualquier caso, este razonamiento tiene algún recojo y matización en cierta doctrina penal que señala que “aunque el concepto penal de funcionario público es [...] autónomo, distinto, por tanto, del concepto administrativo, no es [...] totalmente ajeno a este último, y ello en la medida en que el Derecho administrativo regula las formas en que el funcionario público puede adquirir dicha condición, bien por disposición inmediata de la Ley, bien por elección, o bien por nombramiento de la autoridad competente. La consulta al Derecho administrativo resulta obligada, por tanto, para determinar el concepto penal de funcionario público”⁴⁰.

5. EL LISTADO PENAL DE LOS FUNCIONARIOS Y UN EXCURSUS SOBRE EL *FUNCIONARIO DE HECHO*. PRIMER INTENTO DE SOLUCIÓN

Si el sinuoso concepto de funcionario público se muestra muy dificultoso y harto complejo, la revisión pormenorizada de la lista de “funcionarios” establecida en el art. 425 del Código Penal puede presentar varias sorpresas al operador. Por ejemplo, si examinamos detenidamente su numeral 3 se puede extraerse fácilmente la vieja tesis administrativa del *funcionario de hecho*, siempre tras la mera aparición de un “vínculo [...] contractual de cualquier naturaleza” que une a un particular con una organización administrativa. Ante esto, es necesario mostrar un breve análisis jurídico, a partir de un rápido recuento de las teorías formuladas sobre esta interesante cuestión, las cuales podrían colaborar y dar algunas soluciones al intérprete de esta

⁴⁰ Eduardo RAMÓN RIBAS, “La derogación jurisprudencial del artículo 2.24 CP (concepto de funcionario público)”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIV, 2014, p. 176. Esta mirada nueva y de matización también se nota en el reciente trabajo de GARCÍA CAVERO, 2021: 81 y ss.

norma penal en pos de entender los disímiles sub-supuestos que pueden deducirse de la noción recogida legislativamente.

En primer término, en la primera mitad del siglo pasado el profesor uruguayo (SAYAGÜES, 1974: 300) definió a un *funcionario de hecho* como “la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario”⁴¹. Casi en la misma época, (MARIENHOFF, 1970: 139) añadió una noción orgánica extra, pues “si bien la nota esencial que caracteriza al funcionario de “hecho” es la “irregularidad” de la investidura, ello no autoriza a que sea considerada funcionario *de facto* todo aquel cuya investidura tenga alguna falla por violación de la ley (formal o material)”⁴².

En paralelo, es en España donde se empieza a gestar una respuesta teórica más sistematizada ante este supuesto problemático. Así, FUEYO ALVAREZ produce la idea de la “Administración *de facto*” destinada a asumir las consecuencias y el estatus producido sobre los terceros por parte de un sujeto no funcional, puesto que “sin negar la exigencia de una autoridad regular encargada de la actuación administrativa, se respetaría la situación de derecho creada al amparo de una apariencia de legalidad o por una imposición de la urgencia, situación sobre la que [...] no se debe volver por razones de seguridad jurídica”⁴³.

En ese sentido, como se habrá notado esta categoría de la *administración de facto* tiene un fuerte componente funcional, estabilidad ante los terceros y de eficacia, puesto que “postula la validez frente a terceros de los actos producidos por una Administración o un funcionario no *de jure*, pero que externamente se ponen como titulares legítimos, y la de los actos efectuados por quienes asumen funciones públicas cuando de hecho se impide o es materialmente imposible la actuación efectiva de la Administración o del funcionario *de jure*”⁴⁴.

En cualquier caso, el privado, que actúa con apariencia de funcionario público, sea visible o jurídica (siendo esta última un supuesto cada vez más restringido debido al avance de la tecnología, la transparencia y el acceso frecuente al dato público), plantea el mayor problema que saca a la luz (FUEYO ALVAREZ, 1950: 37). Así, este autor español, siguiendo un camino de amplitud conceptual en aras de proteger la confianza y seguridad jurídica generada sobre los administrados ajenos y terceros, presume la apariencia de legitimidad del *funcionario de hecho*. Si se quiere, en términos que podría ser útiles para el común de los penalistas, la *administración de facto* “es una válvula de seguridad jurídica en cuanto respeta las conclusiones legales del

⁴¹ Enrique SAYAGÜES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1974, p. 300.

⁴² Miguel MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 139.

⁴³ Jesús Florentino, FUEYO ALVAREZ, “La doctrina de la administración de facto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, p. 37. Esta cita del profesor FUEYO ALVAREZ también aparece citada en doctrina peruana en Antonio ABRUÑA PUYOL y Víctor BACA ONETO, *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito, 2008, p. 196.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 37.

principio de autoridad regular, pero postula que, en determinados casos y a ciertos efectos, se respete la situación de derecho creada al amparo de una apariencia de legalidad o por una imposición de urgencia, situación sobre la que no se puede o, al menos, no se debe volver por razones de seguridad”⁴⁵.

En la orilla opuesta DE LA VALLINA planteó la tesis más *restrictiva* de la figura del funcionario de hecho, produciendo una obligatoria reducción de sus alcances desde una *doble perspectiva* que recoge la esencia mixta de la función pública (como vínculo orgánico y cobertura para el desempeño funcional singular del sujeto), puesto que la “irregularidad en el ejercicio de la función administrativa puede ser objetiva o subjetiva, esto es, puede depender de ella misma objetivamente considerada —que sustancialmente venga afectada por un vicio jurídico, que los actos en que se concreta sean jurídicamente defectuosos, independientemente de que el agente que la realiza sea el llamado para ello—. Otras veces, por el contrario, la irregularidad se debe a que la función administrativa es realizada por individuo incompetente [...], independientemente, ahora, de que la función que realiza esté, materialmente considerada, de acuerdo con el ordenamiento jurídico; irregularidad relativa a la cualidad del autor del acto”⁴⁶.

Luego, ambas tesis españolas contrapuestas no mostraron una solución final de cara a la persecución penal, pues nunca fueron pensadas para el torrente funcional que luego sería recogido en la “lista abierta” de nuestro CP. Por más que estas posturas españolas fueron creadas para justificar soluciones ante problemas subjetivos de las actuaciones administrativas (finalmente conectados con la teoría del acto administrativo), los datos de ambas necesitan pasar obligatoriamente por un posterior agregado de reprochabilidad y búsqueda de conexiones con bienes jurídicos protegidos, a fin de no perseguir comportamientos nimios, de bagatela, o que podrían ser atendidos por el Derecho de la organización, el régimen sancionador general o la potestad disciplinaria.

Ahora bien, resulta interesante mirar las críticas peruanas a las dos tesis españolas que las muestren como *incompletas* para los propósitos de buscar soluciones punitivas, tal como por ejemplo sucede con la formulada por DE LA VALLINA, pues “pese a su posible utilidad al proporcionar un concepto más estricto del funcionario de hecho, no serviría para explicar todos los casos en los que actúan determinados sujetos *en nombre* de la Administración [...] subyace en las afirmaciones de este último *la intención de distinguir al funcionario de hecho del usurpador de funciones*, que le lleva a incluir dentro de la primera categoría a quienes ejercieran función administrativa en casos de emergencia, recurriendo a un hipotético nombramiento tácito (que al mismo tiempo debería ser inválido, pues de otro modo nos encontraríamos ante un funcionario *de iure*), para así exonerar a ciertos sujetos de la responsabilidad penal”⁴⁷.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁴⁶ Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959, pp. 103-104.

⁴⁷ ABRUÑA PUYOL y BACA ONETO, 2008: 196-197. Los autores peruanos terminan cerrando su crítica a ambas tesis indicando que “sin embargo, no es posible oponer la categoría de usurpación

En todos los casos, y tomando parte de las anteriores críticas, creo que lo relevante pasa por mezclar los aportes de las tesis anteriormente expuestas, y poder buscar protección para los terceros involucrados, sumado a una necesidad de *discriminación* entre sub-supuestos de funcionarios de hecho, debiendo a continuación valorarse aquellas conductas más reprochables que si afectan a cualquiera de las siguientes tres cuestiones esenciales (verdaderos bienes jurídicos tutelados): (i) el ejercicio válido de las potestades administrativas, el reparto competencial y las actuaciones materiales de las administraciones públicas, (ii) las relaciones internas de la organización administrativa sean intra-orgánicas o intra-funcionariales (en aplicación de la jerarquía, unidad, cooperación y coordinación) y (iii) la protección efectiva final de los intereses públicos a cargo de la correspondiente organización administrativa.

En ese sentido, considero desde el Derecho administrativo es posible plantear una escalera de supuestos de *funcionarios de hecho* que tendrían relevancia penal, de menor a mayor nivel de *reprochabilidad*⁴⁸, algunos de los cuales ya han sido acogidos en esta ciencia jurídica (como pasaría por ejemplo con el delito de usurpación de funciones). Todo esto a partir de eliminar las posturas extremas como la aceptación en términos penales de un ingreso elástico e indefinido del individual mediante una arbitraria “incorporación heterónoma a la función pública”⁴⁹.

Así, asumiendo que la noción clave es la existencia o no del *vínculo funcional orgánico* (a pesar de las reticencias que muestra un sector de la doctrina penal respecto a cualquier elemento funcional)⁵⁰, en tanto elemento de cobertura para el nacimiento y desarrollo de todo tipo de relaciones de función o empleo público, sea este de naturaleza contractual, recogido en un acto administrativo o previsto bajo una mixtura de las dos modalidades anteriores, resulta jurídicamente posible presentar la siguiente enumeración de supuestos de *funcionarios de hecho* con alcance penal⁵¹:

de funciones a la de los funcionarios de hecho, pues responden a criterios diferentes: mientras que en el primer caso el Derecho penal busca sancionar a quienes ilegítimamente se atribuyen una condición que no tienen, en el segundo se pretende justificar la validez de ciertos actos dictados por quienes no estaba legitimados para hacerlo, *a pesar de la existencia de una indebida irrogación de funciones*. Así, será responsabilidad del Derecho penal, y de la dogmática que estudia dicha rama del ordenamiento, determinar en qué casos la actuación de quien carecía de investidura para hacerlo será perseguible judicialmente” (ver páginas 196 y 197 de este pro manuscrito).

⁴⁸ *Ibid.*, p. 142. También en RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 103-104.

⁴⁹ GARCÍA CAVERO, 2021: 90.

⁵⁰ *A contrario sensu* de lo que vengo desarrollando, es destacable lo señalado por RODRÍGUEZ OLAVE, para quien el “introducir el concepto de funcionario de hecho no consiste en una interpretación al concepto funcionario o servidor público, ya que el concepto de funcionario de hecho no se ajusta al sentido literal posible del texto de la norma penal, por lo que se trata de una analogía *in malam partem*. En tal sentido, reconocer dicho concepto desborda el tenor literal o alcance jurídico de la noción de funcionario público”. *Vid.* GARCÍA CAVERO, 2021: 110.

⁵¹ Como se notará, esta lista es mucho más pormenorizada que la planteada por un sector de la doctrina penal nacional. Al respecto, el profesor NAKASAKI SERVIGÓN ha señalado que en el Derecho penal se distinguen dos supuestos de *funcionario de hecho*. Por un lado, el particular que, sin nombramiento nulo, ejerce funciones públicas; y, por otro, el particular cuyo nombramiento es nulo que ejerce funciones públicas. De esta forma, para el citado autor, “solo el sujeto que ejerce funciones

— Funcionario público que posterior a su *vínculo orgánico* se le inhabilita para el ejercicio del cargo o puesto y que, no obstante, lo anterior, continúa ejerciéndolo por un lapso determinado.

— Funcionario público que, habiéndosele aceptado la renuncia, o que, habiendo sido relevado temporalmente del cargo o puesto (por razones extra disciplinarias), sigue ejerciendo sus respectivas funciones como si el *vínculo orgánico* no hubiese sufrido menoscabos jurídicos.

— Funcionario público que continúa ejerciendo labores y potestades luego de vencido el término de contrato, designación, o nombramiento, o se ha producido una extinción de su *vínculo orgánico* (incluyendo la disciplina).

— Funcionario público, que, sin perder su previa condición, asume efectivamente competencias o potestades que no le corresponden, según las correspondientes normas existentes de organización, sectoriales y de reparto competencial. Esta misma regla es aplicable a las tareas materiales públicas ajenas al funcionario público en cuestión.

— Diversos privados que —materialmente— ejercitan potestades administrativas o realizan tareas públicas sin ningún *vínculo orgánico funcional* de cobertura, pero sin demostrar posición de jerarquía.

— Privados que, con *vínculo jurídico general de colaboración* ejercitan potestades administrativas sobre órganos administrativos, grupos de funcionarios públicos o de manera externa. Debiendo agravarse la ponderación en aquellos casos en los que las actuaciones de estos particulares se dan sobre órganos con potestades más intensas o de mayor responsabilidad ante el interés público.

En el caso de los dos últimos sub-supuestos vale indicar que se agravaría la intervención de estos particulares, si es que no cuentan con una habilitación legal de *delegación* de potestades administrativas, entendida esta como una técnica propia y exclusiva que permite el ejercicio privado de funciones administrativas bajo vigilancia de una administración pública específica y titular del objeto de delegación⁵². En este punto se debe tener mucho cuidado porque la legislación administrativa peruana ha cometido errores de fondo al equiparar a la delegación con la concesión y autorización, existiendo una antijurídica idea de que los privados autorizados o concesionarios dejan de ser tales para convertirse en “entidades de la administración

públicas a pesar de que su nombramiento como funcionario es nulo podrá ostentar la categoría de funcionario de hecho”. Vid. César Augusto NAKASAKI SERVIGÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, en Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, Efraín MONTES FLORES y Miguel Angel SÁNCHEZ MERCADO (coords.), *El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Ara, Lima, 2006, p. 779. También puede revisar estos datos en RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 110.

⁵² Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1977, p. 85

pública”, a partir de aplicárseles cualquiera de las dos técnicas antes señaladas (ver el numeral 8 del art. I del TUO LPAG)⁵³.

Ahora bien, la jurisprudencia peruana tiene un histórico caso relacionado al concepto de *funcionario de hecho*⁵⁴. En su momento, los órganos jurisdiccionales pertinentes utilizaron esta categoría para fundamentar la condena penal contra Vladimiro Montesinos Torres como autor del delito de peculado en el “Caso Bedoya de Vivanco” (Exp. N. 010-2001) y en el “Caso de los dueños de los medios de comunicación”. Esta forma de utilización fue también reconocida por nuestro TC mediante la sentencia del Exp. N. 2758-2004-HC/TC, señalándose que:

“Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el art. 387 del Código Penal”.

Es valedero afirmar, a partir de la simplicidad de tratamiento jurisprudencial antes mostrado, que la mejora dogmática de esta categoría parte por un fundamento esencial: la necesidad de complementar la utilización procesal de un instituto ajeno al Derecho penal, mediante conceptos dados por el Derecho administrativo (la ciencia que construyó originalmente el *funcionario de hecho*). Esto último, no solo permitirá hacer encajar mejor las piezas en el desarrollo de la correspondiente teoría del caso, además logrará marcar las necesarias diferencias entre la categoría general y el específico *usurpador de funciones* que puede ser desprendida de la lista legal antes mostrada.

Todo lo antes señalado puede demostrarse en la realidad práctica, pues no debe olvidarse que por ejemplo, respecto al señalado caso de Montesinos Torres, surgió la duda y se expresó finalmente un sentido jurídico de cara al principio de responsabilidad (funcionarial), respecto a las diferencias entre actuar sin “título alguno, que hubiera ocupado una competencia que no le corresponde o si existiendo título, el mismo resultaba insuficiente para manejar los fondos públicos [...] entonces no podría llegar a ser funcionario con aptitud para ser sujeto activo en el delito de peculado”⁵⁵; cuestión que es muy distinta a asumir una competencia ajena como funcionario público ante lo cual “estaríamos ante un supuesto de usurpador de funciones”⁵⁶.

⁵³ Esta norma legal ha sido criticada de manera certera por ABRUÑA PUYOL, 2010: 25 y ss.

⁵⁴ Este caso se suma a otros en los que la jurisprudencia penal ha considerado al funcionario de hecho como *funcionario público* para efectos penales: (i) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Casación N. 442-2017-ICA. Resolución de fecha 11 de diciembre de 2019; (ii) Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Nulidad N. 1813-2003, de fecha 29 de mayo de 2003; (iii) Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Exp. N. 045-2001, de fecha 15 de noviembre de 2005.

⁵⁵ RODRÍGUEZ OLAVE, 2015: 118.

⁵⁶ *Ibid.*

En cualquier caso, todos los supuestos del *funcionario de hecho* deberían ser estimados como *no funcionariales*, al tratarse siempre de sujetos privados, que, sin perder su naturaleza propia, ejercitan potestades administrativas, se revisten de atributos ajenos o realizan tareas materiales pertenecientes a verdaderos empleados públicos. Por tanto, las precisiones terminológicas y de fondo son más de necesarias en este cajón de sastre introducido por nuestro CP.

6. LAS PRECISIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO. EL INTENTO DE SEGUNDA SOLUCIÓN

El Derecho administrativo ha construido el concepto de funcionario público (incluso antes de la revolución francesa) a través de diversas fuentes (principalmente jurisprudenciales, normativas y de doctrina). Por ejemplo, en la Prusia del siglo XVIII se pasó de una privatización contractual muy rudimentaria, a una serie de relaciones “fundadas en actos de autoridad unilaterales, para los que no resultaba preciso la celebración de pruebas que demostrasen la capacidad de los servidores. El Derecho territorial prusiano (Allgemeines Landrecht, ALR) garantizaba al funcionario frente a las separaciones arbitrarias del servicio. El título 10, segunda parte, «Derechos y obligaciones de los servidores del Estado», de la legislación mencionada, marca profundamente la transformación del servidor del monarca en servidor del Estado”⁵⁷.

Lamentablemente, nuestro país ha tenido un largo periodo de silencio sobre esta materia especial, situación que ha ido cambiando desde hace unos diez años a partir de diversas construcciones jurídicas, e incluso la aparición de un intento de unificación y publicación de la categoría. Así, es necesario revisar lo estipulado en la frondosa legislación administrativa de función pública compuesta en orden —en cronológico de publicación— principalmente por: (i) la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante el Decreto Legislativo N. 276; (ii) la Ley de Fomento del Empleo, aprobada mediante Decreto Legislativo N. 728; (iii) el recientemente desaparecido régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, aprobada mediante Decreto Legislativo N. 1057; (iv) La Ley marco del empleo público, y, (v) La vigente y fundamental Ley del servicio civil⁵⁸.

⁵⁷ María Jesús MONTORO CHINER, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987, p. 11. También es necesario revisar la evolución de la función pública en los tramos de existencia del Estado absolutista en la obra de Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Universidad del Externado, Bogotá, 2013, pp. 20 y ss.

⁵⁸ De estas anteriores normas podemos extraer que, en un primer momento, se excluyen de la aplicación de dichas leyes a los trabajadores de empresas del Estado (siguiendo el esquema de separación obligatoria planteada por la Constitución) y a los miembros de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, entre otros históricos cuerpos funcionariales (funcionarios de carreras especiales). Más adelante, aparece una diferenciación jerárquica entre servidores y funcionarios públicos, siempre en los cuales se necesitará obligatoriamente un nombramiento, contrato de autoridad competente, o una técnica

Por encima de todas estas fuentes legislativas se encuentran los artículos esenciales 39 y 40 de la Constitución que definen aspectos de la función pública en versión subjetiva⁵⁹ (como distintos cuerpos burocráticos que pueden adoptar diversos modelos de organización), además de alguna incipiente doctrina jurisprudencial pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (fundamentalmente centrada en el tema de estabilidad y el derecho a no ser privado injustamente del trabajo público)⁶⁰.

¿Pero qué exactamente plantea nuestra Carta Magna respecto al funcionario público? Más allá, de las disquisiciones teóricas sobre la categoría ante lo errática de nuestra doctrina, vale la pena revisar cómo nuestra CP ha recogido la figura del funcionario público, indicándose la sola existencia de meros señalamientos, sin mayores luces o tratamientos específicos de cierta profundidad. Por el contrario, el constituyente ha concentrado su mayor cantidad de datos en la carrera pública, considerada de manera doble como *garantía institucional* y, en segundo término, como *medio para organizar y sistematizar* el empleo o función pública de los trabajadores adscritos o vinculados exclusivamente a las diversas organizaciones administrativas peruanas (ver el art. 40 de la Constitución).

En ese sentido, cabe reconocer que la CP ha recogido un núcleo esencial de la carrera pública, el cual es completamente vinculante para nuestro legislador y, por extensión, para todas las otras organizaciones del Poder Público existentes. La CP, al haber elegido el sistema descrito y no otro, como el usual y común bajo el cual debe gravitar toda la función pública peruana, con la lógica aceptación de otros moldes de carrera especiales⁶¹ y de ciertos sistemas de Derecho laboral que deberán ser adaptados sin confusiones al estatuto funcional; ha tomado indefectiblemente la decisión de establecer un molde *cerrado* al estilo francés (en un estado no puro). Este último exige y tiene rasgos básicos imposibles de rebatir. Pero claro todo esto se refiere —en exclusiva— al personal que labora en las organizaciones administrativas.

mixta que mezcle las dos anteriores (en cualquier caso, todos estos últimos sujetos, salvo el personal de empresas públicas, quedarían involucrados en el concepto de funcionario y función pública en sentido constitucional y objetivo).

⁵⁹ Sobre las diferencias del concepto objetivo y subjetivo de función pública debe revisarse obligatoriamente a Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15 y ss. Existe otro tratamiento que no comparto, por el cual se mezcla figuras ajenas al instituto (tales como el puesto o plaza). En este punto me refiero al trabajo escrito por Janeyri BOYER CARRERA, *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales*, PUCP, Lima, 2020, p. 22.

⁶⁰ Por todas ver la sentencia CIDH caso trabajadores cesados del Congreso vs. Perú.

⁶¹ Como bien se ha indicado, estas carreras especiales distintas a la ordinaria servirían para organizar a los miembros del “Poder Judicial y Ministerio Público [...] Los institutos armados y la Policía Nacional [...] Los integrantes de la carrera diplomática [...] El magisterio [...] Los profesionales de la salud”. Vid. Jorge, DANOS ORDOÑEZ, “El régimen de carrera pública y la necesidad urgente de su reforma”, en Jorge DANOS ORDOÑEZ, José Antonio TIRANO BARRERA, Verónica ROJAS MONTES y Roberto JIMÉNEZ MURILLO (eds.), *El Derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008, p. 514. Podríamos agregar dentro de este grupo a los profesores de las universidades públicas gobernados por el grupo normativo encabezado por la Ley universitaria.

En el mismo sentido, en concordancia con lo expuesto el segundo párrafo del art. 40 de la CP los directivos y trabajadores de las empresas del Estado (empresas públicas) no se encuentran comprendidos en la función pública, lo cual resulta coherente con lo preceptuado en la anterior disposición, puesto que la regla constitucional entiende y ordena que los primeros al trabajar en organizaciones económicas de colocación de bienes y servicios en el mercado no pueden involucrarse ni pertenecer al conjunto de funcionarios públicos pertenecientes a las entidades administrativas, ni menos ser considerados o participar dentro de su sistema básico de función pública (la carrera administrativa). Además de tampoco practicar —al menos originalmente— potestades públicas para realizar estos propósitos mercantiles.

En otras palabras, tal como ya se adelantó, es necesario entender e interpretar que el término función pública incorporado en nuestra Constitución, y que además vincula a todos nuestros Poderes Públicos, aparece en una versión subjetiva y única (como el conjunto de funcionarios que se involucran o adscriben a los distintos cuerpos burocráticos de las organizaciones administrativas)⁶². A su turno, nuestro legislador, aunque confuso en plantear y desarrollar la carrera administrativa, ha sabido entender que el funcionario o empleado público es el trabajador que labora exclusivamente en las entidades administrativas, indicando en diversas leyes antes citadas que las relaciones de empleo público o función pública se refieren únicamente a la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una organización administrativa y un sujeto funcional, excluyendo de plano a los trabajadores de las empresas públicas de este primer colectivo⁶³.

Por tanto, el verdadero concepto de funcionario público en Perú no tiene origen constitucional (como una sola definición irrefutable, clara y sintética). En nuestro actual Derecho, el contenido de esta noción debe nacer de un exclusivo trabajo de expurgación e interpretación legislativa, además de poder ir construyendo espacios de revisión sistémica con otras reglas constitucionales y variados intentos normativos que se refieren a sujetos dependientes. Y claro, todo esto afecta de sobre manera las relaciones y soporte que el Derecho administrativo pueda dar al Derecho penal (para cumplir sus cometidos propios).

⁶² Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, 2018: 18.

⁶³ En este sentido, es fundamental señalar que el legislador peruano ha ido acercando ciertos tratamientos jurídicos de los funcionarios públicos con el personal de las empresas públicas. Por ejemplo, en las disposiciones del Código de Ética de la Función Pública y el ordenamiento de control gubernamental. Esta confusión legislativa que se genera por el intento de aproximar ambas figuras en los ordenamientos mencionados responde a una visión economizadora y funcionalista de la administración pública (muy cercana a la perspectiva de eficiencia punitiva que subsiste en las nociones penales del funcionario público mantenidas en el Código Penal). Todo esto no descarta la naturaleza constitucional de ambos ni niega que el personal de empresas del Estado tenga un régimen especial. Sin embargo, se debe tener claridad suficiente para aceptar que, el personal de empresas públicas, no deberían responder bajo la figura de funcionarios, servidores o empleados públicos (que, para estos efectos, no guardaría diferencias importantes); sino que deberían ser incluidos dentro de una nueva figura jurídica más amplia (como el *empleado del sector público* que aparece por ejemplo en la legislación de control gubernamental).

Por último, debe entenderse la parquedad constitucional en su justa medida. Así, la CP simplemente plantea diferencias entre dos grupos humanos. Su art. 40 es una cláusula de discriminación positiva (desigualdad entre los desiguales), que no fundamenta ni indica directamente detalles sobre elementos conceptuales del funcionario público, siguiendo así la forzosa línea de revisión posterior del dato legislativo. Si se quiere la Carta Constitucional simplemente sustenta la división existente entre la función pública como cuerpo organizado y los empleados que laboran en las empresas públicas (los cuales quedan sometidos —generalmente— al Derecho laboral privado). Es más, el contenido de la CP solo recogió una dicotomía existente en ese momento y que hasta podría catalogarse de necesaria (por la flexibilidad de mercado que debían tener las empresas públicas para aplicar efectivamente su objeto social, la mayoría de ellas constituidas como sociedades mercantiles destinadas a colocar bienes y servicios a consumidores o usuarios).

7. LA NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO QUE SE DEFIENDE

En virtud de lo antes fundamentado, el funcionario o empleado público en el Derecho peruano debe ser entendido como el sujeto físico que, según las distinciones de la CP, trabaja por y mediante un vínculo real, orgánico y exclusivo con la Administración pública, sea este recogido en acto, contrato administrativo o un híbrido de ambos. De esta forma, es sobre la base de cualquier estos anteriores instrumentos, que nace todo su *status* propio y ajeno a la esfera jurídica de un ciudadano común (deberes, derechos, obligaciones, cargas, incompatibilidades contenidas en una relación especial con régimen propio y de Derecho público).

A partir de estas consideraciones existirían *cuatro elementos fundamentales* de la *definición* de funcionario público que se defiende, a saber: (i) un elemento *orgánico* (el vínculo de función pública); (ii) un elemento *funcional* (el desempeño funcional y conductual distinto al trabajador por cuenta ajena y subordinado del sector privado); (iii) un elemento *normativo-estructural* (un régimen o regímenes jurídico que crean un modelo organizativo abierto, cerrado o mixta); y, por último, (iv) un elemento *subjetivo* (una persona individual que voluntaria y libremente asume las anteriores cuestiones para tener la condición funcional).

En adición, se puede indicar que el concepto de funcionario público, servidor público, empleado público, o servidor civil (la nomenclatura cambia según la legislación), se sintetiza en la idea de una persona individual que cuenta con un *vínculo orgánico y formal* con una concreta Administración pública, sea este de carácter estatutario, contractual o híbrido, y que le permite desplegar a continuación una serie de actividades excluyentes ligadas a derechos, deberes, incompatibilidades y otras situaciones específicas mediante un régimen y modelo de organización creado exclusivamente por el legislador, permitiéndole además tener cobertura jurídica necesaria

para ejercitar potestades administrativas y tareas públicas a nombre de un órgano administrativo determinado.

Por ende, se es funcionario público con pertenencia efectiva a la función pública, más allá del rango o posición jerárquica, o de las expresiones o nomenclaturas literales que aparecen en algunos dispositivos, solo a partir de un *vínculo* concreto que permite —a continuación— tener un desempeño funcional diferente, subordinado y dirigido mediante relaciones jurídicas muy concretas y legalizadas (protocolizadas desde la legalidad en vinculación positiva o *positive bindung*). Estamos en conclusión ante una categoría de naturaleza híbrida que permite hacer nacer las variopintas relaciones de empleo o función pública⁶⁴.

En cualquier caso, vale aclarar que los conceptos y nomenclaturas de función pública, funcionario público, servidor civil y el propio de empleado público (que aún se mantiene en algunas leyes puntuales) no deben confundirse con nociones tales como carrera pública, puesto público, plaza o sistema de gestión de recursos humanos. Todas son cuestiones distintas que han sido definidas y diferenciadas por la doctrina más reputada, entendiéndose que las primeras son nociones propias de las personas, mientras las segundas son relativas a la organización y racionalización del sistema de función pública que ha adoptado un país. Incluso, por ejemplo, entre funcionario y función pública (en versión subjetiva) aparecen las distancias propias del individuo funcional frente a un grupo homogéneo (o no) de los primeros⁶⁵, debiendo establecerse incluso que puede existir la última integrada por no funcionarios públicos (por simples asalariados sin un proyecto de vida pública que se encuentran sometidos a las clásicas taras del patronazgo o la no preparación previa)⁶⁶.

Por tanto, la aparición de funcionarios públicos creados por mandatos sucesivos de la CP y el legislador podrían determinar el despliegue y puesta en marcha de una función pública profesionalizada, pero finalmente puede existir un remedo de esta última sin que realmente existan los primeros (cubriéndose el modelo escogido de sujetos individuales que conformarían una burocracia informal o de destajo). Siendo esta cuestión mostrada otro dato que deben valorar y tomar en cuenta los operadores penalistas al momento de usar las nociones con corrección mínima.

Pero volviendo a los datos organizativos de la función pública, se ha indicado claramente que entre los modelos existentes aparece el llamado “abierto o de empleo, que pivota sobre el puesto de trabajo y su clasificación previa, y el sistema cerrado

⁶⁴ Parte de estas definiciones se han ido expresando a lo largo de distintos trabajos científicos. Para citar uno de ellos puede revisarse el libro colectivo coordinado por el suscrito: Orlando VIGNOLO CUEVA *et al.*, *Comentarios y críticas a la ley del servicio civil*, Thomson Reuters-ECB Ediciones, Lima, 2014.

⁶⁵ Las distinciones entre ambas categorías no han sido claras en la jurisprudencia constitucional. Por todas revisar la perspectiva amplia y difusa mantenidas en los fundamentos jurídicos N. 20-22 de la STC recaída en los Expedientes N. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC; 0017-2014-PI/TC.

⁶⁶ Cfr. Juan MAHILLO SANTOS, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1976, p. 10.

o de carrera, que es un modelo basado en los cuerpos de funcionarios. El primero procede del mundo anglosajón y tiene como espejo la organización empresarial privada donde prima el objetivo de la eficacia, algo que no debe ser ajeno tampoco a las organizaciones públicas y es hoy también un valor constitucional [...] El segundo sistema es de origen europeo, se basa históricamente en el modelo militar napoleónico y pretende hacer primar la objetividad, la igualdad y el espíritu de servicio que se pretende sea también el del cuerpo⁶⁷. Por ende, estos datos muestran que la noción de funcionario público también impacta en el régimen que se pretende seguir en un país, determinando la necesidad de una estructura organizativa más adaptable a su correcto despliegue como categoría. Pero, vale la advertencia, no cabe confundirlos (error que se nota permanentemente en la doctrina penalista).

Por otro lado, es claro que la noción planteada colisiona directamente respecto a la utilitaria visión *elástica* de funcionario público que preceptúa el Código Penal, y permite no solo separar al verdadero sujeto funcional del resto de individuales, a partir de elementos jurídicos de cobertura, también es capaz de poder darle vida a elementos organizativos propios de cada modelo de función pública que existe en nuestra legislación⁶⁸.

Como se notará, la correcta definición del funcionario público no solo marcará el derrotero de cara al principio de responsabilidad (que es la perspectiva que más le interesa al Derecho penal), es una categoría que marca el desenvolvimiento de modelos organizativos enteros de función pública. Por ende, el instituto en cuestión tiene una visión *extra punitiva* demostrada en repetidas normas legales de función pública y otras sectoriales, y eso es una complicación adicional para el operador del Derecho penal. El alcance conceptual alcanza también las situaciones personales y el conjunto del régimen funcional que pudiera estar analizándose (en sus moldes estructurales), incluso en términos amplios, impacta también sobre el Derecho de la organización y la propia teoría del acto administrativo.

En suma, tiene toda la razón la doctrina penal cuando reclama la falta de claridad conceptual al Derecho administrativo respecto a esta categoría⁶⁹. Al menos en Perú, tiene verdaderos argumentos para defender una postura autónoma que se aparte de ese maremágnum desordenado de nociones administrativas sobre el sujeto funcional. Sin embargo, el apartamiento produce serias complicaciones y terminan apareciendo explicaciones posteriores para entender este listado y alejar sus alcances fuera del campo de la arbitrariedad judicial.

⁶⁷ Luis Martín REBOLLO, *Estudio preliminar relativo al empleo público publicado en leyes administrativas*, pro manuscrito, p. 134.

⁶⁸ José María RECIO SAEZ DE GUINOA, “Carrera y desarrollo profesional en el marco de la reforma del empleo público aragonés”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIII, 2011, p. 331. Así, por ejemplo, si se toma en cuenta el actual régimen del servicio civil, solo será funcionario-servidor civil aquel que puede poner en marcha el sistema híbrido de carrera profesional vertical y horizontal establecido por el legislador. Esto solo podría darse mediante un acto de concurso público otorgado a partir del voluntario acceso e incorporación final de un determinado postulante.

⁶⁹ GARCÍA CAVERO, 2021: 86-87.

8. CONCLUSIÓN

Una única conclusión salta a la vista de todo lo planteado en este trabajo, la necesidad de poder darle una vuelta de tuerca al desorden dogmático existente respecto al *funcionario público* en sus relaciones de corte punitivo con el Derecho penal, el cual afecta su configuración conceptual y que se opone a una mirada necesaria de datos constitucionales y jurídico-administrativos. Aunque comprensible, esta postura funcionalista penal no tiene ninguna razón de cobertura, tal como se ha podido mostrar en las partes pertinentes de este trabajo, y merece a continuación un análisis profundo para plantearse los correspondientes caminos alternativos.

Por otro lado, en línea con la anterior conclusión, aparece una recomendación de fondo, esto es la obligatoriedad de introducir fórmulas innovadoras legislativas para saltar la unificación artificial de sujetos de derecho de naturaleza completamente distintas, tras la comisión de los delitos contra la Administración pública, y que aparece reflejada en la multicitada lista funcional preceptuada en el art. 425 del vigente CP peruano. Claro, las posibles soluciones podrían ser eficientes siempre que se asuma —desde ambos extremos involucrados— que existen avances teóricos sobre estas cuestiones que deben mirarse en perspectiva sistémica y de revisión mutua (un necesario diálogo científico de ida y vuelta, que además debe ser permanente).

Finalmente, la ciencia jurídica crece y se expande siempre que exista la humildad de aceptar que todo lo aplicado está bajo permanente re-evaluación, siempre en pos de lograr que la justicia material prevalezca. Asumir lo contrario, produciría el estancamiento del Derecho y el prurito de la mera imposición normativa por la sola existencia de lo establecido.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Manuel ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*, Palestra, Lima, 2003.
- Antonio ABRUÑA PUYOL, *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- Antonio ABRUÑA PUYOL y Víctor BACA ONETO, *Notas al curso de Derecho administrativo*, pro manuscrito, 2008.
- Adela ASUA BARRATITA, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en Adela ASUA BARRATITA (ed. lit.), *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997.
- Víctor BACA ONETO, *Apuntes de Derecho administrativo sancionador*, pro manuscrito, 2017.
- Janeyri BOYER CARRERA, *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales*, PUCP, Lima, 2020.
- José Antonio CARO JOHN, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, *Anuario de Derecho penal*, núm. 1, 2003.
- Rafael CHANJAN DOCUMET, “El concepto peruano de *funcionario público* en el Derecho penal peruano y su vinculación con los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 33, 2020.

- Jorge, DANOS ORDÓÑEZ, “El régimen de carrera pública y la necesidad urgente de su reforma”, en Jorge DANÓS ORDÓÑEZ, José Antonio TIRANO BARRERA, Verónica ROJAS MONTES y Roberto JIMÉNEZ MURILLO (eds.), *El Derecho administrativo y la modernización del Estado peruano*, Grijley, Lima, 2008.
- Juan Luis DE LA VALLINA VELARDE, “Sobre el concepto de funcionario de hecho”, *Revista de Administración Pública*, núm. 29, 1959.
- Edgardo Alberto DONNA, “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 4, 2005.
- Jesús Florentino, FUEYO ALVAREZ, “La doctrina de la administración de facto”, *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950.
- Percy GARCÍA CAVERO, “El principio del *nom bis in idem* a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa”, en Nicolas QUELOZ, Marcel Alexander NIGGLI y Christof RIEDO (eds.), *Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, Schulthess, Zurich, 2012.
- Percy GARCÍA CAVERO, “El concepto penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública”, *Actualidad Penal*, núm. 86, 2021.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1977.
- Manuel GÓMEZ TOMILLO, “Los principios constitucionales nucleares del Derecho penal y matices característicos del Derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC*, núm. 6, 2020.
- Isabel LIFANTE VIDAL, “¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la administración pública?”, *Documentación administrativa*, núm. 7, 2020.
- Susana María LORENTE VELASCO, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Dykinson, Madrid, 2011.
- Juan MAHILLO SANTOS, *La función pública local española y sus problemas actuales*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1976.
- Miguel MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
- María Jesús MONTORO CHINER, *La función pública en el federalismo alemán*, INAP, Madrid, 1987.
- Yvan MONTOYA VIVANCO, *Manual de Capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*, IDEHPUCP, Lima, 2013.
- Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Augusto NAKASAKI SERVIGÓN, “Problemas de aplicación de la figura del funcionario de hecho en la doctrina judicial del subsistema de justicia anticorrupción del Perú”, en Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, Efraín MONTES FLORES y Miguel Angel SÁNCHEZ MERCADO (coords.), *El Derecho Penal Contemporáneo: Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Tomo I, Ara, Lima, 2006.
- Inés OLAIZONA NOGALES, y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La responsabilidad penal de los funcionarios públicos. El código penal de 1995”, *Auditoría Pública*, núm. 6, 1996.
- Raúl PARIONA ARANA, “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias”, *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 19, enero 2011.
- Eduardo RAMÓN RIBAS, “La derogación jurisprudencial del artículo 2.24 CP (concepto de funcionario público)”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, volumen XXXIV, 2014.
- Luis Martín REBOLLO, *Estudio preliminar relativo al empleo público publicado en leyes administrativas*, pro manuscrito.
- José María RECIO SAEZ DE GUINOVA, “Carrera y desarrollo profesional en el marco de la reforma del empleo público aragonés”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIII, 2011.
- Jorge Iván RINCÓN CÓRDOBA, *Derecho administrativo laboral*, Universidad del Externado, Bogotá, 2013.
- Jaime RODRÍGUEZ-ARANA, “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 16, 2012.

- Giovanna RODRÍGUEZ OLAVE, *El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública* (tesis para optar por el grado de Magíster. Pontificia Universidad Católica del Perú), pro manuscrito, 2015.
- Ramiro SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2011.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2018.
- Enrique SAYAGÜES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1974.
- Inmaculada VALEIJE ALVAREZ, “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997.
- Orlando VIGNOLO CUEVA *et al.*, *Comentarios y críticas a la ley del servicio civil*, Thomson Reuters-ECB Ediciones, Lima, 2014.
- Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, *Adaptando la legislación penal de Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción*, Instituto de Estudios Internacionales-PUCP, Lima, 2001.

LA ACTIVIDAD INFORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN. PREMISAS PARA UNA TENTATIVA DE RECONSTRUCCIÓN DE UNA CATEOGRÍA (CASI) OLVIDADA*

THE INFORMAL ACTIVITY OF THE PUBLIC ADMINISTRATION. PREMISES FOR AN ATTEMPT TO RECONSTRUCT AN (ALMOST) FORGOTTEN CATEGORY

Clara I. VELASCO RICO

Profesora agregada Serra Hünter de Derecho Administrativo
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN: El presente trabajo analiza la denominada actividad administrativa informal a partir de las construcciones teóricas desarrolladas en la literatura jurídica alemana, norteamericana y española. El trabajo define la actuación administrativa informal atendiendo a diversos criterios y destaca su función principal en el conjunto de la actuación administrativa. En este sentido, el artículo ofrece criterios que facilitan desgajar la actividad administrativa informal de la denominada actuación material de la administración, categoría con la que tradicionalmente se ha confundido y, por ende, intenta reconstruir un concepto autónomo.

PALABRAS CLAVE: informalidad; actuación administrativa; actuación material; procedimiento administrativo; instituciones informales.

* Finalización 13.02.2022. Agradezco al prof. Jorge García-Andrade su amabilidad al facilitarme el texto de su monografía, cuando todavía estaba en prensa. Igualmente, agradezco al prof. Marcos Almeida la gentileza de enviarme su capítulo, escrito junto al prof. Carro Fernández-Valmayor, en una versión *pre-print*. Debo agradecer al prof. Oriol Mir el haberme facilitado un resumen traducido del estudio de Fehling sobre la actividad informal de la Administración. Las tres obras citadas aparecen debidamente referenciadas en el apartado 'Bibliografía'. Debo dar las gracias también a los profs. Cerrillo, Ponce y Barnés por sus comentarios a la versión inicial del trabajo. Finalmente, agradezco todas las sugerencias y críticas que se formularon a la ponencia que presenté a la XV Sesión del STEM, organizada por la Universitat Pompeu Fabra, el 27 de noviembre de 2020, así como los muy útiles comentarios de los revisores de este artículo. Los errores son solo míos.

ABSTRACT: This paper analyzes the so-called informal administrative activity in view of the theoretical constructions developed in the German, American and Spanish legal literature. The paper defines informal administrative activity according to different criteria and highlights its main function in the administrative activity. In this sense, the article offers criteria that facilitate the separation of informal administrative activity from the so-called material action of the administration, a category with which it has traditionally been confused and, therefore, attempts to reconstruct an autonomous concept.

KEYWORDS: informality; administrative activity; material activity; administrative procedure; informal institutions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. Objeto y objetivo. 1.2. Contexto: el interés por la actuación administrativa informal como síntoma de cambios profundos. 1.3. Encuadre bibliográfico y metodológico— 2. DEFINIENDO LA INFORMALIDAD: 2.1. Las instituciones informales: una definición desde la Economía y la Ciencia Política. 2.2. Las distintas acepciones de la actividad informal en el ámbito jurídico. 2.2.1. ¿Qué entendemos por falta de forma? 2.2.1.1. La informalidad como no plasmación en un acto, contrato o resolución administrativa. 2.2.1.2. Actuación informal como actuación no procedimentalizada. 2.2.1.3. Actuación informal como actuación falta de carácter vinculante. 2.3 Los ámbitos en los que opera la informalidad. 2.3.1. Introducción. 2.3.2 La actividad informal como alternativa a la actividad interventora. 2.3.3 La actividad informal consensual. 2.3.4. Actividad informal y vinculación negativa a la Ley. 2.3.5. Actividad informal y conformación interna de la actuación administrativa.— 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.— 4. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objeto y objetivo

Este trabajo analiza la denominada actividad informal de la Administración y ofrece argumentos que permiten concretar sus elementos característicos para diferenciarla de la denominada actuación material, con la que tradicionalmente se la ha confundido.

Para abordar debidamente el estudio de la actividad informal es preciso establecer, de entrada, una serie de definiciones que encuadren el objeto de análisis. En primer lugar, debemos precisar que entendemos por actuación administrativa un sinónimo de actividad de la Administración. De acuerdo con el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, por actuación administrativa debe entenderse aquella “[A]ctividad imputable a la Administración, ya sea formalizada o puramente material, incluso si consiste en inactividad o vía de hecho, a efectos de su control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa”¹.

¹ Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Voz: “actuación administrativa”. Texto disponible aquí: <https://dpej.rae.es/lema/actuaci%C3%B3n-administrativa> (última consulta, 08.05.2020).

A partir de esta definición se colige la existencia de dos tipos de actuaciones atribuibles a la Administración: una actuación formalizada y, otra, por oposición, no formalizada “o puramente material”. Nótese que no se está confrontando la actuación formalizada a la actuación informal. El antónimo de “formal” se encuentra en el adjetivo “material”. La distinción entre actividad formal y material ha sido objeto de atención por parte de la doctrina y existen estudios completos sobre distintos tipos de actuación material como la coacción administrativa directa (Aguirreazkuenaga, 1990) o la prestación de servicios sociales (Rodríguez de Santiago, 2007), por nombrar solo dos ejemplos.

La Administración desarrolla actuaciones de muy distinto tipo y naturaleza cuyas características pueden diferir notablemente (Santamaría Pastor, 2004: 106). Es decir, para poder desarrollar las labores que le han sido encomendadas constitucional y legalmente, la Administración actúa (puede y debe actuar) fuera “del camino canonicado de las formas jurídicas (...) [por ello] Junto a la acción con forma jurídica está la acción material” (Schmidt-Assmann, 2003: 332). Ciertamente, la actividad material no debe tenerse por una categoría dogmática de segundo nivel o de menor rango (Schmidt-Assmann, 2003: 332) en relación con la actuación administrativa formalizada y merece una atención doctrinal destacada. La actividad material se ha definido, por exclusión, como un elemento que no queda amparado en la categoría de “acto administrativo”. Así, no serían actos administrativos las actuaciones de la Administración de carácter técnico —mediciones, pruebas, obras, operaciones quirúrgicas en hospitales públicos, etc.— o material —recogida de residuos, aplicación de la fuerza, etcétera (Muñoz Machado, 2015: 15).

La doctrina distingue dos subtipos de actuación material: a) aquella que trae “causa de un acto formalizado, constituyendo la ejecución o consecuencia del mismo (p. ej. el derribo físico de una finca acordado por una resolución sancionadora); o b) aquella que se da “sin conexión alguna con un acto formal previo, siendo la decisión y la actuación material simultáneos (p. ej. la celebración de un concierto de la ONE; una operación quirúrgica en un hospital público; la organización de una exposición de pintura por un museo; la detención de un delincuente por la policía)” (por todos, Santamaría Pastor, 2004: 106-107).

El concepto de actuación material de la administración no abarca las denominadas actuaciones técnicas o auxiliares que se desarrollan como soporte necesario para la tramitación de un determinado procedimiento administrativo, en ejercicio de una potestad administrativa (Berning, 2021: 278). Estas actividades instrumentales de auxilio no son manifestación del ejercicio directo de ninguna potestad administrativa específica, pese a que resulten, en algunos casos, imprescindibles para su actuación. Es decir, aunque dichas actuaciones están conectadas con la potestad administrativa en cuestión no son una manifestación o expresión esencial de esta.

Más allá de estas precisiones, en este trabajo vamos a abordar el estudio de la denominada “actividad o actuación informal de la Administración”, que no debe confundirse o identificarse directamente con la actuación material. Es decir, en nuestra opinión, y como vamos a tratar de argumentar, los dos conceptos no son sinónimos.

Hay que tener en cuenta que parte de la doctrina considera que no pueden distinguirse ambos tipos de actuación porque el criterio de la forma no permite producir “un tipo específico de actuaciones administrativas” (Stober-González Varas, 1995: 578). También se ha afirmado que, pese a la propuesta de categorización autónoma de la actuación informal respecto de la actividad material, la doctrina no ha llegado a demostrar su autonomía debido a la multiplicidad de tipos de actuaciones informales que desarrolla la Administración. Se afirma que esta variedad no permitiría reconducir la realidad a una sola categoría o definición omnicomprensiva (Schultze, 1993: 116). A nuestro modo de ver, sí sería posible distinguir entre actuación material y actuación informal y creemos poder presentar algunas razones que permitan, si no excluir este género —y convertirlo en categoría—, por lo menos singularizarlo —más allá de su tipificación— de la categoría de actuación material, en la que hasta ahora lo ha subsumido (y confundido) una parte de la doctrina (Stober-González Varas, 1995: 577; Agudo González, 2013).

El estudio y la sistematización de la actividad informal de la Administración representa un “desafío” para los *iusadministrativistas* (Gardner, 1977; Aman, 1994; Schmidt-Assmann, 2003: 332; Berman, 2011; Ponce Solé, 2019; Carro y Almeida, 2015). El diseño de sistemas y herramientas para su control también es un reto. Pese a que la doctrina ha abordado la cuestión en diversos trabajos, se sigue sosteniendo que las actuaciones informales son “(...) un ‘hijastro’ de la dogmática jurídica o una ‘terra incógnita’” (Stober-González Varas, 1995: 576). Sin embargo, en la dogmática alemana se ha realizado un esfuerzo sistematizador especialmente intenso y, en la actualidad, esta parece ser una cuestión pacífica entre los autores germanos (Fehling, 2012 y Hermes, 2012).

Por su parte, la doctrina estadounidense ha recalcado la ubicuidad de la actuación informal de las agencias (Rakoff, 2000: 162; Beermann, 2011) y ha constatado que es “ (...) *the lifeblood of the administrative process*” y que constituye “ (...) *nothing less than ‘the everyday business of an administrative agency’s agenda’*.” (Aman, 1994: 665). Pese a su importancia (Gelhorn, 1971: 2), nuestros colegas del otro lado del Atlántico tampoco han llegado a un consenso sobre lo que debe entenderse por tal fenómeno (Aman, 1994: 665). Gardner —por ejemplo— empieza con palabras muy expresivas un estudio ya clásico sobre la cuestión: “*This paper undertakes to bring into focus the intractable and perhaps insoluble dilemmas that are likely to hamper any effort either to structure the informal actions of government or even to study them.*” (Gardner, 1977: 799). En el mismo sentido, se ha destacado que no existe una definición única que describa de manera completa y precisa todas las actividades sustantivas que se incardinan en el concepto, de contornos poco definidos, de “actuación informal de una agencia” (Aman, 1994: 672; Beermann, 2011). Se ha afirmado pues que, más que conceptuarse, la actividad informal —debido a la heterogeneidad de sus manifestaciones— solo permite describirse (Carro y Almeida, 2015).

Como decimos, la actuación administrativa informal no ha ocupado en Europa —tampoco en el Derecho administrativo norteamericano (más preocupado por el control efectivo de la actuación administrativa por los tribunales, que por las formas

en las que se manifiesta dicha actuación)— un espacio de estudio equiparable al que se le ha atribuido, por tradición, al procedimiento administrativo, como eje central de la actividad administrativa formalizada. Ni tan siquiera se le ha dedicado la misma atención prestada al concepto de actuación administrativa de carácter material (Schulte, 1993: 113-114; Schulze-Fielitz, 1993: 93; Stober y González Varas, 1995: 574; Schmidt-Assmann, 2003: 332; Agudo González, 2013: 131). Indubitablemente, las formas jurídicas tienen un importante valor en el Derecho, pues facilitan la actuación administrativa y dificultan comportamientos arbitrarios, protegiendo así al ciudadano y facilitando el control judicial de aquella (Bauer, 1993: 143; Velasco Caballero, 1998: 59 y ss.). Ello ha supuesto, no obstante, que la dogmática jurídica se haya desarrollado de forma asimétrica, lo que se ha traducido en que la doctrina haya prestado una escasa atención a las actividades materiales e informales cuya explicación teórica dista mucho de ser completa (Utrilla Fernández-Bermejo, 2020: 102).

Salvo error nuestro, la actividad administrativa informal entre nuestra doctrina no ha sido hasta en fechas recientes objeto de estudios monográficos. Se acaba de publicar, la aproximación quizás más sistemática a la cuestión, a través de un enfoque nuevo que incluye a las actividades materiales, informales y directas bajo la característica común de ser actuaciones administrativas desarrolladas sin que medie procedimiento alguno (García-Andrade, J. *Actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Marcial Pons, 2021). Además, se ha realizado una sistematización de la categoría en un capítulo de una obra colectiva (Carro y Almeida, 2015). Sin embargo, no es menos cierto que sí se ha realizado una aproximación a dicho concepto al hilo de estudios sobre lo que deben considerarse “sectores” o “campos” de “referencia”. Estos estudios beben de la tradición germánica en dos aspectos. Por un lado, desde un punto de vista metodológico, escogen como ámbito de estudio un sector amplio de la realidad en el que la Administración ejerce las funciones y potestades que le han sido atribuidas y a partir de ahí, de este análisis sectorial, incorporan las nuevas técnicas regulatorias a la parte general del Derecho administrativo. En este sentido, se ha analizado la informalidad de la actuación administrativa, por ejemplo, en trabajos sobre el Derecho de la información pública (Velasco Caballero, 1998), sobre el Derecho administrativo social (Rodríguez de Santiago, 2007), o sobre el Derecho ambiental colombiano (Castro Buitriago, 2015).

Por otro lado, los estudios a los que hacemos referencia, desde un punto de vista substantivo, incorporan a su análisis la dogmática alemana (recogiendo sus herramientas conceptuales) que se ha ocupado del estudio de la actuación administrativa informal durante las dos décadas finales del siglo xx, justamente, al calor de los avances del Derecho medioambiental y de las nuevas formas de gestión —por parte del Estado y de la Administración— del riesgo generado por los progresos científicos y tecnológicos, es decir, de los entonces denominados “nuevos sectores de referencia” (Schulte, 1993: 113-114; Schmidt-Assmann, 2003: 333).

Otras aproximaciones de nuestra doctrina a la actuación administrativa informal o a la informalidad en el quehacer administrativo se han centrado, por ejemplo, en el estudio de la relación entre la Administración y la sociedad, en la denominada

concertación con la Administración (Agudo González, 2013), en la actuación informal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Belando Garín, 2005), en la importancia de la informalidad en el desarrollo de las funciones de los órganos colegiados en el paradigma de la Administración en red (Cerrillo, 2011) o en el estudio de la actuación de los lobbies en el procedimiento de elaboración de normas (Ponce Solé, 2019). También nuestra doctrina exploró tempranamente la relación entre la actuación informal y el procedimiento administrativo (Malaret, 1991).

1.2. Contexto: el interés por la actuación administrativa informal como síntoma de cambios profundos

Antes de examinar el concepto de actividad administrativa informal es preciso contextualizar el interés de la doctrina por esta figura. Para ello hay que tener en cuenta, siquiera brevemente, el panorama histórico y socioeconómico en el que despierta una especial atención por el estudio de la actividad informal de la Administración por parte de la doctrina jurídica (Stober y González-Varas, 1995: 574). En Europa, este contexto viene marcado por la eclosión de paradigma del Estado garante y del Estado regulador y de los conceptos de gobernanza y de Administración en red, motivado por un entorno de alta complejidad social, económica y tecnológica. La doctrina considera que las actuaciones informales se vuelven imprescindibles en este escenario, sobre todo en sectores como el medio ambiente, el urbanismo o las infraestructuras, en tanto que permitirían una acción administrativa más flexible y eficaz (Carro y Almeida, 2015). Bajo el paraguas de la regulación, que explica el “nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad” (Muñoz Machado, 2015: 17), se ha considerado que las diversas formas de actuación administrativa informal son una manifestación de “(...) la pérdida de capacidad del Estado para imponer coactivamente sus decisiones” (Darnaculleta, 2003: 20-21) y “de la crisis de la dirección por el Derecho o la pluralización y diferenciación de la organización interna del Estado” (Schuize-Fielitz, 1993: 101).

A ello hay que sumarle el desarrollo de una constante desregulación en los más diversos ámbitos, que debe añadirse a un déficit de dirección de las leyes y del Derecho cuyo contenido consiste cada vez más en “cláusulas generales o en normas de carácter finalista, que otorgan a la Administración un gran espacio de discrecionalidad (...)” (Carro y Almeida, 2015). Puesto que no puede imponer sus decisiones mediante las herramientas tradicionales y formalizadas (Parejo Alfonso, 2016: 59), el Estado necesita que los ciudadanos las acepten y para ello entabla, por ejemplo, negociaciones previas informales o actúa concertadamente con diversos actores sociales y/o económicos (Stober y González-Varas, 1995: 576; Santaella Quintero, 2011:9).

En el mismo sentido se posiciona Cerrillo quien considera que articulación de la Administración en red —derivada del proceso de globalización y de los acelerados cambios tecnológicos producidos a partir de la segunda mitad del siglo xx— ha provocado una mutación en la actividad administrativa y ha favorecido la importancia

de la actuación informal. Así, la actuación del Estado (y por ende de la Administración) ha ido progresivamente desvestiéndose de su naturaleza imperativa (Malaret, 1991: 227) para adoptar nuevas formas de actuación centradas en la negociación y la concertación, la persuasión mediante incentivos, la sugerencia y la prevención (Cerrillo, 2011: 85). Ello implica a su vez, atribuir un cierto valor a este nuevo tipo de actuaciones de carácter informal (Cerrillo, 2011: 85) e implica igualmente repensar la función que tradicionalmente se ha atribuido al procedimiento administrativo. En este sentido, Malaret defendió que el procedimiento debe conceptuarse no solo como un elemento formal que permite embridar y controlar el poder administrativo, sino que también, desde un punto de vista substantivo, debe tenerse por un canal en el que, incluso de manera informal, sin ningún tipo de cobertura legal expresa, se producen intercambios de información, negociaciones y composición de intereses, más allá de los rígidos trámites participativos que se hayan prescrito en sus normas reguladoras (Malaret, 1991: 312-313).

Muy recientemente García Andrade (2021:203) ha destacado diversos motivos por los que se ha extendido entre nuestras Administraciones el recurso a la actuación administrativa informal. En primer lugar, el autor apunta a la falta de regulación como elemento determinante que explicaría el notable aumento en su uso. Así, las Administraciones, al desarrollar actuaciones de este carácter, no se verían constreñidas por los cauces procedimentales previstos normativamente, ni por los plazos y demás requisitos, que dotan de forma, eficacia y validez a sus actuaciones. En segundo lugar, esta falta de regulación genera, una mayor flexibilidad para la Administración. Finalmente, la tercera razón que motiva el auge actual de la actuación administrativa informal está relacionada con la dificultad de control que entraña para los Tribunales de Justicia. En tanto que la actuación informal no se ciñe a un procedimiento preestablecido, ni a plazos, ni está prevista en norma alguna, no existe obligación de recurrir a ella, ni es manifestación del actuar de una potestad administrativa, los particulares no podrían armar fácilmente recursos frente a estas y los Tribunales dispondrían de pocos elementos sobre los que proyectar su función revisora.

Por su parte, la doctrina norteamericana —orientada casi siempre al análisis de la actuación administrativa en términos de coste/beneficio (Kerwin y Furlong, 2018)— considera que la actuación administrativa informal va de la mano de un enfoque más eficiente de la acción gubernamental (Gardner, 1977: 825). En este marco, la actuación administrativa informal facilitaría la consecución de determinados objetivos gubernamentales ahorrando los costes derivados del desarrollo de actuaciones de tipo formalizado (Aman, 1994: 671; Rakoff, 2000, 163). El ahorro de costes no solo se produce del lado de la Administración, sino también del destinatario de los efectos de la actuación informal de la agencia, en tanto que puede ver satisfechos sus intereses y/o reconocidos sus derechos en un tiempo notablemente inferior del que consumiría el desarrollo de una actuación formalizada. Además, se considera que, en teoría, la actuación informal permite a la Administración actuar de forma más flexible y eficiente, pero a la vez, preservando los principios legales que guían su actuación como los de transparencia, participación y *accountability* (Kerwin y Furlong, 2018).

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina alemana al afirmar que la actuación administrativa informal presenta ventajas en términos de flexibilidad y de reducción de costes. Además, la actuación informal en los supuestos en que se desarrolle como preparación o sustitución de las formas jurídicas de actuación (Fehling, 2012) permitiría conocer anticipadamente el alcance y contenido al futuro destinatario del acto o convenio que aquella contribuye a generar, contenido al que el destinatario ya se ha conformado.

También se ha afirmado que la actuación informal —cuando se manifiesta como actuación previa a la aprobación de una futura norma, puede facilitar la aceptación de dicha norma por sus destinatarios— puesto que han contribuido a fijar su contenido y a establecer una interpretación compartida de la aquella entre Administración y sector regulado. Ello debería a su vez evitar impugnaciones posteriores y una reducción de la inseguridad jurídica en su aplicación e interpretación (Schulze-Fielitz, 1993: 102; Fehling, 2012; Carro y Almeida, 2015). Sin embargo, este no parece haber sido el resultado en el sistema norteamericano en el que se apuntaron las mismas razones justificativas (Coglianese, 1997).

En fin, este breve apunte panorámico sobre el contexto que enmarca el renovado interés doctrinal por las actuaciones no formalizadas debe recoger también la importancia adquirida por las actuaciones, técnicas, materiales e informales en el Estado social contemporáneo. Velasco Caballero ha destacado acertadamente que lo determinante en este modelo de Estado ya no es el acto administrativo (actividad decisoria imperativa fruto de la tramitación de un determinado procedimiento) sino que ha recobrado especial protagonismo la actuación directa de la Administración al amparo de regulaciones finalistas, que la organizan y la encauzan, orientándola a la producción de efectos sobre la realidad (provisión de servicios a las personas o modificación del estado físico de las cosas) (Velasco Caballero, 2020: 127-128).

1.3. Encuadre bibliográfico y metodológico

Para intentar desarrollar cualquier estudio sobre la informalidad administrativa en nuestro ámbito jurídico es imprescindible revisar los trabajos que ha alumbrado la doctrina alemana desde los años ochenta del pasado siglo. El interés de los autores alemanes por este concepto despunta con la obra de Bohne (1980) y suscitó entonces vivos debates (Schulze-Fielitz, 1993: 90; Schmidt-Assmann, 2003; Fehling, 2012). Los autores españoles que han abordado el concepto de actividad administrativa informal beben de las fuentes germanas, tanto de forma directa, trabajando con los textos originales que se ocupan de esta cuestión, como a través del estudio de las traducciones de varios artículos publicados en la revista *Documentación Administrativa* en 1993, que son referencias ineludibles en este campo. En este trabajo, puesto que quien escribe no lee alemán, se utilizarán las escasas obras traducidas al español.

Este trabajo además de la dogmática alemana toma como referencia el derecho administrativo norteamericano, pese a que parte de premisas distintas (sobre todo de

un entendimiento distinto del principio de legalidad y de un “sistema de poderes delegados a las agencias”) y pese a que en este derecho administrativo el concepto de “informalidad” tiene más que ver con la flexibilización del procedimiento administrativo y con las formalidades de la actuación administrativa, que con los instrumentos a los que la Administración recurre para actuar. El interés de la doctrina norteamericana por la actuación informal de la Administración eclosiona en los años setenta del siglo xx, aunque ya en los años cuarenta se estudió la figura en un informe del *Attorney General* de los Estados Unidos sobre el procedimiento administrativo. Pese a que allí tampoco se han definido unívocamente sus perfiles y características, existen trabajos que han intentado una sistematización de sus manifestaciones, ya sea mediante una clasificación de sus tipos, ya sea mediante el estudio de ámbitos sectoriales en los que se ha identificado su uso.

En una primera aproximación a los dos modelos extranjeros señalados se puede argüir que la informalidad en el contexto norteamericano debe entenderse en el seno del procedimiento, bajo el paraguas de la APA, e implica un cierto aligeramiento de las cargas burocráticas y de los trámites a desarrollar antes de aprobar una norma o acto, mientras que, en la dogmática alemana la informalidad se conceptúa como toda aquella actividad administrativa que no se plasma en un acto, contrato, reglamento o plan administrativos.

Sin embargo, pese a que los contextos y objetivos de los dos sistemas son distintos, lo cierto es que en la actuación de la administración norteamericana también existe actividad informal —más allá del procedimiento informal— fuera de la APA —y de la dupla procesos formales e informales—, y esta es la denominada *informal adjudication*, que sería aquella actuación administrativa no regida por la norma de procedimiento y que tampoco se plasma en ningún acto administrativo. En este sentido, tanto en Estados Unidos, como en Alemania, la doctrina jurídica predica la informalidad de determinadas actuaciones faltas de carácter vinculante, por ejemplo, emisión de avisos, elaboración y difusión criterios orientativos o interpretativos que pretenden influir en el comportamiento de los ciudadanos a quienes se dirigen. Igualmente, en ambos sistemas pueden encontrarse procesos negociales desprovistos de carácter vinculante —previos, paralelos, o posteriores— que contribuyen, en el marco de un procedimiento administrativo, sin confundirse con los trámites de este, a la adopción de una norma, acto, contrato o plan administrativos o a su ejecución, etc. En ambos sistemas, en algunas ocasiones, estas actuaciones informales llegan a substituir a la actuación administrativa formalizada (a la que se llega procedimiento mediante, y está dotada de carácter vinculante), es decir, se pueden entender como alternativas, tal y como postula la dogmática alemana contemporánea. Esta alternativa se manifiesta en ambos sistemas, aunque la doctrina alemana más actualizada atribuye a esta característica el elemento diferenciador que permite separarla de la actividad material. También en ambos sistemas la doctrina se preocupa por el impacto de la actuación informal en los derechos e intereses de terceros que pueden verse afectados y proponen remedios en caso de vulneración de derechos fundamentales y en caso de que su uso desborde los límites de lo jurídicamente admisible en relación

con los principios informadores de la actuación administrativa propios de cada ordenamiento jurídico.

Además, el recurso a la doctrina norteamericana permite comprobar, aunque sea de forma indirecta, cómo las descripciones y los análisis realizados por la Ciencia Política en su aproximación institucionalista se han materializado en determinados casos también en el ámbito jurídico. Se ha verificado que la actuación informal en su relación con la actuación formalizada ha provocado cambios en el ordenamiento jurídico, haciéndolo evolucionar: lo que un momento era informal, pasados los años ha sido adoptado por el ordenamiento y se le ha dado carta de naturaleza, es decir, se ha formalizado. Igualmente, como las instituciones informales (*vid.* apartado 2.1), la actuación informal de la administración en un plano jurídico tampoco debe ser considerada *per se* ilegal.

En cuanto a la metodología utilizada en este trabajo, hay que tener en consideración que el estudio de la actividad informal mediante el recurso a categorías tradicionales de la dogmática jurídica, como, por ejemplo, las propias de la teoría de las formas y su distinción entre actividad formal y actividad material ha mostrado sus flaquezas (Velasco Caballero, 1998: 71-74; García Andrade, 2021: 66-67). Además, es ilustrativo que cuando se ha abordado el análisis de la actuación informal de la Administración entre nosotros se haya hecho siempre en relación con “sectores de referencia” o atendiendo a subtipos concretos de la misma (actividad informal de concertación, actividad informal informativa, actividad informal de los órganos colegiados, etc.). De este modo, se ha defendido que la actividad informal solo se puede definir considerándola una manifestación de la actuación material que puede aprehenderse a través de tipos (Agudo, 2013: 132). En consecuencia, se realiza una clasificación que distingue entre actuación informal informativa, de concertación, etc. y se estudian sus características una vez tipificadas.

También se ha sostenido que esta metodología facilita singularizar ámbitos de la actividad administrativa, atendiendo a la diferente posición en la que se sitúa el ciudadano respecto a la Administración “entablando relaciones jurídicas variables, sin perjuicio de que en cada tipo la Administración pueda emplear formas características y variables de acción, incluyendo mecanismos informales”, abordando así la cuestión desde el marco de la teoría de la relación jurídico-administrativa (Agudo González, 2013: 133). Este punto de partida se ha venido considerando el más apropiado para dotar a la actuación informal de personalidad propia dentro del cajón de sastre que conforma la categoría de actuación material de la Administración (Velasco Caballero, 1998: 74; Agudo González, 2013). Igualmente, se ha afirmado que las teorías tradicionales relativas a las formas de la actividad y al procedimiento y acto administrativos no son adecuadas para abordar el estudio de la actividad informal (García-Andrade, 2021: 67). Además, como ya se ha dicho, se ha venido defendiendo que la gran heterogeneidad de las manifestaciones de la actividad informal (actividad a clasificar) conllevaría la imposibilidad de construir una categoría única cuya definición las abarque a todas.

Sin embargo, en este estudio se propone poner el foco en algunos elementos que nos parecen específicos de la actuación informal, lo que a su vez permitirá establecer una diferenciación respecto de la actividad material de la Administración. En nuestra conceptualización, no se atribuye a la falta de forma —es decir, la no plasmación de dicha actuación en un acto, contrato o norma— una función distintiva crítica (porque la actividad material tampoco se plasma en dichos instrumentos), y tampoco se atiende específicamente al sector material donde la actuación administrativa se produce, así como tampoco se da un especial valor a la consensualidad de la actuación informal (en el mismo sentido, Fehling, 2012). Al contrario, y, en definitiva, nos interrogamos sobre la función de la actuación administrativa informal, esto es, sobre cuál es su papel en el conjunto de la actuación administrativa. La adopción de este criterio creemos que nos permite individualizarla como categoría jurídica. Además, otra de las ventajas de este enfoque es que es perfectamente compatible con prestar una especial atención a los efectos que puede llegar a producir la actividad informal en la esfera de derechos e intereses de los ciudadanos.

Como hemos dicho, la actuación administrativa informal no es una patología del sistema administrativo, sino que es una forma de actuación complementaria que facilita su buen funcionamiento. Además, hay que tener en cuenta que en numerosas ocasiones el procedimiento administrativo previsto es incapaz de trasladar la complejidad propia de determinados sectores administrativizados. Dicha complejidad se plasma, por ejemplo, en la existencia de múltiples intereses contrapuestos y también de desequilibrios en cuanto a la información o el conocimiento técnico o científico requerido para adoptar determinadas decisiones. La actuación administrativa informal asume, en este caso, una función de simplificación del curso de la actuación administrativa, actuando como un primer filtro de cuestiones relevantes que serán trasladadas, si procede, a una actuación formalizada. Todo ello no implica, sin embargo, que sea una actuación exenta de riesgos de distinta magnitud, cuestión está que deberá ser abordada, en el futuro, en otro trabajo.

Los elementos que nos parecen específicos de la actuación administrativa informal se han identificado mediante el estudio de las teorías elaboradas sobre la actividad informal en nuestro sistema jurídico, pero a la luz de Derechos foráneos; más concretamente, se han contrastado nuestras teorizaciones tradicionales sobre la actividad informal con las elaboraciones o sistematizaciones teóricas y dogmáticas desarrolladas en dos sistemas jurídicos extranjeros, esto es el Derecho administrativo alemán y el Derecho administrativo norteamericano, como ya se ha dicho. Estas teorizaciones foráneas nos permiten identificar, explicar y analizar un mismo tipo de actuación administrativa, presente en los tres sistemas, aunque los tres contextos (en los distintos planos económico-social, político y jurídicos) sean muy distintos. En este sentido, ya se ha defendido que, pese a que las construcciones doctrinales y las teorías nacen en un contexto jurídico positivo específico, pueden acabar desligándose del mismo —debido a la evolución de este— para ser herramientas que permitan, por su capacidad explicativa, aprehender la complejidad o la realidad de otro ordenamiento jurídico o Derecho positivo distinto (Diez Sastre, 2018: 108).

Como el lector verá rápidamente, este trabajo no es un estudio de Derecho comparado positivo, es solo una parcial comparación teórica que considera que las teorizaciones alemana y norteamericana sobre la actuación administrativa informal pueden “ser utilizada(s) en otro ordenamiento jurídico estatal. Bien para explicar una realidad normativa similar a aquella para la que se formula la teoría, bien para explicar una realidad distinta, pero también susceptible de explicación con los mimos enunciados lógicos, incluso con alguna adaptación” (Velasco Caballero, 2020: 154).

Finalmente, también se ha considerado necesario traer a colación algunas concepciones desarrolladas sobre las instituciones informales en otras ciencias sociales, tanto porque de esas fuentes bebieron los autores alemanes para empezar a depurar dogmáticamente la categoría de actuación informal de la Administración, como porque ofrecen un alto valor explicativo y analítico sobre la cuestión.

2. DEFINIENDO LA INFORMALIDAD

2.1. Las instituciones informales: una definición desde la economía y la ciencia política

Puesto que el concepto de informalidad de la actuación administrativa se ha importado de otras disciplinas sociales, es interesante —como paso previo a su estudio desde un punto de vista jurídico— siquiera apuntar los desarrollos doctrinales que abordan otras manifestaciones de la informalidad en el funcionamiento de los sistemas políticos. Como decimos, la informalidad no solo ha interesado al Derecho, más bien podríamos afirmar que el Derecho ha quedado en una posición rezagada en el estudio de la cuestión. En palabras de Ponce Solé, citando a Schultze-Fielitz, “[L]a ciencia del Derecho administrativo ha tardado en afrontar el tema de la informalidad, si bien, como ha sido puesto de relieve en la doctrina alemana, una de las más sensibles al respecto desde el punto de vista dogmático, es de una gran importancia pues *‘es un síntoma de cambios estructurales en la acción del Estado en general y se integra en la más reciente evolución del Derecho Administrativo’*” (Ponce Solé, 2019: 23).

Más allá de la actuación administrativa, la informalidad se puede predicar también de la actuación del resto de poderes públicos y actores sociales y económicos. Por ello, otras ramas de las Ciencias Sociales también han mostrado interés en analizarla. La Ciencia Política se ha ocupado del estudio de las denominadas instituciones informales y la Economía también ha teorizado al respecto. La teoría institucionalista —que ha extendido su influencia en ambas disciplinas— utiliza la expresión institución política informal para referirse a “(...) *norms and practices, either legal, a-legal, or illegal, occurring outside the frame established by a political constitution and its auxiliary legislation; although unwritten, they are well known to political actors and are enforced in their social interaction*” (Helmke y Levitsky 2006: 5). Esta conceptualización está imbuida de los trabajos de North dedicados a la definición de lo que debe considerarse una institución.

El autor recientemente citado define las instituciones como “*the rules of the game in a society or, more formally, the humanly devised constraints that shape human interaction*” (North, 1990: 3). Estas reglas del juego (las instituciones) que estructuran la vida social, económica y política (y que pueden ser entendidas también como una ordenación de incentivos) pueden ser tanto formales como informales. El interés de North por incorporar las instituciones a la teoría económica deriva de su crítica a los supuestos de comportamiento racional vinculados con la economía neoclásica. Para el autor, dichos comportamientos solo se explican cuando los actores tienen información perfecta y simétrica, cuando no hay costos de negociación o decisión y cuando no existen costos de ejecución. Cuando este escenario ideal no existe y “(...) es costoso realizar transacciones, las instituciones importan” (North, 1990: 12), porque ayudan a estructurar la interacción humana y permiten reducir la incertidumbre en escenarios complejos de contratación económica, reduciendo a su vez los costos de transacción.

Desde el punto de vista de la Ciencia Política, también se acepta como premisa inicial la constatación de North de que las instituciones pueden reducir la incertidumbre, pero se critica que el autor, en su definición, las confunda con la tradición, la costumbre o la cultura. Helmke y Levitsky —dos autores que han estudiado las instituciones informales en las democracias latinoamericanas— las consideran un concepto ambiguo y las definen como “reglas socialmente compartidas, generalmente no escritas, que se crean, comunican y se hacen cumplir fuera de los canales autorizados oficialmente” (Helmke y Levitsky 2006: 5). En cambio, las instituciones formales dependen en cuanto a su creación, comunicación y ejecución de “canales que son generalmente aceptados como oficiales”. Es importante destacar que las instituciones políticas informales (Helmke y Levitsky 2006: 5)

— no son una cultura, porque los comportamientos asociados con una institución informal pueden no estar arraigados en valores sociales amplios sino en creencias de grupo particulares;

— no se refieren a ningún comportamiento desviado de las normas, porque pueden ser el resultado del diseño institucional formal o una creación paralela a él;

— no son acuerdos secretos, al contrario, son ampliamente conocidas en la política, ya que forman parte integral del funcionamiento del sistema político; tampoco son elementos ajenos al sistema institucional que escapen al control social.

Además, los autores señalan que, al contrario de lo que pueda pensarse, las instituciones políticas informales existen en las democracias consolidadas y, por tanto, no son patrimonio exclusivo de sistemas institucionales débiles o poco estructurados (Helmke y Levitsky 2006: 3; Farrell y Héritier, 2003; Azari y Smith, 2012). Otra constatación, atribuida a Ostrom (1986), es que ambos tipos de institución evolucionan al relacionarse e interactuar, de tal modo que las instituciones formales pueden generar o inducir una formalización de las informales. Esta dinámica se ha comprobado y descrito, por ejemplo, en el seno de la UE (Farrell y Héritier, 2003: 583-584).

En cuanto a las funciones que cumplen las instituciones informales en el conjunto del sistema, pese a que North explicó y reconoció el papel que tienen las instituciones informales como apoyo o soporte de acuerdos formales, no desarrolló este punto ni le dio a lo informal una función específica en la política (Espinosa y Barozet, 2017). Otros autores sin embargo sí han establecido una tipología de funciones desarrolladas por las instituciones políticas informales: “*Informal institutions, understood as the unwritten rules of political life, are seen to perform three functions: they complete or fill gaps in formal institutions, coordinate the operation of overlapping (and perhaps clashing) institutions, and operate parallel to formal institutions in regulating political behavior*”. (Azari y Smith, 2012: 37).

Helmke y Levistky (2006) categorizaron cuatro tipos distintos de instituciones informales. En primer lugar, identificaron las denominadas instituciones informales “complementarias” cuya función es asegurar la efectividad de las instituciones formales. Estas instituciones complementarias pueden ser de dos tipos, por un lado, las que completan un vacío que deja la articulación de las instituciones formales, y, por otro, las que conforman el substrato o la base para que puedan desarrollarse aquella. En segundo lugar, los autores categorizan las denominadas *accommodating informal institutions* cuyo rol es la creación de incentivos en el comportamiento de los actores políticos y sociales, de tal suerte que se modifican los efectos de las instituciones formales, pero sin que ello constituya una conducta tipificada, ni se viole la regla formal. En tercer lugar, se han identificado las instituciones competidoras, es decir, aquellas que generan incentivos contrarios a la existencia simultánea de ambos tipos de instituciones (formales e informales). Finalmente, se han descrito también las instituciones informales “substitutivas”, que se implantan cuando las instituciones formales resultan ineficaces para la consecución de los objetivos para los que fueron dispuestas.

Así pues, en otras disciplinas conexas al Derecho existe también una preocupación por identificar y explicar la existencia de prácticas informales cuya relevancia es indudable para comprender tanto el funcionamiento de las instituciones formales, como los resultados que arroja el engranaje completo. De hecho, como reconoce la doctrina alemana, el interés por la actuación administrativa informal saltó desde la sociología de las organizaciones al Derecho alemán, a través de los “estudios empíricos norteamericanos” en diversos ámbitos como el “déficit de ejecución en el Derecho medioambiental” (Schulze-Fielitz, 1993: 90-91). Ello puede significar que la informalidad ha ejercido un papel de “concepto puente”, ya que parece haber servido como “vía de recepción de conocimiento de otras disciplinas jurídicas” y de “instrumento que permite ‘traducir’ conocimiento extrajurídico e incorporarlo al Derecho” (Díez Sastre, 2018: 151).

2.2. Las distintas acepciones de la actividad informal en el ámbito jurídico

De acuerdo con Schulze-Fielitz (1993), la literatura jurídica ha empleado el concepto de informalidad con tres acepciones distintas. La primera acepción, a la que ya hemos hecho referencia, considera “lo informal como un concepto de la sociología de las organizaciones (y de las Administraciones)” (1993: 91-92), que no tiene ninguna atribución jurídica y que sirve de “concepto escoba” para explicar “objetivos organizacionales no formalizados, que no tienen por qué estar fijados jurídicamente (...)”. La potencialidad de estas modalidades informales de actuación en el ámbito de las organizaciones —también de las Administraciones— es que permite aflorar la necesidad de cambios en dichos organismos para poder adaptarse al entorno y al contexto en el que ejercen sus funciones (Schulze-Fielitz, 1993: 92).

La segunda acepción de la informalidad en la literatura jurídica adopta “lo informal como categoría jurídica crítica”, considerando la actividad informal como una alternativa, desviada de la norma, a la actuación formal. Esta concepción tiende a describir la actividad informal como una suerte de patología de la actuación administrativa que hay que reconducir a un cauce juridificado (Schulze-Fielitz, 1993: 92-93). En este sentido la utilizan, por ejemplo, Stober y González Varas (1995).

Finalmente, se ha entendido “la actuación administrativa informal como categoría empírica de la normalidad”. Esta concepción resulta de constatar la realidad del funcionamiento de las Administraciones y de la consideración “poco discutible” de que no todo comportamiento no regulado por el Derecho resulta antijurídico. (Schulze-Fielitz, 1993: 93)².

A primera vista, en una aproximación al concepto poco meditada o de trazo grueso, pudiera parecer que toda actividad informal de la Administración debiera ser calificada como ilegal, en tanto que la forma en el actuar administrativo se ha erigido en medida de su legitimidad y, también, de su legalidad. Y ello porque el procedimiento y el acto administrativo en el que este a menudo desemboca han centrado la articulación dogmática de nuestro Derecho Administrativo. Sin embargo, como destaca Schulze-Fielitz esta es una aproximación sesgada al quehacer de las Administraciones Públicas, porque en realidad la actuación administrativa informal puede ser tanto legal como ilegal (Schulze-Fielitz, 1993: 89-90).

² Así, “(...) en cierto modo resulta típico de toda la actuación de organizaciones y Administraciones que las reglas o, en su caso, los comportamientos informales complementen a los jurídicos. La actuación informal se presenta como una normalidad empírica tan inevitable como omnipresente, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidades de acción —de la Administración pública, por ejemplo—. (...) el concepto de lo informal pierde su potencialidad crítica con respecto a los modos formales de actuación; la actuación informal resulta así tan inevitable como generalizada y, en modo alguno, fundamenta per se una presunción de antijuricidad” (Schulze-Fielitz, 1993: 93).

Ciertamente, Schmidt-Assman ha destacado que “el Estado de Derecho no exige la juridificación de toda la actuación administrativa” (2003: 66). En esta línea se ha defendido también que la constatación y aceptación de la existencia de una actividad de tipo informal desarrollada por la Administración implica redefinir los contornos y el alcance del principio de vinculación positiva de la Administración a la Ley y reajustar su base, tanto a las normas constitucionales, como a la nueva realidad que supone el Estado social actual (Santaella Quintero, 2011: 93-94; en el mismo sentido también Agudo González, 2013: 136). Se ha afirmado que debe admitirse su actuación fuera de las formas procedimentalizadas siempre y cuando esta actuación pueda compagarse con el ordenamiento jurídico y no exista obligación de recurrir a formas predeterminadas de actuación (Schmidt-Assmann, 2003: 334). Todas estas actividades del Estado social que no pueden estar completamente predeterminadas por la Ley precisan de una Administración flexible, abierta a las aportaciones de disciplinas distintas a la del Derecho administrativo y, por tanto, sensibles a un enfoque multidisciplinario y a las aproximaciones cooperativas a los destinatarios de las normas (De Benedetto y Rangone, 2019).

Este trabajo parte también de la constatación que la actividad informal existe en la práctica administrativa —es una realidad fáctica— y puede observarse en múltiples ámbitos en los que la Administración ejerce sus funciones. De hecho, para aprehender correctamente el alcance de la actividad informal en conjunto del quehacer administrativo, tanto en Estados Unidos en los años cuarenta del pasado siglo, como en Alemania más recientemente se han realizado estudios de campo o trabajos de investigación de carácter empírico que han permitido extraer relevantes conclusiones a sus respectivos autores.

Por todo ello, en este trabajo, para ofrecer una definición de la actividad informal nos fijamos en su función como elemento crítico, con el fin de así poder delimitar sus contornos y singularizarla respecto de la simple actividad material. Para poder afirmar su existencia autónoma respecto de la actividad material, debemos preguntarnos para qué sirve la actividad informal en el conjunto de la labor administrativa.

2.2.1. ¿Qué entendemos por falta de forma?

En este punto, antes de continuar con el estudio de la actuación administrativa informal, y, para evitar confusiones, hay que tener en cuenta que cuando el Derecho administrativo alemán se refiere a las “formas” está denominando los instrumentos jurídicos que emplea la Administración para su actuación. Dichos instrumentos están claramente establecidos y enumerados por el ordenamiento jurídico (acto, reglamento, contrato y plan). Por ende, para el Derecho alemán, cualquier otra actuación administrativa que no adopte una de esas formas debe considerarse informal. Por ello, algunas actuaciones administrativas como la mediación, los informes que se evacúan en el procedimiento administrativo o las declaraciones de impacto ambiental son allí descritas como actuaciones informales.

Por el contrario, ni el Derecho administrativo norteamericano, ni el español comparten esta definición de actividad informal. En el caso español, la “forma” de la actuación administrativa alude más ampliamente al conjunto de trámites y requisitos jurídicos (formalidades) que son necesarios para vehicular la actuación formal de la administración. En este sentido, la doctrina española al pensar en una actuación informal, por regla general, identifica actuaciones completamente carentes de regulación —no están previstas en norma alguna—, y por ello, se niega la consideración de actuación informal a los informes, las declaraciones de impacto ambiental o al procedimiento de mediación, en tanto que su desarrollo y producción están explícita y detalladamente regulados en nuestro ordenamiento jurídico. En el caso norteamericano la informalidad, como hemos visto, se relaciona con la existencia de prácticas que realizan las agencias al margen o de forma alternativa de las normas de procedimiento que rigen su funcionamiento, prácticas que no están previstas en norma alguna y que, en determinados casos, acaban siendo un recurso alternativo a la adopción de actuaciones formalizadas.

En la dogmática alemana, Schmidt-Assmann constata que la actuación material se realiza mediante “acciones informales” poco estructuradas desde un punto de vista jurídico y cuyo objetivo es producir efectos fácticos, es decir, no jurídicos (2003: 332). La cuestión es desentrañar qué debemos entender, por “acciones informales”. Según el traductor de la obra de Schmidt-Assmann, en una nota aclarativa del concepto, las acciones informales son aquellas “conocidas en el Derecho alemán como ‘Realakte’, [que] se llevan a cabo por medio de una actuación material (de hecho) de la Administración. Ejemplo de ello serían: informaciones, informes, avisos, el riego de una calle o el conducir de un coche oficial” (Schmidt-Assmann, 2003: 332, Nota del Traductor). Sin embargo, creemos que esta definición arroja poca luz respecto al objeto de nuestro estudio puesto que no nos permite distinguir entre actuación material y actuación informal. Ambos tipos de actuaciones comparten la característica de no plasmarse en actos, normas o contratos administrativos. Por ello, la falta de forma —entendida en el sentido que da al concepto la dogmática alemana— no es un criterio útil para delimitar los dos tipos de actuaciones, formal e informal. En este sentido es preciso destacar que parte de la doctrina considera que al referirnos a la “actuación informal de la Administración” debemos tener presente que dicha expresión no es definitoria de un tipo de actividad administrativa concreta (Velasco Caballero, 1998: 57; Agudo González, 2013: 132). La actividad informal estaría conformada por todas aquellas actuaciones generadas fuera de los instrumentos formalizados que disciplinan la actuación administrativa y englobaría también a todas aquellas actividades que utilizan herramientas de dirección con pretensión de influir o motivar a la adopción de un determinado comportamiento o acción, sin recurrir a una forma predeterminada (Cerrillo, 2011: 89).

Por otro lado, y pese a constatar que tradicionalmente se ha considerado que la actividad informal como una subcategoría de la actuación material, puesto que como ella no tiene como principal misión producir efectos jurídicos, se ha defendido más recientemente que las actuaciones informal y material son dos categorías distintas

que se diferencian en que la actividad informal supone siempre una alternativa a la actuación formal, es decir, vive a la “sombra” de la actividad jurídica, lo que genera problemas jurídicos específicos que justificarían su autonomía (Fehling, 2012).

Como hemos dicho, al concepto de actividad formal no oponemos el de informalidad, sino el de actividad material. Desde esta conceptualización, la informalidad es una característica que describe y permite aglutinar una serie de actuaciones administrativas de carácter material que comparten “la falta de forma” (Velasco Caballero, 1998: 57; Agudo González, 2013: 133). Sin embargo, desde este punto de vista, reiteramos que la falta de forma no permitiría *per se* desligar la actuación informal de la categoría de actuación material. Pero, en cualquier caso, es preciso señalar qué debe entenderse o en qué consiste la falta de forma (Velasco Caballero, 1998: 57), que no puede equipararse de directamente, como ya hemos visto, a ilegalidad. Ya que la falta de forma, en sus tres acepciones clásicas (excluida aquella que la equipara con la actuación informal) no nos permite diferenciar entre actividad material y actividad informal, proponemos atender a otras características que nos faciliten delimitar los perfiles de ambas categorías.

La primera de estas características es que la actuación informal puede no estar prevista en norma alguna, es decir, que no hay una previsión normativa que le indique a la Administración que, en un determinado supuesto, puede recurrir a una actuación no jurídica. Dicho de otro modo, las Administraciones pueden actuar informalmente en múltiples ocasiones sin que exista un mandato legal expreso que las autorizase a ello (Belando Garín, 2005). El recurso a la actuación informal para la Administración estará disponible en tanto que esa actividad no constituya un comportamiento antijurídico (desde el punto de vista, administrativo o desde el punto de vista penal). Además, esa actuación será admisible siempre que se persiga el cumplimiento de objetivos de interés general y siempre y cuando se respete el ámbito competencial propio de la Administración u órgano actuante (Belando Garín, 2005).

La segunda característica que le sería propia es que la actuación administrativa informal puede contribuir a la producción de efectos jurídicos y está principalmente destinada a ello. Su función es esta en muchos casos, la de contribuir a la generación de dichos efectos. Se ha afirmado correctamente que, si bien mediante la actuación administrativa informal no es posible alterar el estado de las relaciones jurídicas (no se pueden crear, modificar o extinguir) (Carro y Almeida, 2005), no puede desconocerse que mediante la actuación administrativa informal se puede llegar a influir en dichas relaciones, puesto que este tipo de actividad genera una cierta vinculación. Esta mínima vinculación fáctica (Schmidt-Assmann, 2003; Fehling, 2012³; Agudo González, 2013; Carro y Almeida, 2015) ligaría a la Administración, en cierta medida, durante el desarrollo de la actuación formalizada con la que está imbricada

³ Los autores del Tratado dirigido por Schmidt-Assmann, Hoffmann-Riem y Voßkuhle, titulado *Grundlagen des Verwaltungsrechts* han acogido la noción de Fehling y a partir de esta característica establecen la distinción entre actividad material y actividad informal. Véase el vol. II, del Tratado, 2a ed., 2012, Beck.

aquella. En palabras de García-Andrade “(...) informalidad no equivale de manera necesaria a irrelevancia jurídica, pues generalmente el ordenamiento contempla que produzca o le asocia determinados efectos jurídicos (...)” (García-Andrade, 2021: 66).

Finalmente, la tercera característica de la actuación informal sería que, en determinados casos, puede constituir una alternativa a la actuación formalizada. De hecho, Fehling (2012) y la dogmática alemana contemporánea consideran que este es el rasgo esencial que permite distinguirla de la actuación material. En relación con esta última característica, y como enfatizan Carro y Almeida, incluso podría pensarse en una eventual exigencia para la Administración de actuar informalmente en determinados supuestos, y llegado el caso, en el establecimiento de elementos que encaucen dicha exigencia, atendiendo, por ejemplo, al principio de proporcionalidad. (Carro y Almeida, 2015). Otros autores, no obstante, consideran que el principio de proporcionalidad no incorpora ningún criterio general que implique o permita priorizar la actuación informal respecto de la formal establecida normativamente (Schmidt-Assmann, 2003: 334, citando a Bohne).

En los apartados que siguen analizaremos los tres sentidos tradicionales que se han atribuido a la “falta de forma” (no se plasma en acto, contrato, norma o plan; no tiene carácter vinculante; no está procedimentalizada), pero completaremos la reflexión añadiendo, para su contraste, las tres características que acabamos de enunciar y que consideramos que permiten delimitar mejor los contornos de la actuación administrativa informal.

2.2.1.1. Informalidad como no plasmación en un acto, contrato, norma o plan administrativos

De acuerdo con la doctrina, la informalidad puede referirse a cuatro circunstancias (Velasco Caballero, 1998: 57). En primer lugar, será informal toda aquella actuación de la Administración que no se manifieste mediante un acto, una norma, un contrato o plan (Stober y González-Varas, 1995: 575). El problema que plantea esta definición es que no nos permite diferenciar la actuación material, de aquella informal. Y ello porque, de acuerdo con Agudo González, “ (...) el amplio espectro de la actuación material de la Administración incorpora también actuaciones carentes de cualquier formalización (...), no sólo porque, lógicamente, no respondan a las categorías fundamentales del sistema de actos jurídico-públicos, sino también porque al no manifestarse por relación con un acto, norma o contrato, son ajenas a cualquier procedimiento administrativo, no obstante poder tener relación mediata o indirecta con esas actuaciones formalizadas (...)” (2013: 132-133). En definitiva, esta manera de entender la informalidad simplemente destaca que una actuación informal no está destinada (no tiene esa función) a producir efectos jurídicos de forma directa, aunque incidentalmente pueda producir alguno, a diferencia de los actos, normas, contratos o planes administrativos cuya principal característica es la capacidad de generarlos (Schulze-Fielitz, 1993: 108; Velasco Caballero, 1998: 57-58).

Sin embargo, y, por un lado, las actuaciones materiales -pese a no estar destinadas a ello- es posible que generen, a modo de efectos secundarios, consecuencias jurídicas de las que sí se pueden derivar “(...) específicas pretensiones procesales que pueden ejercitarse frente a tales actuaciones (así para la superación de un estado ilegal o en virtud de la responsabilidad patrimonial).” (Stober-González Varas, 1995: 574). Por otro lado, en cuanto a las actuaciones informales, y pese a que tampoco generen efectos jurídicos de forma directa, se pueden desarrollar con anterioridad o mientras se desarrolla el procedimiento, incluso pueden producirse con posterioridad a la finalización de este, en fase de ejecución -del acto, contrato, convenio, norma-, y están conectadas a actuaciones formalizadas cuyo fin último es precisamente ese, producir efectos jurídicos. Incluso pueden llegar a ser alternativas al propio procedimiento. Ciertamente se ha afirmado que “[L]a actuación informal se define como “alternativa” porque busca conseguir en una determinada situación unos efectos que con una actuación formal podría conseguir de manera más efectiva pero también con un mayor coste jurídico” (Schmidt-Assmann, 2003: 334). En el mismo sentido se pronuncia Fehling (2012) quien considera, como ya se ha apuntado, que la actuación administrativa informal está revestida de cierta eficacia vinculante, siendo además una opción para la Administración de libre disposición, frente al recurso a la actuación jurídica formalizada.

En nuestra opinión, además, también es imprescindible considerar que las actuaciones informales pueden no estar previstas en norma alguna. Esta es una diferencia relevante entre actuaciones informales y actuaciones materiales, puesto que las actuaciones materiales o bien están previstas expresamente como actuaciones preparatorias de un procedimiento, o bien son posteriores al desarrollo de un determinado procedimiento, o son su consecuencia (ejecución de un acto administrativo que ordena la demolición de un edificio), o bien están totalmente desconectadas de actuaciones formalizadas (prestación de un servicio médico, por ejemplo, una operación realizada en un hospital público, pese a que no pueda desconocerse que la prestación deriva del reconocimiento previo y formal del derecho a la atención médica por parte del servicio público de salud).

2.2.1.2. Actuación informal como actuación no procedimentalizada

Tradicionalmente, se ha contrapuesto informalidad a procedimiento. En esta segunda acepción, una actuación informal será aquella resolución o convenio cuya realización no venga condicionada por el desarrollo de un procedimiento administrativo concreto (Velasco Caballero, 1998: 58). Sin embargo, en nuestra definición anterior, la actividad informal no se plasma en una resolución o convenio adoptado al margen de las normas procedimentales que para ello se han dispuesto. Como decimos, la actividad informal está conectada -sin necesidad de que esté expresamente prevista, antecede de alguna manera, o se desarrolla en paralelo a- con la actividad formalizada que dará lugar a una resolución o convenio posterior, o bien, puede facilitar su ejecución posterior sin recurrir a actuaciones formalizadas.

Las diferencias que acabamos de señalar entre actividad material y actividad informal son, a nuestro modo de ver, clave, y pueden ejemplificarse como sigue. Si bien la prestación de un servicio, por ejemplo, la recogida de basuras por parte de unos operarios municipales (actividad puramente material de la Administración) no está destinada a generar efectos jurídicos, la causación de un daño antijurídico a un particular en su desarrollo – el camión golpea durante la maniobra a un coche produciéndole desperfectos- puede provocar que entre en juego la responsabilidad patrimonial de la Administración. Por tanto, una actuación material no destinada a generar efectos jurídicos los acaba provocando, pero como mero efecto secundario.

En el Derecho administrativo norteamericano observamos también esta definición -como actividad no procedimentalizada- de actividad administrativa informal. La doctrina estadounidense ha hecho hincapié en que la Administración Federal realiza, más o menos, un noventa por ciento de su actividad, ya sea de adjudicación, ya sea de producción de normas a mediante los denominados “*informal administrative processes*” (Gardner, 1977: 799). Estos procedimientos administrativos informales, no nos equivoquemos, implican una serie de trámites, menos gravosos y más flexibles que los previstos para los procedimientos denominados formales, pero no implican que la actuación administrativa quede fuera de un cauce procedimental concreto, previsto por la propia APA (Funk, 1993: 3; Aman, 1994). Recordemos que la *Administrative Procedure Act* (APA) -que regula el funcionamiento de las agencias federales aunque no sea un código de procedimiento administrativo exhaustivo, y se aplique solo de forma residual cuando la agencia actuante no disponga de normas procedimentales propias o específicas- distingue dos formas de actuación, la formal, regida por lo dispuesto en sus epígrafes 554, 555 y 556, y la informal, esto es la que queda circunscrita al epígrafe 553. En este último epígrafe se regula el proceso de aprobación de normas conocido como “*notice and comment*”.

Sin embargo, sobre esta clasificación dual que divide la actuación regulatoria de las agencias entre actuación formal y actuación informal debe aplicarse otra línea divisoria: la que, por un lado, diferencia actividad de *adjudication* que produce *orders* y que se conceptúa como una función cuasi judicial dedicada a resolver conflictos entre un número limitado de partes, de la que, por otro lado, se denomina actividad de producción de normas, o *rulemaking*, que se desarrolla cuando una ley del Congreso, al conferir poder normativo a la agencia, requiere que sus normas se produzcan “(...) *on the record after opportunity for an agency hearing*” (Long, 1978: 293-294). De este cruce de categorías surge la constatación que, en realidad, las agencias federales norteamericanas llevan a cabo buena parte de su actividad al margen, tanto de los procedimientos formales de aprobación de normas o de adjudicación, como del procedimiento informal de aprobación de normas (este procedimiento informal quizás sería el equivalente a un procedimiento simplificado, por utilizar una nomenclatura que nos resulte familiar). Por ello, junto a estas dos categorías debe situarse otra, de carácter residual (Aman, 1994: 672), pero categoría, al fin y al cabo, denominada “*informal agency action*” o actuación informal de la agencia. A este *tertium genus* la doctrina lo define como aquella

“ (...) agency action for which no statute specifies a procedure or for which the statutory procedure is less formal than formal adjudication or informal rulemaking. For example, the decision of the Secretary of Transportation to approve the routing of an interstate highway through Overton Park in Memphis, Tennessee (...) was an informal agency action because the statute requiring the Secretary's approval did not specify a procedure for making a decision” (Beerman, 2011).

Además, en Estados Unidos se ha argumentado que la tarea de elaborar una definición unívoca de actuación informal se ve dificultada por dos motivos. En primer lugar, porque el término adquiere diferentes significados dependiendo del contexto de la actividad de la agencia en cuestión (Aman, 1994: 665), y, en segundo lugar, porque, a pesar del marco binario impuesto por la APA, seguramente, es más exacto conceptualizar la dupla formalidad/informalidad como un espectro (como una gradación) más que como una dicotomía pura (Beermann, 2011). Finalmente, para comprender en su plenitud la importancia de la actuación informal de las agencias norteamericanas, hay que tener en cuenta que estas, además, gozan de un amplio margen de discrecionalidad para optar por desarrollar una modalidad de actuación más o menos procedimentalizada, u optar directamente por ejercer sus funciones a través de una actuación informal.

2.2.1.3. Actuación informal como actuación falta de carácter vinculante

Otra de las definiciones que se han venido a darse a la actuación informal de la Administración, en tercer lugar, pone el acento en la falta de carácter vinculante de tales actividades (Velasco Caballero, 1998: 58; Agudo González, 2013: 135; Schulte, 1993: 116). Estas actividades informales serían pues actuaciones de tipo fáctico faltas de “carácter soberano” cuya característica más destacada sería la ausencia de contenido regulatorio y de carácter vinculante (Stober y González-Varas, 1995: 573-574). Sin embargo, no siempre es sencillo determinar cuándo una determinada actuación está revestida de carácter vinculante en tanto que la Administración desarrolla actuaciones que “por la confianza que generan, son comparables en sus efectos a las típicas actuaciones imperativas o reguladoras” (Velasco Caballero, 1998: 58). De nuevo, esta definición de la actuación informal tampoco nos permite distinguir entre actuación material y actuación informal.

Los estudios empíricos norteamericanos de los años cuarenta al abordar la definición de actividad informal de las agencias también hicieron hincapié en la falta de carácter imperativo de este tipo de actuaciones, como elemento capital para categorizarlas⁴. Sin embargo, la clasificación de la actuación informal atendiendo a este criterio no excluye *de radice* que pueda tener un mínimo efecto vinculante. En este sentido, se ha considerado en primer lugar, que es actividad informal de una agencia aquella dirigida a vincular a los órganos administrativos subordinados, pero que no es legamente obligatoria para los ciudadanos. En segundo lugar, también se ha considerado actuación informal aquella dirigida a órganos subordinados pero que no es

⁴ *Final Report of the Attorney General's Committee on Administrative Procedure*, S. Doc. No. 8, 77th Cong., 1st Sess. 35 (1941).

vinculante ni para estos ni para los ciudadanos. Finalmente, se ha considerado que también es actividad informal de una agencia aquella actuación que tiene como destinatarios a los ciudadanos pero que no les obliga legalmente (Aman, 1994: 665). Obsérvese que en la primera definición la actuación informal de la agencia está revestida de carácter imperativo *ad intra*, esto es respecto de aquellos órganos que están subordinados al que actúa.

Esta gradación planteada por Aman, es importante en tanto que las agencias norteamericanas han transformado la naturaleza de sus actuaciones, substituyendo progresivamente la aprobación de normas, por la elaboración de guías o documentos de orientación dirigidos al público y a los sectores regulados pero que jurídicamente no están revestidos de ningún efecto vinculante. Es decir, algunas agencias han substituido una actuación formalizada en mayor o menor medida, según el procedimiento seguido para la elaboración y aprobación de normas, por una actuación informal. Estas actuaciones son informales en cuanto no suelen estar previstas explícitamente en normativa alguna que regule la actuación de la agencia. También son informales respecto a la falta de forma jurídica (no es un acto, contrato o norma). Además, debería considerarse igualmente informal por a su falta de efectos vinculantes. Y, finalmente, será informal también porque no existe un procedimiento previsto para su elaboración. Lo sucedido, por ejemplo, en el marco de la *Food and Drug Administration* (FDA) explica claramente esta tendencia. Como destaca Rakoff (2000), a partir de los años noventa del pasado siglo, dicha agencia ha aumentado de manera sistemática y de forma “sorprendente” la producción de documentos destinados a brindar orientación a la industria regulada, pese a que dichos documentos no han sido adoptados mediante procedimientos públicos o previstos en norma alguna.

Esta situación suscitó las quejas del sector regulado y la intervención de los Tribunales al considerarse que se había alterado (o directamente soslayado) el procedimiento mediante el que deben adoptarse determinadas regulaciones. Bajo presión de la industria, y en cierta medida también de los tribunales, la FDA respondió adoptando un procedimiento de carácter público, muy parecido a un procedimiento de reglamentación, con el fin de producir estos “documentos de orientación” (Guidelines). Bajo este término “documentos de orientación” o guías, si bien no se entienden comprendidos los discursos pronunciados por los miembros o representantes de las agencias, o las cartas de advertencia, sí se engloban los documentos dirigidos al personal de la agencia o al público. Estos documentos abordan “la evaluación o aprobación de nuevos medicamentos propuestos; la producción y prueba de productos regulados; los procedimientos de inspección y ejecución de la agencia; o documentos que describen ampliamente ‘la política de la agencia y el enfoque regulatorio de un problema’” (Rakoff, 2000: 168). Pese a que la FDA se esmera en explicar que los documentos de orientación o guías “no son legalmente vinculantes para el público o para propia la agencia”, sino que son más bien criterios sobre cómo cree la agencia que las normas se aplican a ciertas actividades reguladas, dichos documentos han tenido importantes consecuencias prácticas sobre casi todos los ámbitos de su competencia. Por lo demás, cuando la agencia ejerce sus competencias mediante actuaciones más

o menos formalizadas -en términos de la APA- destinadas, estás sí, a producir efectos jurídicos vinculantes para el sector regulado (aprobar un medicamento, sancionar a una empresa, etc.), tiene en cuenta, necesariamente, las guías o documentos de orientación anteriormente aprobados, como elemento de evaluación o ponderación de la conducta del sujeto regulado. Esto indica que, pese a que estos carezcan de efectos jurídicos, están conectados con actuaciones que sí los desplegarán.

Lo explicado es un ejemplo claro de que la actuación formal fue substituida por una alternativa actuación informal, es decir, dejaron de aprobarse normas para pasar a elaborarse guías o recomendaciones por parte de la agencia. Dichas guías se aprobaron, en un primer momento, sin sujeción a procedimiento alguno, cosa que fue posteriormente corregida, como hemos visto, por los Tribunales, que exigieron unas mínimas garantías al respecto. En el ejemplo que venimos comentado se puede constatar que se ha actuado informalmente, de forma intencionada, para evitar recurrir al procedimiento de elaboración de normas. De nuevo, estamos ante una actuación unilateral de la Administración de tipo informal en el ámbito de la supervisión, cuyo desarrollo ha evitado el despliegue de otras formas de actuación, estas sí, formalizadas (Fehling, 2012).

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, Belando Garín -al hilo del análisis de los avisos formulados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)- afirma que estas advertencias -que son consideradas por la autora una manifestación de la actividad informal- se han elaborado sin que exista una previsión normativa que autorice a la Comisión para ello y sostiene que únicamente pueden ser válidas, en primer lugar, si están destinadas a la protección del interés público y, en segundo lugar, cuando queden amparadas en el marco genérico de la Ley. Además, la autora incluye un tercer condicionante para admisión de dichas advertencias y este es que dichas actuaciones no lesionen los derechos de los administrados o creen nuevas obligaciones. Por tanto, en su opinión, no podrían admitirse advertencias de la CNMV que generen perjuicios reputacionales para determinadas empresas, pese a su carácter puramente informal (Belando Garín, 2005: 110-113).

Otro ejemplo de actuación que ha sido considerada informal, en este caso por parte de los Tribunales de Justicia, es el recogido por García-Andrade (2021: 57-58) relativo a la STS de 30 de abril de 2008, rec. 5500/2005, en la que el Tribunal Supremo dirime, en casación, una controversia relacionada con una carta del Ministerio de Ciencia y Tecnología dirigida a varias cadenas de televisión con el requerimiento de que se abstuvieran de difundir un anuncio publicitario que había suscitado las quejas formales del Colegio de Médicos de Madrid, al considerar que atentaba contra la dignidad de los profesionales médicos. Para adoptar dicho requerimiento el Ministerio no siguió procedimiento alguno. El Tribunal consideró que, pese a que el Ministerio tenía atribuidas potestades de control e inspección respecto de este tipo de actividad publicitaria, había obrado adoptando una actuación informal emitiendo una mera petición y no propiamente un acto administrativo. Por tanto, las cadenas de televisión eran libres de darle cumplimiento o no y, en consecuencia, dicha actuación informal no estaba sujeta a ninguna obligación procedimental. A todo ello hay

que añadir que dicho tipo de actuaciones, como hemos defendido, no precisan “ni tan siquiera de la habilitación expresa para su actuación, sino que revisten la misma naturaleza que las actuaciones que los particulares adoptan en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, por lo que son lícitas” (García-Andrade, 2021: 58). Pese a que dichas actuaciones no precisen de una habilitación expresa, no debe entenderse que comparten la misma naturaleza de aquellas realizadas por particulares, puesto que el fundamento de la actuación de la Administración siempre se hallará en las cláusulas generales de apoderamiento para actuar al servicio de los diversos intereses públicos. En este caso, la Administración no está ejerciendo potestad alguna; está obrando en pro del interés general, pero ha elegido un medio alternativo al uso de aquella que, pese a no estar explícitamente previsto o habilitado en norma alguna, está a su disposición.

2.3. Los ámbitos en los que opera la informalidad

2.3.1. Introducción

Si bien se ha dicho que la actuación informal no debe considerarse *per se* ilegal por no ajustarse a formas jurídicas predeterminadas, puede asumirse como criterio de clasificación el riesgo de que la actividad informal pueda resultar ilegal. Atendiendo a este criterio que acabamos de enunciar, pueden señalarse cuatro ámbitos en los que la actividad informal manifiesta un mayor o menor riesgo de erosión del marco legal que disciplina el conjunto de la actuación administrativa (Schulze-Fielitz, 1993: 97-100). Estos sectores o ámbitos se ordenan en función del mayor o menor riesgo de que la Administración con su actuación informal acabe cometiendo una acción ilegal o acabe causando un perjuicio a los derechos e intereses de terceros.

A esta clasificación, por supuesto, podrían superponérsele otras como, por ejemplo, aquella que pone el acento en la unilateralidad o bilateralidad de las actuaciones informales (Fehling 2012; Carro y Almeida, 2015). Por un lado, se califican como actuaciones informales unilaterales todas aquellas actuaciones que se plasman en acciones unidireccionales dirigidas desde la Administración hacia la colectividad (generales) en general o bien hacia un destinatario o destinatarios concretos (singulares). En este grupo se incluirían todas las actuaciones informales que constituyen guías, consejos, recomendaciones de las Administraciones públicas dirigidas a los ciudadanos, cuya virtualidad sea justamente la de influir en el comportamiento de los destinatarios para que reconduzcan sus actuaciones a lo que la Administración indica, sin necesidad de que esta actúe potestades públicas que conlleven la adopción de actuaciones formalizadas. Este tipo de actuaciones informales conllevan afectaciones de distinta intensidad respecto de los derechos e intereses de sus destinatarios, lo que en algunos supuestos puede dificultar su distinción de los actos administrativos formales en cuanto al grado de vinculación o de obligatoriedad, cuestión está que en muchos casos puede generar confusión entre los destinatarios (Velasco Caballero, 1998). Por otro lado, podríamos encuadrar dentro la actuación administrativa

informal bilateral todos aquellos supuestos en los que la Administración despliega negociaciones con los particulares siempre y cuando dichas negociaciones no estén previstas como parte de un proceso formalizado de adopción de actos, contratos o convenios o normas. Son procesos negociales que se desarrollan en el marco, o al calor, de un procedimiento formalizado, pero que no pueden confundirse con él. Por otro lado, estas negociaciones pueden tener tres objetivos distintos. En primer lugar, pueden ser la antesala y un medio para facilitar la aprobación de una futura norma o resolución administrativa y contribuyen a la producción de efectos jurídicos cuando eventualmente se desarrolle la actuación formalizada. En segundo lugar, pueden ser un mecanismo que evite la aprobación de una norma, constituyéndose así en una alternativa a una acción formalizada. Y, en tercer lugar, pueden ser un elemento que facilite la aplicación o ejecución de una norma, cuando exista agrado notable de flexibilidad -discrecionalidad- en la misma (Fehling, 2012; Carro y Almeida 2015).

2.3.2. *La actividad informal como alternativa a la actividad interventora*

En cualquier caso, tiene un valor especialmente relevante la clasificación de ámbitos que plantea Schulze-Fielitz (1993) puesto que permite distinguir los potenciales efectos lesivos de la legalidad que conlleva la actuación informal, lo que a su vez facilita que posteriormente se pueda diseñarse un conjunto de elementos que permitan articular su control (cosa que no es objeto de este trabajo). Pese a que dicha clasificación inspira las siguientes páginas, nuestra ordenación de los ámbitos en los que opera la informalidad incide en otras consideraciones, como veremos a continuación.

Para el autor recientemente citado, en primer lugar, la actividad informal se desarrolla en aquellos ámbitos en los que la actuación administrativa interventora de carácter imperativo queda preterida, e incluso substituida por aquella. Así, el acto administrativo si bien es fruto formalmente de procedimiento administrativo, en substancia, su contenido ha sido acordado previamente por la Administración con el destinatario o destinatarios de este, o bien la Administración ha influido de tal forma en el comportamiento del eventual destinatario del acto que ya no se requiere la emisión del mismo, a través de un procedimiento determinado, en tanto que la Administración ya ha conseguido los resultados esperados del acto por otros medios. Obviamente, en este supuesto la actuación administrativa informal no debe estar prohibida por el ordenamiento jurídico, especialmente, debe respetar los principios que informan la actuación administrativa y, por tanto, no debe ser constitutiva de vía de hecho o de ilícito penal. En este caso, como vemos, el riesgo de la ilegalidad de la actuación informal es alto. En ámbitos en los que rige la vinculación positiva a la Ley, cuánto más completa substantivamente sea la norma aplicable y más preciso sea el procedimiento administrativo que debe seguirse, menor margen habrá para que la Administración pueda desarrollar actuaciones de carácter informal, aunque existe la posibilidad de recurrir a estas.

Un ejemplo en el que la actividad imperativa de la Administración queda preterida o directamente substituida por la actuación informal, lo encontramos en el

Derecho administrativo estadounidense, en el ámbito tributario. En este sector se ha constatado que la inmensa mayoría de las modificaciones de las declaraciones de la renta, derivadas de una auditoría previa, se realizan de manera informal. La Administración contacta con el ciudadano y le solicita informalmente regularizar la declaración. De nuevo, en la gran mayoría de casos, el ciudadano modifica o regulariza su declaración, es decir, coopera con la Administración. Como destaca Aman, para que este tipo de actuación informal de la Administración sea efectiva es necesario que el ciudadano voluntariamente acepte la sugerencia o petición de la Administración. Para que esta aceptación voluntaria se produzca tiene que haber poderosas razones persuasivas e incentivos efectivos. Estas razones serían, en primer lugar, la relativa claridad de la normativa tributaria; en segundo lugar; los altos costes que implica la litigación contra la Administración; en tercer lugar, las posibles sanciones a las que se enfrenta el contribuyente en caso de que los tributos no sean pagados en tiempo y forma; y finalmente, las escasas probabilidades de éxito en caso de ser necesario accionar un proceso formal o una actuación judicial (Aman, 1994: 666-667). En este escenario, los procedimientos formales se reservan para aquellos supuestos de difícil interpretación de la norma tributaria y para cuantías o supuestos especialmente relevantes (Aman, 1994: 667).

No obstante, hay que destacar que el elemento consensual o cooperativo no es definitorio o determinante *per se* de la actuación informal, puesto que otras manifestaciones de la actuación administrativa informal serían justamente estos actos unilaterales de la Administración (ruegos, indicaciones, directrices, etc.) que sus destinatarios cumplen porque les interesa evitar que la Administración adopte actos jurídicamente vinculantes (Fehling, 2012). En este supuesto hay que tener en cuenta, además, que la Administración tributaria norteamericana siempre podrá recurrir, en determinados supuestos, a desarrollar una actuación formalizada, aunque pueda estar desaconsejada en términos de eficacia y eficiencia. En este caso que comentamos estaríamos ante una actuación informal (de supervisión) que se materializa en un ruego al ciudadano para que ajuste su declaración al contenido indicado por la Administración, lo que substituye la actuación formalizada por parte de este (Fehling, 2012).

Esta actuación informal de la Administración que venimos analizando -que no está explícitamente prevista en las normas aplicables- se produce en un ámbito donde el elevadísimo número de actuaciones (se cuentan por millones, obviamente), complica, aunque no impide, en el contexto norteamericano, que puedan desarrollarse actuaciones de tipo formalizado. En este sentido, y desde el punto de vista de la dogmática alemana más reciente, la actividad informal es característica de aquellos supuestos en los que existe una alternativa jurídicamente formalizada (Fehling, 2012). Por tanto, la Administración debe poder escoger entre actuación formal (acto, contrato, norma, plan) e informal. Es justamente esta posibilidad de elección el elemento que puede causar problemas desde un punto de vista de la legalidad, con el riesgo de una consiguiente erosión del Estado de Derecho y la elusión de las normas aplicables (Fehling, 2012).

2.3.3. *La actividad informal consensual*

En segundo lugar, la actividad informal puede desarrollarse a modo de “procesos decisorios preparatorios” antes de que se tramite un procedimiento administrativo formal en sectores marcados por una gran complejidad. En el supuesto que tratamos ahora ya no estamos ante una actuación informal producida frente a un destinatario o ciudadano concreto (o grupo determinado de ellos) sino de lo que se trata, en primer lugar, es de generar resoluciones administrativas de “carácter general y abstracto o de decisiones de planeamiento en forma de normas jurídicas o en forma de resoluciones de certificaciones de planeamiento al final de un proceso decisorio siempre complicado” (Schulze-Fielitz, 1993: 98). Este ámbito en el que se produce la actuación administrativa informal también abarca aquellos supuestos en los que la Administración “lo que persigue es llegar, tras las pertinentes negociaciones con los ciudadanos afectados, a contratos de Derecho público, en lugar de a actos administrativos unilaterales y autoritarios.” (Schulze-Fielitz, 1993: 98). Esta actividad informal consensual también puede desplegarse con anterioridad al desarrollo de procedimientos de elaboración de normas administrativas.

En algunos casos, el proceso para alcanzar dichos acuerdos o convenios se ha tornado más farragoso en términos temporales y de costes, y ello porque la resolución que se adopte no solo afectará a los participantes en el proceso si no que puede llegar a tener efectos directa o indirectamente sobre terceras personas -que se han excluido de esta fase preparatoria-, personas que únicamente podrán hacer valer sus derechos e intereses en un momento ulterior bastante alejado del momento inicial en el que se preconfiguró el contenido y el sentido de la resolución que será producto ya de un procedimiento administrativo determinado (Schulze-Fielitz, 1993: 99). El peligro del desarrollo de la actividad informal en este ámbito es justamente el no atender, no tener en cuenta, los derechos e intereses de terceros, lo que podría constituir una actuación antijurídica de la Administración en diferentes planos, es decir, en el ámbito del Derecho administrativo, pero también del Derecho penal (negociaciones prohibidas a funcionarios, prevaricación, etc.). Para evitar esta eventual antijuridicidad, hay que distinguir entre los diferentes estadios en los que se adoptan las políticas públicas y las decisiones administrativas y, cuando proceda, tramitar las distintas fases del procedimiento administrativo de acuerdo con su configuración legal.

Este segundo ámbito en el que se desarrolla actividad informal de la Administración nos recuerda también, y de algún modo, a lo que en Estados Unidos ha venido a denominarse regulación negociada. La regulación negociada empezó siendo un experimento -una actuación puramente informal- de la Agencia federal de Aviación Civil, en 1983, en la que se organizaron una serie de encuentros con la industria regulada para verificar en qué condiciones y por cuánto tiempo podían volar con seguridad los pilotos (Aman, 1994: 167). Esta forma de abordar la elaboración de textos normativos tomó carta de naturaleza en Estados Unidos en 1990 cuando se aprobó la *Negotiated Rulemaking Act* (Ponce, 2019: 104). De este modo, prácticas

informales de negociación que venían desarrollándose por las agencias, se han visto respaldadas y previstas en una norma específica. En este caso observamos cómo una práctica administrativa informal ha sido acogida por el ordenamiento jurídico, ampliando a su vez las formas procedimentales previstas para la elaboración de normas. Al amparo de la *Negotiated Rulemaking Act*, en algunos casos, las agencias federales norteamericanas elaboran sus propuestas normativas no a nivel interno recurriendo a la opinión y al criterio de sus expertos, sino abriéndose al exterior a través del procedimiento de regulación negociada. Téngase en cuenta que este procedimiento es una vía para generar propuestas normativas y no un procedimiento para aprobarlas. En el proceso, están llamados a participar todos aquellos que tengan intereses que puedan resultar afectados por la regulación que finalmente se apruebe y pretende conseguir una propuesta de consenso, lo que reduciría posteriormente la oposición de los destinatarios de la norma y las impugnaciones judiciales contra ella (Strauss, 2105: 270-271). Nada garantiza no obstante que se acaben teniendo en cuenta los intereses de todos o que todos los potenciales afectados sean llamados a participar, con lo que esta forma de elaboración de normas tampoco asegura completamente que se vayan a proteger los derechos e intereses de terceros. También se ha apuntado que este tipo de procedimientos pueden acortar los plazos de tramitación y aprobación de la normativa. Estos dos objetivos (evitar impugnaciones y acortar los plazos), no obstante, parecen no haberse materializado en todo su potencial de acuerdo con los estudios empíricos que se han desarrollado al respecto (Coglianese, 1997).

Este ejemplo nos permite observar cómo una actuación puramente informal, ley mediante, se ha convertido en una actuación más procedimentalizada, sin llegar a constituir una actuación formalizada, de acuerdo con lo establecido en la APA. Cobra sentido entonces la consideración de que los conceptos de formalidad e informalidad no constituyen una dicotomía sino un espectro. Hay que destacar que esta forma de elaborar proyectos normativos garantiza la publicidad de las actuaciones, no son, por tanto, negociaciones secretas las que se desarrollan a lo largo de este proceso. Además, este un mecanismo bien conocido por todos los actores del sistema (Administración, ciudadanos, empresas, etc.) al que pueden recurrir las agencias discrecionalmente. El procedimiento de *reg-neg* es de uso común por parte de las agencias norteamericanas, pero no es el mecanismo predominante para la producción de normas, y, pese a las bondades que se le atribuyen, por lo menos, entre la doctrina ha generado alguna crítica puesto que: “*The negotiation process, perhaps unsurprisingly had produced compromises that if closely examined would be found to have been unauthorized. This politically satisfying outcome is hard to square with commitment to the rule of law*” (Strauss, 2015: 272).

En este ámbito también la doctrina europea ha destacado la importancia de la actividad informal, adjetivada en este caso como consensual. Este tipo de actividad informal abarca actuaciones no previstas en la normativa aplicable al procedimiento de elaboración de normas o en la normativa relativa a los procedimientos para su ejecución que pueden ser “negociaciones previas, acuerdos y promesas de flexibilidad” (Schmidt-Assmann, 2003: 336; también Fehling, 2012), que no son jurídicamente

vinculantes pero que contribuyen a la generación de efectos jurídicos una vez finalizados los procedimientos formales en los que resultan imbricadas. Estas negociaciones -se ha dicho- “se mueven a la sombra del Derecho” y no son indiferentes a su contenido, ni lo evitan adrede, e incluso buscan tener en cuenta todos los intereses en presencia que puedan resultar afectados, del mismo modo que lo haría un procedimiento formalizado (Schmidt-Assmann, 2003: 336).

En el trabajo de Fehling (2012), al establecer una tipología de actuaciones administrativas informales, se incluyen aquellos preacuerdos a los que llegan Administración y terceras partes implicadas (sectores regulados, grupos organizados de ciudadanos o personas determinadas) y que son previos a la iniciación de procedimientos de elaboración de normas o de actos administrativos, sobre todo en los casos en los que el acto administrativo es una autorización. En este último caso se constata una práctica del todo habitual en la que la Administración y el interesado en obtener una autorización -en aquellos supuestos en los que se debe autorizar un proyecto de enorme envergadura e inversión económica elevada- entablan negociaciones previas en las que se esclarecen puntos, se fijan posiciones e interpretaciones previas de la normativa aplicable, por ejemplo. Estas negociaciones previas, no obstante, y en nuestra opinión, no parecen ser una alternativa al procedimiento formalizado que deba seguirse posteriormente para evacuar la preceptiva licencia, pero sí facilitarían y permitirían aligerar su tramitación y acomodar el contenido del acto al contenido determinado en el preacuerdo al que hacemos referencia. Por descontado, tampoco el contenido de las negociaciones substituye al acto administrativo que deba evacuarse, pero si lo condiciona en cierta medida.

2.3.4. *Actividad informal y vinculación negativa a la Ley*

El tercer ámbito en el que se desarrolla la actuación informal de la Administración lo constituye aquél en el que la Administración actúa de acuerdo con un régimen de vinculación negativa a la Ley. En este caso el riesgo de afectación a la legalidad es inferior al de los supuestos que hemos descrito con anterioridad (Schulze-Fielitz, 1993: 99). Y ello porque los objetivos o las modalidades de la acción administrativa no están predeterminadas por una ley o solo lo está en sus principios. De acuerdo con el autor últimamente citado, serían ejemplos paradigmáticos de este tercer supuesto el ámbito de la acción de fomento y de la Administración prestacional. A nuestro juicio, sin embargo, en el quehacer de la denominada “Administración social”, lo que predomina, más que la actuación informal de la Administración es su actividad técnica y también material, aunque tal expresión ha sido rechazada por la doctrina en este ámbito (Rodríguez de Santiago, 2007).

Si bien la densidad normativa es escasa en este sector de referencia (Rodríguez de Santiago, 2007: 55), siendo pues necesario el complemento de normas de inferior rango y también de planes y programas, la actuación prestacional de la Administración, es decir, la prestación de “asistencia social” (concepto que puede aglutinar

servicios dirigidos a la discapacidad o la dependencia, etc.) (Rodríguez de Santiago, 2007: 82), puede reconducirse a un concepto amplio y flexible de procedimiento administrativo (Rodríguez de Santiago, 2007: 139). Bajo este paraguas, en este tipo de procedimientos ya se prevén (a diferencia de la actuación informal, que no está prevista) una serie de actuaciones técnicas que se desarrollan como elemento previo pero concatenado al resto del proceso (por ejemplo, evaluaciones preliminares sobre el estado de salud o las necesidades del solicitante de la prestación) que acaba con la evacuación de un acto administrativo, que es elemento del proceso que despliega plenos efectos jurídicos. Si bien, como ha destacado la doctrina, el potencial regulatorio de dicho acto se materializa en el reconocimiento de un derecho, lo central -lo capital- en estos supuestos es cómo se concreta y desarrolla efectivamente la prestación a la que el beneficiario tiene Derecho (reconocido en un acto administrativo) y esto se produce mediante actuaciones técnicas, por un lado, y materiales, por otro. La finalidad de las actuaciones técnicas de valoración -dentro del amplio margen que dejan las normas- que acaban conformando la prestación a la efectivamente va a acceder una persona (Rodríguez de Santiago, 2007), por lo general, no es contribuir a la producción de efectos jurídicos, sino que con ellas se determina (se precisa, si se prefiere) la prestación a la que beneficiario tiene Derecho.

Si establecemos una comparación entre las funciones que desarrollan las instituciones informales —categoría de la Ciencia Política (*vid.* epígrafe 2.1)— y las funciones que venimos atribuyendo a las actuaciones administrativas informales podemos observar que ambas operan de forma paralela, en numerosas ocasiones, a instituciones y actuaciones formales, en la regulación del comportamiento político, por un lado, y en la regulación de las relaciones entre Administración y administrados, por el otro. Asimismo, al igual que las instituciones informales complementan el funcionamiento de las formales, las actuaciones administrativas informales permiten llenar los huecos que deja la aplicación de normas de escasa densidad regulatoria, facilitando, por tanto, el funcionamiento correcto de todo el engranaje administrativo.

2.3.5. *Actividad informal y conformación interna de la actuación administrativa*

Finalmente, atendiendo al riesgo de quiebra del principio de legalidad, el cuarto ámbito en el que Schulze-Fielitz identifica la presencia de un alto componente de actividad informal es en aquellos supuestos en los que la Administración aprueba reglas “que no despliegan una eficacia práctica inmediata frente a los ciudadanos, sino que tienen una significación meramente interna”. En este cuarto ámbito, por cuanto no se afecta a terceros externos a la organización administrativa, el riesgo de desarrollar una actuación informal que pueda ser considerada ilegal es mínimo (Schulze-Fielitz, 1993: 100). El autor afirma que el hecho de que estas actuaciones puedan estar previstas normativamente no impide considerar que el cómo se llevarán a cabo las sitúe en el terreno de la informalidad, al quedar reservado su desarrollo a la conveniencia de la propia Administración.

Si entendemos bien la explicación del autor citado, se está refiriendo en este supuesto a la conformación interna de la actuación administrativa, es decir, a cómo puede organizarse ya sea el ejercicio de las funciones que le son propias o bien la actuación de sus competencias, dentro de los amplios márgenes que permite el ordenamiento jurídico. A nuestro modo de ver, este tipo de actuaciones en las que la Administración establece o aprueba planes y programas de actuación (por ejemplo, para ejercer la actividad de fomento; para ejercer la potestad inspectora en materia tributaria, de seguridad social, de medio ambiente, etc.), en las que elabora y aprueba de reglas de carácter interno no revestidas de carácter vinculante *ad extra*, cuestión discutida hasta la fecha (Velasco Rico, 2015), difícilmente podrían ser consideradas informales. A nuestro juicio no son actuaciones informales porque suelen estar previstas en normas que exigen su elaboración a la Administración en múltiples sectores, y, además, tampoco se comportarían como una alternativa a una actuación administrativa formalizada (Fehling, 2012). Finalmente, la vocación de la actuación por la que se adoptan estos planes o programas de carácter intraadministrativo no es la de contribuir a la producción de efectos jurídicos de forma conexas a una actuación formalizada, sino la de organizar recursos y prioridades de órganos y unidades administrativas para acometer el desarrollo de sus funciones.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores hemos intentado ofrecer criterios que permitan desgajar la actuación administrativa informal de la denominada actuación material. Estos criterios permiten dotarla de una sustantividad propia y de un carácter distinto al de la actuación material. Las funciones de ambas nociones en el conjunto del quehacer administrativo son distintas. La actuación informal de la Administración funcionaría a modo de elemento facilitador del sistema, ya sea cubriendo los espacios dejados por los procedimientos que rigen la actuación formalizada y facilitando así la consecución de los objetivos de estos, ya sea haciendo evolucionar las formalidades —los procedimientos, en definitiva— previstas normativamente. Igualmente, la actuación informal se presenta, en algunos casos, como alternativa y acaba substituyendo a la actuación formalizada cuando el ordenamiento jurídico no prevé específicamente una forma de actuación concreta.

Estas funciones y efectos de la actuación administrativa informal tienen poco que ver con los propios la actuación administrativa considerada “material”, en los términos en los que en este trabajo la hemos definido. Por todo ello, a nuestro modo de ver, es posible reconstruir una subcategoría distinta dentro de las actuaciones administrativas no sujetas a procedimiento o forma alguna.

A nuestro modo de ver, y resumiendo las principales tesis que se han defendido a lo largo del trabajo, la actuación administrativa informal se caracteriza por no plasarse en un acto jurídico, no estar sujeta a formalidades procedimentales y no estar prevista en norma alguna. Además, la actuación administrativa informal —a dife-

rencia de la actuación material cuya vocación es producir efectos fácticos o alterar la realidad de las cosas— está siempre imbricada o relacionada con actuaciones formalizadas y actos jurídicos y contribuye a facilitar su adopción o su posterior ejecución por las partes concernidas. La actuación informal de la Administración está llamada a posibilitar la generación de efectos jurídicos, a través de los actos jurídicos que ayuda a producir y puede estar provista de ciertos efectos vinculantes. Recordemos que la actuación informal suele darse al calor de —o entrelazarse con— un procedimiento administrativo, facilitando que este llegue a buen término. Finalmente, y en tanto que el ordenamiento jurídico no exija un determinado curso de actuación a la Administración, es decir, no le imponga un determinado procedimiento o la adopción de un determinado acto jurídico para la consecución de un fin de interés general, la actuación informal puede ser un recurso alternativo del que dispone la Administración en el ámbito de sus competencias. En este sentido, puede defenderse que, si la Administración está habilitada normativamente para actuar en una determinada materia mediante actuaciones formales, ejerciendo sus potestades, también lo está implícitamente para recurrir, si no lo impide la normativa aplicable, a la actuación informal (Schmidt-Assmann, 2021: 166).

La vocación de este trabajo es reconstruir teóricamente la categoría de la actividad administrativa informal en el plano del Derecho administrativo general. Nuestras conclusiones deberán ser contrastadas, en el futuro, mediante el estudio de ámbitos específicos de actuación administrativa, para poder validar o refutar, total o parcialmente, las premisas que aquí se presentan. Este trabajo más profundo será necesario en tanto que, como nos muestran otros ordenamientos jurídicos que hemos tomado de referencia, el recurso a este tipo de actuaciones es una tendencia que se está acelerando de forma rápida. También deberá explorarse, creemos, con detenimiento la interacción entre la actuación administrativa informal y el nuevo paradigma tecnológico en el que se están adentrando nuestras Administraciones Públicas.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Jorge AGUDO GONZÁLEZ, “Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la Administración”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41 42, 2013, pp. 123-172.
- Iñaki AGUIRREAZKUENAGA, *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas, 1990.
- Alfred AMAN, “Informal Agency Actions and U.S. Administrative Law Informal Procedure in Global Era”, *American Journal of Comparative Law*, Supplement, núm. 42, 1994, pp. 665-682.
- Julia R. AZARI y Jennifer K. SMITH, “Unwritten rules: informal institutions in established democracies”, *Perspectives on Politics*, núm. 10(1), 2012, pp. 37-55.
- Harmut BAUER, “¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? Las formas y las relaciones jurídicas como elementos de una dogmática jurídico-administrativa actual”, *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993, pp.133-160 .
- Jack M. BEERMANN, *Inside administrative law: what matters and why*. New York: Aspen Publishers, 2010. (Edición Kindle).
- Beatriz BELANDO GARÍN, “Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las “nuevas” advertencias al público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 101-118.

- Antonio David BERNING-PRIETO, “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares”, Eduardo GAMERO CASADO, E. (dir.) *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 277-319.
- José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y Marcos ALMEIDA CERREDA, “Sobre la llamada actividad informal de la administración pública”, *Régimen jurídico básico de las administraciones públicas: libro homenaje al profesor Luis Cosculluela* | coord. por Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Eloísa CARBONELL PORRAS; Luis COSCULLUELA MONTANER (hom.), Madrid, Iustel, 2015, pp. 393-412.
- Erika J. CASTRO BUITRAGO, *La actuación informal de concertación de la Administración: Un estudio para la reconstrucción dogmática del concepto de actividad administrativa, tomando al Derecho Ambiental colombiano como sector de referencia*, Madrid, UAM, 2015, (tesis doctoral).
- Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “La participación en los órganos colegiados en la administración en red”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 90, 2011, pp. 67-99.
- Cary COGLIANESE, “Assessing consensus: the promise and performance of negotiated rulemaking”, *Duke Law Review*, núm. 46-6, 1997, pp. 1255-1349.
- Maria Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, Girona, Universitat de Girona, 2003 (tesis doctoral).
- Maria DE BENEDETTO y Nicoletta RANGONE, “L’effectivité des règles et des décisions administratives”, Jean-Bernard AUBY (dir.) *Le futur du droit administratif The future of administrative Law*, Paris: Lexis-Nexis, 2019.
- Sílvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Vicente ESPINOZA y Emmanuelle BAROZET, “Informal Political Institutions”, *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Ed. Ali FARAZMAND, Springer International Publishing, 2018.
- Henry FARRELL y Adrienne HÉRITIER, “Formal and Informal Institutions Under Codecision: Continuous Constitution-Building in Europe”, *Governance. An International journal of Policy Administration and Institutions*, núm. 16-4, 2003, pp. 577-600.
- Michael FEHLING, “Cap. 38. Informelles Verwaltungshandeln”, Eberhart SCHMIDT-ASSMANN/ Wolfgang HOFFMANN-RIEM/ Andreas VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. II, 2a ed, Múnic, Beck, 2012, pp. 1457-1521.
- Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora*. Granada: Comares, 2002.
- William F. FUNK, “Close enough for government work using informal procedures for imposing administrative penalties”, *Seton Hall Law Review*, núm. 24-1, 1993, 1-69.
- Eduardo GAMERO CASADO, “Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público”, *Revista de administración pública*, núm. 170, 2006, pp. 339-381.
- Jorge GARCÍA-ANDRADE, *Las actuaciones administrativas sin procedimiento: Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Warner W. GARDNER, “The informal actions of the federal government”, *American University Law Review*, 26(4), 1977, pp. 799-835.
- Gretchen HELMKE y Steven LEVITSKY, *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, JHU Press, 2006.
- Cornelius M. KERWIN y Scott R. FURLOG, *Rulemaking: how government agencies write law and make policy*, Washington, DC, CQ Press, 2018.
- John Robert LONG, “Ex-parte contacts in informal rule making: The bread and butter of administrative procedure”, *Emory Law Journal*, núm. 27(2), 1978, pp. 293-336.
- Elisenda MALARET I GARCIA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Madrid, Civitas, 1991.

- Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Tomo XII, Madrid: BOE, 2015.
- Douglas C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990.
- Andrew OSORIO, “Informal Administrative Processes” *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, Ali FARAZMAND (ed.), Cham, Springer, 2016.
- Elinor OSTROM, “An agenda for the study of institutions”, *Public Choice*, núm. 48, 1986, pp. 3–25.
- Luciano PAREJO ALFONSO, *Estado y Derecho en proceso de cambios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- Juli PONCE SOLÉ, *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa. Un análisis empírico de la informalidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Todd D. RAKOFF, 2000, “The choice between formal and informal modes of administrative regulation”, *Administrative Law Review*, Vol. 52, núm. 1, 2000, pp. 159- 174.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Héctor SANTAELLA QUINTERO, “Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 5, 2011, pp. 87-105.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*. Vol. II. Madrid, Iustel, 2004.
- Eberhart SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.
- Eberhart SCHMIDT-ASSMANN, *La dogmática del Derecho Administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2021.
- Martin SCHULTE, “Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y de la salud”, *Documentación Administrativa*, núm. 235-236, 1993, pp.113-134 .
- Helmut SCHULZE-FIELITZ, “¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa?”, *Documentación Administrativa*, núm. 235-236 , 1993, pp. 89-112.
- Rolf STOBER y Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Las actuaciones materiales o técnicas”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 267, 1995, pp. 573-590.
- Peter L. STRAUSS, “US Rulemaking”, Javier BARNÉS (ed.), *Transforming Administrative Procedure*, Sevilla, Global Law Press, 2015, pp.231-312.
- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La relación jurídica en el sistema de Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*. núm.1- 2, 2020, pp. 73-118.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Administraciones públicas y Derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo, 1998.
- Clara Isabel VELASCO RICO, “Los planes y programas de inspección. Hacia una (¿necesaria?) reducción de la discrecionalidad administrativa en materia de inspección de las actividades económicas de los particulares”, *Iuris*, núm.17, 2015, pp. 61-78.

SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS, SUS VICIOS Y SU CONTROL JUDICIAL*

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL

Universitat de València

RESUMEN: El presente trabajo analiza algunas de las cuestiones más problemáticas y relevantes, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, que en la actualidad plantea la regulación del procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias: (i) la de los fines que debería perseguir esta regulación; (ii) la inadecuación de este procedimiento para elaborar ciertas disposiciones administrativas atípicas; (iii) la inadecuación de las estructuras organizativas actualmente encargadas de llevar a cabo las actividades en las que consiste dicho procedimiento; (iv) la evaluación *ex post* de los reglamentos; y (v) las consecuencias jurídicas derivadas de sus vicios de procedimiento y su control judicial.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento de elaboración de reglamentos; nulidad; ilegalidad; control judicial; recurso directo; evaluación *ex post*.

ABSTRACT: This paper analyzes some of the most problematic and relevant issues, both from a theoretical and practical point of view, that are currently raised by the regulation of the administrative rulemaking process, namely those related to: (i) the purposes to be pursued by this regulation; (ii) the scope of application of this regulation; (iii) the organization of administrative authorities

* Este texto tiene su origen en una ponencia presentada en el XIV Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en la Universidade Católica Portuguesa de Porto, los días 22 y 23 de octubre de 2021. El autor agradece a los organizadores, los profesores Fausto de Quadros, José Luis Martínez López-Muñiz, Luis Míguez Macho y Mário Aroso de Almeida, la invitación. Igualmente agradece a Clàudia Gimeno Fernández, José María Rodríguez de Santiago y dos revisores anónimos los valiosos comentarios hechos en relación con un borrador de este trabajo. Los errores subsistentes son de la exclusiva responsabilidad del autor. Una versión del apartado 6 fue publicada bajo el título «La evaluación *ex post* de las normas jurídicas» en el blog *Almacén de Derecho*, el 21 de enero de 2022.

currently in charge of carrying out the administrative proceedings at issue; and (iv) the legal consequences of non-compliance with that regulation, and its judicial review.

KEYWORDS: Administrative rulemaking process; administrative procedure; administrative law; judicial review; invalidity; procedural defects; harmless errors; ex post evaluation of regulation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. FINES DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS.—3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES ATÍPICAS. 3.1. Un procedimiento demasiado denso y uniforme, inadecuado para ciertas normas atípicas. 3.2. Soluciones. 3.2.1. La huida del concepto de reglamento. 3.2.2. Mayor diversidad regulatoria.—4. LA IMPORTANCIA DE LA ORGANIZACIÓN.—5. EL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.—6. LA EVALUACIÓN *EX POST* DE LOS REGLAMENTOS.—7. CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO DE LOS REGLAMENTOS Y SU CONTROL JUDICIAL. 7.1. La regulación legislativa. 7.2. La teoría unitaria: el dogma de la nulidad de los reglamentos. 7.3. La teoría gradual. 7.4. La jurisprudencia. 7.4.1. Hasta 1999: predominio de la doctrina gradual. 7.4.2. Desde 1999: predominio de la doctrina unitaria. 7.4.3. Crítica de la actual jurisprudencia. 7.4.3.1. Fundamento. 7.4.3.2. Inconsistencias. 7.4.3.3. La prohibición categórica de subsanación y conservación de trámites. 7.4.3.4. Una jurisprudencia incompatible con los principios jurídicos de seguridad, eficiencia y proporcionalidad. 7.4.4. Críticas doctrinales, inmovilismo judicial y propuestas legislativas. 7.5. El sometimiento a plazo del recurso directo contra reglamentos. 7.6. Derecho comparado.—8. CONCLUSIONES.—9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes que definen el régimen jurídico básico de la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas y las Entidades locales establecen sendos procedimientos que todas ellas deben observar para elaborar sus respectivos reglamentos¹. Además, incontables leyes sectoriales añaden la obligación de realizar otros trámites antes de aprobar ciertas normas reglamentarias².

Esta regulación plantea innumerables problemas de gran relevancia teórica y práctica. Algunos de ellos han suscitado recientemente una gran atención doctrinal, como el de las consecuencias jurídicas de las irregularidades de procedimiento cometidas en la elaboración de planes urbanísticos. Otros han pasado más desapercibidos, a pesar de que su importancia no es menor.

¹ Respecto de la Administración estatal, *vid.* los arts. 129-133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC); y los arts. 25-28 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, LG). Respecto de las Administraciones autonómicas, *vid.*, por ejemplo, los arts. 61-70 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña. Respecto de las Entidades locales, *vid.* el art. 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL).

² En relación con los planes urbanísticos, *vid.*, por ejemplo, el art. 6 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

En el presente trabajo se analizan algunas de las cuestiones más problemáticas y relevantes que plantea dicho procedimiento. En particular, las relativas a: (i) los fines de las normas que lo regulan; (ii) si el procedimiento configurado por la ley resulta apropiado o inapropiado para preparar ciertas disposiciones generales atípicas; (iii) la inadecuación de las estructuras organizativas actualmente encargadas de llevar a cabo las actividades en las que dicho procedimiento consiste; (iv) la evaluación *ex post* de los reglamentos; (v) las consecuencias jurídicas de sus vicios de procedimiento, y (vi) su control judicial.

2. FINES DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS

Conviene tener muy presente cuáles son (o deberían ser) los fines de las normas que regulan el procedimiento de elaboración de los reglamentos. En primer lugar, porque aquellos deben orientar la interpretación de tales normas (artículo 3.1 Código civil) y, por consiguiente, la resolución de los incontables problemas prácticos *de lege lata* que estas plantean. En segundo lugar, con el objeto de evaluar *de lege ferenda* y mejorar la regulación del referido procedimiento, resulta imprescindible determinar cuáles son sus metas y en qué medida esta las satisface efectivamente.

Se ha escrito mucho sobre los *fines del procedimiento* administrativo en general y del de elaboración de reglamentos en particular. Los estudios correspondientes ponen de manifiesto los beneficios del procedimiento, pero también suelen pasar por alto sus costes³. En nuestra opinión, resulta preferible ampliar el objeto de análisis y considerar los *fines de las normas* que regulan dicho procedimiento, que podríamos sintetizar en uno solo: el de minimizar la suma de todos los costes esperados que implica la aprobación de reglamentos. Tales costes son básicamente de tres tipos.

(i) *Costes del desacierto*, entendido este en un sentido amplio. Como se desprende del artículo 26.1 LG y ponen de relieve numerosos autores, con el procedimiento se pretende «garantizar la legalidad y el acierto» de las normas reglamentarias que eventualmente se aprueben a su través⁴. Se pretende que estas resuelvan de manera conforme a Derecho y equilibrada ciertos problemas, concilien adecuadamente todos los intereses legítimos afectados, sean ampliamente conocidas, aceptadas y cumplidas por los interesados y las autoridades competentes, etc. Se trata, en suma, de que los futuros reglamentos satisfagan efectivamente y en la mayor medida de lo posible los fines prescritos en cada caso por el ordenamiento jurídico.

(ii) *Costes directos de elaboración* del reglamento. La realización de las actividades que integran este procedimiento implica un considerable coste de oportunidad, pues

³ *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020).

⁴ *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020); RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021: 136).

supone la inversión de recursos escasos —tiempo, dinero, esfuerzo, etc.— que ya no se podrán destinar a otros usos alternativos.

(iii) *Costes de la invalidez* —o «mortandad»— del reglamento, en el caso de que los tribunales aprecien y declaren su disconformidad con el ordenamiento jurídico. Dentro de estos costes cabe a su vez distinguir, cuando menos:

En primer lugar, los costes que implica la *reviviscencia* de una regulación jurídica —la derogada por el reglamento cuya invalidez ahora se declara— que posiblemente no es la que mejor satisface los intereses públicos implicados.

En segundo lugar, los *costes de transición* en que hay que incurrir para ajustar eventualmente las cosas a esa regulación anterior. Imaginemos, por ejemplo, que se anula un plan urbanístico que amparaba varias construcciones, que ahora pasan a ser ilegales conforme a la normativa que recobra su vigencia. Imaginemos que para restablecer la legalidad conculcada hay que proceder a la demolición de lo construido, lo que puede resultar enormemente costoso.

En tercer lugar, a fin de evitar o al menos reducir los perjuicios que a los intereses públicos podría ocasionar la *reviviscencia* de esa regulación anterior, puede ser necesario incurrir en sustanciales *costes de rectificación*, expresión con la que designamos los que encierra preparar y establecer una nueva norma en sustitución de la anulada.

Finalmente, la anulación de un reglamento o incluso el riesgo de que este sea anulado puede generar una considerable *inseguridad jurídica*, que disuade a los ciudadanos y a las autoridades de llevar a cabo actividades —v. gr., inversiones— socialmente beneficiosas.

La mortandad puede obedecer a diversas *causas*, cuando menos a: (i) la elevada complejidad y vaguedad de las normas reguladoras del procedimiento, que da pie a que la Administración cometa errores en su interpretación y aplicación; (ii) el elevado coste que puede entrañar el cumplimiento de estas normas; y (iii) los incentivos que los jueces tienen para apreciar la existencia de un vicio de procedimiento. Estos, como cualquier persona, tienden a tomar los cursos de acción que menos tiempo y esfuerzo les cuestan⁵. Y, al conocer de un recurso contra un reglamento, apreciar en este un vicio de procedimiento suele ser la decisión que menos trabajo les da, pues les permite resolver el caso sin necesidad de juzgar la legalidad del contenido del reglamento, juicio que resulta sumamente arduo en muchas ocasiones.

Los planes urbanísticos constituyen un ejemplo paradigmático de las causas y los graves efectos de la anulación de los reglamentos. El elevadísimo número de trámites que hay que realizar para aprobarlos y la extraordinaria complejidad de las disposiciones legales que los regulan hacen no sólo que los correspondientes procedimientos se prolonguen durante años o incluso décadas, sino también que resulte muy fácil cometer alguna ilegalidad al tramitarlos, sobre todo si los tribunales interpretan de manera sumamente «quisquillosa» y «creativa» dichas disposiciones, como de hecho

⁵ POSNER (1993).

ha ocurrido⁶. El resultado es que estos planes, que deberían gozar de una elevada estabilidad, por cuanto determinan el éxito o fracaso de inversiones de una gran relevancia económica, sufren una alarmante mortandad, lo que provoca una enorme inseguridad jurídica⁷.

El riesgo de mortandad debería ser tenido más en cuenta a la hora de diseñar y aplicar las normas de procedimiento. La reducción de este riesgo constituye una razón adicional para simplificar y mejorar la calidad de esas normas y su aplicación. Cambios relativamente modestos y poco costosos pueden enervarlo de manera muy significativa. Por ejemplo, el trámite de audiencia a las «organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieran afectados por la norma [reglamentaria] y cuyos fines guarden relación directa con su objeto»⁸ debería ser sustituido prácticamente siempre por un trámite de información pública. La sustitución apenas perjudica la posibilidad de que esas organizaciones sean escuchadas en el procedimiento de elaboración del reglamento, sobre todo si se establecen mecanismos automáticos de alerta que les permitan a estas tener noticia de todas las iniciativas normativas tramitadas por la correspondiente Administración que les afectan, lo que hoy en día cuesta bien poco. Por otro lado, esa sustitución evita el serio riesgo de que la Administración se equivoque al interpretar conceptos tan sumamente vagos como los referidos («afección a sus derechos o intereses legítimos», «fines que guardan relación directa con su objeto», etc.) y no dé audiencia a alguna organización que, según el criterio de un tribunal, debería haber sido escuchada. También cabría exigir la realización de una suerte de «análisis de mortandad» antes de aprobar normas que regulen, incrementen o compliquen los trámites que hay que observar en la elaboración de ciertas disposiciones reglamentarias.

3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES ATÍPICAS

3.1. Un procedimiento demasiado denso y uniforme, inadecuado para ciertas normas atípicas

El tenor literal del artículo 26.1 LG, del artículo 49 LBRL y de la mayoría de los preceptos legales autonómicos equivalentes da a entender que todos los reglamentos dictados por las correspondientes Administraciones públicas deben elaborarse a través del procedimiento previsto en aquellos. El problema es que este resulta demasiado denso e inadecuado para elaborar muchas disposiciones administrativas atípicas, cuyas características difieren significativamente de las de los reglamentos para los que dicho procedimiento está pensado. Cabe mencionar a título de ejemplo:

⁶ *Vid.* un ejemplo en FERNÁNDEZ TORRES (2017).

⁷ *Vid.* SORIA MARTÍNEZ y MARTÍN BASSOLS (2017); AGUDO GONZÁLEZ (2018).

⁸ En palabras del art. 26.6 LG.

(i) Los *reglamentos de necesidad*, como los aprobados por las autoridades autonómicas para combatir la covid-19, en virtud de los cuales se impusieron diversas medidas restrictivas de derechos. En esta y otras situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, resulta justificado prescindir del procedimiento de elaboración de reglamentos previsto por la ley para situaciones ordinarias, pues el coste de oportunidad del tiempo necesario para su tramitación resulta excesivo, habida cuenta de los gravísimos daños para los intereses públicos que podrían producirse en el ínterin⁹.

(ii) Las *circulares, instrucciones y órdenes de servicio*, a través de las cuales las autoridades administrativas pueden dirigir la actividad de sus órganos jerárquicamente dependientes¹⁰. El tiempo y el esfuerzo que exige la observancia del referido procedimiento también parecen excesivos e incompatibles con la agilidad necesaria para desarrollar cabalmente esta función de dirección.

(iii) Las relaciones de puestos de trabajo¹¹.

(iv) Los algoritmos o programas informáticos utilizados por las Administraciones públicas para determinar el contenido de algunas de sus actuaciones¹².

(v) Las disposiciones a través de las cuales se fija anualmente la cuantía del salario mínimo interprofesional¹³.

(vi) Las ponencias de valores catastrales¹⁴.

(vii) Los pliegos de cláusulas administrativas particulares¹⁵.

(viii) Las señales de tráfico, a través de las cuales se imponen deberes de conducta para una pluralidad indeterminada de individuos, y que no se agotan con un único cumplimiento, sino que producen efectos jurídicos duraderos, mientras no sean retiradas.

⁹ Como bien advierte NÚÑEZ LOZANO (2003: 347), esto propicia que, en tales casos, el Gobierno regule mediante decreto-ley materias que no están reservadas a la ley y que, por lo tanto, podrían ser reguladas mediante reglamento.

¹⁰ *Vid.* el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP). Sobre su discutida naturaleza jurídica, entre otros, BAENA DEL ALCÁZAR (1965); MORENO REBATO (1998); MOROTE SARRIÓN (2002); BACIGALUPO SAGGESE (2005); COELLO MARTÍN y GONZÁLEZ BOTIJA (2007).

¹¹ *Vid.* el art. 74 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre). Sobre su discutida naturaleza jurídica, entre otros, MOREU CARBONELL (1997); GIL FRANCO (2015).

¹² A favor de la naturaleza reglamentaria de estos algoritmos, BOIX PALOP (2020). En contra, ARROYO JIMÉNEZ (2020) y HUERGO LORA (2021: 64-67).

¹³ *Vid.* el art. 27.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre).

¹⁴ *Vid.* los arts. 25-27 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo). Sobre la discutida naturaleza jurídica de estas ponencias, *vid.* BOSCH CHOLBI (2014) y TEJERIZO LÓPEZ (2016).

¹⁵ A favor de su naturaleza reglamentaria, *vid.* AYMERICH CANO (2000). En contra, GARCÍA LUENGO (2022: 23-52). A favor de la naturaleza reglamentaria de los pliegos de prescripciones particulares de la prestación de servicios portuarios, *vid.* la STS de 11 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:80).

3.2. Soluciones

3.2.1. *La huida del concepto de reglamento*

La circunstancia de que ese denso y uniforme procedimiento de elaboración de reglamentos previsto con carácter general por la ley resulte inadecuado para preparar ciertas disposiciones administrativas atípicas ha propiciado, seguramente, que la jurisprudencia y algunos autores hayan entendido que estas no tienen la naturaleza de normas reglamentarias y, por lo tanto, que no hace falta observar dicho procedimiento antes de aprobarlas¹⁶. Sirva de ejemplo la reciente jurisprudencia por la cual se declara que las disposiciones que fijan anualmente el salario mínimo interprofesional tienen un «contenido decisorio o resolutorio que no es de naturaleza normativa», por lo que pueden ser aprobadas sin recabar previamente el dictamen del Consejo de Estado requerido para dictar reglamentos ejecutivos de las leyes¹⁷.

Esta «huida del concepto de reglamento», con la que se consigue eludir el referido procedimiento, resulta problemática por varias razones. En primer lugar, es incoherente con el concepto de reglamento que la gran mayoría de los autores y tribunales españoles postula. Con arreglo a este concepto, un reglamento es una norma escrita dictada por la Administración y de rango inferior a la ley. Por norma hay que entender aquí una regulación general y abstracta, que produce efectos jurídicos para una pluralidad indeterminada de personas y de casos, de modo que debe ser aplicada no una, sino todas las veces que en la realidad concurren las circunstancias descritas abstractamente en su supuesto de hecho. Lo que distingue una norma (reglamentaria) de un acto administrativo (singular) es que el cumplimiento de un acto es consuntivo, agota el acto, mientras que el de una norma no la agota o consume; la norma se mantiene y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos¹⁸. Pues bien, aquellas regulaciones atípicas encajan perfectamente en este concepto. Las disposiciones que fijan anualmente el salario mínimo interprofesional, por ejemplo, producen efectos jurídicos generales y no se agotan con un solo cumplimiento.

En segundo lugar, se trata de una doctrina insincera, que oculta la verdadera razón por la cual está justificado que esas regulaciones atípicas puedan ser aprobadas sin necesidad de observar el procedimiento de elaboración de reglamentos previsto con

¹⁶ En relación con las circulares, instrucciones y órdenes de servicio, *vid.* la STS de 29 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1664). En relación con las relaciones de puestos de trabajo, *vid.* la STS de 5 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:902). En relación con las penencias de valores catastrales, *vid.* la STS de 10 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:736).

¹⁷ SSTs de 7 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3031), 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3143), 14 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3208), 29 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1499) y 6 de mayo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1585).

¹⁸ *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020); MUÑOZ MACHADO (2015: 19); ESTEVE PARDO (2021: 60). Sobre las diferentes opiniones doctrinales relativas a la «distinción entre acto y norma», *vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2002: 179-195); MEILÁN GIL (2018: 17-147).

carácter general por la ley. La razón no reside en que tales regulaciones no encajan en el concepto de reglamento manejado usualmente por el legislador, los tribunales y los autores españoles, sino que ese procedimiento resulta manifiestamente inadecuado para elaborarlas. Esta razón justificativa queda escondida detrás un subterfugio —la manipulación *ad hoc* del concepto de reglamento—, lo que genera confusión.

En tercer lugar, esta doctrina conduce a una suerte de todo o nada. Si la regulación en cuestión no se considera un reglamento, queda excluida por completo del procedimiento de elaboración de los reglamentos. El problema es que, muchas veces, el legislador no ha previsto un procedimiento específico para esas regulaciones atípicas, lo que propicia que se aprueben sin observar procedimiento alguno, lo cual resulta ciertamente cuestionable.

En cuarto lugar, esa doctrina produce algunos «efectos colaterales» negativos. En el Derecho español tiende a sostenerse implícitamente un concepto universalista de reglamento. Si una regulación es una norma reglamentaria, lo es a todos los efectos; se le aplica en bloque el régimen jurídico propio de los reglamentos. No se concibe la posibilidad de que tenga la consideración de reglamento a determinados efectos jurídicos y no la tenga a otros distintos. Así, por ejemplo, el hecho de que las circulares, instrucciones y órdenes de servicio no merezcan la calificación de reglamentos a los efectos de su procedimiento de elaboración propicia que tampoco la merezcan a la hora de ser impugnables a través del recurso directo contra reglamentos, lo cual es ciertamente cuestionable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva de los afectados.

La STS de 26 de enero de 2021¹⁹, por ejemplo, considera inadmisibile el recurso interpuesto contra una «circular» «sin incidencia directa en los derechos de los ciudadanos [lo que] determina que sea necesario un previo acto singular que la aplique para que las pautas interpretativas que en ella se contienen sean susceptibles de impugnación jurisdiccional». La circular impugnada establecía cómo debían interpretar ciertos órganos administrativos una disposición que regulaba los requisitos que habían de cumplir los solicitantes de autorizaciones de festejos taurinos.

Los recurrentes alegaban que la circular introducía un requisito no previsto en la norma «interpretada». Es dudoso que así fuera. Lo que no admite duda es que la circular afectaba a los derechos de los interesados. Al igual que casi todos los reglamentos, la circular imponía a ciertas autoridades la obligación de seguir un determinado criterio a la hora de tomar decisiones que incidían sobre esos derechos. Al regular decisiones que producían «efectos jurídicos externos», la circular los tenía igualmente.

Así las cosas, resulta inaceptable excluir la posibilidad de recurrir directamente una norma como esta por la razón de que no incide *directamente* sobre los derechos de los afectados, sino sólo de manera mediata, a través de resoluciones dictadas en su aplicación. En contra de esta doctrina cabe aducir al menos cuatro argumentos:

¹⁹ ECLI:ES:TS:2021:215. Las circunstancias del caso aparecen mejor descritas en la sentencia recorrida: la STSJ de Andalucía de 27 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TSJAND:2018:16916).

(i) Muchísimas normas reglamentarias inciden indirectamente en la esfera jurídica de los ciudadanos. Despliegan sus efectos a través de actos administrativos de aplicación, que concretan en cada caso lo dispuesto por ellas. Lo cual no excluye la posibilidad de impugnarlas.

(ii) Las normas que regulan la adopción de actos administrativos pueden alterar la conducta de las personas interesadas y menoscabar sus derechos de manera inmediata, sin necesidad de que se dicten efectivamente tales actos de aplicación. Por ejemplo, una regulación excesivamente restrictiva de las condiciones que hay que cumplir para obtener una autorización puede hacer imposible que una persona consiga la financiación necesaria para plantearse siquiera solicitar dicha autorización. La regulación puede influir sobre la conducta y los derechos de las personas interesadas (bancos, potenciales solicitantes, etc.) antes de que se aplique, si estas anticipan cómo la aplicará probablemente la Administración y actúan en consecuencia.

(iii) Aquella exclusión ignora el valor del recurso directo como instrumento del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional ha venido a declarar que resulta contrario a este derecho fundamental negar la legitimación para impugnar directamente disposiciones generales a los particulares a los que estas afectan de manera mediata, a través de actos de aplicación individual²⁰. Es decir, según el Tribunal, la posibilidad que los afectados tienen de recurrir tales actos no basta para garantizar dicha tutela. No resulta justificado que, para poder defenderse, tengan que esperar a que la lesión con la que la norma les amenaza se consume mediante un acto administrativo de aplicación. Deben tener la posibilidad de impugnar directamente la norma y evitar así los perjuicios antijurídicos que esta puede ocasionarles.

(iv) El recurso directo interpuesto contra una norma, a través del cual puede pretenderse y conseguirse su anulación judicial, también sirve a los principios jurídicos de seguridad, igualdad y eficiencia. Al despejar de manera definitiva y con efectos generales las dudas sobre la invalidez de la norma en cuestión, la anulación elimina la incertidumbre y previene decisiones contradictorias, desigualdades y litigios innecesarios a los que podría dar lugar la aplicación de la norma por distintos órganos jurisdiccionales.

3.2.2. *Mayor diversidad regulatoria*

Para evitar los desazonadores resultados a los que conduce la huida del concepto de reglamento, convendría seguramente introducir una mayor diversidad en la regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones generales. En particular, sería deseable establecer reglas específicas para algunas disposiciones atípicas que, de resultas de su exclusión de aquel concepto, terminan por no estar sujetas a procedimiento alguno o a un procedimiento inadecuado.

²⁰ Vid. las SSTC 160/1985, de 28 de noviembre, y 32/1991, de 14 de febrero.

Esta mayor diversidad tiene la ventaja, obviamente, de que el procedimiento pertinente en cada caso puede ajustarse mejor a las peculiaridades de la norma que con él se trata de preparar. Pero hay que tener en cuenta también sus desventajas. Una mayor diversidad tiende a incrementar: la complejidad de las normas reguladoras de los procedimientos; la probabilidad de cometer errores al aplicarlas, y, a la postre, la mortandad de las disposiciones resultantes.

4. LA IMPORTANCIA DE LA ORGANIZACIÓN

La medida en la que el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias contribuye efectivamente a garantizar el acierto de estas depende, entre otros factores, de cómo se configure la organización encargada de realizar las actividades que integran dicho procedimiento.

En este punto, nuestras Administraciones públicas presentan una notable deficiencia: no están ni acostumbradas ni bien pertrechadas para evaluar cabalmente los costes y los beneficios sociales esperados de las distintas alternativas regulatorias, evaluación imprescindible para asegurar que las soluciones adoptadas resuelven de manera efectiva y acertada los problemas planteados. En ello han influido seguramente dos factores. De una parte, entre nuestros servidores públicos sigue predominando una cultura formal y legalista, que obstruye la aplicación de una perspectiva económica a la regulación. De otra, no existen organizaciones que velen efectivamente por la calidad integral de la regulación y dotadas tanto de la autoridad necesaria para elevar recomendaciones a los órganos reguladores como de la independencia, la capacidad de coordinación, los medios y los conocimientos especializados requeridos para proporcionar una opinión objetiva sobre estas cuestiones²¹.

En 2017, en el seno de la Administración General se creó una Oficina de Coordinación y Calidad Normativa²², cuya denominación y funciones recuerdan en parte a las de la influyente *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) estadounidense²³. Sin embargo, la circunstancia de que nuestra Oficina dependa jerárquicamente de la Subsecretaría de la Presidencia y se le haya otorgado un modesto rango de Subdirección General²⁴ ya indica que, por el momento, este órgano no cuenta, ni de lejos, con los medios, la independencia y la influencia suficientes para desempeñar cabalmente las referidas funciones.

²¹ Ambas deficiencias son advertidas en el informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos *Better Regulation in Europe: Spain 2010*, pp. 17, 20, 21, 47, 48, 80, 83 y 91. *Vid.*, también, BOIX PALOP y GIMENO FERNÁNDEZ (2020: 11, 40-47, 162-164).

²² Real Decreto 771/2017, de 28 de julio. Véase, también, el Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre, por el que se establece el régimen de funcionamiento de esta Oficina.

²³ Sobre la OIRA, *vid.* GRAHAM (2008) y SUNSTEIN (2013).

²⁴ Art. 1.2 del Real Decreto 1081/2017.

5. EL IMPACTO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

El procedimiento administrativo consiste en un conjunto de actividades dirigidas a obtener, almacenar, procesar, evaluar y comunicar *información* a fin de preparar o elaborar una decisión administrativa (en el caso que nos interesa, la aprobación de una norma reglamentaria). Se comprende fácilmente por qué el espectacular progreso de las tecnologías de la información producido durante las últimas décadas ha de tener un considerable impacto sobre la configuración de ese procedimiento.

Dicho progreso ha abaratado exponencialmente el tratamiento de la información. Los adelantos tecnológicos han reducido enormemente los costes de las actividades que integran el procedimiento administrativo. Por el mismo «precio» de antes podemos conseguir cada vez más procedimiento de mayor calidad. En líneas generales, pues, este cambio tecnológico *justifica un aumento del volumen del procedimiento*. Si sus costes sociales disminuyen, permaneciendo igual sus beneficios, valdrá la pena tener una cantidad mayor de él²⁵.

Adicionalmente, la tecnología actual hace posible configurar el procedimiento de una manera distinta de la que hasta la fecha era usual. Permite realizar eficientemente actividades que son útiles para mejorar el acierto de los reglamentos y que antes eran imposibles, inimaginables o prohibitivamente costosas y que, en consecuencia, no se llevaban a cabo.

Durante los últimos años ya se han producido algunas reformas en esta materia que tratan de sacar partido de las posibilidades que ofrecen las actuales tecnologías informáticas. Respecto de los reglamentos aprobados por el Estado, cabe mencionar: la introducción de una consulta previa electrónica²⁶; la obligación del Gobierno de aprobar un plan anual normativo, «que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente», y cuyo cumplimiento ha de ser evaluado posteriormente²⁷; y la obligación de elaborar una memoria de análisis de impacto normativo²⁸.

Parece, no obstante, que todavía hay margen para hacer reformas y aprovechar mejor las posibilidades abiertas por los avances tecnológicos²⁹. Consideramos, por ejemplo, que debería preverse la participación de los ciudadanos en el procedimiento

²⁵ DOMÉNECH PASCUAL (2014: 25-27).

²⁶ Arts. 133.1 LPAC y 26.2 LG. *Vid.* CIERCO SEIRA (2017).

²⁷ Arts. 132 LPAC y 25 y 28 LG.

²⁸ Art. 26.3 LG y Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. En general, sobre todas estas novedades legislativas, *vid.*, por todos, DÍAZ GONZÁLEZ (2016); ARROYO JIMÉNEZ (2017); BOIX PALOP (2017); CANALS AMETLLER (2019); PONCE SOLÉ (2019); BOIX PALOP y GIMENO FERNÁNDEZ (2020).

²⁹ *Vid.*, en este sentido, ARROYO JIMÉNEZ (2017); BOIX PALOP (2017); CANALS AMETLLER (2019); PONCE SOLÉ (2019).

de evaluación *ex post* de las normas jurídicas³⁰. No se entiende muy bien por qué la posibilidad que los ciudadanos tienen de criticar la norma en cuestión y proporcionar a las autoridades información valiosa a fin de mejorarla se cierra cuando se aprueba la norma y esta comienza a desplegar sus efectos. Nótese que es a partir de este momento cuando mejor puede saberse cómo la norma afecta realmente a sus destinatarios. Es entonces cuando los ciudadanos pueden obtener y proporcionar información acerca de las consecuencias reales que para ellos se derivan de la disposición aprobada, información que la Administración competente debería tener en cuenta para decidir sobre su mantenimiento, modificación o derogación.

6. LA EVALUACIÓN *EX POST* DE LOS REGLAMENTOS

Entre el régimen jurídico de la evaluación *ex ante* de las normas y el de su evaluación *ex post* (o seguimiento) existe una intrigante asimetría. La primera es preceptiva y está densamente regulada. El legislador establece que la Administración debe realizar numerosos trámites antes de aprobar reglamentos, decretos legislativos o proyectos de ley. La infracción de los preceptos legales que regulan el procedimiento de elaboración de las normas reglamentarias determina, en principio, la invalidez de estas. Y la defectuosa evaluación *ex ante* del impacto de una ley ha sido considerada en algunos casos un motivo determinante para declarar su inconstitucionalidad³¹.

La evaluación *ex post*, en cambio, carece de carácter vinculante³² y de una mínima regulación legal general. El artículo 130.1 LPAC establece que «las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas»³³. No parece que este precepto haya querido imponer a las Administraciones públicas una genuina obligación de evaluar *a posteriori* todas las normas jurídicas. De hecho, el artículo 25.2 LG otorga una amplia discrecionalidad al Gobierno para identificar, en el plan anual normativo, aquellas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación³⁴. Además, no está claro que la omisión de esa evaluación determine la invalidez del reglamento afectado³⁵. Desde luego, el legislador nada ha dispuesto al respecto.

³⁰ BOIX PALOP y GIMENO FERNÁNDEZ (2020: 171) estiman que «cada norma, con vistas a su evaluación *ex post*, [debería] disponer de un buzón ciudadano de incidencias, críticas y propuestas de mejora permanentemente abierto».

³¹ SSTC 140/2016, de 21 de julio, FJ 13, y 157/2016, de 22 de septiembre, FJ 9.

³² Así lo advierte EMBID TELLO (2019: 17).

³³ La STC 55/2018, de 24 de mayo, FJ 7.b) declara inconstitucional este precepto en cuanto que afecta a la potestad legislativa de las Comunidades autónomas.

³⁴ *Vid.* también el art. 3 del Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo, por el que se regulan el Plan Anual Normativo y el Informe Anual de Evaluación Normativa de la Administración General del Estado y se crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa.

³⁵ Sobre este problema, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2005: 143-145).

La justificación de esta asimetría no es obvia. La razón por la cual la ley obliga a tramitar un procedimiento de evaluación *ex ante* consiste seguramente en que (i) este proporciona a la Administración información valiosa que reduce el riesgo de desacierto de la norma considerada y que (ii), en ausencia de la obligación de seguir ese procedimiento, la Administración no tendría incentivos suficientes para observarlo y obtener la referida información.

Sin embargo, la evaluación *ex post* puede suministrar información tan o más valiosa, a los efectos de garantizar el acierto de la norma considerada, que la obtenida a través del procedimiento *ex ante*. Nada garantiza con total certeza que una norma jurídica ya vigente sea realmente la más acertada que cabía adoptar, o que lo vaya a seguir siendo eternamente. Siempre existe el peligro de que produzca efectos nocivos desde un principio —aunque esto sólo se sepa mucho después— o de que, siendo estos inicialmente beneficiosos, dejen de serlo debido a un cambio de las circunstancias. La evaluación *ex post* de una regulación jurídica persigue prever y detectar lo más rápidamente posible sus desaciertos, a fin de evitar o al menos reducir los daños sociales que estos puedan ocasionar. Nótese, asimismo, que la información obtenida *ex post* es más fiable que la adquirida *ex ante*, pues la primera se basa en observaciones empíricas de los efectos reales de la norma considerada, mientras que la segunda se funda en meras hipótesis acerca de esos efectos que pueden revelarse equivocadas.

Por otro lado, parece obvio que la Administración, en ausencia de una obligación de evaluar *ex post* las normas que dicta, tampoco tiene los incentivos adecuados para llevar a cabo dicha tarea. La finalidad de esta evaluación consiste, al fin y al cabo, en detectar los desaciertos cometidos al aprobar una norma. Y es muy probable que el Gobierno no tenga mucho interés en poner de manifiesto sus propios errores. Además, algunos sesgos cognitivos pueden propiciar que las autoridades administrativas, en ausencia de una obligación legal, no revisen como deberían el acierto de las disposiciones que han dictado: (i) el sesgo del *statu quo* (las personas muestran por lo general una inclinación exagerada a no modificar el estado actual de las cosas)³⁶; (ii) el sesgo de la confirmación (la gente tiende a buscar y evaluar la información de manera que sus creencias y posiciones previas queden corroboradas)³⁷, y (iii) el llamado «efecto Ikea» (las personas tienden a sobrevalorar los productos que ellas han contribuido a crear)³⁸.

Uno podría pensar que no hace falta obligar a la Administración a realizar una evaluación *ex post* de las normas, porque esta ya tiene lugar cuando se pretende aprobar una nueva norma. En ese momento, la Administración debería comparar la norma proyectada con la actualmente vigente —que constituye la denominada «alternativa cero»—: el impacto social que aquella puede tener con el que esta ha tenido realmente. Evaluar *ex ante* la nueva disposición requiere una evaluación *ex post* de la que se pretende derogar. Por otro lado, cabe razonablemente pensar que

³⁶ SAMUELSON y ZECKHAUSER (1988).

³⁷ NICKERSON (1998).

³⁸ NORTON, MOCHON y ARIELY (2012a y 2012b).

los cambios de Gobierno que cada cierto tiempo se producen en un sistema democrático tienden a neutralizar los referidos sesgos cognitivos y favorecen la evaluación *ex post* de las disposiciones normativas vigentes y su sustitución por otras diferentes. Las adoptadas cuando gobierna un determinado partido político suelen ser revisadas y eventualmente derogadas cuando le sucede otro distinto.

A nuestro juicio, estos factores podrían justificar una cierta asimetría entre el régimen jurídico de la evaluación *ex ante* y el de la evaluación *ex post*, en la medida en que, como acabamos de ver, la primera implica hasta cierto punto la segunda. Sin embargo, no nos parece que dichas circunstancias alcancen a justificar la inexistencia de una obligación específica de evaluar *ex post* las normas jurídicas, por varias razones.

En primer término, la evaluación *ex post* de una norma que tiene lugar cuando se pretende derogarla puede llegar demasiado tarde, después de que esta haya producido ya efectos perjudiciales que se podían haber evitado si dicha norma hubiera sido objeto de un riguroso seguimiento.

En segundo lugar, el hecho de que el legislador no haya previsto explícitamente la obligación de evaluar *ex post* la norma que se quiere derogar ni establecido regla alguna relativa a cómo debe realizarse la evaluación propicia que esta no se lleve a cabo de la manera en la que sería deseable. De un lado, porque es probable que la Administración carezca de los alicientes suficientes para analizar con el rigor exigible los efectos de la norma en cuestión. De otro lado, se corre el riesgo de que la Administración no pueda analizarlos con ese rigor aun cuando quiera, pues ya no es posible obtener o procesar la información necesaria para ello. En ocasiones, la evaluación requiere que el procedimiento correspondiente se ponga en marcha desde el mismo momento en el que la norma entra en vigor. Imaginemos, por ejemplo, que un Gobierno pretende restablecer el modelo de gestión de un servicio público que el Gobierno precedente sustituyó por uno diferente hace una década. Para evaluar cabalmente el modelo que ahora se quiere implantar, habría que comparar sus hipotéticos resultados con los que el modelo ha tenido durante los últimos años. Con este propósito, resulta de gran importancia conocer, entre otras cosas, cuál ha sido el grado de satisfacción de los usuarios del servicio durante ese tiempo. El problema es que, si cuando el modelo vigente entró en vigor no se articularon mecanismos que hayan permitido recoger periódicamente dicha información, muy difícilmente podrá obtenerse esta al cabo de una década. Además, por las razones antes indicadas, resulta sumamente difícil que el Gobierno evalúe de manera objetiva sus propias normas, que ponga mucho empeño en poner de manifiesto los más graves errores cometidos al aprobarlas.

En virtud de todo lo expuesto, resulta justificado que, en algunos casos, se obligue explícitamente a una organización relativamente independiente del Gobierno, cuya objetividad esté suficientemente asegurada, a evaluar *ex post* ciertas normas y observar determinadas reglas de procedimiento en esa tarea. Y, obviamente, debería ser el legislador el que determinara expresamente con cierto detalle tales extremos, si se quiere garantizar la utilidad de esta evaluación. Lo que garantiza la solución actualmente prevista con carácter general por el legislador español, según la cual la determinación de las normas que el Gobierno debe evaluar y las reglas que en esta

evaluación ha de observar se dejan al discrecional albur del propio Gobierno, es la futilidad de las evaluaciones *ex post*.

7. CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO DE LOS REGLAMENTOS Y SU CONTROL JUDICIAL

7.1. La regulación legislativa

La regulación legislativa de las consecuencias de los vicios de procedimiento de los reglamentos es muy parca y apenas ha cambiado desde hace seis décadas. En unos términos muy similares a los previstos en los preceptos legales que le precedieron³⁹, el artículo 47.2 LPAC establece que «serán *nulas de pleno derecho* las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales».

El legislador sólo ha asociado explícitamente una consecuencia jurídica a esta nulidad: tanto la Administración como los tribunales pueden revisar los reglamentos nulos y declarar su invalidez en cualquier momento, con independencia del tiempo transcurrido desde que fueron dictados⁴⁰.

7.2. La teoría unitaria: el dogma de la nulidad de los reglamentos

La gran mayoría de la doctrina española ha venido sosteniendo que todas las ilegalidades de los reglamentos determinan siempre su nulidad de pleno derecho⁴¹. El tenor literal del artículo 47 LPAC y de los preceptos legales equivalentes que le precedieron no es el único argumento aducido para defender esta tesis.

Se ha señalado que, si los reglamentos fueran anulables, sólo podrían ser impugnados durante un determinado plazo, transcurrido el cual se harían indiscutibles y sus efectos jurídicos se convalidarían. Esto conduciría al absurdo de que, expirado aquel plazo, el reglamento que infringe una ley tendría que prevalecer sobre esta, que

³⁹ *Vid.* el art. 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA) y el art. 62.2 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴⁰ *Vid.* los arts. 106.2 LPAC; 26 y 27 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), y 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

⁴¹ *Vid.*, entre otros muchos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020); GÓMEZ-FERRER MORANT (1977: 388); COSCULLUELA MONTANER (2021); PAREJO ALFONSO (2021: 283); FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002: 207-221); FERNÁNDEZ FARRERES (2020a).

a partir de entonces quedaría privada de efecto. En adelante, el juez debería aplicar el reglamento ilegal e inaplicar la ley. Las leyes, o incluso la Constitución, podrían ser derogadas por una simple disposición administrativa, lo que violaría el principio de jerarquía normativa⁴².

El problema de este razonamiento es que sólo explica por qué son nulos los reglamentos de contenido ilegal, pero se muestra inservible en el caso de aquellos cuyo contenido se ajusta a la ley, pero han sido elaborados sin haber seguido el procedimiento debido. Cuando el contenido de una disposición reglamentaria es ilegal, existe una antinomia entre esta y una ley, de modo que no es lógicamente posible aplicar ambas normas de modo simultáneo. Si este reglamento fuese anulable, sus efectos jurídicos se harían indiscutibles a partir de un determinado momento y desde entonces habría que resolver la antinomia siempre en su favor. Los jueces deberían aplicar el reglamento e inaplicar la ley cuantas veces se les planteara la contradicción. No se adivinan las razones por las que, a partir de un determinado momento, deban prevalecer los reglamentos sobre las leyes. En cambio, cuando se dicta una disposición administrativa sin observar el procedimiento legalmente establecido, cabe afirmar que esa disposición vulnera la ley, pero no que exista una antinomia entre ambas normas. Cuando un juez aplica esta disposición administrativa en un caso concreto no está privando simultáneamente de efecto a la ley de procedimiento vulnerada. Que los efectos de un reglamento viciado en su procedimiento se convaliden por el transcurso de cierto tiempo —o, dicho con otras palabras, que ese reglamento sea meramente anulable— no supone que la ley de procedimiento vulnerada vaya a quedar privada de todo efecto o derogada a partir de entonces. Esa convalidación no impide que la ley infringida siga teniendo vigencia y que deba ser observada al elaborarse una nueva disposición general. Lo mismo sucede cuando un acto administrativo anulable que padece un vicio de forma se convalida por el transcurso del plazo fijado para su impugnación.

También se ha tratado de evidenciar la extraordinaria gravedad de todas y cada una de las ilegalidades en que pueden incurrir los reglamentos, lo que justificaría en todo caso su nulidad. Se dice que las irregularidades de los reglamentos tienen mayor gravedad que las de los actos singulares como consecuencia de que la aplicación de aquellos da lugar a una serie de actos que serían asimismo ilegales. La injusticia en el seno del reglamento «multiplicará y amplificará sus efectos injustos en el tiempo, en la extensión, en la intensidad, a través de la infinitud de actos aplicativos del mismo, alcanzando, pues, un grado de injusticia incomparablemente superior al que quepa esperar de la ilegalidad de un solo acto»⁴³.

Esta afirmación debe matizarse. La ilegalidad de una disposición general no implica necesariamente la de los actos dictados en su aplicación. Si el contenido de un reglamento es ilegal, los actos que se dicten en su aplicación serán igualmente ilegales. Si existe una contradicción entre una regla legal y otra reglamentaria acerca de cómo debe ser un acto, el acto que se ajusta a la segunda vulnera la primera. Aquí sí que se

⁴² *Vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020).

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020).

«multiplica» la ilegalidad. En cambio, los actos dictados en aplicación de un reglamento que adolece de cualquier otra ilegalidad distinta de la de contenido —v. gr., falta de motivación—, pueden haber sido dictados con exquisita observancia de los límites materiales, de forma y de procedimiento establecidos por el ordenamiento jurídico, así como ser perfectamente adecuados para satisfacer los fines públicos que este prescribe. La ilegalidad del reglamento no tiene por qué «propagarse» necesariamente en este último caso. Lo cual no quita que el vicio del reglamento pueda tener eventualmente un cierto «efecto multiplicador» del desacierto. Cabe sostener que la inobservancia del procedimiento legalmente establecido para elaborar un reglamento aumenta la probabilidad de que su contenido y, en consecuencia, el de los actos dictados en su aplicación no logre un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos implicados.

Por otro lado, el argumento del «efecto multiplicador» es ambivalente, pues la nulidad de una disposición general determinará la invalidez de muchos de los actos dictados a su amparo, lo que ocasionará una inseguridad jurídica muy superior a la engendrada por la nulidad de un único acto administrativo singular.

7.3. La teoría gradual

Varios autores han defendido que no todas y cada una las ilegalidades de los reglamentos determinan su nulidad. Los primeros en sostener esta tesis fueron Garrido Falla, Boquera Oliver y Entrena Cuesta. En su opinión, los reglamentos de contenido ilegal son siempre nulos. Los elaborados a través de un procedimiento defectuoso, en cambio, pueden ser nulos, anulables o incluso válidos. La consecuencia jurídica pertinente en cada caso se determina de acuerdo con las mismas reglas previstas por el legislador para los actos administrativos singulares. Esta tesis se basa explícita o implícitamente en el siguiente argumento. Los reglamentos son normas jurídicas, pero también actos administrativos. El precepto legal que sanciona con la nulidad la ilegalidad de las disposiciones reglamentarias se refiere sólo a la infracción de las leyes que imponen límites a los reglamentos en cuanto que actos de contenido normativo, es decir, límites referidos a su contenido. En lo demás, a los reglamentos se les aplican las mismas reglas previstas para los actos administrativos con el objeto de precisar si sus defectos conllevan la nulidad, la anulabilidad o una irregularidad no invalidante⁴⁴.

Otros autores han señalado que la solución postulada por la doctrina mayoritaria no resulta acorde con ciertos principios jurídicos. En esta línea se encuadra la tesis doctoral que dedicamos al tema hace veinte años⁴⁵. En ella defendíamos que el dogma de la nulidad de los reglamentos ilegales resulta insostenible, tanto *de lege lata* como *de lege ferenda*. A fin de precisar las consecuencias de las ilegalidades de los reglamentos, deben ponderarse las exigencias del principio de legalidad, que normal-

⁴⁴ GARRIDO FALLA (1963: 78-81); BOQUERA OLIVER (1996: 388 y ss.); ENTRENA CUESTA (1999: 124 y ss.).

⁴⁵ DÓMENECH PASCUAL (2002).

mente exige la invalidez del reglamento defectuoso, pero también las exigencias de otros principios jurídicos, como los de seguridad, eficiencia y proporcionalidad, que pueden requerir lo contrario⁴⁶. La solución que en cada caso se establezca debe lograr un justo equilibrio entre todos estos principios. La nulidad no constituye siempre una solución equilibrada en este sentido, máxime si se entiende que la nulidad determina la invalidez absoluta y perpetua de los reglamentos a los que afecta y, por lo tanto, la imposibilidad de convalidarlos. Para lograr ese equilibrio, las consecuencias asociadas a cada ilegalidad deberían ser diversas, en función de la incidencia que los referidos principios tengan en cada caso. No hay una única solución óptima válida para todos los casos, sino varias.

Además, consideramos que nuestra legislación vigente es susceptible de una interpretación que satisface todos esos principios mejor que el dogma de la nulidad. Con arreglo a ella, los reglamentos ilegales pueden ser: nulos, anulables o total o parcialmente válidos; convalidados mediante una modificación retroactiva de la norma que infringieron⁴⁷, mediante la subsanación de sus defectos o mediante el transcurso del tiempo; y convertidos en otras normas. Las reglas de la anulabilidad, las irregularidades no invalidantes, la invalidez parcial, la conservación de trámites, la convalidación y la conversión previstas para los actos administrativos en los artículos 48-52 LPAC son sustancialmente aplicables a los reglamentos, *mutatis mutandis*.

Imaginemos, por ejemplo, que una ley impone al Gobierno el deber de dictar un reglamento de desarrollo antes de una determinada fecha, con el fin de que su aplicación efectiva no se demore excesivamente. Imaginemos que el reglamento se aprueba con posterioridad. Ningún sentido tiene que sea considerado nulo de pleno derecho. La nulidad constituiría una sanción desproporcionada por contraproducente, pues crearía una situación todavía más lesiva para los intereses protegidos por la ley, al incrementar el retraso que esta pretendió evitar⁴⁸. El remedio sería peor que la enfermedad. Es por esa razón que el Tribunal Supremo ha reputado válidos no pocos reglamentos emanados fuera del plazo legalmente establecido⁴⁹. Su extemporaneidad constituye un vicio no invalidante. Nótese que la misma solución se aplica a las leyes dictadas para transponer directivas de la Unión Europea después de transcurrido el plazo de transposición.

Ello no quita que la extemporaneidad pueda tener un efecto invalidante en otros casos, por ejemplo, cuando el plazo correspondiente fue establecido por la ley con el fin de limitar temporalmente, por razones de seguridad jurídica, la posibilidad de que la Administración adoptara ciertas medidas⁵⁰. Como advierte el Tribunal Supremo,

⁴⁶ En relación con los actos administrativos, *vid.*, *mutatis mutandis*, BELADIEZ ROJO (1994) y DÍEZ SÁNCHEZ (2010).

⁴⁷ Es el caso de las convalidaciones legislativas. *Vid.* DÓMENECH PASCUAL (2002); BOIX PALOP (2004).

⁴⁸ En sentido similar, *vid.* CALVO CHARRO (1995: 272) y la STS de 8 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1527).

⁴⁹ *Vid.* las SSTS citadas en las notas al pie 48 y 56.

⁵⁰ *Vid.* la STS de 25 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3577).

«para dilucidar si una disposición general aprobada fuera del plazo fijado por su norma habilitante es válida, será preciso interpretar el sentido de dicho plazo; es decir, si tiene carácter esencial o no. Esta es una cuestión que no puede responderse en abstracto, sino que ha de abordarse teniendo en cuenta los términos de cada concreta habilitación normativa»⁵¹. Este es, en definitiva, el mismo criterio que el artículo 48.3 LPAC prevé para la «realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas».

7.4. La jurisprudencia

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la invalidez de los reglamentos pueden encontrarse muchas inconsistencias: en la utilización de la terminología; entre las soluciones a las que se llega y las afirmaciones que eventualmente se hacen; entre distintas soluciones, etc. No obstante, en líneas generales, podemos distinguir en esta jurisprudencia dos grandes etapas, en cada una de las cuales predomina *de facto* una doctrina distinta.

7.4.1. Hasta 1999: predominio de la doctrina gradual

Recién publicadas la LJCA de 1956 y la LPA de 1958 (que introducen por primera vez en nuestro Derecho el recurso directo contra disposiciones generales y un procedimiento para elaborarlas, respectivamente), comienzan a abundar las sentencias que enjuician reglamentos aquejados de vicios de procedimiento. El Tribunal Supremo declara en varias de ellas que la nulidad prevista en el artículo 47.2 LPA (equivalente al art. 47.2 LPAC) se refiere sólo a los reglamentos ilegales en su contenido y que las consecuencias de las infracciones que no afectan a este se determinan con arreglo a los mismos preceptos de la LPA previstos para los actos administrativos⁵². La Sentencia de 17 de junio de 1974 (RJ 2847) es la primera que argumenta esta solución. Afirma que el artículo 47.2 LPA, pese a su tenor literal, sólo se refiere a los supuestos en los que el contenido del reglamento es ilegal, porque «la prevalencia de la Ley no consiente que frente a ella subsistan disposiciones de jerarquía inferior que entrañen una desobediencia al mandato contenido en una norma superior», y sólo en estos supuestos la grave y extrema sanción de la nulidad del reglamento asegura el «pleno imperio» de la norma legal. A continuación, señala que sancionar con la nulidad todos los vicios de procedimiento sería contrario al principio de proporcionalidad: no todos ellos tienen la misma gravedad, por lo que no todos deben recibir el mismo tratamiento. Por esta razón entiende que las «sanciones graduadas» previstas para los actos administrativos son «extensivas» al tratamiento de los vicios del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales. Es decir:

⁵¹ STS de 10 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:299).

⁵² SSTs de 25 de abril de 1964 (RJ 1932) y 17 de junio de 1970 (RJ 3133).

(i) Los vicios procedimentales del reglamento sólo causan su nulidad en los supuestos del artículo 47.1.c) LPA [hoy, art. 47.1.e) LPAC], o sea: cuando el reglamento ha sido dictado «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados».

(ii) En los restantes casos, el reglamento es anulable: cuando «carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados» (art. 48.2 LPA, hoy 48.2 LPAC); o cuando en su elaboración se hayan llevado a cabo actuaciones fuera del tiempo marcado para ello por la ley y «así lo impusiera la naturaleza del término o del plazo» (art. 49 LPA, hoy 48.3 LPAC).

(iii) En los demás casos, el reglamento es válido a pesar de la irregularidad cometida.

Durante esta primera etapa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ajusta, en líneas generales, a las consecuencias que de la doctrina sentada se desprenden:

(i) Las disposiciones reglamentarias incursas en los supuestos de nulidad previstos en el artículo 47.1 LPA pueden ser revisadas de oficio en cualquier momento⁵³ e inaplicadas con ocasión de los recursos interpuestos contra los actos dictados a su amparo, con independencia del tiempo transcurrido desde que fueron dictadas⁵⁴.

(ii) Los defectos de procedimiento que hacen anulables a las disposiciones reglamentarias sólo pueden ser alegados cuando estas se impugnan directamente, dentro del plazo de dos meses contados desde al día siguiente al de su publicación oficial, pero no cuando se recurren los actos que las aplican, recursos interpuestos normalmente cuando ya ha expirado aquel plazo⁵⁵.

(iii) Se consideran válidas algunas disposiciones reglamentarias dictadas fuera del plazo fijado por la ley⁵⁶ o aquejadas de infracciones de procedimiento que no habían impedido que se alcanzara el fin pretendido por la norma infringida⁵⁷.

Además, encontramos también sentencias que aplican a los reglamentos los preceptos legales relativos a la invalidez parcial⁵⁸, la conservación de trámites⁵⁹, la conversión⁶⁰ y la subsanación⁶¹ de los actos administrativos.

⁵³ *Vid.* la STS de 29 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7432).

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, las SSTS de 5 de octubre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:6841) y 6 de mayo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:2676).

⁵⁵ *Vid.*, entre otras muchas, las SSTS 23 de junio de 1973 (RJ 2731), 23 de septiembre de 1977 (RJ 3540), 24 de marzo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:2084), 26 de abril de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:3014) y 28 de septiembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:6089).

⁵⁶ *Vid.*, entre otras, las SSTS de 2 de noviembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:1442), 25 de abril de 1983 (RJ 2036), 20 de julio de 1983 (RJ 3879), 2 de febrero de 1988 (RJ 1154), 5 de octubre de 1988 (RJ 7439), 2 de febrero de 1988 (RJ 1154), 16 de noviembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:19394), 14 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5532) y 27 de marzo de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:2033).

⁵⁷ *Vid.*, entre otras, las SSTS de 20 de mayo de 1987 (RJ 3818), 6 de abril de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:2430), 14 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:1804) y 31 de enero de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:509).

⁵⁸ Entre otras, SSTS de 23 de mayo de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:3135), 20 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:1131), 7 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:802) y 9 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:905).

⁵⁹ *Vid.*, por ejemplo, la STS de 22 de abril de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:11732), que declara que «cabe una aplicación análogica del art. 52 LPA [hoy, art. 51 LPAC] para la conservación de los actos anteriores» a la aprobación definitiva de cierto plan urbanístico.

⁶⁰ *Vid.* las SSTS de 2 de marzo de 1988 (RJ 1774) y 12 de junio de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:3489).

⁶¹ STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 623/1994).

7.4.2. Desde 1999: predominio de la doctrina unitaria

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que se inicia en 1999 descansa sobre tres pilares. El primero es que todas las ilegalidades de los reglamentos causan su nulidad: «el grado de invalidez de las disposiciones generales es único: la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, ya se trate de un vicio de forma o sustantivo»⁶². Para justificar esta solución, el Tribunal aduce simplemente la literalidad del artículo 47.2 LPA y de los preceptos prácticamente idénticos que le han sucedido⁶³.

El segundo pilar es que la declaración de nulidad de un reglamento tiene efectos retroactivos, desde que este fue aprobado, lo que deja sin cobertura a todos los actos dictados en su aplicación⁶⁴, sin perjuicio de que algunos de ellos no puedan ser ya revisados por haber adquirido firmeza (art. 73 LJCA)⁶⁵.

En tercer lugar, se afirma que no cabe aplicar a los reglamentos las disposiciones que el legislador ha establecido sobre la conservación de trámites, convalidación y conversión de los actos administrativos (arts. 49-52 LPAC). El argumento esgrimido es que «la misma naturaleza normativa de las determinaciones... declaradas nulas hace inviable la aplicación de los principios de conservación y de convalidación». Estas disposiciones se refieren a los «actos y trámites», a «las actuaciones», a los «actos anulables», no a las normas reglamentarias. Además, «las diferencias sustanciales entre el acto y la norma, su diferente régimen jurídico sobre la invalidez y el alcance de tales pronunciamientos, hacen inviable la “aplicación analógica” de aquellas previsiones legislativas»⁶⁶.

7.4.3. Crítica de la actual jurisprudencia

Esta jurisprudencia merece tres críticas principales: está basada en argumentos sumamente endebles, es inconsistente y conduce a consecuencias prácticas gravemente nocivas para los principios jurídicos e intereses legítimos en juego.

7.4.3.1. Fundamento

El argumento de que las «técnicas de conservación» previstas para los actos administrativos en los artículos 48-52 LPAC no son aplicables a los reglamentos porque el régimen jurídico de unos y otros nada tiene que ver no se tiene en pie. Reglamentos y actos administrativos están sometidos a numerosas reglas comunes, pues al fin y

⁶² STS de 17 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8147).

⁶³ STS de 27 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2020:1300).

⁶⁴ *Vid.*, entre otras muchas, la STS de 29 de abril de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1679).

⁶⁵ *Vid.*, por todos, AGOUÉS MENDIZÁBAL (2014); REBOLLO PUIG (2018); VILLAR ROJAS (2021).

⁶⁶ STS de 28 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6385).

al cabo ambos son tipos de actuación de las Administraciones públicas. Entre sus respectivos regímenes jurídicos hay obviamente diferencias, pero también muchos principios compartidos. De hecho, abundantes preceptos se aplican indudablemente a ambos, aunque su tenor literal se refiera sólo a los «actos». Piénsese en: el mandato de que el contenido de los actos sea adecuado a sus fines (art. 34.2 LPAC); el deber de motivarlos (art. 35 LPAC); la prohibición de la desviación de poder (art. 48.1 LPAC); las reglas de procedimiento relativas a la emisión de informes (arts. 79-80 LPAC), a la información pública (art. 83 LPAC), al principio de celeridad (art. 71.1 LPAC), etc.

El Tribunal Supremo tampoco explica por qué no existe identidad de razón entre reglamentos y actos administrativos singulares a los efectos de aplicar analógicamente a los primeros las reglas previstas por el legislador para los segundos con el objeto de limitar su invalidez. A nuestro juicio, aquí existe una evidente identidad de razón. Estas reglas encuentran su fundamento en principios jurídicos como los de seguridad, economía procesal y proporcionalidad, cuyas exigencias se proyectan sobre la validez de los actos administrativos singulares, pero también sobre la de otros actos jurídico-públicos, como los que establecen normas de naturaleza reglamentaria o incluso legislativa. La aplicación ponderada de estos principios requiere, en algunos casos, que las irregularidades cometidas al elaborar una norma jurídica no la invaliden; que pueda aprobarse una norma, de contenido idéntico al de otra anterior defectuosa, sin necesidad de repetir todos los trámites que en su día se realizaron; que una norma inválida pueda ser convertida en otra válida, si reúne los requisitos de esta, etc.

De hecho, nuestro Tribunal Constitucional aplica frecuentemente a las leyes «técnicas de conservación» similares a las previstas para los actos administrativos, a pesar de que ningún precepto legal contempla semejante aplicación. Sirva el ejemplo de las llamadas «sentencias prospectivas». En ellas, el Tribunal dispone, por considerar que así lo exige el principio de seguridad jurídica, la conservación de algunos de los efectos jurídicos producidos por las leyes cuya inconstitucionalidad declara. En algunas ocasiones ha llegado a establecer que la ley declarada inconstitucional debía seguir siendo provisionalmente aplicable durante un tiempo, a fin de evitar un vacío normativo que dejara desprotegidos intereses constitucionalmente relevantes y propiciara su lesión⁶⁷. Ni la Constitución ni el legislador han previsto específicamente este tipo de pronunciamientos, pero el Tribunal los ha considerado pertinentes en virtud de ciertos principios jurídicos.

El Tribunal Constitucional también ha «convertido» leyes en más de una ocasión. El artículo 50 LPAC, rotulado «conversión de actos viciados», dispone que «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de este». Convertir un acto administrativo consiste en darle una calificación con arreglo a la cual es válido y distinta de la que le dio su autor,

⁶⁷ *Vid.*, entre otras, las SSTC 195/1998, de 1 de octubre; 208/1999, de 11 de noviembre, y 13/2015, de 5 de febrero.

con arreglo a la cual era inválido⁶⁸. Esta figura puede considerarse un caso particular de aplicación del llamado principio de interpretación de los actos conforme con el ordenamiento jurídico⁶⁹. Si un acto es susceptible de dos o más interpretaciones (y calificarlo es una de las operaciones que ha de llevarse a cabo para interpretarlo), hay que descartar aquellas con arreglo a las cuales el acto es inválido y escoger alguna conforme a las cuales es válido. La justificación de este canon interpretativo reside en que permite conservar, hasta cierto punto, el efecto práctico perseguido por el autor del acto al dictarlo y, por ende, satisfacer los intereses legítimos en juego mejor de lo que los satisfaría una anulación total.

En la jurisprudencia constitucional pueden encontrarse varios casos de conversión de normas. Cabe mencionar, a título de ejemplo, aquellos en los que el Estado estableció un precepto con carácter de legislación básica, aplicable tanto al Estado como a las Comunidades autónomas, pero se excedió de lo que en la materia correspondiente constituyen las bases con arreglo a la Constitución. En tales casos, el Tribunal no suele declarar la nulidad del precepto en cuestión, sino que se limita a declarar que este vulnera el orden constitucional de competencias. Es decir, el Tribunal «convierte» una norma jurídica básica, vinculante para el Estado y las Comunidades autónomas, en una norma no básica, que vincula al primero y que sólo se aplica a las segundas supletoriamente⁷⁰.

7.4.3.2. Inconsistencias

La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo incurre en dos grandes inconsistencias. De un lado, contraviene su jurisprudencia anterior, sin dar explicación alguna de las razones a las que obedece su cambio de postura, que resulta aparentemente inexplicable, pues los preceptos legales objeto de interpretación no han cambiado sustancialmente desde 1958⁷¹. De otro lado, es incoherente consigo misma, pues el Tribunal sigue adoptando numerosas decisiones y criterios que la contradicen en varios puntos.

(i) En efecto, en no pocas ocasiones, el Tribunal ha entendido que ciertos vicios de procedimiento de los reglamentos constituyen meras irregularidades no invalidantes, por no suponer una omisión total y absoluta del procedimiento ni haber causado indefensión o influído en el contenido de la norma⁷². En las correspondientes sentencias se han estimado aplicables a los reglamentos las mismas reglas que determinan si los actos administrativos que padecen tales defectos son nulos, anulables o válidos.

⁶⁸ Para más detalles, DOMÉNECH PASCUAL (2002: 497-511); ESCUIN PALOP (2012).

⁶⁹ Sobre esta técnica interpretativa, *vid.*, por todos, ARZOZ SANTISTEBAN (2021).

⁷⁰ *Id.*, por ejemplo, las SSTC 50/1999, de 6 de abril, y 55/2018, de 24 de mayo.

⁷¹ Esta inconsistencia ha sido señalada por LÓPEZ RAMÓN (2018: 41-43).

⁷² SSTs de 28 de marzo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1443), 27 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:623) y 24 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2072).

(ii) El Tribunal también sigue considerando que, en principio, los defectos de procedimiento de los reglamentos sólo pueden ser alegados en el «recurso directo», para cuya interposición hay un plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su publicación oficial, pero no en los llamados «recursos indirectos», dirigidos contra los actos dictados en aplicación del reglamento, normalmente después de que aquel plazo haya expirado⁷³. Sólo admite una excepción para los defectos extraordinariamente graves, análogos a los que causarían la nulidad de los actos singulares con arreglo al artículo 47.1 LPAC: sólo «cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente»⁷⁴. Es decir, el Tribunal, aunque no lo reconozca explícitamente, aplica a reglamentos y actos administrativos singulares un régimen prácticamente idéntico en este punto. Por regla general, sus defectos de procedimiento provocan la anulabilidad. En consecuencia, sólo determinan la invalidez de las normas reglamentarias cuestionadas si se invocan ante los tribunales dentro de aquellos dos meses; si no se invocan, estas se vuelven inatacables, se convalidan, por así decirlo. Excepcionalmente, cuando constituyen una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, determinan la nulidad y, por consiguiente, pueden alegarse en cualquier momento.

(iii) El Tribunal Supremo ha aplicado a los reglamentos la regla de la invalidez parcial de los actos administrativos prevista en el artículo 49.2 LPAC. Ha declarado, por ejemplo, que la omisión de un trámite en el procedimiento de elaboración de un reglamento puede provocar la invalidez de sólo una parte de su contenido, si ese defecto ha podido influir sólo sobre esa parte y no sobre la restante⁷⁵.

(iv) El Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias «prospectivas», que declaren la ilegalidad de un reglamento —que regulaba las servidumbres aeronáuticas de un aeropuerto— por un vicio de procedimiento, pero mantienen su eficacia jurídica hasta que la Administración competente dicte un nuevo reglamento ajustado a Derecho. Se aducen para ello «razones imperiosas ligadas... a la seguridad de la navegación aérea»: aunque los artículos 71 y 72 LJCA «no contemplan de modo expreso la limitación de los efectos de las sentencias que acojan pretensiones de nulidad de los actos administrativos, la Sala estima que ante circunstancias excepcionales, y por razones muy cualificadas que atañen a la seguridad y a la vida de las personas, nada obsta a que se mantenga temporalmente la eficacia del acto anulado, en tanto es subsanado el defecto formal determinante de la nulidad de aquellos actos»⁷⁶. En sentencias posteriores, sin embargo, el Tribunal Supremo se ha negado a extender

⁷³ Esta jurisprudencia ha sido criticada, entre otros, por GONZÁLEZ PÉREZ (1976); AGOUÉS MENDIZÁBAL (2013: 207-211); y DÍAZ GONZÁLEZ (2014).

⁷⁴ STS de 20 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4041). *Vid.*, también, entre otras, las SSTS de 25 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7353), 26 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8964), 6 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4270), 7 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2312), 13 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1478) y 6 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3721).

⁷⁵ *Vid.* la STS de 27 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2020:1300).

⁷⁶ SSTS de 22 y 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1489 y ECLI:ES:TS:2014:1684).

a otros casos este precedente, cuya excepcionalidad resalta⁷⁷. Además argumenta, por un lado, que la LJCA «no faculta al Tribunal a aplazar o diferir el momento de la efectividad de la declaración de nulidad; y, por otro, [que este pronunciamiento] pugna con la esencia misma de la nulidad de pleno derecho y con el propio principio de seguridad jurídica que se invoca al permitir, por la sola decisión del tribunal y sin amparo legal alguno, la vigencia y consiguiente aplicación —nada menos que durante el tiempo que se tarde en elaborar una nueva norma de planeamiento que sustituya a la anulada, según se pretende— de una norma expulsada del ordenamiento jurídico por estar viciada de origen, perpetuando indefinidamente su aplicación y, con ello, la persistencia en la lesión».

Los argumentos no pueden ser más contradictorios. El legislador, ciertamente, no ha previsto que las sentencias que anulan la disposición o el acto impugnado puedan tener efectos «prospectivos», pero tampoco ha dispuesto que estos sean retroactivos. La ley nada dice al respecto. El Tribunal Supremo se refiere a la «esencia misma de la nulidad de pleno derecho», pero lo cierto es que ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico establece que la nulidad tenga eficacia *ex tunc*, retroactiva, absoluta. Así lo ha advertido el propio Tribunal en alguna ocasión: «esta distinción en la producción de los efectos jurídicos entre la declaración de nulidad [*ex tunc*] y la anulación [*ex nunc*]... en el campo del derecho administrativo no tiene cobertura legal, aunque haya sido acogida por gran parte de la doctrina. Los efectos retroactivos de la declaración de nulidad y de la mera anulación vendrán determinados por lo que en cada momento disponga la ley. Y de momento no existe ninguna norma que disponga que la declaración de nulidad suponga siempre la aplicación retroactiva de sus efectos»⁷⁸.

Por otro lado, el argumento de la seguridad jurídica es ambivalente. Este principio exigirá muchas veces no sólo la conservación de las situaciones surgidas y consolidadas al amparo de un reglamento, sino también que no se cree un vacío normativo que puede dejar desprotegidos y propiciar la lesión de importantes intereses públicos, máxime cuando el contenido del reglamento es conforme a Derecho.

En nuestra opinión, tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales de lo contencioso-administrativo pueden anular con efectos prospectivos o incluso declarar provisionalmente aplicables las normas sometidas a su juicio porque, indudablemente, les está permitido anularlas parcialmente⁷⁹. Anular con efectos *pro futuro* una norma es anularla en una parte de su ámbito temporal de validez⁸⁰. Y se anulan parcialmente las normas porque y cuando son parcialmente válidas, es decir, cuando

⁷⁷ SSTs de 22 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3268) y 15 de septiembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3530).

⁷⁸ SSTs de 19 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1003) y 2 de julio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2059).

⁷⁹ *Vid.* el art. 164.2 CE y el art. 71.1.a) LJCA.

⁸⁰ En sentido similar, BAÑO LEÓN (2019: 56-60), quien advierte que «cuando un juez declara la nulidad de un reglamento, pero limita sus efectos... está simplemente fijando el alcance de la nulidad» (p. 56).

sólo algunos de sus efectos merecen el respaldo del ordenamiento jurídico. Lo cual puede ocurrir si algún principio, como el de seguridad jurídica, exige con más fuerza que el de legalidad su conservación⁸¹.

7.4.3.3. La prohibición categórica de subsanación y conservación de trámites

Las únicas dos reglas que el Tribunal Supremo ha afirmado sin excepción alguna son las que, a su juicio, prohíben subsanar los reglamentos que padecen defectos de procedimiento y conservar los trámites que en su día se emplearon en su elaboración. Si la Administración decide aprobar un nuevo reglamento en sustitución del anterior defectuoso, debe «comenzar desde cero» y tramitar enteramente un nuevo procedimiento. A los argumentos antes expuestos añade otro: el legislador español sólo prevé explícitamente la subsanación de los actos anulables (art. 52.1 LPAC), por lo que hay que entender *a contrario sensu* que la de los nulos está prohibida⁸².

Entre estas dos reglas existe una estrecha relación. Subsananar un acto jurídico inválido no es otra cosa que dictar uno nuevo con el mismo contenido que el anterior y en cuya elaboración pueden aprovecharse, sin necesidad de repetirlos, los trámites que se emplearon para aprobar este y que todavía pueden cumplir su finalidad⁸³. Es decir, la subsanación viene normalmente acompañada de la conservación de trámites.

Ninguna duda cabe de que la Administración, en principio, siempre puede aprobar una nueva norma reglamentaria cuyo contenido se ajusta a Derecho y coincide con el de otra norma anterior aquejada simplemente de un vicio de procedimiento. Otro problema, que no hace falta analizar ahora, es si y en qué medida el reglamento posterior puede tener efectos retroactivos⁸⁴. En lo que aquí interesa, la cuestión es si para aprobar el nuevo reglamento se pueden conservar algunos trámites empleados en la elaboración del anterior. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser afirmativa⁸⁵, por dos razones.

Esta conservación viene amparada por el tenor literal del artículo 51 LPAC, que dispone que «el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos o trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción». Adviértase que este artículo no limita la posibilidad de conservar trámites a los casos en los que se haya declarado la ilegalidad de un acto anulable. Al contrario, prevé explícitamente la conservación de

⁸¹ Para más detalles, DOMÉNECH PASCUAL (2002: 288-289 y 336-339).

⁸² STS de 27 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1300). Según ALENZA GARCÍA (2017: 2109), no cabe la subsanación de reglamentos «porque no está prevista legalmente y porque los vicios de invalidez en que pueden incurrir son todos de nulidad absoluta». En opinión de CANO CAMPOS (2017: 13), «la ausencia de una norma que atribuya el poder para convalidar por subsanación los actos nulos de pleno derecho determina la incompetencia de la Administración» a estos efectos.

⁸³ *Vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2002: 399-400).

⁸⁴ *Vid.* DOMÉNECH PASCUAL (2002: 413-425).

⁸⁵ Así lo considera también la STC 231/2015, de 5 de noviembre, FJ 4.

trámites empleados en la elaboración de actos declarados nulos⁸⁶. Es más, al hablar simplemente de «declaración de nulidad», sin especificar el tipo de acto jurídico a que esta se refiere, el precepto puede ser interpretado en el sentido de que también permite la conservación de trámites utilizados para elaborar una disposición reglamentaria.

En segundo lugar, esa conservación de trámites constituye una elemental exigencia de los principios jurídicos de eficiencia en el uso de recursos públicos (art. 31.2 CE) y economía procesal. Aunque no existiera el artículo 51 LPAC, las Administraciones públicas podrían y deberían llevar a cabo dicha conservación en virtud de estos principios. Resulta económicamente irracional, ineficiente, incurrir en los considerables costes —de tiempo, esfuerzo, dinero, inseguridad, desprotección, etc.— que implica repetir ciertas actuaciones procedimentales cuando las equivalentes anteriores todavía pueden cumplir razonablemente su finalidad. No está justificado realizar de nuevo unos trámites que no van a aportar información sustancialmente distinta de la que se obtuvo en su día con los antiguos.

7.4.3.4. Una jurisprudencia incompatible con los principios jurídicos de seguridad, eficiencia y proporcionalidad

Con todo, el reproche más serio que se le puede hacer a esta jurisprudencia es que, de resultas de ignorar las exigencias de principios jurídicos como los de seguridad, eficiencia y proporcionalidad, conduce a consecuencias prácticas gravemente nocivas para la sociedad, especialmente en el ámbito urbanístico. La elevada mortandad de los planes urbanísticos, combinada con la reluctancia de los tribunales a admitir la conservación de algunos de sus efectos, ha generado una enorme inseguridad jurídica, un gigantesco despilfarro de recursos públicos y una seria desprotección de los derechos e intereses legítimos de cientos de miles de personas.

7.4.4. *Críticas doctrinales, inmovilismo judicial y propuestas legislativas*

La jurisprudencia relativa a la invalidez de planes urbanísticos ha provocado un alud de críticas doctrinales, similares a las que acabamos de exponer⁸⁷. Esta polémica sectorial ha dado pie a que varios autores hayan revisado el dogma de la nulidad de

⁸⁶ Así lo entiende también ALENZA GARCÍA (2017: 2076), con cita de la STS de 4 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1510).

⁸⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2013, 2017 y 2020); SANTAMARÍA PASTOR (2014 y 2016); DEL SAZ CORDERO (2014); FERNÁNDEZ GARCÍA (2016); SORO MATEO (2017); BAÑO LEÓN (2017a, 2017b y 2019); DE COMINGES CÁCERES (2017); GONZÁLEZ SANFIEL (2017 y 2018); LÓPEZ RAMÓN (2018 y 2021); PASCUAL MARTÍN (2019b); VALENZUELA RODRÍGUEZ (2019); PAREJO ALFONSO (2020); ALONSO MAS (2020); MARTÍN ROS y MARTÍN VALDIVIA (2021). Resulta significativo que se haya mostrado crítico incluso un profesor de Derecho administrativo que hasta hace poco era Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo: SUAY RINCÓN (2020: 206-210).

los reglamentos en general, no sólo de los referidos planes, y se hayan adherido a la tesis gradual⁸⁸. Resulta llamativo que hayan criticado duramente esta jurisprudencia incluso profesores que vienen (¡y siguen!) defendiendo el dogma de la nulidad en sus manuales desde hace años o incluso décadas⁸⁹. El Tribunal Supremo, sin embargo, apenas ha rectificado un ápice su posición. Con el objeto de repensarla se organizó un seminario en el que participaron magistrados de su Sala Tercera y reputados cate-dráticos de Derecho administrativo. Los artículos que recogen sus respectivas ponencias⁹⁰ reflejan la «firmeza» con la que los primeros defendieron su jurisprudencia y el «empeño» con el que los segundos insistieron en su modificación⁹¹. El diálogo no se ha traducido, pues, en un acercamiento significativo de sus respectivas posiciones.

Así las cosas, las miradas se han vuelto hacia el legislador. En 2018, el Grupo Parlamentario Popular del Congreso presentó una «Proposición de ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística»⁹², de entre las cuales destacan las siguientes:

(i) La proposición considera necesario pronunciarse sobre la «naturaleza jurídica» de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (en adelante, IOTU) y establecer que estos son «actos administrativos generales», si bien pueden «incorporar normas... que tendrán la consideración de disposiciones administrativas de carácter general».

(ii) Estas normas son nulas de pleno derecho cuando incurran en alguno de los vicios previstos en el artículo 47.2 LPAC. Las determinaciones no normativas de los IOTU serán nulas o anulables con arreglo a lo dispuesto en la LPAC para los actos administrativos singulares. Y los acuerdos de aprobación definitiva de los IOTU serán nulos de pleno derecho, en todo caso, cuando incurran en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 47.1 LPAC. La Proposición aclara a estos efectos cuándo puede entenderse que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

(iii) Las técnicas de conversión, conservación y convalidación previstas en la LPAC son aplicables cuando se declare la nulidad o se anulen determinados actos del procedimiento de elaboración de los IOTU. En consecuencia:

a) La nulidad del acto de aprobación de los IOTU o de sus normas será parcial cuando el vicio afecte sólo a determinados preceptos o a una parte de su ámbito territorial o material de aplicación.

⁸⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO (2015: 326-335); AGOUÉS MENDIZÁBAL (2017); GARCÍA PÉREZ (2018: 324); MARTÍN REBOLLO (2019) y, especialmente, LÓPEZ RAMÓN (2018 y 2021).

⁸⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020); PAREJO ALFONSO (2020 y 2021: 283); FERNÁNDEZ FARRERES (2020a y 2020b).

⁹⁰ MARTÍN REBOLLO (2019); TORNOS MÁS (2019); BAÑO LEÓN (2019); TESO GAMELLA (2019); TOLOSA TRIBIÑO (2019a).

⁹¹ En palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020).

⁹² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII legislatura, serie B, núm. 319-1, 15 de octubre de 2018.

b) Se conservarán los actos que hubieren adquirido firmeza antes de que la anulación alcance efectos generales.

c) La invalidez de un IOTU no afectará, por sí sola, al resto de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanística que lo hayan desarrollado, que se considerarán independientes a los efectos del artículo 49.1 LPAC. Sólo provocará su invalidez, excepcionalmente, cuando la sentencia anulatoria así lo declare expresamente por entender bien que la nulidad de las normas que integran el IOTU produce, igualmente, la nulidad del correspondiente instrumento de desarrollo o bien que ambos padecen los mismos vicios.

d) Cuando la anulación se deba a un vicio formal o procedimental, se declarará la conservación de las actuaciones y trámites no afectados por el vicio cometido, y se permitirá la subsanación. La sentencia fijará un plazo, que en principio no podrá ser superior a un año, para que la Administración competente subsane el vicio, quedando prorrogada mientras tanto, de forma provisional, la eficacia de la disposición o acto anulado.

(iv) Las normas contenidas en los IOTU sólo podrán ser impugnadas a través del llamado recurso indirecto contra reglamentos dentro del plazo de cuatro años contados desde el día siguiente al de su publicación oficial. Además, este recurso únicamente podrá basarse en los «vicios de ilegalidad material» de tales normas, y no en las irregularidades que afecten a su procedimiento de elaboración.

Esta regulación supone un avance importante, pero también presenta aspectos cuestionables. El primero es que algunas de sus previsiones adolecen de falta de claridad y pueden engendrar problemas interpretativos. Por ejemplo, resulta criticable, por confusa y seguramente innecesaria, la distinción que se hace entre las normas del IOTU, sus determinaciones no normativas y el acuerdo de aprobación definitiva del IOTU. No está claro que ha querido decir la Proposición al prever que: las primeras serán nulas de pleno derecho «cuando incurran en algunos de los vicios referidos en el artículo 47.2 LPAC»; las segundas serán nulas o anulables con arreglo a lo dispuesto en la LPAC para los actos administrativos singulares; y el referido acuerdo será nulo si incurre en alguna de las causas contempladas en el artículo 47.1 LPAC. ¿Quiere decirse que los vicios de procedimiento del IOTU determinan siempre la nulidad de sus normas? ¿Quiere decirse que sólo los vicios de contenido provocan siempre la nulidad de estas, mientras que los de procedimiento sólo la determinan en los casos previstos en el artículo 47.1 LPAC?

Da la impresión de que la distinción se hace con el fin de que las soluciones articuladas en la proposición respecto de los IOTU parezcan coherentes con el dogma de la nulidad de las normas reglamentarias, que aparentemente se mantiene para las no contenidas en los IOTU⁹³. Es evidente, no obstante, que el contenido de la

⁹³ Así lo sugiere la exposición de motivos de la Proposición: «esta heterogeneidad en el contenido de los planes debería reflejarse en las distintas consecuencias de su anulación. No deben ser las mismas cuando se anulan determinaciones normativas que cuando lo son otras sin ese carácter, tal y como

Proposición es radicalmente contrario al referido dogma, que debería desecharse con carácter general, no sólo en el caso de los IOTU.

Además, la distinción carece seguramente de relevancia. El régimen jurídico de los vicios de procedimiento que dan lugar a la anulabilidad es prácticamente el mismo que el de los causantes de la nulidad. En ambos casos se admite la conservación de trámites y actos dictados en aplicación del IOTU, la subsanación de tales vicios, la vigencia provisional del IOTU para dar a la Administración la oportunidad de subsanarlos, la imposibilidad de alegarlos en el recurso indirecto, etc.

El punto más criticable de la Proposición, a nuestro juicio, es que se queda muy corta, al contemplar su aplicación sólo a un tipo de reglamentos, los IOTU, lo que además plantea el problema de cuál es el régimen jurídico de los restantes. ¿Cabe aplicarles analógicamente algunas de las reglas previstas para los IOTU o los actos administrativos singulares? ¿Sigue valiendo para ellos la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo? Los argumentos sobre los que esta se basa son igualmente endeble con independencia de la clase de normas reglamentarias de que se trate. Y los resultados prácticos a los que conduce son contrarios a los principios de seguridad jurídica, eficiencia y proporcionalidad también cuando se trata de reglamentos distintos de los IOTU. A nuestro juicio, el legislador debería abordar esta materia con mayor amplitud de miras, trata de resolver los múltiples problemas e interrogantes que plantea la invalidez de los reglamentos en general y dejar sentado que al menos algunas de las «técnicas de conservación» previstas en la Proposición se aplican a todas las disposiciones reglamentarias.

En otros puntos, en cambio, la Proposición se «pasa de frenada». Especialmente desacertado nos parece limitar a un plazo de cuatro años la posibilidad de impugnar indirectamente por vicios de su contenido las normas contenidas en los IOTU⁹⁴. Cabría estimar incluso que esta limitación viola el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Lo primero porque implica que, si existe una contradicción entre una de aquellas normas y otra de superior jerarquía, prevalece la jerárquicamente inferior después de que transcurran cuatro años desde su publicación oficial. Lo segundo porque, en no pocas ocasiones, puede privar a los afectados de la posibilidad efectiva de impugnar decisiones que lesionan sus derechos o intereses legítimos. Es obvio que el recurso directo contra reglamentos no basta para garantizar la tutela judicial efectiva de aquellos, habida cuenta del (i) brevísimo plazo de dos meses establecido para interponerlo, y de que (ii) los reglamentos se publican, no se notifican personalmente a todos sus destinatarios, por lo que es muy difícil que en esos dos meses los interesados puedan detectar,

sucede con carácter general en el resto del ordenamiento jurídico. Para decirlo con mayor claridad, la nulidad absoluta y la imposibilidad de subsanación que se predica de la invalidez de las disposiciones generales no deberían aplicarse, sin más, a la anulación de determinaciones que son resoluciones administrativas de carácter general o particular, o a los vicios formales en que se haya incurrido en la tramitación».

⁹⁴ En sentido similar, PASCUAL MARTÍN (2019a: 7).

comprender e impugnar preventivamente, antes de que se les hayan aplicado, todas las normas reglamentarias potenciales lesivas para sus derechos. Lo habitual es que la gran mayoría de los ciudadanos tenga noticia de las normas reglamentarias ilegales que les afectan y puedan efectivamente reaccionar contra ellas cuando estas se les aplican individualmente, por lo general a través de actos administrativos que hay que notificarles. Pues bien, es perfectamente posible que la aplicación individual del reglamento tenga lugar cuando ya han transcurrido cuatro años desde su publicación oficial, en cuyo caso los afectados quedarán indefensos frente a las ilegalidades de los actos aplicativos que derivan de los vicios de contenido del reglamento, si ya no pueden invocarlas. Más aún, es perfectamente posible que una persona se incorpore al círculo de los destinatarios de una norma reglamentaria ilegal después de esos cuatro años, en cuyo caso ninguna posibilidad tendrá de impugnar los actos ilegales dictados en su aplicación cuya ilegalidad derive de la ilegalidad material de aquella, de acuerdo con la solución prevista en la Proposición.

Tampoco nos parece acertado el automatismo con el que se prevé la prórroga de la vigencia del IOTU con el objeto de que la Administración pueda subsanar sus defectos. En nuestra opinión, habrá casos en los que, sin duda, esa prórroga estará justificada, a fin de no crear un vacío normativo que puede ser enormemente lesivo para los intereses legítimos en juego. Pero también cabe pensar que en otros casos resultará improcedente. Piénsese, por ejemplo, en un IOTU que padece vicios tan graves que no es previsible que puedan ser subsanados durante el plazo previsto por la ley y, además, tan ostensibles que hacen muy difícil que alguien pueda haber confiado razonablemente en la validez de la norma considerada. El legislador debería haber establecido seguramente una solución más matizada, que previera alguna excepción a la regla general de la prórroga.

7.5. El sometimiento a plazo del recurso directo contra reglamentos

El recurso directo contra reglamentos sólo puede interponerse dentro de los dos meses posteriores al día siguiente al de su publicación. El problema es que, como acabamos de ver⁹⁵, resulta muy difícil que en esos dos meses los interesados puedan detectar, comprender e impugnar preventivamente, antes de que se les hayan aplicado, todas las normas reglamentarias potenciales lesivas para sus derechos.

Transcurrido este plazo, a los afectados sólo les queda una vía para obtener la protección judicial frente a los reglamentos: el llamado recurso indirecto, que pueden interponer contra los actos dictados en su aplicación (art. 26 LJCA). A través de esta vía, también se puede declarar con efectos generales la invalidez de la disposición reglamentaria en cuestión. El Tribunal Supremo y el tribunal competente para conocer del recurso directo pueden efectuar dicha declaración si, en cualquier instancia pro-

⁹⁵ *Supra*, 7.4.4.

cesal, conocen de un recurso indirecto y aprecian la invalidez de la disposición (arts. 27.2 y 27.3 LJCA). En los restantes casos, una vez firme la sentencia estimatoria del recurso indirecto, el órgano jurisdiccional que la haya dictado debe plantear una cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para conocer del recurso directo (art. 27.1 LJCA), que en su caso efectuará la referida declaración.

Esta solución presenta tres serios inconvenientes. El primero es que las personas afectadas deberán esperar a que se consume la aplicación del reglamento inválido para poder reaccionar contra él y obtener su anulación. A estos efectos, probablemente se verán en la necesidad de interponer un recurso administrativo, luego uno contencioso-administrativo y, en su caso, aguardar la resolución de la subsiguiente cuestión de ilegalidad.

El segundo es que la necesidad de resolver estos recursos indirectos antes de que el tribunal competente se pronuncie con efectos *erga omnes* sobre la invalidez del reglamento retrasa este pronunciamiento, que debería producirse con la máxima celeridad, a fin de evitar «situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas» (en palabras del preámbulo de la LJCA).

En tercer lugar, la posibilidad prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 27 LJCA menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que contempla la anulación de una norma reglamentaria sin que se emplace en el proceso, siquiera a través de un anuncio en un periódico oficial, a las personas afectadas en sus derechos e intereses por la norma en cuestión⁹⁶.

Estos tres inconvenientes se podrían evitar si el recurso directo contra reglamentos no estuviera sometido a plazo⁹⁷. Entiéndase bien, no defendemos que todo reglamento ilegal deba ser anulado sin importar el tiempo transcurrido desde que se dictó. Consideramos que algunos defectos de procedimiento de las normas reglamentarias deberían determinar su anulabilidad y, por lo tanto, sólo deberían poder ser alegados dentro de un cierto periodo. Lo que defendemos es la existencia de un cauce que, en aras de la seguridad jurídica, la eficiencia y la tutela judicial efectiva, permita en todo momento llegar con la máxima celeridad a un resultado que debería producirse tarde o temprano: la anulación de los reglamentos nulos, de aquellos inválidos que no dejarán de serlo por el mero transcurso de plazo alguno.

En contra de esta solución cabría argumentar que obligaría a los tribunales a estar resolviendo constantemente recursos directos contra reglamentos válidos, puesto que las sentencias desestimatorias carecen de efectos *erga omnes* y, por consiguiente, no impiden que pueda volver a cuestionarse la validez de la correspondiente norma reglamentaria en otro proceso distinto. Sin embargo, el mismo problema presenta el sistema actual. Nada impide que los particulares impugnen una y otra vez los actos dictados en aplicación de un reglamento que ha sido considerado válido (art. 26.2

⁹⁶ Así lo advertía GONZÁLEZ PÉREZ (1999: 674 y 689).

⁹⁷ También han propuesto esta solución GARRIDO FALLA (1997: 105 y 107) y BOQUERA OLIVER (1999: 36).

LJCA) y que los tribunales desestimen sucesivos recursos y cuestiones de ilegalidad. Además, la desestimación de un recurso directo contra un reglamento o de una cuestión de ilegalidad, si bien no goza de los citados efectos *erga omnes*, sí tiene el valor que en nuestro Derecho se asigna al precedente. Por lo tanto, es muy probable que estas sentencias desestimatorias disuadan a los ciudadanos de interponer recursos que probablemente están abocados al fracaso y a la condena en costas. Téngase en cuenta, adicionalmente, que el tribunal competente puede inadmitir los nuevos recursos sin necesidad de entrar en el fondo —con el ahorro que ello conlleva— cuando se hubieran desestimado en el fondo recursos sustancialmente iguales por sentencia firme (art. 51.2 LJCA).

7.6. Derecho comparado

También en otros ordenamientos jurídicos, el dogma de la nulidad de las normas reglamentarias ilegales ha sido objeto de importantes correcciones, por no decir abandonado. Este dogma nace en atención a los vicios de contenido, de incompetencia y de forma externa. Todos ellos determinaban (y siguen determinando) la nulidad de los reglamentos afectados. Posteriormente, cuando el legislador comienza a regular profusamente el procedimiento de elaboración de ciertas disposiciones y empiezan a abundar las quejas de vicios procedimentales se apreciará lo insatisfactorio de sancionarlas siempre con su nulidad. El legislador o los tribunales reaccionarán entonces para diversificar las consecuencias jurídicas pertinentes.

En Alemania, la quiebra del dogma de la nulidad se produjo en las dos últimas décadas del siglo xx como consecuencia de la elevada mortandad de los planes urbanísticos. Las soluciones ensayadas primero respecto de estos planes se extendieron luego a otras normas reglamentarias. En varias reformas legislativas se ha dispuesto que: ciertas irregularidades de estas normas carecen de fuerza invalidante; otros vicios procedimentales se vuelven irrelevantes si no se invocan formalmente frente a la Administración dentro de un determinado plazo; la Administración puede subsanar ciertos vicios de procedimiento de los reglamentos y disponer su entrada en vigor retroactiva⁹⁸.

En Francia se ha llegado a un resultado similar. Una Ley de 1994 limita temporalmente la eficacia invalidante de los vicios de procedimiento y forma de los planes urbanísticos. Al enjuiciar los actos dictados en su aplicación, tales vicios sólo se pueden alegar dentro de los seis meses siguientes a la publicación del plan⁹⁹. Desde 2014, el legislador permite al juez que conoce de un recurso contra un plan urbanístico y aprecia un defecto de forma, procedimiento o incluso, bajo ciertas condiciones, de contenido, suspender el procedimiento y dar un plazo a la Administración para sub-

⁹⁸ DOMÉNECH PASCUAL (2002: 127-178).

⁹⁹ *Loi n° 94-112 du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction.*

sanarlo. En el ínterin, el plan mantiene sus efectos jurídicos. Si la Administración corrige el vicio, el juez resuelve sobre la validez del plan previa audiencia de las partes¹⁰⁰.

En el Derecho portugués, la gran reforma legislativa de 2015 introduce importantes novedades que afectan a todos los reglamentos, no sólo a los planes urbanísticos en particular. En principio, los reglamentos ilegales son inválidos, y su invalidez puede ser invocada en cualquier momento por cualquier interesado y declarada de oficio por los órganos administrativos competentes¹⁰¹. En correspondencia, el recurso directo contra disposiciones reglamentarias no está sujeto a plazo. En todo momento pueden los afectados impugnarlas ante los tribunales¹⁰². No obstante, las que padecen defectos de procedimiento o de forma que no determinen su inconstitucionalidad sólo pueden ser impugnadas o revisadas de oficio en el plazo de seis meses contados desde la fecha de su publicación, salvo en los «casos de carencia absoluta de forma legal o de omisión de la consulta pública exigida por la ley»¹⁰³. Dicho con otras palabras: los reglamentos ilegales son, por regla general, nulos, salvo que padezcan vicios de forma o procedimiento, en cuyo caso son, por regla general, anulables.

Además, el legislador portugués establece que, en principio, la anulación de un reglamento inválido produce efectos *ex tunc*, desde que este entró en vigor¹⁰⁴. No obstante, también prevé que el «tribunal puede disponer que los efectos de la anulación sólo se produzcan a partir de la fecha en que la sentencia adquiera fuerza de cosa juzgada cuando así lo justifiquen razones de seguridad jurídica, de equidad o de excepcional interés público debidamente fundamentadas»¹⁰⁵.

En otros países han sido los órganos jurisdiccionales los que, sin cobertura legal explícita, han entendido que podían apartarse del dogma de la nulidad de las normas administrativas en varios puntos. Los tribunales de los Estados Unidos de América han considerado, en algunos casos, que ciertas ilegalidades carecen de fuerza invalidante (constituyen *harmless errors*) si cabe razonablemente estimar que no han influido de manera negativa sobre el contenido de la norma o los derechos en juego¹⁰⁶. En otros casos, el tribunal que aprecia un vicio de procedimiento en una norma, en lugar de anularla, puede «devolvérsela» a la Administración para que lo subsane (*remand without vacatur*); la norma, mientras tanto, sigue produciendo sus efectos jurídicos¹⁰⁷. Finalmente, en ocasiones, se ha limitado la eficacia temporal de

¹⁰⁰ Art. L600-9 del *Code de l'urbanisme*, introducido por la Ley n.º 2014-366 de 24 de marzo de 2014 - art. 137 (V), y redactado según la Ordenanza n.º 2015-1174 de 23 de septiembre de 2015 - art. 8.

¹⁰¹ Arts. 143.º y 144.º.1 del *Código do Procedimento Administrativo* (DL n.º 4/2015, de 7 de enero).

¹⁰² Art. 74.º.1 del *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* (DL n.º 214-G/2015, de 2 de octubre).

¹⁰³ Art. 144.º.2 del *Código do Procedimento Administrativo* y art. 74.º.2 del *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*.

¹⁰⁴ Artículo 76.º.1 del *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*.

¹⁰⁵ Artículo 76.º.2 del *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*.

¹⁰⁶ *Vid.*, por ejemplo, *San Diego Navy Broadway Complex Coalition v. U.S. Coast Guard* [2011 WL 1212888 (S.D.Cal. 2011)]; HICKMAN y THOMSON (2016).

¹⁰⁷ LEVIN (2003); RODRIGUEZ (2004); DAUGIRDAS (2005); TETTLEBAUM (2012).

las sentencias que declaran la ilegalidad de una norma, y conservado así algunos de sus efectos jurídicos.

Los tribunales británicos, en sentido similar, se consideran competentes para dictar, excepcionalmente, resoluciones anulatorias suspensivas o prospectivas. En virtud de las primeras, se anula una disposición administrativa ilegal, pero se suspende su eficacia jurídica durante un tiempo determinado, con el objeto de dar a la Administración la oportunidad de corregir las ilegalidades apreciadas. Si estas no se corrigen dentro de ese periodo, la anulación despliega sus efectos. En virtud de las segundas, la disposición ilegal se anula con carácter *pro futuro, ex nunc*, sólo en lo que respecta a los efectos jurídicos que la norma inválida pretendía desplegar a partir del momento en que se dicta la sentencia anulatoria, que, por consiguiente, no afecta a los engendrados con anterioridad¹⁰⁸.

Y, en fin, prácticamente todos los tribunales constitucionales de los países occidentales, así como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, estiman, con o sin cobertura legal explícita, que pueden determinar el alcance temporal de las sentencias que anulan normas jurídicas y declarar la conservación de los efectos producidos por estas durante un cierto periodo—típicamente, antes de la publicación de la sentencia anulatoria—¹⁰⁹.

8. CONCLUSIONES

Con el objeto de interpretar, aplicar y evaluar las normas que regulan el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias hay que considerar no sólo los beneficios que este puede reportar, sino también sus costes, entre los que se incluyen los derivados de la eventual invalidez de tales disposiciones, en el caso de que los tribunales aprecien y declaren su disconformidad con el ordenamiento jurídico.

El procedimiento de elaboración de reglamentos previsto con carácter general en nuestra legislación resulta excesivamente uniforme, denso e inapropiado para preparar muchas disposiciones administrativas atípicas, cuyas características difieren significativamente de las de los reglamentos para los que dicho procedimiento está pensado. Esta excesiva uniformidad da lugar a consecuencias prácticas indeseables. Por ejemplo, propicia que dichas disposiciones sean excluidas del concepto de reglamento y se les aplique un régimen jurídico que no garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva de los afectados.

La medida en la que el procedimiento de elaboración de normas reglamentarias contribuye efectivamente a garantizar el acierto de estas depende crucialmente de cómo se configure la organización encargada de realizar las actividades que integran dicho procedimiento. Nuestras Administraciones públicas no están ni acostumbra-

¹⁰⁸ GRAHAM (2021).

¹⁰⁹ *Vid.*, entre otros muchos, POPELIER, VERSTRAELEN, VANHAULE y VANLERBERGHE (2014).

das ni bien pertrechadas para evaluar cabalmente los costes y los beneficios sociales esperados de las distintas alternativas regulatorias.

El legislador español debería establecer no sólo una obligación de evaluar *ex post* ciertas normas reglamentarias, sino también las reglas de procedimiento y organización que aseguren la objetividad y la utilidad de esta evaluación. La solución establecida en la legislación vigente, por la cual se deja a la discrecionalidad del Gobierno la determinación de las normas a evaluar *ex post* y las reglas que deben observarse en esta tarea, propicia la inutilidad de las correspondientes evaluaciones.

El Tribunal Supremo viene sosteniendo desde 1999 una suerte de dogma de la nulidad de los reglamentos, con arreglo al cual: todas sus ilegalidades los hacen nulos; su declaración de nulidad tiene efectos retroactivos, y no cabe aplicar a estas normas los preceptos legislativos relativos a la conservación de trámites, convalidación y conversión de los actos administrativos. Esta jurisprudencia incurre en notables inconsistencias y conduce a resultados prácticos contrarios a los principios de seguridad jurídica, eficiencia y proporcionalidad, como han puesto de manifiesto numerosos autores. Nuestra legislación vigente puede y debe ser objeto de una interpretación que satisfaga todos esos principios mejor que el dogma de la nulidad. Con arreglo a ella, los reglamentos ilegales pueden ser: nulos, anulables, total o parcialmente válidos; convalidados mediante la subsanación de sus defectos o mediante el transcurso del tiempo; y convertidos en normas válidas, de acuerdo con las reglas previstas para los actos administrativos en los artículos 48-52 LPAC, que deberían ser aplicadas, *mutatis mutandis*, a las disposiciones reglamentarias. Una solución equivalente se ha impuesto también en otros muchos ordenamientos jurídicos.

En aras de la seguridad jurídica, la eficiencia y la tutela judicial efectiva de los afectados, el recurso contencioso-administrativo directo contra disposiciones reglamentarias no debería estar sujeto a plazo, a fin de que, en todo momento, pueda declararse con celeridad y efectos *erga omnes* la invalidez de las nulas. Ello no quita que algunos defectos de procedimiento de estas disposiciones determinen su anulabilidad y, por lo tanto, sólo puedan ser alegados dentro de un cierto periodo.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Carmen AGOUÉS MENDIZÁBAL (2013), «Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamento en relación con los planes urbanísticos», *Revista de Administración Pública*, 190, pp. 197-226.
- Carmen AGOUÉS MENDIZÁBAL (2014), «Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100.
- Carmen AGOUÉS MENDIZÁBAL (2017), «La modulación de los efectos de la invalidez de los reglamentos», en Fernando López Ramón y Francisco Villar Rojas (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo*, INAP-AEPDA, Madrid, pp. 361-410.
- Jorge AGUDO GONZÁLEZ (coord.) (2018), *Nulidad de planeamiento y ejecución de sentencias*, Barcelona, Bosch.

- José Francisco ALENZA GARCÍA (2017), «Límites de la invalidez y conservación de los actos administrativos», en Eduardo Gamero Casado (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, t. II, pp. 2062-2121.
- María José ALONSO MAS (2020), *La nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico por vicios ajenos a su contenido*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ (2017), «Participación electrónica y elaboración de normas administrativas en España y en los Estados Unidos de América», en Isaac Martín Delgado (ed.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, pp. 231-258.
- Luis ARROYO JIMÉNEZ (2020), «Comentario» a Andrés Boix Palop, «Los algoritmos son reglamentos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, pp. 402-405.
- Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (2021), «Aproximación a la interpretación conforme como técnica de coordinación normativa», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 4, pp. 67-104.
- Carlos AYMERICH CANO (2000), «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares», en Francisco Sosa Wagner (dir.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1791-1810.
- Mariano BACIGALUPO SAGGESE (2005), «Sobre la impugnabilidad “directa” de las instrucciones administrativas», *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, 26, pp. 565-570.
- Mariano BAENA DEL ALCÁZAR (1965), «Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 48, pp. 107-126.
- Nicholas BAGLEY (2017), «Remedial Restraint in Administrative Law», *Columbia Law Review*, 117, pp. 253-318.
- José María BAÑO LEÓN (2017a), «El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción», *Práctica Urbanística*, 144.
- José María BAÑO LEÓN (2017 b), «Un plan jurídico de reforma para los planes urbanísticos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 311.
- José María BAÑO LEÓN (2019), «La competencia jurisdiccional para concretar los efectos de la anulación de reglamentos y planes», *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 43-68.
- Margarita BELADIEZ ROJO (1994), *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.
- Andrés BOIX PALOP (2004), *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, Madrid.
- Andrés BOIX PALOP (2017), «La participación electrónica como mecanismo para la mejora de la calidad normativa en la elaboración de reglamentos y otras disposiciones tras la reforma administrativa de 2015», en Isaac Martín Delgado (ed.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, pp. 231-258.
- Andrés BOIX PALOP (2020), «Los algoritmos son reglamentos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 11, pp. 223-269.
- Andrés BOIX PALOP y Claudia GIMENO FERNÁNDEZ (2020), *La mejora de la calidad normativa*, Universitat de València, Valencia.
- José Luis BOSCH CHOLBI (2014), «Análisis crítico de las vías de impugnación de las ponencias de valores catastrales y de las posibilidades para obtener, en su caso, la devolución de lo ingresado», *Revista Técnica Tributaria*, 104, pp. 97-144.
- José María BOQUERA OLIVER (1996), *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1996.
- José María BOQUERA OLIVER (1999), «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 149, pp. 23-36.
- María CALVO CHARRO (1995), «Naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *Revista de Administración Pública*, 137, pp. 239-272.
- Dolors CANALS AMETLLER (2019), «El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos)», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Tomás CANO CAMPOS (2017), «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», *InDret*, 4/2017.

- César CIERCO SEIRA (2017), «La consulta pública previa en la elaboración de normas reglamentarias», *Anuario del Gobierno Local*, pp. 93-129.
- Carlos COELLO MARTÍN y Fernando GONZÁLEZ BOTIJA (2007), «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿Meros actos internos, actos administrativos o reglamentos?», *Revista Vasca de Administración Pública*, 78, pp. 267-305.
- Luis COSCULLUELA MONTANER (2021), *Manual de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid.
- Kristina DAUGIRDAS (2005), «Evaluating Remand Without Vacatur», *New York University Law Review*, 80:1, pp. 278-311.
- Francisco DE COMINGES CÁCERES (2017), «Los efectos de la anulación judicial de un plan general. La necesaria modulación de la equiparación de los planes urbanísticos generales y disposiciones reglamentarias. Propuestas de mejora del sistema», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 314, pp. 45-82.
- Silvia DEL SAZ CORDERO (2014), «¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la 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*, 99-100, pp. 1141-1159.
- Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ (2014), «Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 1161-1177.
- Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ (2016), «La reforma de las potestades normativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 63, pp. 70-78.
- Juan José DÍEZ SÁNCHEZ (2010), «El principio de conservación de actos», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (dir.), *Los principios del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, pp. 1001-1029.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2005), «El seguimiento de normas y actos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 167, pp. 97-145.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2014), «Hacia la simplificación de los procedimientos administrativos», en Luis Míguez Macho, Marcos Almeida Cerredá y Diana Santiago Iglesias (eds.), *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, pp. 15-73.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2017), «Las irregularidades no invalidantes desde una perspectiva económica», en Fernando López Ramón y Francisco Villar Rojas (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 151-169.
- Antonio Eduardo EMBID TELLO (2019), «Calidad normativa y evaluación ex-post de las normas jurídicas», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Rafael ENTRENA CUESTA (1999), *Curso de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, t. I.
- Vicente ESCUIN PALOP (2012), *La conversión de los actos administrativos: dogmática y realidad*, Civitas, Madrid.
- José ESTEVE PARDO (2021), *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- Germán FERNÁNDEZ FARRERES (2020a), *Sistema de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I.
- Germán FERNÁNDEZ FARRERES (2020b), «Recurso de casación contencioso-administrativo y debates doctrinales: Sobre la finalidad de la casación y la STS de 27 de mayo de 2020, relativa a la calificación y efectos de los vicios de procedimiento en la elaboración y aprobación de planes urbanísticos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 207, pp. 193-210.
- José Francisco FERNÁNDEZ GARCÍA (2016), «La anulación de los planes urbanísticos por causas sobrevenidas y externas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 181, pp. 417-450.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2013), «Proceso contencioso administrativo y urbanismo: Semejanzas y diferencias de los casos francés y español», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 29, pp. 77-95.
- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2017), «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de Administración Pública*, 203, pp. 137-162.

- Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), «Dos nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre la nulidad de los planes de ordenación», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 45, pp. 251-262.
- Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN (2002), *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona.
- Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (2017), «La paradoja de la insuficiencia de recursos hídricos hunde el Plan General de Santander», *Revista de Administración Pública*, pp. 165-183.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (1959), «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, 29, pp. 161-185.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2020), *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. I y II.
- Javier GARCÍA LUENGO (2022), *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, Iustel, Madrid.
- Héctor GARCÍA MORAGO (2018), «Observaciones sobre la proposición de ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 326, pp. 59-85.
- Marta GARCÍA PÉREZ (2018), «El régimen jurídico de las normas y los actos administrativos», en José Luis Meilán Gil y Marta García Pérez, *Norma y acto administrativos*, Iustel, Madrid, pp. 149-357.
- Fernando GARRIDO FALLA (1963), *Tratado de Derecho administrativo. T. III. La Justicia administrativa*, IEP, Madrid, 1963.
- Fernando GARRIDO FALLA (1997), «El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones», en Jesús González Pérez (dir.), *Tribuna sobre la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, pp. 99-112.
- Agustín Juan GIL FRANCO (2015), «Naturaleza normativa de las relaciones de puestos de trabajo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 4, pp. 105-123.
- Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (1977), «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 14, pp. 387-400.
- Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (1976), «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento de elaboración de disposiciones generales: Sentencia de 23 de octubre de 1974», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 9, pp. 345-348.
- Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (1999), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, t. I y II.
- Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL (2017), «Límites a la declaración de nulidad del planeamiento», en Fernando López Ramón y Francisco Villar Rojas (eds.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP-AEPDA, Madrid, pp. 411-459.
- Andrés M. GONZÁLEZ SANFIEL (2018), «Nulidad del planeamiento urbanístico e invalidez de los actos amparados en el mismo. Atención especial a las nuevas iniciativas legislativas al respecto», *Documentación Administrativa*, 5.
- John GRAHAM (2008), «Saving Lives Through Administrative Law and Economics», *University of Pennsylvania Law Review*, 157:2, pp. 395-539.
- Lewis GRAHAM (2021), «Suspended and prospective quashing orders: The current picture», *U.K. Constitutional Law Association Blog*, 7 de junio de 2021 (disponible en <https://ukconstitutionallaw.org/>).
- Kristin E. HICKMAN y Mark THOMSON (2016), «Open Minds and Harmless Errors: Judicial Review of Postpromulgation Notice and Comment», *Cornell Law Review*, 101, pp. 261-323.
- Alejandro HUERGO LORA (2020), «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo», en Alejandro Huergo Lora (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 23-87.
- Ronald M. LEVIN (2003), «Vacation at Sea: Judicial Remedies and Equitable Discretion in Administrative Law», *Duke Law Journal*, 53, pp. 291-388.
- Fernando LÓPEZ RAMÓN (2018), «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, 205.
- Fernando LÓPEZ RAMÓN (2021), «La invalidez de reglamentos y planes entre la interpretación y la reforma», *Revista de Administración Pública*, 214, pp. 57-98.

- Luis MARTÍN REBOLLO (2019), «De nuevo sobre la invalidez en el derecho público, con particular referencia a la invalidez de los reglamentos. Una reflexión abierta y algunas propuestas», *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 91-122.
- Salvador MARTÍN ROS y Salvador MARTÍN VALDIVIA (2021), «Los efectos de la nulidad en cascada de los planes de desarrollo sobre los instrumentos de gestión urbanística directamente impugnados», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 47.
- José Luis MEILÁN GIL (2018), «La distinción acto-norma», en José Luis Meilán Gil y Marta García Pérez, *Norma y acto administrativos*, Iustel, Madrid, pp. 17-147.
- Mar MORENO REBATO (1998), «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *Revista de Administración Pública*, 147, pp. 159-200.
- Elisa MOREU CARBONELL (1997), «Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, 144, pp. 391-435.
- José Vicente MOROTE SARRIÓN (2002), *Las circulares normativas de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Santiago MUÑOZ MACHADO (2015), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo VII. El reglamento*, BOE, Madrid.
- Raymond S. NICKERSON (1999), «Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises», *Review of General Psychology*, 2:2, pp. 175-220.
- Eva NIETO GARRIDO (2020), *Interés casacional objetivo y urbanismo. Especial referencia a la nulidad del planeamiento*, Madrid, Wolters Kluwers.
- María del Carmen NÚÑEZ LOZANO (2003), «El decreto-ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *Revista de Administración Pública*, 162, pp. 337-358.
- Michael I. NORTON, Daniel MOCHON y Dan ARIELY (2012a), «The IKEA effect: When labor leads to love», *Journal of Consumer Psychology*, 22:3, pp. 453-460.
- Michael I. NORTON, Daniel MOCHON y Dan ARIELY (2012b), «Bolstering and restoring feelings of competence via the IKEA effect», *International Journal of Research in Marketing*, 29:4, pp. 363-369.
- Luciano PAREJO ALFONSO (2020), «El giro jurisprudencial, con autoimposición de límites, en materia de nulidad de los planes urbanísticos», *Práctica Urbanística*, 166.
- Luciano PAREJO ALFONSO (2021), *Lecciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Jesús Ignacio PASCUAL MARTÍN (2019a), «Réquiem por la proposición de ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», *Práctica Urbanística*, 160, pp. 1-19.
- Jesús Ignacio PASCUAL MARTÍN (2019b), «Una propuesta de modulación de los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, 115, pp. 103-149.
- Juli PONCE SOLÉ (2019), *Mejora de la regulación, lobbies y huella normativa: un análisis empírico de la informalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Patricia POPELIER, Sarah VERSTRAELEN, Dirk VANHEULE y Beatrix VANLERBERGHE (eds.), *The effects of judicial decisions in time*, Intersentia, Cambridge.
- Richard A. POSNER (1993), «What do Judges and Justices Maximize? The Same Thing Everybody Else Does», *Supreme Court Economic Review*, 3, pp. 1-41.
- Manuel REBOLLO PUIG (2018), «Efectos de las sentencias anulatorias de reglamentos, en especial, su retroactividad», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, pp. 469-526.
- Fernando RENAU FAUBELL (2016), «La nulidad radioactiva de los planes urbanísticos por defectos en el procedimiento de aprobación», *Noticias Jurídicas*, 10 de marzo de 2016.
- Daniel B. RODRIGUEZ (2004), «Of Gift Horses and Great Expectations: Remands without Vacatur in Administrative Law», *Arizona State Law Journal*, 36, pp. 599-637.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2021), *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- William SAMUELSON y Richard ZECKHAUSER (1988), «Status Quo Bias in Decision Making», *Journal of Risk and Uncertainty*, 1:7, pp. 7-59.

- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2014), «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», *Revista de Administración Pública*, 195, pp. 197-215.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2016), «Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes», *Práctica Urbanística*, 141.
- Craig SMITH (2010), «Taking Due Account of the APA's Prejudicial-error rule», *Virginia Law Review*, 96, pp. 1727-1765.
- Gabriel SORIA MARTÍNEZ y Martín BASSOLS COMA (coords.), *Los efectos de la nulidad de los instrumentos de planeamiento urbanístico*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Blanca SORO MATEO (2017), «Sobre el alcance de la anulación de planes urbanísticos por defectos de forma: La anulación de la revisión del PGOU de Cartagena», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 315, pp. 107-168.
- José SUAY RINCÓN (2020), *Urbanismo y Justicia. A la búsqueda de un espacio de encuentro y de una respuesta dialogada en torno a la anulación de los planes de urbanismo y a los límites a la potestad de planeamiento*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Cass R. SUNSTEIN (2013), «The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities», *Harvard Law Review*, 126:7, pp. 1838-1878.
- José Manuel TEJERIZO LÓPEZ (2016), «La impugnación de los valores catastrales y de las liquidaciones en el impuesto municipal sobre Bienes Inmuebles», *Nueva Fiscalidad*, 6-2016, pp. 9-59.
- María del Pilar TESO GAMELLA (2019), «La impugnación de los reglamentos: los efectos de la declaración de nulidad», *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 69-90.
- Benjamin M. TETTLEBAUM (2012), «Vacation at the Farm: Why Courts Should Not Extend Remand without Vacation to Environmental Deregulation», *Cornell Law Review*, 97:2, pp. 405-432.
- César TOLOSA TRIBIÑO (2019a), «La invalidez de los reglamentos. En particular, el efecto invalidante de los vicios de procedimiento», *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 21-42.
- César TOLOSA TRIBIÑO (2019b), «Reflexiones sobre la proposición de ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 328, pp. 20-78.
- Joaquín TORNOS MAS (2019), «La nulidad de normas por vicios procedimentales. La necesidad de nuevos planteamientos jurisprudenciales y normativos», *Revista de Administración Pública*, 210, pp. 123-136.
- María José VALENZUELA RODRÍGUEZ (2019), *La anulación de instrumentos de planeamiento urbanístico*, Madrid, RDU.
- Francisco José VILLAR ROJAS (2021), «El régimen jurídico del acto firme dictado en aplicación de un reglamento posteriormente anulado», *Revista de Administración Pública*, 215, pp. 39-68.

ESPACIOS JURÍDICOS TRANSNACIONALES EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ADOLFO POSADA Y VALENTÍN LETELIER*

Flavio QUEZADA RODRÍGUEZ

Profesor de Derecho administrativo

Universidad de Valparaíso

RESUMEN: En el presente trabajo se estudia la concepción del Derecho administrativo elaborada por el jurista español Adolfo Posada, así como la del jurista chileno Valentín Letelier, contextualizándolos en un proceso transnacional de formación de dicha disciplina. Se afirma que sesgos metodológicos (estado-centrismo y eurocentrismo) impedirían relevar los espacios jurídicos en los cuales estos administrativistas participaron, así como el rol gravitante que cumplieron en su momento y su proyección en la actualidad. Ante ello se proponen modelos que permitirán iniciar reflexiones más fructíferas. Se cierra con conclusiones que se siguen de lo desarrollado y que podrían abrir investigaciones futuras.

PALABRAS CLAVES: historia del Derecho administrativo; Adolfo Posada; Valentín Letelier; sesgos metodológicos.

ABSTRACT: This paper studies the Administrative Law elaborated by the Spanish jurist Adolfo Posada and Chilean jurist Valentín Letelier. It contextualises them in a transnational formation process of this discipline. It is argued that methodological biases (state-centrism and Eurocentrism) would prevent us from highlighting the juridical spaces in which these scholars participated, their gravi-

* El presente trabajo fue enviado el 18 de enero de 2022 y se desarrolló gracias al financiamiento de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de la República de Chile (CONICYT PFCHA/DOCTORADO BECAS CHILE/2018 – 72190220). Es el resultado de la comunicación presentada en el XVII Seminario de Teoría y Método de Derecho Público, desarrollado el 26 de noviembre de 2021 en la Universidade da Coruña bajo la organización de la Cátedra de Derecho Local y el Grupo de Investigación de Referencia Competitiva Derecho Público Global.

Las traducciones contenidas en este artículo han sido realizadas por su autor, a menos que se siga lo contrario del título de la obra (por tratarse de una traducción editorial).

tational role, and their projection into the present day. Given this, models are proposed to enable more fruitful reflections on it. Towards the end, the paper presents conclusions to open up future research.

KEYWORDS: History of Administrative Law; Adolfo Posada; Valentín Letelier; Methodological biases.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN— 2. “CONSTRUCTORES DE CATEDRALES”: VALENTÍN LETELIER Y ADOLFO POSADA; 2.1. Una transnacional socialización del Derecho; 2.2. El Derecho administrativo de Adolfo Posada y el Derecho administrativo de Valentín Letelier— 3. SEGOS METODOLÓGICOS EN EL ESTUDIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: HACIA NUEVOS PARADIGMAS; 3.1. Estado-centrismo y eurocentrismo; 3.2. Espacios jurídicos transnacionales y los “juristas viajeros”: nuevos modelos— 4. CONCLUSIONES— 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización ha impactado en el estudio de la juridicidad. En los últimos años ha crecido de forma importante el número de publicaciones sobre el Derecho global y el Derecho transnacional. Así da cuenta, por ejemplo, una reciente edición de una obra ineludible en esta materia¹. Aquello se explicaría, entre otros factores, porque se trataría de un fenómeno novedoso que estaría transformando el Derecho, el Estado y la interdependencia social de una forma que pondría en duda los supuestos modernos desde los cuales fueron construidos. De hecho, se habla de un Derecho y Estado “post-modernos”².

Una de las características más relevantes de este proceso sería el explosivo aumento y profundización de la interconexión entre las sociedades a escala global³. Una expresión directa de aquello —en la juridicidad— sería una mayor circulación de textos jurídicos y doctrinas, lo cual no solo impondría una mayor relevancia, teórica y práctica, de la comparación jurídica, sino que también promovería ciertas tendencias homogeneizadoras en los ordenamientos jurídicos nacionales. Dicha circulación acontecería en espacios que no se limitan a las fronteras de los estados, sino que serían genuinamente transnacionales. Así, existiría una “globalización del Derecho administrativo”⁴, lo cual impondría el desafío de una “profunda apreciación de la diversidad histórica de las tradiciones legales nacionales”⁵.

¹ Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 3.ª ed., LGDJ, Paris, 2020.

² Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Paris, 2017.

³ Jean-Bernard AUBY, *Op. Cit.*, pp. 15-45.

⁴ Francesca BIGNAMI, “Comparative administrative law”, en Mauro BUSSANI y Ugo MATTEI (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 145-169 (pp. 168). Oriol MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 63.

⁵ Francesca BIGNAMI, *Op. Cit.*, pp. 169.

Sin embargo, los supuestos teóricos y metodológicos no son inocuos en la configuración de lo que se pretende estudiar en estas materias⁶; por lo cual es crucial cuestionar la aproximación metodológica de las visiones asentadas o dominantes. En ese sentido, en este trabajo se intentará explicar que algunos rasgos importantes de fenómenos que se le atribuyen una gran novedad estaban ya presentes en la formación del Derecho administrativo. Para avanzar en este sentido, se estudiarán las relaciones intelectuales que sostuvieron a fines del siglo XIX y principios del XX el español Adolfo Posada y el chileno Valentín Letelier en la formación del Derecho administrativo de sus respectivos países. Por cierto, no se pretende elaborar una propuesta metodológica propia, sino más bien aplicar a la historia del Derecho administrativo los avances que en esta materia se han desarrollado en otros espacios de teorización⁷, cuya literatura es amplia y sus discusiones dan lugar a caminos que, de seguro, aún no se recorren completamente. Tampoco se pretende abordar en profundidad la obra intelectual de estos juristas, pues se trataría de una senda de investigación en sí.

Aproximarse a las relaciones intelectuales de estos autores es importante, puesto que los sesgos metodológicos que les han marginado estarían generando cierta exacerbación de la novedad de la transnacionalización jurídica actual, así como una minusvaloración de fenómenos similares acaecidos en el pasado, en especial, en momentos claves para la formación del Derecho administrativo. Este camino no es del todo original, la influencia de Adolfo Posada en Latinoamérica ya ha sido abordada⁸, así como ciertas relaciones intelectuales entre él y Valentín Letelier⁹. Sin embargo, hasta donde se tiene conocimiento, abordar estos vínculos en la formación del Derecho administrativo sería un camino nuevo, al menos, desde la perspectiva que guía este esfuerzo.

Así, para ordenar las ideas, el presente trabajo se organizará en tres partes: (i) primero, explicando las características centrales de la obra de los dos administrativistas objeto de estudio, tanto en el contexto intelectual en el que se insertan, como los fundamentos centrales de sus visiones sobre el Derecho administrativo; (ii) en un segundo momento, se explicitarán ciertos problemas metodológicos que estarían presentes en el estudio de las historias del derecho nacionales (estado-centrismo y eurocentrismo), lo cual permitirá proponer dos modelos que permitan cuestionarlos

⁶ Geoffrey SAMUEL, “Comparative Law and Epistemology: Is Globalisation Changing What it is to Have Legal Knowledge?”, *Journal of Comparative Law*, núm. 16 (2), 2021, 464-486.

⁷ António HESPAÑA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 48, 2019, pp. 7-28.

⁸ Luis LLOREDO ALIX, “Rafael Altamira y Adolfo Posada: Dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica”, *Rechtsgeschichte Legal History*, núm. 20, 2012, pp. 209-233.

⁹ Roberto CERÓN REYES, “El derecho social en Chile en perspectiva global (1890-1914): Anton Menger (Austria, 1841-1906), Adolfo Posada (España, 1860-1944) y Valentín Letelier (Chile, 1852-1919)”. Este artículo está pronto a aparecer en la *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Si bien existen ciertas coincidencias con las ideas ahí desarrolladas, los temas, marco teórico y reflexión metodológica crítica difieren. Es preciso agradecer la generosidad de Roberto Cerón por compartir su borrador en proceso de arbitraje.

e intentar superarlos (“espacio jurídico transnacional” y “jurista viajero”); por último, (iii) se ofrecerán algunas conclusiones que se sigan de lo desarrollado y que permitan indicar caminos de investigación futuras.

Finalmente, antes de comenzar, aunque este trabajo se escribe de forma impersonal, no puede obviarse la advertencia que plantea Jean-Louis Halpérin: “...el sujeto que escribe la historia es parte de los cuestionamientos propios de su contexto y él mismo. Esta parte inevitable, y enriquecedora, de subjetividad no es contradictoria con la investigación rigurosa por medios objetivos —es decir, sujeto a la evaluación y la crítica de otro— para comprender los fenómenos acaecidos en el pasado”¹⁰, por ello, aboga por una “pluralidad de historias del Derecho”¹¹. En breve, lo que aquí se propone es solo una historia.

2. “CONSTRUCTORES DE CATEDRALES”: VALENTÍN LETELIER Y ADOLFO POSADA

El historiador del Derecho administrativo francés François Burdeau explica que las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX fue “el tiempo de las catedrales”, en referencia a las grandes construcciones doctrinales que se realizan en esos años, destacando en especial las obras de Laferrière, Hauriou y Duguit. La característica común es que desde las universidades se producen grandes obras teóricas-síntesis que dan “*lettres de noblesse*” al Derecho administrativo¹². En el caso de Hauriou y Duguit se tratan de verdaderas “catedrales” teóricas, puesto que sus elaboraciones doctrinales están sustentadas desde teorizaciones mayores sobre el Derecho y el Estado. Es decir, el Derecho administrativo constituye una pieza de una “catedral jurídica” mucho mayor. Esa misma característica comparten Valentín Letelier y Adolfo Posada¹³: ambos construyeron teorizaciones propias, de forma original y en diálogo con otras latitudes y, especialmente, entre ellos. Se trata, entonces, de dos “constructores de catedrales” cuyo Derecho administrativo no ha sido adecuadamente estudiado y que, para intentar ser comprendido, requiere previamente cierta contextualización de su marco teórico general. Para valorar adecuadamente la reliquia es necesario entender la catedral que la alberga.

¹⁰ Jean-Louis HALPÉRIN, *Le droit et ses histoires*, *Droit et Société*, núm. 75, 2010, pp. 295- 313 (pp. 310-311).

¹¹ *Ibid.*, pp. 311.

¹² François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Paris, 1995, pp.323-362.

¹³ Una relevante crítica que hace Bernardo Sordi al libro de Burdeau, en la misma línea de lo planteado en este trabajo, es que cierto “cierre” nacionalista le hace reducir esa característica únicamente a autores franceses; sin considerar que sería un rasgo de la época. Así, menciona a Mayer, Forsthoff, Orlando, Santi Romano, Dicey y Goodnow. Como se verá en lo que sigue, habría que incluir también a Posada y Letelier. Bernardo SORDI, “Per una storia del diritto amministrativo”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 25, 1996, pp. 683-710 (pp. 687-688).

2.1. Una transnacional socialización del derecho

Ambos autores fueron grandes administrativistas, pero mucho más que eso: hombres públicos y académicos, y su trabajo no se agotó en el Derecho ni en el Derecho administrativo. Esta robustez intelectual hace muy difícil una aproximación global sin caer en reduccionismos y descontextualizaciones. En efecto, Valentín Letelier Madariaga (1852-1919) no solo fue el primer profesor titular de la primera cátedra de Derecho administrativo en Chile, fundada el 16 de enero de 1888, sino que también diplomático, diputado del Congreso Nacional, rector de la Universidad de Chile, fiscal del Tribunal de Cuentas (uno de los antecedentes históricos decisivos de la actual Contraloría General de la República), fundador del Instituto Pedagógico e impulsor de la filosofía de la educación y la sociología en Chile. En suma, fue un “humanista destacado”¹⁴.

Adolfo González Posada y Biesca (1860-1944) fue catedrático de Derecho político y administrativo en la Universidad de Oviedo, accediendo a ella —por unanimidad— en 1883, con tan solo veintitrés años¹⁵, y enseñó Derecho municipal comparado y Derecho Político en la Universidad de Madrid, lugar en el cual ocupó el cargo de decano de la Facultad de Derecho. También fue senador por Oviedo y servidor público en el Consejo de Trabajo y el Instituto de Reformas Sociales, en el cual llegó a ocupar su presidencia. Es “el inventor del Derecho español del trabajo”¹⁶, hito clave en la sociología española¹⁷, de la cual incluso se le considera uno de sus fundadores¹⁸, popularizó el término “feminismo” en España¹⁹, fue “el gran especialista en el régimen local español”²⁰, prolífico traductor (leía competentemente alemán²¹, inglés, francés e italiano) e impulsor de la extensión universitaria en España²². Según

¹⁴ Rolando PANTOJA BAUZÁ, “La doctrina chilena de Derecho Administrativo y su contexto político”, en Rolando PANTOJA BAUZÁ (ed.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 57-156 (pp. 88).

¹⁵ Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, “La trayectoria intelectual y política de Adolfo Posada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 623-638 (pp. 626).

¹⁶ Francisco SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 85.

¹⁷ Francisco LAPORTA, *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974, pp. 257-343.

¹⁸ José Luis MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar. El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada”, en Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Político*, Comares, Granada, 2003, pp. VII- CLXIII (pp. VIII). La versión original apareció en dos tomos en los años 1893 y 1894, posteriormente tuvo cinco ediciones, la última en 1935.

¹⁹ Adolfo POSADA, *Feminismo*, Librería de Fernando Fé, Madrid, 1899. En esta obra se muestra como un decidido partidario de la educación y el derecho al voto de la mujer.

²⁰ Francisco SOSA WAGNER, *Op. Cit.*, pp. 86.

²¹ Entre sus traducciones destaca aquella a la obra de J. MEYER, *La Administración y Organización Administrativa (Inglaterra, Francia, Alemania y Austria)*, La España Moderna, Madrid, 1892. A esta obra añadió una introducción y exposición de la organización administrativa española.

²² Francisco SOSA WAGNER, *Op. Cit.*, pp. 83.

Joseph Barthélemy y Boris Mirkine-Guetzévitch se trataba de “uno de los más altos representantes de la España intelectual”²³. En definitiva, fue “uno de los grandes iuspublicistas europeos entre los dos siglos”²⁴ y el gran jurista del “medio siglo de oro” de la cultura española²⁵.

Vidas intelectuales tan intensas hacen difícil abordar todo su trabajo, afortunadamente existen diversas obras que lo hacen²⁶. Aquí bastan las breves reseñas anteriores para centrar el análisis en dos características compartidas de estos autores: (i) una aproximación sociológica al Derecho desde (ii) un diálogo transnacional. Ambos son, en cierta medida, “hijos de su tiempo”. Es decir, participaron de corrientes intelectuales que, no limitándose al marco estatal-nacional, traspasaron las fronteras y constituyeron una de las tres globalizaciones jurídicas que identifica Duncan Kennedy entre el período 1850-2000²⁷. Cada una de ellas tuvo cierto “modo de pensar” que proveía un vocabulario conceptual, esquemas organizatorios, modos de razonamiento y argumentos característicos; los cuales estarían presentes en la labor de los juristas y abogados, en la doctrina, filosofía jurídica, demandas o sentencias²⁸. Ese “modo de pensar” da lugar a una profunda crítica del precedente, lo cual da paso a un movimiento reformador de cada área del Derecho.

En el período 1900-1968 la formación del Derecho administrativo sería un ejemplo de aquello²⁹, en tanto expresión de un “transnacional modo de pensar”³⁰ fuertemente marcado por “lo internacional” y las estrategias de desarrollo económico global. El “slogan” de esta globalización jurídica habría sido “lo social”. Sus iniciadores fueron autores de habla germana (Ihering, Gierke y Ehrlich), sus principales difusores los franceses (Saleilles, Geny, Duguit, Lambert, Josserand, Gounod y Gurvitch),³¹ y aunque tenían ciertas coincidencias con autores marxistas, fueron tan anti-marxistas como *anti-laissez-faire*. Su objetivo era salvar el liberalismo de sí mismo³².

Se asumía que las condiciones de vida de fines del siglo XIX representaban una profunda transformación social, consistente en la urbanización, industrialización y

²³ Prefacio en: Adolfo POSADA, *La Nueva Constitución Española. El régimen constitucional en España*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006 [1932], pp. 3. La versión original fue publicada en París por la editorial Sirey en la colección “Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire”.

²⁴ José Luis MONEREO PÉREZ, *Op. Cit.*, pp. VII.

²⁵ Elías DÍAZ, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 15.

²⁶ Existen diversos trabajos, los más completos: Sobre Adolfo Posada: Francisco LAPORTA, *Op. Cit.* Sobre Valentín Letelier: Luis GALDAMES, *Valentín Letelier y su obra. 1852-1919*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1937.

²⁷ Duncan KENNEDY, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en David TRUBEK y Álvaro SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 19-73 (pp. 19).

²⁸ *Ibid.*, pp. 22.

²⁹ *Ibid.*, pp. 23.

³⁰ *Ibid.*, pp. 23.

³¹ *Ibid.*, pp. 37.

³² *Ibid.*, pp. 38.

globalización de los mercados, todo lo cual se sintetizaba en la idea de “interdependencia”. Desde esa constatación se derivaba todo un programa de reformas: legislación laboral, ordenación de las áreas urbanas, normativa sanitaria, regulación de los mercados financieros y el desarrollo de nuevas instituciones del Derecho internacional³³. Estas ideas estaban fundadas en un amplio abanico de discursos legitimadores, que atravesaba el espectro de izquierda/derecha³⁴. “Lo social” se convierte en “un asunto sobre el que todos quieren opinar y en un tema de dedicación preferente para los juristas”³⁵. En efecto, en “Posada la sociología se cultiva muy predominantemente para adoptar un nuevo punto de vista respecto al Derecho y al Estado”³⁶, es una perspectiva que el propio autor denomina “mi derivación hacia la sociología científica”³⁷. Por su parte, en Letelier “[d]esde muy joven templó su espíritu en el yunque de una filosofía que se ha mostrado particularmente fecunda en el campo de las ciencias sociales; partiendo de ella, aplicó su lente a la historia, a la educación, al derecho, a la política”³⁸.

Todas las características de esta “segunda globalización jurídica” se encuentran en la obra de Valentín Letelier y Adolfo Posada, sin embargo, el rol que cumplieron en este proceso no está lo suficientemente estudiado y destacado. En efecto, el jurista español cumplió un rol decisivo en América Latina y el jurista chileno tuvo un rol internacional que justifica rescatarlo del inmerecido olvido en el que se encuentra. Aunque esto podría llevar a pensar que se trata de un típico intercambio bidireccional en un espacio iberoamericano, la verdad es que las relaciones de estos autores entre sí, así como la influencia internacional que tuvieron en su tiempo es mucho mayor e impide ese reduccionismo. Son autores genuinamente “transnacionales”³⁹: Posada era estudiado en Estados Unidos, traducido en Italia y Francia; Letelier no solo era su amigo y autor de referencia, sino que también fue un intelectual reconocido en Francia y los países latinoamericanos, incluyendo Brasil⁴⁰.

La transnacionalidad de la obra de Posada y Letelier se debe no solo a la excepcional robustez y originalidad teórica de sus autores, sino a que, efectivamente, participaban de un espacio jurídico con esa característica. Es importante utilizar la expresión “espacio”, pues intenta escapar de las restricciones que impone pensar en

³³ Respecto al contexto español: Cristina MONEREO ATIENZA, *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 95-98 y 233-242. Respecto al contexto chileno: Gabriel SALAZAR y Julio PINTO, *Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía*, Editorial LOM, Santiago, 1999, pp. 130-151. También: Fernando ORTIZ, *El movimiento obrero en Chile (1891-1919)*, Editorial LOM, Santiago, 2013.

³⁴ Duncan KENNEDY, *Op. Cit.*, pp. 39.

³⁵ *Ibid.*, pp. 211.

³⁶ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 259-260.

³⁷ Adolfo POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983, pp. 274.

³⁸ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 6.

³⁹ Philip BAJON, Victoria BARNES y Emily WHEWELL, “Global legal biography”, *Comparative Legal History*, núm. 9:2, 2021, pp. 127-153.

⁴⁰ Alejandro FUENZALIDA, “Don Valentín Letelier y su labor intelectual”, *Anales de la Universidad de Chile*, núm. 45-46, 1942, pp. 73-89.

términos de una historia del Derecho desarrollada dentro de los márgenes de un determinado Estado. Es decir, permite “desestatizar” la reflexión sobre la formación del Derecho administrativo⁴¹. Tal como señala Bernardo Sordi, “si se quiere hacer historia del derecho administrativo, hay que estar entonces dispuesto a aceptar hasta el final que la administración (moderna) no es un término previsible para toda experiencia histórica y geográfica; (...) que (...) administración y derecho administrativo, son problemas historiográficos para los que urge plantear preguntas y, eventualmente, hipotetizar respuestas”⁴². En suma, que se requiere situar el Derecho administrativo en la historia, se le debe historizar. Este punto solo se adelanta por ahora, pues se desarrollará más en la sección siguiente; ahora se pasará a explicar las concepciones sobre el Derecho administrativo de cada autor, en especial, su compartida “doble apertura”: primero, hacia las ciencias sociales; y, segundo, a la experiencia jurídica foránea.

2.2. El Derecho administrativo de Adolfo Posada y el Derecho administrativo de Valentín Letelier

Adolfo Posada reconoce que su Derecho administrativo es una pieza que ocupa un lugar fundamental en una obra mayor. Así, lo explica Francisco Laporta señalando que “...durante toda su vida intelectual (*sic*) la búsqueda y la propuesta de una concepción nueva del Estado presidirá la labor teórica y práctica que lleve a cabo. Hasta el punto de que ninguna otra de sus dedicaciones puede ser explicada satisfactoriamente sin ser situada en el marco conceptual de la teoría del Estado: la sociología es un instrumento teórico para desentrañar el contenido material del Estado: la sociedad; la reforma social, el sindicalismo no son sino aspectos de la labor del Estado; el derecho administrativo serán las reglas que ha de seguir para perfeccionar al máximo el mecanismo de los servicios públicos; el derecho regional, local y municipal es un intento por *vertebrar* el Estado”⁴³. Lo mismo se afirma en sus memorias al señalar que “[t]odo cuanto he trabajado en ciencia política —filosófica y positiva— lo he trabajado *en y para* este *Tratado*”⁴⁴, que estimo la obra capital de mi larga vida de profesor, de investigador y de publicista, con estos dos complementos principales: el *Tratado de Derecho Administrativo* (dos tomos 1897, dos ediciones, la última de 1923) y *El régimen municipal de la ciudad moderna* (1916, cuatro ediciones, la última de 1936)⁴⁵. En resumen, aproximarse a su pensamiento administrativo requiere enmarcarse en su teoría del Estado.

⁴¹ Paolo GROSSI, “La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 32, 2003, pp. 25-53. António HESPANHA, *Op. Cit.*, pp. 8. Grégoire BIGOT, *Ce droit qu’on dit administratif... Études d’histoire du droit public*, 2.^a ed., La Mémoire du Droit, Paris, 2020, pp. XXII-XLV.

⁴² Bernardo SORDI, *Op. Cit.*, pp. 691.

⁴³ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 87.

⁴⁴ Se refiere a su *Tratado de Derecho Político*.

⁴⁵ Adolfo POSADA, *Fragments de mis memorias*, *Op. Cit.*, pp. 277-278.

Dicha teoría en Posada se plantea como una oposición a la visión dominante de su tiempo. Según Laporta “...el Estado que veía Posada organizando su sociedad se caracterizaba, entre otras cosas, por su centralismo, su independencia e ignorancia de la realidad social, su permanente falta de ética, su no promoción de las libertades y su uso de la fuerza en el interior de la sociedad. Y precisamente la teoría del Estado del krausismo español va a fundamentarse en la descentralización, en la conexión sociedad-Estado, ciertos presupuestos éticos, un amplio desarrollo de la libertad y la negación de la fuerza como elemento fundamental del Estado”⁴⁶.

Sin embargo, la elaboración de la pieza en ese puzle mayor comienza mucho antes, al iniciar su labor docente, al asumir una cátedra que entre sus materias debía abordar el Derecho administrativo español. Señala en sus memorias que “...la cátedra anunciada era de Elementos de Derecho Político y Administrativo Español: mi fuerte, si tenía alguno, estaban en la Filosofía Política; era, pues, preciso completar el cuadro ahondando en la Historia política de España y paseándome por el Derecho Político comparado —operación inexistente, o sin importancia, en la tradición de Colmeiro. Era preciso, sobre todo, «hacer», digámoslo así, un Derecho Administrativo y así, en efecto, lo inicié”⁴⁷. Esta ambiciosa tarea la realiza con una marcada actitud crítica: “...manteniendo una actitud constantemente crítica frente a las doctrinas de Colmeiro y, en general, frente a la concepción y a la construcción, tan sólidas, del *Droit Administratif* francés que, de modo tan constante, influyera e influiría en la doctrina y en la legislación positiva del Derecho Administrativo constitucional español”⁴⁸. Así, inspirándose en Mayer, Stein y Orlando, compone su primer ensayo sobre Derecho Administrativo en el cual aborda lo que, a su juicio, es el “problema fundamental en el Derecho Administrativo”: el concepto de Administración⁴⁹.

Su visión del Derecho administrativo se caracteriza por anclar el fenómeno jurídico en la realidad social, en ello, la noción de servicio público cumple un rol protagónico. El amplio conocimiento que imprime a su trabajo no solo se expresa en el actualizado (para ese momento) y profundo estudio de la discusión de distintas latitudes, sino que su propia aproximación al fenómeno jurídico administrativo puede ser calificada de enciclopédica (tal como su reflexión jurídica en general⁵⁰), para utilizar una expresión del propio autor⁵¹. El primer paso en esta elaboración teórica consiste en comprender el “problema fundamental”, es decir, la Administración del Estado. Entiende por ella la “...actividad del mismo, que se define por razón de la necesidad que satisface, á saber: la conservación y perfeccionamiento del organismo,

⁴⁶ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 90.

⁴⁷ Adolfo POSADA, *Fragmentos de mis memorias, Op. Cit.*, pp. 165.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 165.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 272.

⁵⁰ Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Historia constitucional de España*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 566.

⁵¹ Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Tomo Primero, 2.ª ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923, pp. 125.

mediante el cual el Estado cumple su fin”⁵². Precisaré que “...la administración no puede concebirse como una idea abstracta, como un patrón fijo, sino como una actividad del Estado que sufre todas las modificaciones del Estado, y que en su cualidad y papel de función del mismo se produce, según la ley de todo desenvolvimiento orgánico”⁵³. En consecuencia, dicha administración dependerá de “la amplitud de esfera del Estado” y su “grado de evolución”⁵⁴.

El análisis de estos factores lo lleva a distinguir entre la “...administración *política* ó del Estado: -su objeto es atender á la conservación del organismo, mediante el cual cumple su fin jurídico aquél, y administración *social por el Estado*: -su objeto es atender á la conservación y perfeccionamiento de las instituciones de cultura ó para fines sociales que el Estado *crea, promueve ó protege*”⁵⁵. La primera abarca “todas las materias que interesan al Estado como tal”⁵⁶; policía administrativa, administración económica y fuerza armada. La segunda comprende la instrucción pública, la beneficencia pública y la industria/cuestión social⁵⁷.

Aquellas tareas estatales son indisociables de su comprensión del fenómeno jurídico, puesto que, a su juicio, el gran fin del Estado es, precisamente, el cumplimiento del Derecho, “...entendido [...] de un modo directo y positivo, no meramente limitativo [...]. El Estado atiende constantemente á ordenar la vida según el ideal del derecho de cada momento histórico y de cada lugar; no puede permanecer indiferente ante la injusticia; así que, bien espontáneamente, mediante la acción de sus miembros que en todo caso le representan, bien de un modo reflexivo por medio de su gobierno, el Estado acude ó debe acudir á determinar lo justo y lo jurídico en los actos de su persona social. El Estado, además, se encuentra como persona (ser de *medios*, capaz de *obligación*), *obligado* á acudir con sus *medios* á satisfacer todas aquellas necesidades que sólo pueden ser satisfechas en virtud de la prestación (libre y necesaria) de tales medios suyos”⁵⁸.

Observando la realidad que vivía, aplica su teorización, señalando que, “...la transformación social que caracteriza la época moderna, y que pudiéramos calificar como transformación en el sentido de la secularización de la vida, ha traído al Estado grandes sumas de medios y grandes energías espirituales, así como ha infundido en él el alma de la civilización, sumando en sus gobiernos, los más altos poderes de cada sociedad [...]. Todo esto ha determinado un cambio de posición en las fuerzas de los

⁵² Adolfo POSADA, *La administración política y la administración social. Exposición crítica de las teorías y legislaciones administrativas modernas más importantes*, La España Moderna, Madrid, ¿1910?, pp. 11. La fecha de publicación es aproximativa (utilizando aquella que insinúa Francisco Laporta) y se encuentra entre signos de pregunta puesto que no se conoce con certeza. Cfr. Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 345.

⁵³ *Ibid.*, pp. 12-13.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 13.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 16.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 17.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 416-417.

pueblos; y así, por ejemplo, muchos de los fines sociales que antes eran cumplidos por la Iglesia, hoy son cumplidos por el Estado. ¿Por qué? Porque este es, hoy por hoy, la personalidad más saliente, más poderosa, y, por ende, más obligada para con la humanidad de cuantas existen”⁵⁹. La consecuencia de este fenómeno sería, entonces, que “...el Estado haya aumentado en cierto sentido su esfera de acción”⁶⁰.

Entendidos así, entonces, el Derecho y el Estado, la noción de servicio público ocupa un lugar clave y central, puesto que es el medio a través del cual se cumplen los fines. Como explica Laporta, “[...]todo su derecho administrativo se va a centrar en el servicio público, pues va a ser concebido como el sistema de condiciones que pone el Estado para cumplir sus propios fines y mantener a punto el mecanismo de los servicios públicos”⁶¹. En efecto, en palabras del propio autor, “...la función administrativa se resuelve concretamente en *servicios*”⁶², “...la Administración es un sistema de *servicios*: de *servicios públicos*...”⁶³. Señala que “[...]a noción del *servicio público* incorpórase al Derecho administrativo desde el momento en que el concepto de este se forma a partir de la noción de Administración como una actividad del Estado, que, de modo general, se endereza a realizar los fines mismos de este”⁶⁴.

Nótese que esta conclusión se sigue de su teoría del Derecho y del Estado y, si bien es coincidente con los trabajos de Léon Duguit, es del todo original a lo desarrollado en Francia en la denominada Escuela del Servicio Público⁶⁵. En efecto, los antecedentes de esta visión datan de la primera edición de su Tratado de Derecho Administrativo⁶⁶. Señala Posada, remarcando este punto, que “...independientemente de la labor de los tratadistas que, como M. Duguit, dan a la noción de servicio público una fuerza transformadora de tan capital eficacia en el derecho llamado *público*, considerábamos nosotros, hace tiempo, en nuestros ensayos de sistematización del Derecho administrativo [...], que «la función administrativa se resuelve concretamente en *servicios*, y que la Administración es un *sistema de servicios* caracterizados por el *fin* o los *fines* para que se *prestan y utilizan*. La Administración obra mediante sus órganos, sobre la naturaleza, para obtener lo necesario y aplicarlo —*servir*—, a efecto de que el Estado cumpla sus fines. Este punto de vista de los *servicios*, en relación con los *fines* del Estado, es [...] el que conceptuamos adecuado, tanto en el respecto técnico-administrativo como en el técnico-jurídico, para fijar la naturaleza de la acción de la función administrativa y para distribuir convenientemente sus materias”⁶⁷.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 418-419.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 419.

⁶¹ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 187.

⁶² Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit.*, pp. 267.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 269.

⁶⁵ Fabrice MELLERAY, “École de Bordeaux, école du service public et école duguiste. Proposition de distinction”, *Revue du Droit Public*, núm. 6, 2001, pp. 1887- 1905.

⁶⁶ Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897, pp. 202-205.

⁶⁷ Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo Primero, 2.ª ed., *Op. Cit.*, pp. 270.

La explicación anterior permite comprender su definición de Derecho administrativo como “...el Derecho de la actividad administrativa del Estado, y en cuanto esta recoge, en su *labor constructiva* del medio idóneo, del instrumento vivo adecuado [...], el conjunto o sistema de los servicios públicos”⁶⁸. Lo cual reformula en los siguientes términos: “...como el derecho aplicado a la actividad del Estado en la prestación imperiosa e inexcusable, pero rodeada siempre de precauciones y miramientos jurídicos, del servicio público”⁶⁹. En un artículo dedicado exclusivamente a conceptualizar el Derecho administrativo señala que es “...el sistema u orden jurídico establecido para hacer efectiva y eficaz una buena administración, siendo esta el conjunto de medios idóneos, y de servicios exigidos en cada caso y momento en la vida racional de una personalidad —individual o colectiva”⁷⁰—. Precisaré, luego, siguiendo sus postulados sociológicos, que “...el tratamiento de una necesidad social con el criterio del servicio público, es función general de gobierno; en un sentido amplio, es *obra política* primordialmente”⁷¹.

Al igual que otros autores de la época, elabora su propia noción de servicio público, señalando que “...los servicios públicos los constituyen las organizaciones adecuadas de personal técnico capaz de aplicar, con la máxima eficacia y economía, al fin del servicio, los medios de que al efecto dispone, empleando los procedimientos administrativos del caso”⁷². El sistema que generan da lugar a un “verdadero orden técnico y jurídico”⁷³ que constituye “la materia propia y estricta del Derecho administrativo”⁷⁴.

Como puede verse, esta teoría del Estado servicial de Posada, como la denomina Laporta⁷⁵, se opone derechamente al Estado abstencionista y al Estado totalitario. Al primero, puesto que, en palabras del propio autor, el Estado debe cumplir el Derecho de un modo “directo y positivo, no meramente limitativo” y, para ello, ocupará el medio de los servicios públicos; y se opone también al segundo, pues lo anterior permite e instituye la sociedad de libertades individuales.

Por último, cabe destacar, como uno de los rasgos metodológicos centrales del trabajo de Adolfo Posada, la utilización rigurosa y crítica del derecho extranjero y la comparación jurídica. En efecto, esta última no estuvo ausente de su reflexión teórica y metodológica, señalaba que “el método comparado ha llegado a tener en nuestros tiempos una importancia excepcional en los estudios jurídicos”⁷⁶. Reprochó la con-

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 281.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 282.

⁷⁰ Adolfo POSADA, “El proceso lógico del Derecho administrativo”, en Adolfo POSADA, *Escritos municipalistas y de la vida local*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979 [1918], pp. 221-236 (pp. 231).

⁷¹ Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo Primero, 2.ª ed., *Op. Cit.*, pp. 283.

⁷² *Ibid.*, pp. 285.

⁷³ *Ibid.*, pp. 287.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 287.

⁷⁵ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 93.

⁷⁶ Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Político*, *Op. Cit.*, pp. 976.

fusión entre el Derecho comparado, el método comparado y legislación comparada, haciendo un crítico repaso a los principales autores del comparatismo moderno⁷⁷, de lo cual concluyó que "...el método comparativo jurídico no puede reducirse a la comparación de legislaciones, sino que debe llegar mucho más allá en el sentido que impone la complicada estructura del Derecho"⁷⁸. Señala que "...todas las formas, todas las manifestaciones bajo que se verifica la vida del Derecho, deben contrastarse, relacionarse, definirse por comparación, agruparse, clasificarse, refiriéndolas a su tronco, a su evolución particular, a su causa explicativa, al movimiento inventivo o de imitación que respondan, a la influencia o influencias productoras. Sólo procediendo de ese modo se puede hacer verdaderamente *Derecho comparado*"⁷⁹. En otros términos, "...el Método comparativo, aplicado al estudio del Derecho, tiene que partir de la comparación de las instituciones que le procura la Historia, y del conocimiento intensivo de la vida jurídica, como vida social, que entraña el punto de vista sociológico"⁸⁰. Como el mismo autor señala, entendida así la comparación jurídica, es un instrumento protagónico en su trabajo como administrativista⁸¹. En suma, como puede verse, tanto "lo social" como "lo internacional" son características centrales del Derecho administrativo de Adolfo Posada.

El Derecho administrativo que elabora Valentín Letelier también es una pieza en una construcción mayor que, lamentablemente, quedó inconclusa⁸². Si bien su pensamiento en esta materia está plasmado en sus apuntes de clases, como en una lección magistral que diera en 1894, su inserción en su teoría del Estado y del Derecho se encuentra en "Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del Derecho Público" (1917) y "Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales" (1919).

En 1888 se crea la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile y su primer titular será Valentín Letelier. En 1894 dará una lección magistral de apertura en la cual sintetizará su visión sobre "la ciencia del Derecho administrativo". Comienza abordando el débil desarrollo de esta disciplina, señalando que "[t]odo el que se interesa en el desarrollo de las ciencias jurídicas i políticas sabe que la del derecho administrativo se encuentra entre las de mas reciente creacion i se halla, por lo mismo, en el estado de mayor atraso"⁸³. A su juicio "[n]adie ha seguido [en el Derecho administrativo] esa propension científica que da un fundamento racional al derecho positivo, i convierte la lei en espresion i fórmula de una teoría abstracta"⁸⁴.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 977 y siguientes.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 985-986.

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 988.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 992-993.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 971.

⁸² Luis GÁLDAMES, *Op. Cit.*, pp. 160-161.

⁸³ Valentín LETELIER, "La ciencia del Derecho Administrativo. Lección de apertura del curso de 1894 en la Universidad Nacional de Chile", *Anales de la Universidad de Chile*, núm 85, nov. 1893 – abril 1894, pp. 845-862 (pp. 845).

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 846.

Ahí explicitará uno de los temas que cruzará su concepción del Derecho administrativo: el establecimiento de límites fundados en criterios científicos a la acción del Estado, a fin de que la administración pública deje de ser “obra de puro capricho”⁸⁵. Esta tarea estaría pendiente, puesto que los publicistas solo se habrían dedicado a exponer el Derecho positivo de cada país sin hacer ciencia (“enseñanza trunca i empírica”⁸⁶, en definitiva “enseñanza anti-científica”⁸⁷). Así, se propone “desentrañar” los principios generales comunes de la Administración pública. Esta reflexión la realiza con una dura crítica a los autores franceses⁸⁸, loas a los alemanes⁸⁹, destacando a Posada y Santamaría de Paredes, en España, y Gianquinto, Meucci i Mantellini, en Italia⁹⁰. Sin embargo, las más importantes palabras de elogio son para un autor clave en toda su obra: Domenico di Bernardo⁹¹. Sobre él dirá que “...en lengua romance no se ha publicado tratado alguno donde se esponga con mayor exactitud la teoría científica de la administracion pública”⁹².

Siguiendo las ideas del italiano, señala que “[l]a administracion de cada Estado es un órgano de la sociedad que se desarrolla con la sociedad misma i que crece o decrece, se complica o simplifica a la medida de las necesidades sociales [...]. La administracion se proporciona al grado de desenvolvimiento de la sociedad [...], porque vive en la sociedad i para la sociedad [...]. Las necesidades sociales la desarrollan i las necesidades sociales la impulsan a obrar i gradúan la eficacia de su accion. La administracion funciona para satisfacerlas i no obtiene buen suceso sino en tanto cuanto las satisface. Aun en aquellos casos en que dispone de recursos inagotables i las fuerzas abrumadoras, ella no puede nada si no cuenta con la cooperación social”⁹³. Se sigue, entonces, que “...el progresivo desarrollo de la vida administrativa es simple efecto del progresivo desarrollo de la vida general de la sociedad”⁹⁴.

Lo anterior le permite elaborar su visión sociológica del Derecho administrativo, según la cual “...las leyes escritas no dan por sí solas idea cabal de la administración de un pueblo [...]. En otros términos, para adquirir una noción exacta de la administración de un Estado, es indispensable conocer las condiciones intelectuales, políticas i civiles en que ella se ha formado i funciona; i es en el conjunto de las instituciones de cada pueblo, en las ideas dominantes, en los hábitos, en el temperamento i en las tendencias de sus habitantes donde se debe buscar la verdadera norma de la acción administrativa”⁹⁵.

⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁶ *Íbid.*, pp. 848.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ *Íbid.*, pp. 848-849.

⁸⁹ *Íbid.*, pp. 849-850.

⁹⁰ *Íbid.*, pp. 851.

⁹¹ *Íbid.*, pp. 853.

⁹² *Ídem*.

⁹³ *Íbid.*, pp. 856.

⁹⁴ *Íbid.*, pp. 858.

⁹⁵ *Ídem*, pp. 858.

Estas ideas cruzan toda su obra. En la “Génesis del Estado” avanza una distinción clave en su construcción y que le permitirá abordar una definición de Administración. Para ello se propone distinguir entre la función administrativa y la función de gobierno, advirtiendo que “...es sentar una noción muy errónea el afirmar que cada función esté o deba estar localizada en un solo órgano”⁹⁶. “Al gobierno es a quien principalmente corresponde fijar en cada momento el rumbo del Estado e imprimir a la República carácter liberal, radical o conservador. Su característica es que nada puede hacer sino ejerciendo autoridad, por manera que cada acto suyo es un decreto, una orden, una disposición imperativa [...] Y nótese bien: merced al ejercicio de la potestad reglamentaria, o en otros términos, merced al desempeño de la función política, que es la que le corresponde por naturaleza, el gobierno crea derecho administrativo, pero no administra”⁹⁷.

A su juicio, administrar es sinónimo de servir⁹⁸. Y, de este modo, al igual que en Posada, la noción de servicio público cumple un rol central en su construcción. En efecto, señala que “[m]uy otros son los caracteres propios de la función administrativa. Instituida de alto abajo para prestar servicios, la Administración no comparte con los Poderes Públicos el ejercicio de la soberanía [...]. Si el gobierno desempeña sus funciones mandando, la Administración desempeña las suyas sirviendo”⁹⁹. Añadiendo que “...una cosa es administrar y otra dirigir la administración, una cosa servir y otra reglamentar los servicios”¹⁰⁰. Con todo, la “...administración de cada Estado es un órgano de la sociedad que para desarrollarse tiene que emplear elementos sociales y que crece o decrece, se complica o simplifica a la medida de las necesidades sociales. [...] porque vive en la sociedad”¹⁰¹.

Precisa que “[d]e todos los elementos internos del Estado, los que más tardíamente nacen, se desarrollan y diversifican son los servicios públicos”¹⁰²; aunque nacen paralelamente a la civilización misma: “[c]uando el autócrata, el inca, el faraón, el sultán se preocupa de la suerte de sus súbditos, su atención no va más allá de lo que juzga absolutamente indispensable para explotarlos mejor”. Es lo que denomina la “administración social”¹⁰³. Por otro lado, el desarrollo social también impondrá ciertas características a dichos servicios, tal como lo explica a propósito del correo, “...tan pronto como se entregan al servicio del público, las necesidades permanentes del comercio y de las relaciones sociales imponen la regularidad”¹⁰⁴. En su obra, “[l]os servicios públicos no eran el patrimonio de ningún Gobierno ni de ningún partido;

⁹⁶ Valentín LETELIER, *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del Derecho Público*, Hume y Walker- Santiago, Cabaut y Cía-Buenos Aires, 1917, pp. 666.

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 667-668.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 668.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 669.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 670.

¹⁰¹ *Ibid.*, pp. 676.

¹⁰² *Ibid.*, pp. 673.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 674.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 704.

eran, lisa y llanamente, el patrimonio de la nación; no implicaban una misericordia del poder ni un gesto de buena voluntad; correspondían a necesidades públicas que no era dado eludir, porque tarde o temprano se impondrían con fuerza de su propio peso”¹⁰⁵.

De este modo, define el Derecho administrativo como “...el conjunto de reglas jurídicas que organizan la administración pública i el funcionamiento de sus agentes. La Administración pública es un conjunto de servicios”¹⁰⁶. Como se desprende de su explicación, aquellos servicios tienen una cualidad especial: son públicos, esto es, la Administración es un conjunto de servicios públicos¹⁰⁷. En otra formulación de su definición, dirá que “...el derecho administrativo no es más que el conjunto de disposiciones que instituyen los servicios públicos, que fijan sus atribuciones, que limitan el campo de sus tareas...”¹⁰⁸.

Como puede verse, en la obra de Letelier, según su más destacado estudioso “[e]l Derecho Administrativo debía considerarse en las dos formas que lo constituyen: como precepto y como ciencia. Como precepto, está contenido en las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas e instrucciones que dicta todo Estado para la organización y funcionamiento de sus servicios públicos. Algunas de estas disposiciones estructuran los servicios; otras determinan las relaciones de subordinación de los funcionarios entre sí; y otras, en fin, señalan los deberes y prerrogativas de estos mismos empleados. Como ciencia, el Derecho Administrativo investiga los principios generales en que la función social del Estado se funda y aquellos según los cuales esta función debe ser organizada. Así el precepto norma la conducta y la ciencia dirige el criterio”¹⁰⁹.

Ahora, el Derecho administrativo no sería menos importante científicamente que la ciencia de la administración pública, puesto que “[d]e poco sirve el conocimiento de las prescripciones legales y reglamentarias si no estamos informados a la vez de los principios jurídicos en que ellas descansan. No basta conocer las leyes para saber Derecho; más que en la letra, las leyes están en su espíritu [...]. Jurisconsulto es el que posee la ciencia o la filosofía que explica la razón de ser del Derecho en una sociedad y en un momento dados [...]”¹¹⁰.

Cabe destacar que la teoría de Letelier, a la vez que sirve de límite científico a la reforma administrativa, pues expone las máximas que debe seguir para ser exitosa, no es contraria a la reforma social, por el contrario, dado que el deber del Estado “... consistía en dar satisfacción a las necesidades sociales, cualesquiera que ellas fuesen, en el momento en que se presentaran; y si los problemas del trabajo venían al plano

¹⁰⁵ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 147.

¹⁰⁶ Valentín LETELIER, *Apuntaciones de Derecho Administrativo (clase de don Valentín Letelier)*, Imprenta i Encuadernación Chile, Santiago, 1904-1907, pp. 9.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 8.

¹⁰⁸ Valentín LETELIER, *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales*, *Op. Cit.*, pp. 65.

¹⁰⁹ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 135.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 136.

de una necesidad social inmediata, no habría razón valedera para preterirlos, a pretexto de poner en duda la capacidad jurídica del Estado para resolverlos”¹¹¹.

Finalmente, también en su método destaca el uso de la comparación jurídica, lo cual se explica en el contexto de su construcción metodológica y que se remonta a sus reflexiones más tempranas. En la obra de Letelier “...no hay ni puede haber una estructura administrativa o política común a todos los pueblos [...]. Tienen por eso de suyo las instituciones jurídicas que han de ser eminentemente nacionales; pero ello no impide que, en ciertos respectos, se sientan influenciadas por el impulso de la evolución de otros pueblos del mismo tipo de cultura, ni que entonces el ideal político se uniforme y ajuste al ritmo general de los acontecimientos exteriores”¹¹². En este aspecto, la comparación jurídica es un instrumento que puede servir a la mejora de la legislación positiva, tal como lo reconoce expresamente¹¹³.

Sin embargo, la comparación jurídica tiene también un valor exclusivamente científico. Letelier adhiere al método inductivo, objetivo o realista, gracias a sus lecturas juveniles de Comte y Littré¹¹⁴. Dicho método “...aplicado a la política y al derecho es, en consecuencia, el mismo método sociológico, que el autor llama “positivo” y que nosotros optamos por denominar, sencillamente “científico” [...]. Es oportuno observar, eso sí, que el método inductivo no proscribe la deducción; al contrario, es esta su coronamiento y la necesita tanto para sentar sus conclusiones o principios cuanto para comprobar su veracidad”¹¹⁵. “Tres son las principales fuentes de la inducción jurídica: la etnografía, la historia y la estadística”¹¹⁶. En este esquema “...el método comparativo no representa más que una fase de la inducción jurídica, la cual para su mejor éxito no puede restringir las indagaciones de su incumbencia a una sola sociedad con abstracción de las congéneres, ni a una sola época prescindiendo de las anteriores”¹¹⁷.

Como puede verse, hay rasgos comunes notables: primero, tanto Posada como Letelier comparten una aproximación sociológica al Derecho y al Estado, aunque mientras el primero con una marcada impronta del liberalismo krausista español¹¹⁸, el segundo con su formación positivista y lecturas evolucionistas (Spencer)¹¹⁹. Segun-

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 147.

¹¹² *Ibid.*, pp. 143.

¹¹³ Valentín LETELIER, *Apuntaciones de Derecho Administrativo, Op. Cit.*, pp. 331.

¹¹⁴ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 671.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 674.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 675.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 679.

¹¹⁸ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*

¹¹⁹ Diego BARRÍA, Positivism, Evolutionism, and Public Administration: The Work of Valentín Letelier (1886-1917), *Administrative Theory & Praxis*, núm. 39 (4), 2017, 275-291. Allen WOLL, “Positivism and History in Nineteenth-Century Chile: José Victorino Lastarria and Valentín Letelier”, *Journal of the History of Ideas*, núm. 37 (3), 1976, pp. 493-506. Jean-Pierre BLANCPAIN, “Francisation et francomanie en Amérique latine : Le cas du Chili au XIXe siècle”, *Revue Historique*, núm. 268, 1982, pp. 365-407. Fabio MORAGA, “Más administración que política: Valentín Letelier y la formación de las ciencias humanas en Chile (1870-1917)”, *Revista Tiempo Histórico*, núm. 8, 2014, pp. 49-72.

do, ambos autores se propusieron “crear” una “ciencia del Derecho administrativo” desde un análisis muy crítico de las visiones dominantes en su época, cuyo resultado es una pieza refinada en una construcción mayor. Tercero, en ambas visiones la noción de servicio público es central, tanto por estructurar la Administración pública como su Derecho, pero con una originalidad que difícilmente permite hacerla tributaria de la construcción francesa, sea porque son anteriores o prácticamente simultáneas¹²⁰, sea porque son teóricamente distintas. Finalmente, si bien estas coincidencias caben dentro de la hipótesis de la “segunda globalización jurídica” de Kennedy, evidencia también que existen flujos de circulación de ideas que no aparecen en las investigaciones usuales sobre la formación del Derecho administrativo. Este último punto permite avanzar la hipótesis que existen ciertos sesgos en la investigación histórico-jurídica. Será lo que se abordará en lo que sigue.

3. SESGOS METODOLÓGICOS EN EL ESTUDIO DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: HACIA NUEVOS PARADIGMAS

De la sección anterior se concluyó que existen ciertos rasgos comunes importantes en la obra intelectual de los dos autores que se abordan en este trabajo. Por cierto, como ya se adelantó, no se debe a mera coincidencia, sino que existieron fenómenos globales en los cuales la formación del Derecho administrativo fue uno de sus elementos¹²¹. Aunque ese Derecho tiene una marcada impronta (estado)nacional, no se trató de un proceso “espontáneo” que “coincidentemente” sucede en diversos lugares del planeta. Por ello, el estudio de su aparición no puede enmarcarse en los formales contornos de las modernas fronteras estatales.

Aunque lo anterior puede resultar una obviedad, no deja de ser sorprendente que no se saquen todas las conclusiones que podrían seguirse de ello. Evidentemente, una investigación como la presente no puede aspirar a hacerlo, sino antes bien, a lo más, a relevar estos puntos y a avanzar en esa senda. Para estos efectos, en lo que sigue se expondrán dos problemas metodológicos que oscurecen o, derechamente, olvidan capítulos de la historia de la formación del Derecho administrativo; luego, se propondrán dos “modelos” que ayudan a abordar mejor ese proceso.

¹²⁰ Luis Medina Alcoz llega a una conclusión similar: “...el profesor Adolfo Posada puso el foco en la nueva dimensión prestacional del Derecho administrativo, incluso antes de que la Escuela de Burdeos (Duguit, Jèze) desarrollase su célebre teoría del servicio público”. Como luego lo señala en un pie de página, esto fue destacado por Gascón y Marín en su “Derecho Administrativo” de 1941. Luis MEDINA ALCOZ, “Historia del Derecho administrativo (I). Del estado liberal al estado autoritario”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 95-228 (pp. 226).

¹²¹ Duncan KENNEDY, *Op. Cit.*, pp. 21.

3.1. Estado-centrismo y eurocentrismo

Los desarrollos recientes en la historiografía del Derecho han consolidado avances metodológicos importantes, identificando y cuestionando supuestos asentados en la práctica de esta disciplina¹²². Este camino se ha servido especialmente de la denominada “historia social”, en lo que Paolo Grossi denominó “la dimensión jurídica de la historia social”¹²³. Esta corriente realiza una profunda crítica a los supuestos más asentados del pensamiento jurídico moderno por deshistorizar algo profundamente histórico¹²⁴: el absolutismo jurídico que reduce el Derecho a una textualidad producida exclusivamente por el Estado moderno¹²⁵. Este camino de cuestionamiento de lo que pareciera ser “obvio”, que saca al jurista de su “vicio oculto” (“la pereza intelectual”), es el rol propio de los historiadores del Derecho en tanto “conciencia crítica” en las facultades de Derecho¹²⁶.

Hace ya varias décadas, Bartolomé Clavero hizo presente la necesidad de desterrarse de la proyección de conceptos anacrónicos¹²⁷. Lo cual en esta materia impone la necesidad de ser capaces de sortear el peso del “presentismo” que conlleva una “marca persistente del prisma nacional”¹²⁸. Se ha dicho que se trataría incluso de una “tiranía de lo nacional”¹²⁹. El espacio jurídico es representado como un compartimento (Derecho español o Derecho chileno) que se encuentra justo al lado de otros compartimentos (Derecho inglés, Derecho francés, Derecho norteamericano, Derecho italiano, etc.)¹³⁰. Se trataría de una aproximación tributaria del “nacionalismo metodológico”¹³¹.

Estos sesgos no son políticamente neutros, tal como lo evidencia Michel Foucault en sus “precauciones metodológicas”¹³² al estudiar las imbricaciones entre la verdad, (los discursos constitutivos del) Derecho y el Estado. Por el contrario, subyacería a

¹²² António HESPANHA, *Op. Cit.*

¹²³ *Ibid.*, pp. 7.

¹²⁴ Paolo GROSSI, *Op. Cit.*, pp. 28.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 35-34.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 29.

¹²⁷ Bartolomé CLAVERO, “Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de «estado moderno»”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 19, 1981, pp. 43-57 (pp. 48).

¹²⁸ Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOSTY Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, Dalloz, Paris, 2020, pp. 7. António HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 25.

¹²⁹ Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOSTY Jean-Louis HALPÉRIN, *Op. Cit.*, pp. 7. Andreas WIMMER y Nina GLICK, “Methodological Nationalism, the Social Sciences, and the Study of Migration: An Essay in Historical Epistemology”, *The International Migration Review*, núm. 37(3), 2003, pp. 576-610.

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Ibid.*, pp. 8.

¹³² Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France. 1976*, Gallimard, Paris, 1997, pp. 3-100. Como dijo en su famosa conferencia “La vérité et les formes juridiques”: “detrás de todo saber, detrás de todo conocimiento, lo que está en juego, es una lucha de poder”. Michel

esta operación una teleologización de la historia del Estado¹³³ que, en cierto sentido, la mitifica¹³⁴. Se trataría de una glorificación de la construcción concreta estatal a la cual se pertenece y su Derecho. Así, la historia del Derecho devendría en un “discurso legitimador”¹³⁵.

Sacudirse de estos obstáculos epistemológicos¹³⁶ requiere recuperar la conciencia crítica en el estudio del Derecho¹³⁷, resituarlo en su historicidad, esto es, superar el formalismo que pretende abstraerlo de la sociedad, a fin de abordar los sesgos del estatismo y el eurocentrismo, para dar paso a una aproximación de la historia del Derecho administrativo des-estadocentrada y des-eurocentralizada¹³⁸. De este modo se podrá apreciar la existencia de espacios jurídicos no estudiados, con nuevos contornos y en los cuales aparecen nuevos protagonistas. Para este camino, la vida y obra de Adolfo Posada y Valentín Letelier sirven de excelente ejemplo, pues fueron parte de un espacio jurídico genuinamente transnacional¹³⁹, desde el cual se construyó lo que hoy entendemos por Derecho administrativo y, como protagonistas en ese proceso, constituyen en sí un nuevo modelo que puede ser útil para una reflexión histórica más libre.

Esta senda ha guiado el trabajo del “Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno”, al aspirar a recuperar la complejidad del Derecho, en vinculación científica con medios universitarios como el alemán, español, sueco, argentino, brasileño, mexicano, peruano y nortamericano¹⁴⁰. El impulsor de este centro de diálogo intelectual es Paolo Grossi y su producto más difundido son los Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Más recientemente, también se ha desarrollado otro círculo de reflexión en la denominada “comparative legal history”¹⁴¹, destacando entre sus impulsores Thomas Duve y Jean-Louis Halpérin¹⁴², como la

FOUCAULT, “La verité et les formes juridiques”, *Chimères. Revue des schizoanalyses*, núm. 10, 1990, pp. 8-28 (pp. 28).

¹³³ Grégoire BIGOT, *Op. Cit.*, pp. XXII-XLV.

¹³⁴ Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Dix mythes du droit public*, LGDJ, Mayenne, 2019, pp. 31-49.

¹³⁵ António HESPANHA, Cultura jurídica europea. *Op. Cit.*, pp. 16-21.

¹³⁶ Michele MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, Paris, 1982, pp. 37-68.

¹³⁷ Paolo GROSSI, *Op. Cit.*, pp. 36.

¹³⁸ António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 8.

¹³⁹ Respecto a Adolfo Posada y desde una tesis particular del contexto europeo: José ESTEVE PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

¹⁴⁰ Paolo GROSSI, “Oltre le storie nazionali. Il ‘Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno’ di Firenze fra passato e presente”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 50, 2021, pp. 739-759.

¹⁴¹ Paul J. DU PLESSIS, “Comparative Legal History: A Critique”, *Journal of Comparative Law*, núm. 16 (2), 2021, pp. 569-578.

¹⁴² Thomas DUVE, “What is global legal history?”, *Comparative Legal History*, núm. 8 (2), 2020, pp. 73-115; y Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOST y Jean-Louis HALPÉRIN, *Op. Cit.* Thomas DUVE (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt, 2014.

revista que lleva el mismo nombre. Desde ambos círculos, también interconectados, se desarrollan diversas críticas a la forma tradicional de realizar historia del Derecho, en esta ocasión se abordarán especialmente dos: el sesgo estatista o nacionalista y el sesgo eurocentrista o difusionista.

El sesgo estatista o nacionalista (“state bias”¹⁴³, “container approach”¹⁴⁴ o “les pièges de l’hégémonie nationale”¹⁴⁵) oculta que Europa ha sido y es una región global, tanto como otras, y que todas han estado interconectadas¹⁴⁶. En efecto, como señala António HESPANHA, “encerrar la historia del derecho de Europa dentro de los Estados resulta artificioso, siendo además fuente de apreciaciones erróneas”¹⁴⁷. Según Duve, un buen ejemplo sería la “escuela de Salamanca”, puesto que evidenciaría que la construcción del Derecho no sería un fenómeno circunscrito a los marcos nacionales y que las interrelaciones no serían unidireccionales.

Por su parte, el eurocentrismo se expresaría en dos vertientes. En primer lugar, suponiendo una gran narración, en la cual se expresa una autoidentificación de la juridicidad europea como una cultura racional-formal, en términos weberianos¹⁴⁸, que sería el estándar para la percepción y apreciación de lo pasado y la alteridad¹⁴⁹. La segunda expresión consiste en lo que Duve denomina “modelo difusionista”, esto es, que las interrelaciones pasadas habrían sido unidireccionales: aquella cultura racional-formal (“centro”) habría elaborado intelectualmente lo que luego es copiado desde los márgenes¹⁵⁰.

Según Thomas Duve, adoptar una perspectiva “deconstructiva” (o, quizás, destructiva) de las aproximaciones dominantes cumpliría una “función emancipatoria”, puesto que mostraría los lados “oscuros” de las historias del Derecho en Europa y podría resultar una deconstrucción de las poderosas grandes narrativas¹⁵¹. Evidentemente, lo anterior no significa que la escala nacional no sea un marco importante desde el cual reflexionar, sino que no puede darse por obvia, sin cuestionarse las implicancias políticas y metodológicas que tiene. Lo mismo puede decirse del Estado moderno, cuya historicidad no puede obviarse, más aún cuando se trata del Derecho que lo constituye¹⁵², puesto que se trata, en los hechos, de un “invento” de los juristas

¹⁴³ António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 8.

¹⁴⁴ Thomas DUVE, “What is global legal history?”, *Op. Cit.*, pp. 89.

¹⁴⁵ Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOSTy Jean-Louis HALPÉRIN, *Op. Cit.*, pp. 14-18.

¹⁴⁶ Thomas DUVE, “What is global legal history?”, *Op. Cit.*, pp. 89. António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 12-13.

¹⁴⁷ António HESPANHA, *Cultura jurídica europea*, *Op. Cit.*, pp. 13.

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 93-94.

¹⁴⁹ António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 25.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 81.

¹⁵¹ Thomas DUVE, “What is global legal history?”, *Op. Cit.*, pp. 88. Laurence DE COCK, Mathilde LARRÈRE y Guillaume MAZEAU, *L’Histoire comme Emancipation*, Agone, Marseille, 2019.

¹⁵² Michel FOUCAULT, *Op. Cit.* Pierre BOURDIEU, *Sur l’État, Cours au Collège de France, 1989-1992*, Seuil, Paris, 2012. Pierre LEGENDRE, *L’amour du censeur. Essai sur l’ordre dogmatique*,

que ha sido reforzado en su operatividad social real por quienes hacen historia de esa creación¹⁵³.

Quizás lo anterior explique la ausencia de Adolfo Posada (así como de otros autores extranjeros) en las más difundidas explicaciones sobre la historia del Derecho administrativo francés, a pesar de que sus ideas fueron clave en discusiones entre León Duguit y Maurice Hauriou al elaborar nociones pilares en sus obras. El mismo olvido sufre la obra de Valentín Letelier, no obstante haber nutrido con sus investigaciones una cuestión central del primero y que, en su época, eran referencia obligada en el medio español. Del mismo modo, esos obstáculos epistemológicos abonarían al olvido que en sus respectivas tierras viven estos autores, a quienes pareciera que se les mira como curiosas rarezas, de momentos históricos lejanos y sin vínculos con la actualidad, esto es, no como bases desde las cuales se construyó algo que persiste... aunque el nombre de sus autores ya no esté ahí. En efecto, la noción de servicio público en España es inexplicable si no se escarba (con bastante profundidad) en la obra de Posada¹⁵⁴, así como aquella del Derecho chileno si no se hace lo mismo en la obra de Letelier¹⁵⁵. Esto es así, a pesar de que en los trabajos más recientes, centrados en la última doctrina y jurisprudencia, no les citen. Los sesgos pueden hacer que no se les vea, pero cual “espectros” en las sombras, siguen ahí. Entonces, la tarea intelectual propia del quehacer universitario será apuntar los focos de la investigación a esas partes oscuras.

El Derecho administrativo —en tanto construcción sociocultural sobre textos jurídicos— tiene una lógica sedimentaria¹⁵⁶, por ello las “normas por aplicar en el presente son siempre normas del pasado”¹⁵⁷. Ello explica la necesidad metodológica de sociologizar e historizar la lectura de textos¹⁵⁸. Esto significa intentar dilucidar en el interior de los textos los “gestos”, en parte inconscientes, realizados en una coyuntura determinada, los “golpes” que van a ser percibidos y apreciados, de manera más o menos clara, por los contemporáneos, destinatarios reales o esperados, y por

Seuil, Paris, 1974. Pierre LEGENDRE, *Jouir du pouvoir. Traité de la burocratie patriote*, Les éditions de minuit, Paris, 1976. Bartolomé CLAVERO, *Op. Cit.*. Paolo GROSSI, “La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico”, *Op. Cit.*

¹⁵³ Grégoire BIGOT, *Op. Cit.*, pp. XLI.

¹⁵⁴ Flavio QUEZADA, “Origen de la noción de servicio público en el Derecho francés y su recepción en el Derecho español. Un enfoque crítico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 216, pp. 141-168.

¹⁵⁵ Flavio QUEZADA, “La política del absurdo. La supuesta incompatibilidad de la “teoría del servicio público” con el “derecho público chileno””, en Viviana PONCE DE LEÓN y Pablo SOTO, *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, Legal Publishing, Santiago, 2021, pp. 213-234.

¹⁵⁶ Pierre LEGENDRE, *L’amour du censeur*, *Op. Cit.*, pp. 184.

¹⁵⁷ Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN y Javier TAJADURA TEJADA, “La problemática de la temporalidad en la historia y en el derecho. Consideraciones preliminares”, en Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN y Javier TAJADURA TEJADA (dirs.), *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 11-32 (pp. 19).

¹⁵⁸ Louis PINTO, *Sociologie des intellectuels*, La Découverte, Paris, 2021, pp. 78. Paolo GROSSI, “La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico”, *Op. Cit.* pp. 32.

los pares, sean aliados o adversarios¹⁵⁹. Es necesario acudir a las fuentes primarias¹⁶⁰, realizar una “lectura densa”¹⁶¹, desprendiéndose al máximo del presentismo y su reificación. En este camino de reflexión la noción de “intertextualidad” desarrollada por el análisis del discurso puede ser de especial utilidad¹⁶², sin embargo, esto solo enunciará pues corresponde ahora avanzar nuevos modelos que se siguen de lo desarrollado hasta aquí.

3.2. Espacios jurídicos transnacionales y los “juristas viajeros”: nuevos modelos

De lo desarrollado en la sección anterior se sigue, entonces, que existen ciertos obstáculos metodológicos que impiden estudiar adecuadamente la formación del Derecho administrativo y, como se mencionó, los autores trabajados en esta investigación pueden ser buenos ejemplos de ello. Ahora, en esta parte se propondrán dos modelos útiles para sortear estos escollos: el “espacio jurídico transnacional” y el “jurista viajero”.

La historia del Derecho no es solo un asunto de delimitación e identidad, sino también de interacciones y conexiones. El Derecho circula y se comunica en distintos espacios¹⁶³, incluso inesperados desde el sentido común del presente¹⁶⁴. Los contactos que un campo jurídico mantiene con otros no son reducibles a un simple intercambio en el límite político y jurídico (por tanto, ficticio) que constituye una frontera, ellos van a presentar muy usualmente “circulaciones materiales e inmateriales”¹⁶⁵. Es más, lo “exterior” es constitutivo de lo “interior”, el Derecho “nacional” es el producto de un trabajo intenso de importación y exportación, de la explotación y producción de una documentación múltiple, de la movilización de recursos heterogéneos que tienen a veces orígenes lejanos¹⁶⁶. Esto exige prestar especial atención a la circulación de libros, a los traductores y las traducciones de obras extranjeras, al rol

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 75.

¹⁶⁰ Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Op. Cit.*, pp. 38.

¹⁶¹ António HESPANHA, *Cultura jurídica europea, Op. Cit.*, pp. 42-55.

¹⁶² Anissa HACHEMI, “Maximes, adages, formules, aphorismes du droit administratif”, en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBAY Damien SALLES, *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses Universitaires Juridiques, Poitiers, 2021, pp. 163-186 (pp.168-175).

¹⁶³ António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 13.

¹⁶⁴ Así, por ejemplo: Angela BALLONE, “Foreign Law Without Borders in the Early Vast America. Spanish Legal Literature in 19th Century North America”, *Clio@Themis*, núm. 21, 2021, pp. 1-35.

¹⁶⁵ Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOSTY Jean-Louis HALPÉRIN, *Op. Cit.*, pp. 20. En general, el rol de las universidades en: Elisenda MALARET (2012), “El entorno institucional de la libertad de investigación, la transformación de las funciones de la universidad: de la garantía institucional de la libertad de investigación a la emergencia de la universidad postthumboldtiana”, en Francisco RODRÍGUEZ (coord.), *Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales. Instituciones públicas de garantía*, Universidad de Barcelona, Barcelona, pp. 129-176.

¹⁶⁶ *Idem.*

de las revistas en el conocimiento de los Derechos extranjeros o, incluso, a la constitución y aprovisionamiento de las bibliotecas¹⁶⁷. Por ello, “la historización de los «regímenes de circulación» es una necesidad para no representarse que las transferencias y circulaciones son siempre de una misma forma, por los mismos canales, al mismo ritmo, o con la misma fuerza”¹⁶⁸. En esto, resulta clave identificar las “comunidades epistémicas transnacionales”¹⁶⁹. En suma, para intentar des-estatizar o desnacionalizar el estudio de la formación del Derecho administrativo, pueden englobarse estas ideas en la expresión “espacio jurídico transnacional”¹⁷⁰.

En el caso que se estudia en este trabajo efectivamente los vínculos no eran solo entre Valentín Letelier y Adolfo Posada, ni tampoco se limitaban a Iberoamérica o Latinoamérica. Este punto puede ser muy bien ilustrado con la definición de “función administrativa” que desarrollan ambos autores. Adolfo Posada señala en sus memorias que esa idea la elabora muy tempranamente, en las oposiciones para acceder a su cátedra en Oviedo. La misma le acompañará toda su vida y será ampliamente desarrollada en la primera edición de su Tratado de Derecho Administrativo de 1897, como en la segunda de 1923. Sin embargo, el hito clave en esta específica construcción es el artículo que en 1896 publica en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique* de París, titulado “La fonction administrative de l’État”.

El mismo año se publicará en Madrid un artículo de Valentín Letelier titulado “Teoría General de la Administración Pública”, en la revista *La Administración*. Ahí, el profesor chileno desarrolla una idea casi idéntica a la del autor español. Esta coincidencia podría generar sospechas del más grave oprobio académico: el plagio. En palabras de Luis Galdames (el más destacado biógrafo de Letelier): “Tal era la teoría sustentada en la cátedra; y es digno de observarse que al mismo tiempo que su autor la daba al público en una revista en Madrid, Adolfo Posada, entonces profesor de Oviedo, la sostenía también, en una revista de París, casi en idénticos términos; coincidencia singular, entre dos pensadores que, a pesar de la distancia, unifican simultáneamente sus ideas, acaso porque empleaban en la investigación el mismo método”¹⁷¹.

Consta que se trató, efectivamente, de una coincidencia, pues en el prólogo de la primera edición de su Tratado de Derecho Administrativo, que aparece un año después, Adolfo Posada señala “Escrito ya mi libro, y cuando corregía sus pruebas, llegó á mis manos el magnífico artículo de mi queridísimo colega americano, D. Valentín Letelier, titulado *La Administración pública*, inserto en la revista *La Administración*. De haberlo recibido antes, me hubiera aprovechado, no poco, de sus argumentos incontrovertibles en pro del punto de vista general que el Sr. Letelier

¹⁶⁷ *Ídem*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 21.

¹⁶⁹ Thomas DUVE, “What is global legal history?”, *Op. Cit.*, pp. 96.

¹⁷⁰ Una idea similar para el estudio de los derechos administrativos europeos: Giacinto DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 49-53.

¹⁷¹ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 146.

defiende, y que coincide no poco con el mío, para apoyar mi doctrina; pero repito que el trabajo llegó a mi poder tarde: sólo he podido citarle en las notas en algún sitio que me ha parecido oportuno. Excuso decir con cuánta satisfacción habré leído en el artículo del insigne profesor chileno, sus coincidencias con mi manera de ver y formular el concepto de la Administración. Por lo demás, la coincidencia no es absoluta; lo es en cuanto a la orientación, y, sobre todo, en cuanto al procedimiento de análisis realista de la actividad y funciones del Estado, para determinar la función administrativa...”¹⁷².

De hecho, advirtiendo Valentín Letelier la coincidencia, dice en una nota de su artículo: “En aquel estudio [el de Adolfo Posada publicado en París], el profesor de Oviedo expone sustancialmente la misma teoría que venimos desarrollando. Las coincidencias entre ambos trabajos son tantas y tan singulares, que no parece sino que uno de los autores hubiera tenido a la vista la obra del otro. Entre tanto, es verdad que el estudio del Sr. Posada, publicado en el número correspondiente a Marzo y Abril, sólo llegó a Chile en la segunda quincena de Junio, cuando hacía dos meses que yo había remitido el mío a *La Administración*, de Madrid, y dos años que venía exponiendo esta teoría en mi cátedra. Señalo el hecho, menos para defenderme contra la acusación de haberme apropiado de doctrinas ajenas, que para hacer notar una nueva coincidencia en las investigaciones científicas”¹⁷³.

Es más, el 15 de febrero de 1912, Adolfo Posada envió desde Madrid a “El Diario Español” de Buenos Aires, una crónica titulada “Un pedagogo americano-Valentín Letelier”, la cual fue publicada el 7 de abril del mismo año. Ahí se señalaba lo siguiente, que, por lo valioso, justifica transcribirse en extenso:

“No hemos escrito para el público ninguna obra juntos, pero pienso que hemos trabajado bastantes cosas y formado en nuestro espíritu no pocas ideas, juntos; y ello a pesar de la enorme distancia que media entre Santiago de Chile y Oviedo o Madrid. Recuerdo a este propósito un hecho curioso, demostrativo de esta positiva y eficaz, —para mí eficazísima— colaboración. Cuando yo preparaba mi “Tratado de Derecho Administrativo”, —bastante antes de publicarlo, — solicitado por M. Lamande, director entonces de la “Revue du Droit Public” de París, escribí un artículo sobre la “Función Administrativa”, en donde por primera vez formulaba una doctrina más o menos fundada y razonable sobre el concepto de la Administración. Casi al propio tiempo don Valentín trabajaba en su cátedra de Chile acerca del mismo problema; y escribía un artículo relativo al concepto de la Administración del Estado. Quien no estuviera en autos habría creído que uno de nosotros había copiado al otro; tan grande era la coincidencia de pensamiento, tan clara la identidad de ideas. Lo que, en rigor, había era un fluido de allá para acá y de acá para allá; una verdadera colaboración, producida en nuestra constante correspondencia”¹⁷⁴.

¹⁷² Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo, Op. Cit.*, pp. XV-XVI.

¹⁷³ Nota al pie de página nº I en: *Ibid.*, pp. XIX.

¹⁷⁴ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 146.

Ahora, este “fluido de allá para acá y de acá para allá” no ocurrió como algo aislado, sino que hubo un contexto que podría explicarlo, y su influjo no se detuvo en un espacio iberoamericano, pues habría llegado a influir de forma importante, ni más ni menos, que debates claves de la construcción del Derecho administrativo francés, como se mencionó previamente. En efecto, no se trata de relevar una amistad entre personas que compartían intereses intelectuales, sino más bien dar cuenta de la existencia de espacios jurídicos que no coincidían con los marcos nacionales o estatales, desde los cuales usualmente se piensa la historia de la formación del Derecho administrativo. Una pista importante para explicar este fenómeno puede ser el denominado “hispanoamericanismo”, movimiento de aproximación cultural entre España y América Latina que tuvo lugar en el tránsito entre los siglos XIX y XX, al interior del regeneracionismo, y que tiene como hito el Congreso Social y Económico Hispanoamericano de 1900¹⁷⁵. Ahí, la Universidad de Oviedo tuvo un rol clave, pues “en torno a 1900 envió una circular a diferentes Universidades Latinoamericanas tratando de difundir los sistemas de enseñanza españoles, y solicitando la organización de intercambios culturales”¹⁷⁶. Lo cual tendrá, además, como consecuencia un importante viaje que en los meses de julio de 1909 y febrero de 1910 Rafael Altamira lleva a cabo en Argentina, Uruguay, Chile, Perú, México, Cuba y Estados Unidos¹⁷⁷, y al que se unirá Adolfo Posada, tal como cuenta en sus memorias: “visité Chile: recibido y obsequiado por mi gran amigo Valentín Letelier, rector de la Universidad de Santiago (*sic*), recorrí gran parte de Chile, hasta Valparaíso y por el Centro hasta Concepción y Talcahuano”¹⁷⁸.

Ahora, este “fluido” que produjo la idea de (el discurso sobre) la “función administrativa” como elemento definitorio de la Administración del Estado, no se redujo a ella, será tomada por Maurice Hauriou y destacada muy elogiosamente por Frank Goodnow¹⁷⁹, cuestión no menor, considerando la relevancia de este último en la formación del Derecho administrativo norteamericano¹⁸⁰. En efecto, la obra de Valentín Letelier no era leída en España solo por Adolfo Posada, tal como él mismo lo explica: “...y en España, donde leemos tan poco, y tan poco sabemos de la vida intelectual, sobre todo, de la vida intelectual *no literaria*, de América, Letelier es un autor que se cita con frecuencia, y sus libros principales son de los poquísimos libros “científicos” hispanoamericanos que se encuentran por librerías y bibliotecas”¹⁸¹. Por

¹⁷⁵ Isabel GARCÍA MONTÓN, “El Congreso Social y Económico Hispano-Americano de 1900: Un instrumento del hispanoamericanismo modernizador”, *Revista Complutense de Historia de América*, núm. 25, 1999, pp. 281- 294.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 284.

¹⁷⁷ *Ídem.*

¹⁷⁸ Adolfo POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, *Op. Cit.*, pp. 343.

¹⁷⁹ Frank GOODNOW, “Reviewd Work(s): Tratado de Derecho Administrativo Según las Teorías Filosóficas y la Legislación Positiva. By Adolfo Posda”, *Political Science Quarterly*, núm. 12 (3), 1897, pp. 535-536.

¹⁸⁰ Marco D’ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Boloña, 2019, pp. 127-129.

¹⁸¹ Adolfo POSADA, “Valentín Letelier”, *Anales de la Universidad de Chile*, n° 105, 1957, pp. 27-33 (pp. 27).

su parte, Maurice Hauriou cita las ideas de Adolfo Posada en sus debates con Léon Duguit. En efecto, en la décima edición de su “Précis” señala que su contradictor incurriría en un error (¿formalismo?), al afirmar que la función administrativa que desarrollan los servicios públicos no puede reducirse a su expresión exclusivamente jurídica, sino que debe considerar su finalidad práctica o técnica. Para apoyar su punto cita como argumento de autoridad al autor español¹⁸².

Por otro lado, siguiendo esta aproximación “comunicativa” del Derecho, que permite estudiar transferencias y circulaciones¹⁸³, también se deben considerar los viajes de un jurista, así como de sus textos y de sus objetos de estudio. Si la historia del Derecho ha sido durante mucho tiempo europea, luego occidental, el discurso jurídico se muestra cada vez más reticente a ser localizado únicamente en espacio del Estado-nación y del Derecho nacional¹⁸⁴. Existiría también una “circulación de juristas”¹⁸⁵. Los viajes tienen consecuencias personales para el jurista y también de índole institucional¹⁸⁶, de las cuales es necesario tomar nota, a pesar de sus dificultades¹⁸⁷, tal como durante la Edad Media la circulación de estudiantes y profesores de Derecho abonó a la creación del *ius commune*¹⁸⁸. Existirían también ciertos roles relevantes de los “juristas fronterizos” de facultades tales como la de la Universidad de Estrasburgo respecto a las relaciones franco-alemanas¹⁸⁹, como espacios de encuentros colectivos que deben ser también estudiados por ellos mismos, una especie de “institucionalización de la conversación”¹⁹⁰. Por cierto, estas circulaciones no deben ocultar la política que existe detrás de, por ejemplo, los congresos y lugares de encuentro académico, puesto que participan desde hace mucho tiempo de una forma de diplomacia en la cual la estrategia científica secunda los objetivos políticos de los Estados-nación¹⁹¹; como aquellas motivadas por exilios y migraciones¹⁹². En suma, reparar en el “jurista viajero” y su rol en las circulaciones de ideas puede ser una pista clave para estudiar la historia del Derecho, en especial, el administrativo, como lo evidencian los dos casos que se analizan en esta investigación. En efecto, los viajes de Adolfo Posada fueron decisivos tanto en su trabajo teórico, como para la relevancia que adquirió en los medios que visitó; entre los cuales cabe destacar Latinoamérica¹⁹³, como Bélgica,

¹⁸² Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10.^a ed., Recueil Sirey, Paris, 1921, pp. 23.

¹⁸³ António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 14.

¹⁸⁴ Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOST y Jean-Louis HALPÉRIN, *Op. Cit.*, pp. 267.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 269.

¹⁸⁶ Philip BAJON, Victoria BARNES y Emily WHEWELL, *Op. Cit.*, pp. 132.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 149-152.

¹⁸⁸ Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOST y Jean-Louis HALPÉRIN, *Op. Cit.*, pp. 270.

¹⁸⁹ *Idem.*

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 271.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 272.

¹⁹² *Ibid.*, pp. 273-274.

¹⁹³ Así se documenta en: Adolfo POSADA, *En América una campaña: relaciones científicas con América*, Librería de Francisco Beltrán, Madrid, 1911.

Francia, Holanda y Reino Unido. Lo mismo puede señalarse de Valentín Letelier, en especial, sobre sus años en Alemania¹⁹⁴.

Por último, lo transnacional y la perspectiva global no deben hacer olvidar el marcado peso de lo local. En toda circulación existe una “glocalisation” como proceso de traducción, localización y reproducción de conocimiento normativo¹⁹⁵. Así, no podría descartarse como una explicación relevante de la influencia de Posada en Chile el hecho que “[e]l maestro chileno pensaba, muy fundadamente por cierto, que su colega español era un convencido republicano, motivo por el cual en los pueblos de Ibero-América las sugerencias derivadas de su ciencia política podían recibirse con entera confianza”¹⁹⁶. Del mismo modo, tampoco puede soslayarse que la influencia de Letelier en España también podría explicarse, en parte, por los tiempos de hispanoamericanismo ya explicados y el círculo intelectual de Oviedo.

También fenómenos propiamente locales podrían explicar los olvidos actuales. En efecto, Adolfo Posada, como administrativista, “se halla entre los silenciados”¹⁹⁷, a pesar de ser “el verdadero iniciador de la teoría general del Derecho administrativo”¹⁹⁸. Quizás esta ausencia se deba a dos factores muy locales: uno de índole político y otro del campo jurídico español. El primero, por su abierta vinculación a la Institución Libre de Enseñanza¹⁹⁹; el segundo, por haber desarrollado una aproximación sociológica al Derecho que resultaba teóricamente incompatible con la que se estaba gestando en el círculo de la Revista de Administración Pública. Una conclusión de ese tipo se sigue si se considera la importante conferencia de Eduardo García de Enterría de 1959, en la cual expone su concepción estatutaria²⁰⁰. Del mismo modo, tanto el “silenciamiento” de Valentín Letelier en el Derecho administrativo chileno de las últimas décadas, así como cierto resurgimiento reciente en el estudio de su obra²⁰¹, pueden explicarse por el abierto intento de refundar la disciplina por quien fuera el administrativista de referencia durante la dictadura de Pinochet y los primeros años de transición a la democracia²⁰², y cuyas principales construcciones han sido

¹⁹⁴ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 77-107.

¹⁹⁵ Thomas DUVE, “What is global legal history?”, *Op. Cit.*, pp. 113. Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *Journal of Comparative Law*, núm. 10, 2015, 405-454 (pp. 446). António HESPANHA, “Is there place for separated legal history? A broad review of recents developments on legal historiography”, *Op. Cit.*, pp. 26.

¹⁹⁶ Luis GALDAMES, *Op. Cit.*, pp. 489.

¹⁹⁷ Francisco LAPORTA, *Op. Cit.*, pp. 14.

¹⁹⁸ Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pp. 152.

¹⁹⁹ Juan CRUZ ALLI, *La construcción del concepto de derecho administrativo español*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 192. En este mismo sentido: Elías DÍAZ, *Op. Cit.*, pp. 49-79.

²⁰⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 10, 1960, pp. 317-341.

²⁰¹ Andrea RUIZ, “Los 120 años de cátedra de Derecho administrativo y la huella imborrable de don Valentín Letelier”, en Rolando PANTOJA BAUZÁ (ed.). *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012, pp. 13-56.

²⁰² Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 22-30.

abiertamente desafiadas por una nueva “manualística”²⁰³, como por reconstrucciones históricas²⁰⁴ y teóricas²⁰⁵, todo lo cual estaría expresándose en cambios jurisprudenciales de relevancia²⁰⁶.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha podido demostrar que la vida y obra de dos juristas importantes de fines del siglo XIX y principios del siglo XX evidencian que la formación del Derecho administrativo debe ser estudiada en una perspectiva transnacional, y que para ello los modelos de “espacio jurídico transnacional” y “jurista viajero” son de utilidad a fin de intentar sortear sesgos metodológicos tales como el estado-centrismo y el eurocentrismo. Por cierto, este camino de reflexión no es del todo original, pero sí relativamente reciente y permitiría avanzar en el estudio histórico del Derecho administrativo, en especial, como herramienta explicativa de su estado actual. En efecto, un indicio interesante de este “fluido” entre España y Chile se halla en el debate sobre los planes de enseñanza del derecho en las universidades chilenas de 1889, y que explica el modelo dominante actual. En dicha ocasión, la visión de Adolfo Posada fue decisiva a través de la intervención pública de Valentín Letelier²⁰⁷. Este indicio lleva a preguntarse, ¿cuánto de esos momentos ocultos u oscurecidos del pasado podrían ayudar a comprender mejor la legalidad administrativa actual a fin de reflexionar sus reformas y desafíos futuros?

Por otro lado, lo desarrollado en este trabajo también evidencia una paradoja: mientras el comparatismo crítico apunta sus dardos a los discursos homogeneizantes y de convegenias; la historia comparada del Derecho y su paradigma “comunicativo”, que aspira también a un rol crítico, busca convergencias que no encajen en los marcos estatales o nacionales. Por cierto, así como la primera no niega el hecho de la convergencia, como dato (meramente) formal al cual cuestionar; la segunda tampoco niega la relevancia de lo local, para cuestionarlo cuando asume una función glorificadora o legitimadora del Estado-nación. Explorar las implicaciones éticas y políticas que ambos caminos evidencian, tanto a nivel teórico como aplicado a casos

²⁰³ Jorge BERMÚDEZ SOTO, *Derecho Administrativo general*, 3.ª ed., Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2014. Luis CORDERO VEGA, *Lecciones de Derecho administrativo*, 2.ª ed., Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2015. José Miguel VALDIVIA, *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

²⁰⁴ Juan Carlos FERRADA, “El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 217-218, 2005, pp. 99-118.

²⁰⁵ Raúl LETELIER (coord.), *La falta de servicio*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2012. Raúl LETELIER, “Garantías penales y sanciones administrativas”, *Política Criminal*, núm. 24, 2017, pp. 622-689.

²⁰⁶ Luis CORDERO VEGA, *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*, Editorial DER, Santiago, 2020.

²⁰⁷ Rodrigo PÉREZ LISICIC, “El debate chileno de 1889 sobre la reforma al plan de estudios en derecho”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 4, 2001, pp. 235-265.

específicos, podrían ser una buena senda de investigación futura en la historia del Derecho administrativo.

Por último, las ausencias de Adolfo Posada y Valentín Letelier se vuelven cada vez más presentes en estos tiempos contradictorios, en los cuales hay, por un lado, una lógica de individualismo egoísta que pretende gobernarlo todo y, por otro, una reciente crítica al desmantelamiento del Estado social y sus políticas. En efecto, una aproximación social e histórica al Derecho administrativo es cada vez más una imposición de los problemas actuales que la academia universitaria debe abordar, que una exigencia puramente metodológica desde una “torre de marfil”. En suma, continuar con la reflexión abierta por estos autores, sea explorando en sus obras y su presencia en la actualidad, sea transitando las rutas de intercambio intelectual del pasado que aún permanecen ocultas, puede permitir plantear preguntas teórica y metodológicamente importantes como se intentó demostrar en esta investigación. No se trata de que el pasado vuelva a repetirse, sino que entenderlo en su alteridad puede permitir —hoy— reflexiones útiles para desafíos presentes y un futuro por construir.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Jean-Bernard AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 3ª edición, LGDJ, Paris, 2020.
- Frédéric AUDREN, Anne-Sophie CHAMBOST y Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, Dalloz, Paris, 2020.
- Philip BAJON, Victoria BARNES y Emily WHEWELL, “Global legal biography”, *Comparative Legal History*, núm. 9:2, 2021, pp. 127-153.
- Angela BALLONE, “Foreign Law Without Borders in the Early Vast America. Spanish Legal Literature in 19th Century North America”, *Clio@Themis*, núm. 21, 2021, pp. 1-35.
- Diego BARRÍA, Positivism, Evolutionism, and Public Administration : The Work of Valentín Letelier (1886-1917), *Administrative Theory & Praxis*, núm. 39 (4), 2017, 275-291.
- Jorge BERMÚDEZ SOTO, *Derecho Administrativo general*, 3ª edición, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2014.
- Francesca BIGNAMI, “Comparative administrative law”, en Mauro BUSSANI y Ugo MATTEI (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, New York, 2012, pp. 145-169.
- Grégoire BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif... Études d'histoire du droit public*, 2ª edición, La Mémoire du Droit, Paris, 2020.
- Jean-Pierre BLANCPAIN, “Francisation et francomanie en Amérique latine : Le cas du Chili au XIXe siècle”, *Revue Historique*, núm. 268, 1982, pp. 365-407.
- Pierre BOURDIEU, *Sur l'État, Cours au Collège de France*, 1989-1992, Seuil, Paris, 2012.
- François BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, Paris, 1995.
- Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, Paris, 2017.
- Bartolomé CLAVERO, “Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de «estado moderno»”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 19, 1981, pp. 43-57.
- Luis CORDERO VEGA, *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*, Editorial DER, Santiago, 2020.
- Luis CORDERO VEGA, *Lecciones de Derecho administrativo*, 2ª edición, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2015.
- Juan CRUZ ALLI, *La construcción del concepto de derecho administrativo español*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- Marco D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Il Mulino, Boloña, 2019.

- Laurence DE COCK, Mathilde LARRÈREy Guillaume MAZEAU, *L'Histoire comme Emancipation*, Agone, Marseille, 2019.
- Giacinto DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- Eliás DÍAZ, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Trotta, Madrid, 2009.
- Paul J. DU PLESSIS, "Comparative Legal History: A Critique", *Journal of Comparative Law*, núm. 16 (2), 2021, pp. 569-578.
- Thomas DUVE (ed.), *Entaglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt, 2014.
- Thomas DUVE, "What is global legal history?", *Comparative Legal History*, núm. 8 (2), 2020, pp. 73-115.
- José ESTEVE PARDO, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN y Javier TAJADURA TEJADA, "La problemática de la temporalidad en la historia y en el derecho. Consideraciones preliminares", en Javier FERNÁNDEZ SEBASTIÁN y Javier TAJADURA TEJADA (dirs.), *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 11-32.
- Juan Carlos FERRADA, "El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 217-218, 2005, pp. 99-118.
- Michel FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France. 1976*, Gallimard, Paris, 1997.
- Michel FOUCAULT, "La verité et les formes juridiques", *Chimères. Revue des schizoanalyses*, núm. 10, 1990, pp. 8-28.
- Alejandro FUENZALIDA, "Don Valentín Letelier y su labor intelectual", *Anales de la Universidad de Chile*, núm. 45-46, 1942, pp. 73-89.
- Luis GALDAMES, *Valentín Letelier y su obra. 1852-1919*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1937.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 10, 1960, pp. 317-341.
- Isabel GARCÍA MONTÓN, "El Congreso Social y Económico Hispano-Americano de 1900 : Un instrumento del hispanoamericanismo modernizador", *Revista Complutense de Historia de América*, núm. 25, 1999, pp. 281-294.
- Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
- Frank GOODNOW, "Reviewd Work(s): Tratado de Derecho Administrativo Según las Teorías Filosóficas y la Legislación Positiva. By Adolfo Posda", *Political Science Quarterly*, núm. 12 (3), 1897, pp. 535-536.
- Paolo GROSSI, "La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 32, 2003, pp. 25-53.
- Paolo GROSSI, "Oltre le storie nazionali. Il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 50, 2021, pp. 739-759.
- Anissa HACHEMI, "Maximes, adages, formules, aphorismes du droit administratif", en Anne-Laure GIRARD, Adrien LAUBAy Damien SALLES, *Les racines littéraires du droit administratif*, Presses Universitaires Juridiques, Poitiers, 2021, pp. 163-186.
- Jean-Louis HALPÉRIN, Le droit et ses histoires, *Droit et Société*, núm. 75, 2010, pp. 295-313
- António HESPANHA, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid, 2002.
- António HESPANHA, "Is there place for separated legal history? A broad review of recents developments on legal historiography", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 48, 2019, pp. 7-28.
- Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 10ª edición, Recueil Sirey, Paris.

- Duncan KENNEDY, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en David TRUBEK y Álvaro SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, New York, 2006, pp. 19-73.
- Francisco LAPORTA, *Adolfo Posada: Política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1974.
- Pierre LEGENDRE, *Jour du pouvoir. Traité de la burocratie patriote*, Les éditions de minuit, Paris, 1976.
- Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Paris, 1974.
- Pierre LEGRAND, “Negative Comparative Law”, *Journal of Comparative Law*, núm. 10, 2015, 405-454.
- Raúl LETELIER, “Garantías penales y sanciones administrativas”, *Política Criminal*, núm. 24, 2017, pp. 622-689.
- Raúl LETELIER (coord.), *La falta de servicio*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2012.
- Valentín LETELIER, *Apuntaciones de Derecho Administrativo (clase de don Valentín Letelier)*, Imprenta i Encuadernación Chile, Santiago, 1904-1907.
- Valentín LETELIER, *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del Derecho Público*, Hume y Walker- Santiago, Cabaut y Cía-Buenos Aires, 1917.
- Valentín LETELIER, “La ciencia del Derecho Administrativo. Lección de apertura del curso de 1894 en la Universidad Nacional de Chile”, *Anales de la Universidad de Chile*, núm 85, nov. 1893 – abril 1894, pp. 845-862.
- Luis LLOREDO ALIX, “Rafael Altamira y Adolfo Posada: Dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica”, *Rechtsgeschichte Legal History*, núm. 20, 2012, pp. 209-233.
- Elisenda MALARET (2012), “El entorno institucional de la libertad de investigación, la transformación de las funciones de la universidad: de la garantía institucional de la libertad de investigación a la emergencia de la universidad posthumboldtiana”, en Francisco RODRÍGUEZ (coord.), *Investigación biomédica, derechos fundamentales e intereses generales. Instituciones públicas de garantía*, Universidad de Barcelona, Barcelona, pp. 129-176.
- Luis MEDINA ALCOZ, “Historia del Derecho administrativo (I). Del estado liberal al estado autoritario”, en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Tratado de Derecho administrativo. Introducción. Fundamentos*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 95-228.
- Fabrice MELLERAY, “École de Bordeaux, école du service public et école du guiste. Proposition de distinction”, *Revue du Droit Public*, núm. 6, 2001, pp. 1887- 1905.
- Michele MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, François Maspero, Paris, 1982
- Oriol MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- Cristina MONEREO ATIENZA, *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Editorial Comares, Granada, 2003.
- José Luis MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar. El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada”, en Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Político*, Comares, Granada, 2003, pp. VII- CLXIII.
- Fabio MORAGA, “‘Más administración que política’: Valentín Letelier y la formación de las ciencias humanas en Chile (1870-1917)”, *Revista Tiempo Histórico*, núm 8, 2014, pp. 49-72.
- Fernando ORTIZ, *El movimiento obrero en Chile (1891-1919)*, Editorial LOM, Santiago, 2013.
- Rolando PANTOJA BAUZÁ, “La doctrina chilena de Derecho Administrativo y su contexto político”, en Rolando PANTOJA BAUZÁ (ed.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, pp. 57-156.
- Rodrigo PÉREZ LISICIC, “El debate chileno de 1889 sobre la reforma al plan de estudios en derecho”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, núm. 4, 2001, pp. 235-265.
- Louis PINTO, *Sociologie des intellectuels*, La Découverte, Paris, 2021.
- Adolfo POSADA, “El proceso lógico del Derecho administrativo”, en Adolfo POSADA, *Escritos municipalistas y de la vida local*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979 [1918], pp. 221-236.

- Adolfo POSADA, *En América una campaña: relaciones científicas con América*, Librería de Francisco Beltrán, Madrid, 1911.
- Adolfo POSADA, *Feminismo*, Librería de Fernando Fé, Madrid, 1899.
- Adolfo POSADA, *Fragments de mis memorias*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983.
- Adolfo POSADA, *La administración política y la administración social. Exposición crítica de las teorías y legislaciones administrativas modernas más importantes*, La España Moderna, Madrid, ¿1910?.
- Adolfo POSADA, *La Nueva Constitución Española. El régimen constitucional en España*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006.
- Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1897.
- Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, Tomo Primero, 2ª edición, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1923.
- Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Político*, Comares, Granada, 2003.
- Adolfo POSADA, “Valentín Letelier”, *Anales de la Universidad de Chile*, nº 105, 1957, pp. 27-33.
- Flavio QUEZADA, “La política del absurdo. La supuesta incompatibilidad de la “teoría del servicio público” con el “derecho público chileno””, en Viviana PONCE DE LEÓN y Pablo SOTO, *El Tribunal Constitucional frente al proceso constituyente. Ensayos críticos sobre su jurisprudencia y sus prácticas*, LegalPublishing, Santiago, 2021, pp. 213-234.
- Flavio QUEZADA, “Origen de la noción de servicio público en el Derecho francés y su recepción en el Derecho español. Un enfoque crítico”, *Revista de Administración Pública*, núm. 216, pp. 141-168.
- Andrea RUIZ, “Los 120 años de cátedra de Derecho administrativo y la huella imborrable de don Valentín Letelier”, en Rolando PANTOJA BAUZÁ (ed.), *Derecho administrativo: 150 años de doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012, pp. 13-56.
- Gabriel SALAZAR y Julio PINTO, *Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía*, Editorial LOM, Santiago, 1999.
- Geoffrey SAMUEL, “Comparative Law and Epistemology: Is Globalisation Changing What it is to Have Legal Knowledge?”, *Journal of Comparative Law*, núm. 16 (2), 2021, 464-486.
- Bernardo SORDI, “Per una storia del diritto amministrativo”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 25, 1996, pp. 683-710.
- Francisco SOSA WAGNER, *Juristas en la Segunda República. 1. Los iuspublicistas*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- Mathieu TOUZEIL-DIVINA, *Dix mythes du droit public*, LGDJ, Mayenne, 2019.
- José Miguel VALDIVIA, *Manual de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.
- Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, “La trayectoria intelectual y política de Adolfo Posada”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 623-638.
- Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Historia constitucional de España*, Marcial Pons, Madrid, 2020.
- Andreas WIMMER y Nina GLICK, “Methodological Nationalism, the Social Sciences, and the Study of Migration: An Essay in Historical Epistemology”, *The International Migration Review*, núm. 37(3), 2003, pp. 576-610.
- Allen WOLL, “Positivism and History in Nineteenth-Century Chile: José Victorino Lastarria and Valentín Letelier”, *Journal of the History of Ideas*, núm. 37 (3), 1976, pp. 493-506.

EL INGRESO MÍNIMO VITAL DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PÚBLICO: SUS APORTACIONES AL DEBATE SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y AUTONÓMICO*

Marcos VAQUER CABALLERÍA

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: El Ingreso Mínimo Vital ilustra muy bien el dinamismo propio del Estado social y el protagonismo que en él cobran las cuestiones organizativas y procedimentales. De un lado, recompone la distribución de competencias y el sistema de prestaciones de la protección social, en un proceso complejo e inconcluso en el que participan el Estado, las comunidades autónomas y los entes locales. De otro lado, se dota de procedimientos cuya idoneidad se revela crítica para la eficacia de la prestación y que sirven de referencia útil para replantear el concepto mismo de procedimiento administrativo.

PALABRAS CLAVE: estado social; protección social; seguridad social; ingreso mínimo vital; procedimiento administrativo.

ABSTRACT: The Minimum Living Income illustrates very well the dynamism of the social State and the prominence that organizational and procedural issues have in it. On the one hand, the MLI recomposes the allocation of powers and the elements of the system of social protection, in a complex and unfinished process in which the State, the regions and the local entities take part. On the other hand, the provision of the MLI requires procedures whose suitability is revealed to be critical for the effectiveness of the measure and which serve as a reference to rethink the very concept of administrative procedure.

* Trabajo terminado el 28 de febrero de 2022. Este texto nace de una conferencia impartida en el *Seminari de Dret Local* de la Federació de Municipis de Catalunya en febrero 2022. Mi agradecimiento a la Federació y al director del seminario, Juli Ponce Solé, por su amable invitación a impartirla. Y al segundo, además, por su incitación a publicarla.

KEYWORDS: Social state, social protection, social security, minimum living income, administrative procedure.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL IMV EN EL ESTADO SOCIAL Y SU RELACIÓN CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.— 2. GOBERNANZA COMPARTIDA: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS, COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y COORDINACIÓN. 2.1. Descentralización. 2.2. Proximidad.— 3. REORGANIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: EL RETO DE LA EFICACIA EFICIENTE. 3.1. Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. 3.2. Ingresos mínimos autonómicos. 3.3. Servicios sociales autonómicos y locales.— 4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE GESTIÓN. 4.1. Reconocimiento. 4.2. Suspensión, modificación y extinción. 4.3. Sanción. 4.4. Revisión de oficio. 4.5. Impugnación.— 5. CONCLUSIÓN: CINCO PROPOSICIONES CRÍTICAS.— 6. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

1. INTRODUCCIÓN: EL IMV EN EL ESTADO SOCIAL Y SU RELACIÓN CON LA DIGNIDAD DE LA PERSONA¹

La cláusula de Estado social configuradora del Estado español (art. 1.1 CE) le imprime un dinamismo del que carecía su precedente, el Estado liberal de Derecho. El paradigma de este fueron los derechos civiles y políticos de libertad, que generaban un deber de abstención del Estado, mientras que los derechos típicos del Estado social son los derechos socio-económicos de prestación, que demandan una acción positiva de tutela. Este dinamismo esencial se aprecia bien, en general, en la misión motora que le atribuye a los poderes públicos el art. 9.2 de la Constitución (mediante el empleo de los verbos “promover ... , remover ... y facilitar ...”) y, más en particular, en la función de aseguramiento social que les encomienda su art. 41 (“mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”). Siendo muy dinámicas las situaciones de necesidad en la sociedad globalizada y tecnológica del riesgo, la acción de los poderes públicos deberá ser igualmente ágil para ser eficaz. El encadenamiento de las secuelas de la crisis económica de 2008 con la pandemia de 2020 y la guerra de Ucrania de 2022 lo ha puesto nuevamente de manifiesto con dramatismo.

¹ Abreviaturas utilizadas: AIREF: Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, creada por Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre; CE, Constitución española; IAI: Ingreso Aragonés de Inserción; IMV, Ingreso Mínimo Vital; INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LGSS: Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; LIMV: Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital; LJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social; LPAC: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; PAC: Prestación Aragonesa Complementaria; PCI: Prestación Canaria de Inserción; RGC: Renta Garantizada de Ciudadanía; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

Y si el ramo de la beneficencia, característico del Estado liberal de Derecho, estuvo inspirado por la virtud cristiana de la caridad y caracterizado por la marginalidad de las prestaciones y por su carácter graciable, bajo el Estado social se está erigiendo una protección social inspirada por el principio de la solidaridad y caracterizado por su sistematicidad y el carácter estructural de sus prestaciones, configuradas cada día más como derechos subjetivos (VAQUER, 2002: 47, 67).

Estos derechos sociales se articulan unas veces como prestaciones universales, como ya ocurre con la educación obligatoria o con la sanidad, otras veces como prestaciones dirigidas a colectivos vulnerables o en riesgo de exclusión, como ocurre con las personas dependientes, con discapacidad o diversidad funcional, de la tercera edad, en situación de pobreza, etc. Unas y otras, a su vez, pueden tener por objeto la prestación de un servicio o el pago de una cantidad de dinero.

Ahora bien, esta aproximación sectorial, por acumulación de servicios y ayudas para atender determinadas necesidades de las personas, ya sean universales (educación, salud, alojamiento, alimento) o específicas de algunos colectivos (adaptación, cuidados, etc.), arriesga dejar desatendidas otras necesidades básicas. Por ello, en las últimas décadas se ha puesto el foco en que la dignidad de la persona requiere la procura de un “mínimo vital” o “existencial”, es decir, que las personas, por el mero hecho de serlo, tienen derecho a unas condiciones socio-económicas y ambientales mínimas de subsistencia sin las cuales no pueden disfrutar su dignidad ni desarrollar su personalidad. En ausencia de dichas condiciones mínimas, no puede garantizarse la efectividad de ningún derecho: no ya solo de los prestacionales, sino tampoco de los de libertad o de participación. Como proclaman el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que incluye la satisfacción de ciertas necesidades básicas como la alimentación, el vestido o la vivienda, pero no se reduce a ellas.

Parece claro que existe un firme suelo constitucional sobre el que configurar jurídicamente el concepto de mínimo vital o existencial, ya sea como un principio constitucional implícito ya incluso como un derecho fundamental de las personas, porque:

a) El art. 1 de la Constitución configura al español como un Estado social, cláusula que sabemos que fue tempranamente interpretada con autoridad por Forsthoff como un mandato de “procura existencial” (*Daseinsvorsorge*) a los poderes públicos, que tienen la misión de cerrar la brecha crecientemente abierta por la sociedad actual entre el espacio vital efectivo y el espacio vital dominado por los ciudadanos. Esta brecha genera una situación de necesidad o menesterosidad social que las personas no pueden solventar por sus propios medios, de modo que cumple al Estado garantizarles las condiciones imprescindibles para una existencia digna y adecuada.²

² Las referencias sobre la concepción forsthoffiana del Estado social son múltiples, pero están ampliamente recogidas en la reciente contribución de MAGALDI, 2020 en esta Revista. En todo caso, la

b) La dignidad de la persona es fundamento del orden político y de la paz social, según el art. 10 de la Constitución. Aunque la dignidad de la persona suele ser invocada como fundamento para prohibir tratos inhumanos o degradantes como la tortura y otras formas de violencia o como el racismo y otras formas de discriminación, también se ha utilizado ya en alguna ocasión como fundamento de la garantía de unos ingresos mínimos. A propósito de los límites legales a la embargabilidad de salarios y pensiones “que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos de gran número de personas”, ha afirmado el Tribunal Constitucional que al “principio” de la dignidad de la persona le “repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el *mínimo económico vital* del deudor” [SSTC 113/1989 y 158/1993, de 6 de mayo, FJ 3º b), el énfasis en cursivas es mío].

c) Los derechos fundamentales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, según el mismo art. 10 de nuestra Constitución.

En algunos países de nuestro entorno, el mínimo existencial no está expresamente reconocido en la Constitución pero ha sido construido interpretativamente por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental y utilizado como canon para prohibir ciertos recortes en las prestaciones sociales: en Alemania, a partir de la cláusula del Estado social y de la dignidad de la persona; en Portugal, por la conjunción de dicha dignidad con el derecho a la seguridad social en situaciones de necesidad (VAQUER, 2014A: 37). En España, ya hemos advertido que tenemos similares fundamentos constitucionales: también aquí rigen el Estado social, la dignidad de la persona y el derecho a la seguridad social, pero nuestro Tribunal Constitucional no ha alumbrado una doctrina ni remotamente similar, sino más bien regresiva acerca de la consideración como derechos subjetivos de los contenidos del Capítulo III del Título I de nuestra Carta Magna, como los derechos a la seguridad social o a la vivienda.

Lo que sí que ha llegado hasta nuestro país es el debate sobre la renta básica universal,³ es decir, la atribución a todos los ciudadanos —con independencia de su situación económica, social y laboral— de un ingreso periódico, mientras que las comunidades autónomas primero y después el Estado ya han instaurado rentas o ingresos mínimos, que suelen carecer del alcance individual, universal e incondicional de aquella (REY, 2021: 247) pero comparten con ella el carácter estructural. Este último es el caso del nuevo ingreso mínimo vital creado por el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, y actualmente regulado por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital (en adelante, LIMV), fruto de la tramitación de aquel como proyecto de ley en las Cortes Generales.

teoría de Forsthoff no ha sido traída a estas páginas como fundamento del concepto de mínimo vital o existencial aquí defendido (con el que guarda algunas diferencias) sino como su precursora.

³ Este debate ya empieza a trascender del plano académico, desde que en Cataluña se ha puesto en marcha un plan piloto para implementar la renta básica universal. Para ello, se ha creado una oficina del plan piloto en la Consejería de Presidencia de la Generalitat y se han seleccionado varias localidades en las que ensayar esta prestación con unas 5.000 personas durante dos años y después evaluarla.

El IMV beneficia no solo a individuos, sino también a unidades de convivencia (arts. 5.1 y 6); no es universal porque está sujeta al requisito de vulnerabilidad económica [arts. 10.1.b) y 11] y es condicional porque está sujeta a las obligaciones de trabajar o ser demandante de empleo (con algunas excepciones tasadas) y de participar en las estrategias de inclusión que promueva la administración [art. 36, letras g) e i)]. Ahora bien, el preámbulo de la Ley se cuida de advertir que el IMV “no es una política dirigida a grupos o individuos concretos, sino que, atendiendo a aquellos que en un momento determinado sufren situaciones de exclusión y vulnerabilidad, *protege de forma estructural a la sociedad en su conjunto*” (las cursivas son mías), “como un seguro colectivo frente a los retos que nuestras sociedades enfrentarán en el futuro próximo”, causantes de “una mayor volatilidad en los ingresos y los empleos”.⁴ También deja patente la finalidad de poner coto a las disparidades territoriales hasta ahora existentes en la suficiencia y las condiciones de acceso a las rentas mínimas autonómicas, que habían sido criticadas por las instituciones europeas, la doctrina especializada y las organizaciones sociales. E insiste reiteradamente en la comprensión sistemática del IMV dentro de la Seguridad Social —donde veremos que el Estado encuentra una generosa cobertura competencial— pero en íntima relación con las prestaciones autonómicas y locales, sean de ingresos mínimos o de servicios sociales, con las que está abocada a coordinarse.

En consecuencia, el art. 1 de la Ley define al IMV como una “prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas” y su art. 2:

— lo configura como un “derecho subjetivo a una prestación de naturaleza económica”,

— establece su finalidad en “garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias”,

— lo declara “sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias”,

— y lo inserta en “la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva”.

Si los dos primeros rasgos caracterizan al IMV dentro de la cláusula del Estado social, los dos últimos hacen lo propio con el Estado autonómico, pues encuadran a la prestación dentro de una institución de competencia compartida, “sin perjuicio” de otras competencias autonómicas afines.

⁴ Según los datos publicados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en los primeros quince meses desde su puesta en marcha, se han recibido 1,45 millones de solicitudes, de las cuales han sido estimadas 337.000 con prácticamente 800.000 personas beneficiarias, de las cuales el 38 por 100 son menores de edad. La cuantía media de la prestación por hogar es de 436 euros mensuales y por beneficiario, de 172 euros. (*Fuente*: nota de prensa del viernes, 1 de octubre de 2021).

2. GOBERNANZA COMPARTIDA: DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS, COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y COORDINACIÓN

El IMV nace como un elemento —sin duda importante, pero un elemento más— de un sistema complejo. Me refiero al sistema de la protección social —o de la “seguridad social” en su acepción más amplia y *beveridgeana*, empleada en el mencionado art. 41 CE—, que es complejo en su consideración funcional (ya que integra un conjunto de prestaciones, tanto contributivas como no contributivas y tanto dinerarias como de servicios) y también en la organizativa (porque comprende competencias de todas las administraciones territoriales: estatal, autonómica y local). En el siguiente apartado abordaremos sucintamente la reorganización de este complejo funcional y nos ocuparemos primero en este del plano competencial u organizativo.

En el ramo de la protección social, no solo rige el principio de la descentralización sino también el de la proximidad. Cuando tratamos de atender a las necesidades básicas de los ciudadanos, como ocurre en general con los servicios a las personas (los educativos, culturales, sanitarios y sociales) y, en particular, cuando gestionamos prestaciones dirigidas a personas o colectivos vulnerables, en situaciones de necesidad o en riesgo de exclusión, la proximidad es una condición de la eficacia.

Podemos tomar como ejemplo la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, que proclama en su art. 5 los principios rectores del sistema público de servicios sociales, entre los cuales recoge el principio de subsidiariedad, que incluye a su vez los principios de proximidad y de descentralización. El de descentralización es un principio general del régimen administrativo español de acuerdo con lo previsto en la Constitución (art. 103.1), mientras que el de proximidad no está como tal proclamado en ella, pero sí en la Carta Europea de Autonomía Local y en la legislación interna [art. 3.1.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP]. Por tanto, nada hay de raro que en esta materia concreta se afirmen estos dos principios de proximidad y descentralización. De ellos extrae a continuación la Ley catalana el mandato según el cual los servicios sociales deben prestarse en el ámbito personal más próximo a los usuarios.

Examinemos, pues, a la luz de estos dos principios la configuración legal del IMV.

2.1. Descentralización

Como es bien sabido, el Estado tiene reservadas la competencias de “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.17.^a CE), mientras que estas han asumido como exclusiva la competencia sobre protección social ajena al sistema institucional de la Seguridad Social, ya se denomine “asistencia social” (art. 148.1.20.^a CE), “servicios sociales” o “acción social”. Y los municipios, por

último, tienen garantizada como competencia propia la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación de riesgo de exclusión social” (art. 25.2.e) LBRL).⁵

Sabemos ya que el legislador ha incluido el IMV dentro de la Seguridad Social, invocando la cobertura competencial a ella correspondiente en la disposición final décima. Al configurar al IMV como una prestación no contributiva de la Seguridad Social, el Estado ha buscado refugio en una institución sobre la que tiene competencias no solo legislativas, sino también ejecutivas, mientras que si la hubiera construido extra muros solo habría podido invocar la cobertura genérica, más incierta y limitada del art. 149.1.1.^a CE.⁶

Dos son las cuestiones principales que plantea esta configuración: la primera es la validez del encuadramiento del IMV dentro de la Seguridad Social; la segunda —una vez supuesta dicha validez—, el alcance de las competencias que puede reservarse el Estado al amparo del art. 149.1.17.^a CE.

Pues bien y por lo que se refiere a la primera cuestión, dicho encuadramiento ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional al afirmar que “no es un mecanismo de protección social que actúe extramuros del sistema de la Seguridad Social, sino una prestación ínsita en su acción protectora”, para lo cual esgrime un concepto muy plástico de Seguridad Social —capaz de incorporar prácticamente cualesquiera prestaciones sociales— según el cual las prestaciones no contributivas “responden a la «concepción evolutiva» del propio sistema de Seguridad Social y de la «libertad de configuración» del legislador para modular su acción protectora” (STC 158/2021, de 16 de septiembre, FJ 3º).

Llegados a este punto, desconocemos si esta “libertad de configuración” tiene límites que permitan diferenciar materialmente a la seguridad social de la asistencia social como títulos competenciales.⁷ Ya se había aplicado antes al subsidio extraordi-

⁵ Antes de su reforma de 2013, la letra k) del citado art. 25.2 garantizaba más ampliamente a los municipios competencias en materia de prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. Sobre este estrechamiento de las competencias sociales de las entidades locales, parcialmente corregido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, me permito remitir a la crítica vertida en VAQUER, 2015.

⁶ El art. 149.1.1.^a CE también es invocado por la disposición final 10.^a de la Ley y constituye un título competencial con contenido propio, pero limitado a la “regulación” o normación de las “condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales”, lo que incluye el “contenido primario”, las “posiciones jurídicas fundamentales” de tales derechos, pero no la regulación cabal “de los sectores materiales en los que estos se insertan” ni menos aún su ejecución, según la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.º). Para un análisis exhaustivo de los títulos competenciales invocados por la LIMV y la cobertura que dan a los contenidos de esta Ley, puede leerse a Raquel AGUILERA en CAVAS y GARCÍA, 2021: 165-188.

⁷ El Tribunal Constitucional había declarado en pronunciamientos anteriores no sólo que la asistencia social estaba extramuros de la Seguridad Social, sino que además era una “técnica de protección ... con perfiles propios, que la separan de otras afines o próximas a ella”. En la caracterización con que continuaba este razonamiento, afirmaba que “se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad

nario de desempleo (STC 133/2019, de 13 de noviembre, FJ 4.º), pero su extensión ahora a una prestación tan estructural y desvinculada de las prestaciones contributivas supone un salto cualitativo respecto de este precedente invocado por el propio Tribunal. ¿Puede el Estado crear cualquier prestación asistencial y configurarla como una prestación no contributiva de la seguridad social? Si así fuera, ambos títulos competenciales se podrían confundir en uno genérico sobre protección social, de carácter paralelo o indistinto, como ocurre con la cultura ex art. 149.2 CE. Solo que no es eso lo que dice nuestro bloque de la constitucionalidad en la materia que ahora nos ocupa, pues distingue la seguridad social como título competencial compartido y la asistencia social como título exclusivo autonómico.

En mi opinión, esta línea jurisprudencial constitucional parte de una premisa discutible. Porque está dando por supuesto que la Constitución utiliza la misma acepción de la locución “seguridad social” en su parte dogmática, cuando proclama un principio rector del orden socio-económico en su art. 41 CE, y en su parte organizativa, cuando reserva ciertas competencias exclusivas al Estado en el art. 149.1.17.^a CE. El empleo de la misma locución y su notación en mayúsculas en ambos casos apoyan esta identificación. Pero también cabe entender, alternativamente, que este último precepto se refiere específicamente a una institución estatal históricamente consolidada dentro del campo de la protección social, mientras que el primero se refiere genéricamente a la función de protección social de todos los poderes públicos (por tanto, inclusiva tanto de la seguridad social *stricto sensu* como de la asistencia social autonómica y local).⁸ Que el art. 149.1.17.^a se atiene a una concreta institución lo confirma su alusión a su régimen económico, mientras que el art. 41 demanda suficiencia frente a cualesquiera situaciones de necesidad y proclama libres la asistencia y prestaciones complementarias, lo que confirma que está englobando sin distinción y sin excepción toda la función pública dirigida a tan amplio fin (ya sea estatal, autonómica o local).

Esta interpretación alternativa no impediría expandirse a la seguridad social ni integrar en ella algunas prestaciones asistenciales o no contributivas que fueran conexas o complementarias, porque toda institución es esencialmente evolutiva, pero sí permitiría poner límites a su capacidad para absorber o superponerse a la asistencia social de comunidades autónomas y entes locales, preservando algún contenido propio para esta otra competencia.

En todo caso, pasando a la segunda cuestión planteada, en uso de la libertad de configuración mencionada la legislación “básica” del Estado ha podido no solo deter-

Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de esta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios, y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean.” (SSTC 36/2012, de 15 de marzo, y 134/2020, de 23 de septiembre, ambas FJ 4.º). Todas estas notas concurren en la prestación de que aquí se trata.

⁸ Así lo han sostenido ya VIDA, 1996: 122; GARCÉS, 1996: 161, 177; de nuevo en 2000: 183; o VAQUER, 2002.

minar la prestación de forma unitaria, sino también reservarse las principales funciones ejecutivas o de gestión del IMV, incluida la resolución sobre su reconocimiento, pese a que el art. 165.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña le atribuye a la Generalitat una competencia compartida sobre Seguridad Social que incluye “el reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas”. Y la validez de esta reserva ha sido asimismo confirmada por el Tribunal Constitucional porque esta competencia autonómica “no puede, en ningún caso, «comprometer la unidad del sistema», «perturbar su funcionamiento económico uniforme» o «generar desigualdades» en la tramitación de los expedientes relativos a la prestación del IMV” (STC 158/2021, cit., FJ 5.º).

Es cierto que estas tres salvaguardias entrecomilladas ya las había establecido el Alto Tribunal en ocasiones anteriores en que se había pronunciado sobre la competencia estatal sobre el régimen económico de la Seguridad Social, como la citada STC 133/2019, de 13 de noviembre. Sin embargo, (1º) lo que no explica ahora es cómo podría producir tan graves distorsiones la mera gestión de una prestación económica que está configurada como un derecho subjetivo perfecto (es decir, cuyo reconocimiento es un acto reglado, como advierte el voto particular discrepante de la sentencia) y cuya duración, cuantía y demás condiciones están completamente determinadas por la legislación estatal; y (2º) lo que preocupaba entonces era «generar desigualdades» sustantivas, “en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social”, no meramente formales “en la tramitación de los expedientes” como ahora se afirma en una clara devaluación de esta doctrina constitucional.

2.2. Proximidad

Algunos servicios sociales son por esencia servicios de proximidad. Por tanto, contribuyen “a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”, que es a lo que asocian el legislador básico y nuestra doctrina constitucional los intereses locales. Algunos de estos servicios consisten en una relación interpersonal *in situ*. Nos dice el art. 16 de la Ley de Servicios Sociales de Cataluña, como ejemplo: “los servicios sociales básicos son el primer nivel de sistema público de servicios sociales y la garantía de más proximidad a los usuarios y a los ámbitos familiar y social, por lo que se organizan territorialmente”. Es decir, el legislador en la materia nos dice que la forma más eficaz de prestar estos servicios es territorializándolos, llevándolos a la administración más próxima al ciudadano, porque son servicios de proximidad por naturaleza.

Aunque el IMV no sea una prestación de servicios, sino dineraria, le es trasladable la misma lógica expuesta. Conviene a su eficacia implicar en su gestión a las administraciones más próximas a los ciudadanos, que son las que más ágilmente pueden identificar y comprobar las situaciones de vulnerabilidad, las que más fácil interlocución pueden trabar con sus beneficiarios potenciales y las competentes para acom-

pañar su beneficio con los servicios sociales que requieran las personas para lograr el efecto deseado de su inserción socio-laboral. Sabedor de ello, el legislador apela en su preámbulo a la “gobernanza compartida” del IMV y a “maximizar la capilaridad institucional para llegar por diferentes canales a todos los posibles solicitantes”.⁹

En primer lugar, aunque el legislador haya optado por atribuir al Instituto Nacional de la Seguridad Social la competencia para el reconocimiento, el control y la revisión de oficio de la prestación (arts. 19 y 25.1),¹⁰ también ha previsto que, mediante convenio interadministrativo, este pueda atribuirles a las comunidades autónomas o los entes locales la competencia para iniciar e instruir el procedimiento de reconocimiento (art. 25.2).¹¹ Pero no para resolverlo. Esta función, así como las de control y revisión antes aludidas, parece que sólo se contempla que pudieran ser transferidas o delegadas a las comunidades autónomas si se celebran con ellas los convenios “que contemplen fórmulas de gestión de la prestación del ingreso mínimo vital” a que se refiere la disposición adicional cuarta.

Al servicio de esta gobernanza compartida, el legislador ha arbitrado asimismo varios instrumentos cooperativos: unos funcionales, como son los convenios para habilitar la tramitación de la solicitud de reconocimiento (art. 25.2) y colaborar en las estrategias de inclusión de las personas beneficiarias (art. 31), y otro organizativo, como es la comisión de seguimiento del IMV (art. 33), creada con sendos grupos de trabajo para comunidades autónomas y para entes locales, “para abordar las cuestiones específicas que afectan a cada una de estas administraciones”.¹²

Y por último, la Ley ha querido incentivar la mencionada participación de las entidades locales en la iniciación e instrucción del procedimiento del IMV. Al menos así lo declara el preámbulo cuando explica la disposición final 6.^a, si bien esta no solo posibilita —como afirma el preámbulo— sino que también les obliga a financiar los gastos derivados de dicha participación “exclusivamente con cargo a los ingresos corrientes que prevean obtener en el mismo ejercicio en el que se inicie el procedimien-

⁹ Esta configuración apela no solo a la colaboración interadministrativa, sino también a la participación de agentes sociales, empresas colaboradoras y entidades del tercer sector, aspecto ciertamente interesante pero diferente y en el que no entraré aquí para no desbordar la extensión razonable de este estudio.

¹⁰ Con la excepción de los territorios forales, en los que está previsto que las comunidades autónomas asuman las funciones y servicios atribuidos con carácter general al INSS, en los términos que con ellas se acuerden (disp. adic. 5.^a) y mientras tanto se les ha hecho una encomienda de gestión. El 1 de septiembre de 2020 el Instituto Nacional de la Seguridad Social y LANBIDE-Servicio Vasco de Empleo suscribieron un convenio para la gestión administrativa de la prestación de ingreso mínimo vital en el País Vasco, que después prorrogaron por adenda del 29 de octubre del mismo año.

¹¹ Esta atribución parece una manifestación del silencio pero *eterno retorno* de las competencias impropias de las entidades locales, a la que se exime además de los informes exigidos por el art. 7.4 LBRL.

¹² Por Real Decreto 64/2022, de 25 de enero, se regulan la organización y funciones de la comisión de seguimiento del ingreso mínimo vital. De sus 46 vocalías, se han atribuido una a cada Comunidad o Ciudad Autónoma y 18 a las entidades locales, distribuidas en una por cada uno de los 12 municipios de mayor población y otras seis correspondientes al resto de entidades, designadas por la FEMP.

to”, sin exceder el superávit previsto al cierre, y limita las obligaciones reconocidas en cada entidad a como máximo el 5 por 100 del total de las reconocidas en el ejercicio anterior en el capítulo 1 (gastos de personal) correspondientes a la política de gasto 23 (servicios sociales y promoción social).

3. REORGANIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL: EL RETO DE LA EFICACIA EFICIENTE

El objeto del derecho a la IMV no coincide necesariamente con el objeto de la prestación dineraria. A lo que se tiene derecho es “a un nivel mínimo de renta” (art. 2.1) y lo que se percibe es “la diferencia entre la suma de recursos económicos de cualquier naturaleza de que disponga” el o los beneficiarios y “la cuantía de renta garantizada”, siempre que sea igual o superior a diez euros mensuales [arts. 3.a) y 13.1].

El nivel mínimo de renta garantizada, cuando el beneficiario es un individuo, asciende al 100 por 100 del importe anual de las pensiones no contributivas fijadas anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para 2022, se prevé que ascienda a casi 5.900 euros.¹³ Estos importes se incrementan en los casos de discapacidad, unidades de convivencia de más de dos miembros, monoparentalidad y menores de edad (art. 13).

3.1. Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social

Hasta alcanzar ese nivel de renta, la percepción del IMV es compatible con las pensiones, contributivas o no, del sistema de Seguridad Social, y los subsidios de desempleo para mayores de cincuenta y dos años (art. 13.6). Las pensiones contributivas de la Seguridad Social —por desempleo, viudedad, invalidez o jubilación— son bien conocidas y su compatibilidad con el IMV no es problemática en absoluto, ya que responden a lógicas y finalidades bien diversas. Las pensiones no contributivas, por su parte, también atienden a las situaciones de necesidad generadas por el desempleo, invalidez o jubilación, a las que hay que añadir las prestaciones familiares de idéntica naturaleza, el complemento por mínimos de las pensiones contributivas y la prestación económica por nacimiento (DE VAL, en CAVAS Y GARCÍA, 2021: 202). Las de desempleo han ido erigiéndose sucesivamente y benefician a las personas sin empleo que carecen del derecho a la pensión contributiva o ya la han agotado. Se trata, en primer lugar, de la prestación asistencial por desempleo; en su defecto o una vez agotada esta, del subsidio extraordinario por desempleo; y por último, pero ya concebida solo para determinados colectivos vulnerables, la renta activa de inserción (DE NIEVES, 2020: 117-119). A todas ellas se les suma ahora el IMV, que sabemos ya que también es una prestación no contributiva de la Seguridad Social y que cumple, entre ellas, una función de cierre o último recurso: tiene derecho a percibir el

¹³ <https://revista.seg-social.es/2021/12/16/estos-seran-los-importes-del-ingreso-minimo-vital-en-2022/>

IMV quien, con todas las pensiones anteriores de que sea beneficiario, no alcance la renta mínima garantizada por este.¹⁴

La cuestión que surge inmediatamente es si, una vez configurado el derecho a la renta mínima garantizada y una prestación que la garantiza, tiene sentido mantener todas estas líneas previas de protección en sus términos actuales. El propio legislador invoca en su preámbulo su necesaria reorganización.

En segundo lugar y para no desincentivar la participación en el mercado laboral, el IMV puede hacerse compatible con la percepción de rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia por encima de dicha renta, hasta el límite que se fije reglamentariamente (art. 11.4).

3.2. Ingresos mínimos autonómicos

El IMV es, además, compatible con las ayudas económicas de carácter social que tengan establecidas el Estado¹⁵ o las comunidades autónomas, en ejercicio de su autonomía.¹⁶ Ahora bien, aquí el panorama se complica sobremedida, puesto que las comunidades autónomas ya tenían su propio mecanismo de cobertura de rentas mínimas configurado como un derecho subjetivo y concebido con la misma vocación complementaria de último recurso. Son los casos de las rentas garantizadas de ciudadanía de Cataluña y Castilla y León.

En Cataluña, por ejemplo, la renta garantizada de ciudadanía (RGC) ha sido creada por la Ley 14/2017, de 20 de julio, y desarrollada por el Decreto 55/2020, de 28 de abril. Se trata de una prestación “destinada a las personas y unidades familiares que no disponen de los ingresos que les garanticen los mínimos para una vida digna”, a tenor de lo dispuesto en los arts. 3.1 y 7.1.d) de la Ley. Y se configura en su art. 4 como “la última red de protección social”, por lo que se declara “compatible y

¹⁴ Parece que esta función de último recurso puede activarse voluntariamente por sus beneficiarios, que no necesitan solicitar y agotar las otras prestaciones para obtenerla, sino que pueden también optar por renunciar a ellas, según parece afirmar de forma críptica e incidental la Ley en su art. 11.5 (párrafo segundo) al aludir a la eventual “renuncia” a las prestaciones no contributivas por desempleo y haber suprimido el inciso original del art. 7.1.c) del Decreto-Ley 20/2020 que exigía su solicitud previa.

¹⁵ Por ejemplo, es compatible con el Bono Alquiler Joven instaurado por el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, a tenor de lo dispuesto en su art. 10. La propia LIMV exceptúa del cómputo de rentas las ayudas para el estudio y las ayudas de vivienda, tanto por alquiler como para adquisición [art. 20.1.f).2º].

¹⁶ El articulado de la Ley no es concluyente, ya que se limita a establecer una cláusula “sin perjuicio” en el art. 2, pero sí lo es su preámbulo cuando declara en su apartado V que el IMV “se configura como una prestación «suelo» que se hace compatible con las prestaciones autonómicas que las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias estatutarias, puedan conceder en concepto de rentas mínimas, tanto en términos de cobertura como de generosidad”. El Decreto-Ley 20/2020 excluía además a “los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas” del cómputo de rentas [arts. 8.2 y 18.1.e).1º], por lo que podía ser complementario de ellas, pero esta previsión ha decaído en la Ley vigente pues veremos que la complementariedad tiende a configurarse hoy, en su caso, en el sentido contrario.

complementaria con las rentas del trabajo a tiempo parcial, cuando los ingresos sean inferiores al umbral del indicador de renta de suficiencia de Cataluña” y “subsidiaria de todas las ayudas, los subsidios, las prestaciones o las pensiones de cualquier administración a que puedan tener derecho los titulares o beneficiarios de la prestación”. Sin embargo, también se excluye expresamente de su derecho a “los perceptores de ayudas y prestaciones estatales de desempleo y para el empleo y los perceptores de pensiones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social”.

El IMV es una prestación no contributiva de la Seguridad Social. ¿Son entonces incompatibles? No lo ha entendido así la Generalitat, que aplica la RGC de forma subsidiaria para suplir o complementar el IMV, dada su superior cuantía¹⁷, y que aprobó el Decreto-Ley 28/2020, de 21 de julio, para modificar la Ley de la RGC y adoptar medidas urgentes para armonizarla con el IMV, si bien esta disposición quedó pronto derogada al no ser convalidada por el Parlament de Catalunya.

En Castilla y León sí prosperó la aprobación de una ley adaptativa —la Ley 2/2020, de 24 de noviembre— con el fin de permitir que aquellos beneficiarios de la prestación del ingreso mínimo vital a los que se les haya reconocido un importe inferior a la cuantía de renta garantizada de ciudadanía que pudiera corresponder a esa unidad familiar, puedan compatibilizar ambas prestaciones.

En Aragón, donde se había instaurado años atrás el Ingreso Aragonés de Inserción (IAI), también rige una nueva regulación adaptativa al IMV. Primero el Decreto-Ley 5/2020, de 29 de junio, y en la actualidad la Ley 3/2021, de 20 de mayo, regulan la Prestación Aragonesa Complementaria (PAC) del IMV y han dispuesto que las personas que, a su entrada en vigor, fueran beneficiarias del IAI, deberán solicitar el IMV y seguirán percibiendo la primera sólo hasta su concesión (tras la cual sólo perciben la diferencia con lo que tenían reconocido, si la hubiera) o en caso de su denegación. La PAC, en suma, se configura como complementaria y subsidiaria del IMV para sus beneficiarios y quienes no lo son, respectivamente.

En las Illes Balears, mediante Decreto-Ley 10/2020, de 12 de junio, de prestaciones sociales de carácter económico se han adaptado estas al IMV, declarando a la renta social garantizada incompatible con la percepción o el derecho a percibir el ingreso mínimo vital, las pensiones contributivas y no contributivas, así como también con las prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), que tengan una cuantía igual o superior a la Renta Social Garantizada [art. 9.1.b)], de donde se sigue su compatibilidad con el IMV por el importe en que pueda ser superior a él y, por tanto, su carácter subsidiario del IMV, que es afirmado en el art. 16 b).

Y parejo es el caso de las Canarias, donde el Decreto-Ley 16/2020, de 24 de septiembre, adaptó la Prestación Canaria de Inserción (PCI) al IMV declarando a la ayuda económica básica (que es la prestación económica de la PCI) subsidiaria y complementaria de cualquier otro régimen de seguridad o protección social, incluido el IMV.

¹⁷ En 2021, el indicador de renta de suficiencia de Cataluña para un individuo era de 644 euros mensuales.

Parece, pues, que está arraigando en las comunidades autónomas la tendencia a resituarse a sus rentas mínimas como subsidiarias del IMV, en el doble sentido potencial de poder suplirlo para algún colectivo al que este no alcance y de complementar su cuantía, además, pero lógicamente solo si su cuantía es superior, lo que no siempre ocurre.¹⁸ Se explica, así, que durante 2020 siete de ellas redujeran el número de perceptores entre 2019 y 2020.¹⁹ El riesgo evidente es que el efecto igualador del IMV no acabe produciéndose por un refuerzo global de las prestaciones sociales, sino por sustitución de unas por otras.

La misma necesidad de reorganización que antes reclamaba para las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, parece claro que es asimismo invocable para las prestaciones dirigidas a garantizar una renta mínima de ciudadanía o un ingreso mínimo vital, comoquiera que se denominen y ya sean estatales o autonómicas. Solo que esta es aun más difícil, porque al reto técnico se le añade el político de coordinar las voluntades de los entes territoriales competentes, que tienen autonomía.

3.3. Servicios sociales autonómicos y locales

El IMV es, en último lugar, complementario de los servicios sociales autonómicos y locales. Tratándose aquél de una prestación dineraria y estos de servicios, su compatibilidad es indudable. Pero la Ley ha querido disponer además su complementariedad para aprovechar sus sinergias y promover su eficacia en la lucha contra la exclusión social. El preámbulo tantas veces citado también es expresivo de esta idea: para evitar “lo que los expertos en política social han llamado «trampas de pobreza», esto es, que la mera existencia de prestación inhiba el objetivo de inclusión social y económica de los receptores, ... resulta fundamental la cooperación con las comunidades autónomas y entidades locales en el despliegue de unos itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación para los beneficiarios del ingreso mínimo vital ... a través de los servicios sociales, pieza clave en la articulación del sistema”.

Para lograr esta articulación, la Ley manda al Ministerio promover estrategias de inclusión de las personas beneficiarias del IMV mediante la cooperación con las demás administraciones públicas, con las organizaciones empresariales y sindicales, con las empresas colaboradoras y con las entidades del tercer sector de acción social (art. 31.1) y a la AIREF evaluar sus resultados (art. 31.3) y atribuye asimismo a la

¹⁸ En Castilla-La Mancha, por ejemplo, el grado de cobertura y nivel de protección del ingreso mínimo de solidaridad es inferior al del IMV, por lo que, mediante Resolución de 22 de septiembre de 2020, de la Viceconsejería de Servicios y Prestaciones Sociales, se dejó sin efecto para la presentación de nuevas solicitudes del ingreso mínimo de solidaridad la convocatoria de 2020, salvo para las personas que vinieran percibiendo esta ayuda.

¹⁹ Así lo ha denunciado la Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales de España, utilizando los datos de los informes anuales de rentas mínimas de inserción que publica el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. La Comunidad de Madrid, por ejemplo, ha reducido el número de beneficiarios un 13,70 por 100, Castilla-La Mancha un 30 por 100 y Aragón un 36 por 100.

comisión de seguimiento del IMV competencia para la “evaluación y análisis de las políticas y medidas de inclusión, así como de su impacto en los colectivos vulnerables, e intercambios de mejores prácticas y experiencias, con el fin de maximizar las sinergias de las políticas públicas y de mejorar su eficacia” [art. 33.3.f)].

Creo que este es un aspecto que merece ser subrayado y aplaudido del nuevo régimen legal: sabedor como es de su carácter innovador²⁰ y de la complejidad —tanto funcional como organizativa, como ya hemos destacado— del sistema en el que se integra, articula mecanismos diversos y plurales de seguimiento y evaluación *ex post* (*accountability*) que se insertan en la lógica, hoy en boga, de la mejora regulatoria (*better regulation*), que incluyen la definición de indicadores con los que medir el cumplimiento de objetivos [art. 33.3.g)] y que deberían procurar un aprendizaje institucional que facilite la corrección de las desviaciones y la implantación de las mejoras que se vean pertinentes.

4. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE GESTIÓN

La gestión del IMV ha llevado al legislador a configurar varias potestades administrativas cuyo ejercicio requiere necesariamente un procedimiento previo con participación del interesado: me refiero al reconocimiento, suspensión, modificación y extinción de la prestación y a la sanción por incumplimiento. Dejo ahora al margen, pues, los procedimientos interadministrativos de colaboración (a los que ya he aludido más atrás) y los procedimientos (internos o interadministrativos) de gestión presupuestaria.

La parca regulación que la Ley hace de estos procedimientos suscita dudas interpretativas que tienen tanto interés práctico como relevancia dogmática. La tradicional desatención por los procedimientos de la actividad material, técnica o gestora de la administración pública, habitual en materia de los servicios personales (educación, cultura, sanidad, servicios sociales) hace ya décadas que está siendo superada tanto por la legislación como por la doctrina (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2008, GARCÍA-ANDRADE, 2021). Pero aunque así no fuera tampoco sería aquí excusa pues, aunque estemos en el ramo de la protección social, tratamos de un derecho subjetivo perfecto legalmente configurado y cuyo ejercicio requiere levantar la carga de solicitar y obtener una resolución administrativa expresa, esto es, del supuesto típico de procedimiento administrativo en su sentido más tradicional y estricto (al que hoy alude el art. 34.1 LPAC).

Este no es un problema específico del IMV, sino general de la SS, tal y como ha sido ya denunciado por la doctrina especializada: “la regulación del procedimiento administrativo en materia de Seguridad Social ha devenido un territorio ... especial-

²⁰ Que no quita para que se hayan criticado algunas inercias del IMV, como su “visión *empleo-céntrica*” o su “lógica *familiarista*” (REY, 2021: 250).

mente pantanoso” (MERCADER, 2020: 358), que incluye algunos terrenos “y señaladamente, el de la acción protectora, con claras insuficiencias”, a las que se añade “el déficit de cultura administrativa de los operadores jurídicos de la Seguridad Social” y la resistencia del orden social a actuar como jurisdicción revisora y anular la actuación de esta administración por defectos formales (DESDENTADO, 2007: 32-33).

Conviene revisar las especialidades del régimen legal de estos procedimientos antes de poder extraer algunas conclusiones críticas.

4.1. Reconocimiento

La regulación del procedimiento de reconocimiento del IMV contiene algunas reglas escasas y muchas carencias. Por ejemplo:

a) Sabemos que este procedimiento se inicia siempre por solicitud del interesado (art. 26), que la misma deberá acompañarse de una o varias declaraciones responsables y que “se presentará, preferentemente, en la sede electrónica de la Seguridad Social o a través de canales de comunicación telemática que el Instituto Nacional de la Seguridad Social tenga habilitados al efecto, sin perjuicio de lo que pueda establecerse en el marco de los convenios a los que se refiere el art. 32”. Pues bien, ¿qué otros canales de comunicación son admisibles para la presentación de la solicitud, además de los “preferentes” expresamente mencionados? Y en particular, ¿pueden los interesados optar por la solicitud en papel, habida cuenta que son personas físicas muchas veces sin especial cualificación tecnológica o que padecen incluso la *brecha digital*?

b) La instrucción del procedimiento es aludida, pero no regulada, en el apartado 2 del art. 28: ¿qué trámites pueden o deben sustanciarse? Y si se ha instruido algo que lleve a la Administración a apartarse total o parcialmente de lo solicitado, ¿debe darse audiencia a los interesados antes de resolver?

c) Debe resolverse y notificarse la resolución en el plazo máximo de seis meses “desde la fecha de entrada en su registro de la solicitud”, transcurridos los cuales se entenderá desestimada (art. 28.3). De entrada, llama la atención la habilitación legal de un plazo tan extenso —como es bien sabido, el plazo común supletorio es de tres meses, el mismo que arbitró inicialmente el art. 25 del Decreto-Ley 20/2020— para atender a quien alega carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. Quizás habría tenido sentido prever un plazo inferior con carácter general, pero permitir su suspensión cuando sea necesario practicar diligencias complejas de comprobación. Y a este respecto, ¿en qué casos y con qué requisitos y límites puede suspenderse o ampliarse este plazo, además del supuesto de suspensión expresamente previsto en el art. 28.4?

Para la resolución de todas estas dudas, el art. 24 de la LIMV remite al art. 129 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre; el cual remite a su vez a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Admi-

nistraciones Públicas (LPAC) “con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a impugnación y revisión, así como con las establecidas en este capítulo o en otras disposiciones que resulten de aplicación”; la cual a su vez dispone en su disposición adicional 1.^a que “las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo” se rigen por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en ella.

Tras este juego innecesariamente alambicado de remisiones cruzadas, el sistema de fuentes sobre procedimientos administrativos para la gestión del IMV queda configurado, conforme al principio de especialidad, por el siguiente orden de prelación: 1º LIMV, 2º LGSS, 3º LPAC.

Pero además, en el supuesto de que la solicitud no sea tramitada por la Seguridad Social, sino por una comunidad autónoma o un ente local de acuerdo con lo previsto en el art. 25.2 LIMV, ¿qué legislación procedimental prevalece, la competente por razón de la materia (a tenor de lo dispuesto en el art. 24 LIMV) o la estatutaria de la entidad gestora (en virtud del art. 2 LPAC, la LBRL y concordantes de la legislación autonómica)? Porque ciertamente la legislación formal es instrumental y debe servir a la sustantiva o material, pero también debe adaptarse a “las especialidades derivadas de la organización propia” de la administración actora en cada caso, como se cuida de advertir el propio art. 149.1.18.^a CE.

En mi opinión, todos estos problemas prácticos son manifestaciones sintomáticas de uno mayor, de carácter dogmático, y solo la adecuada comprensión de este nos da pie a resolver de forma racional y armónica todos los anteriores. Me refiero a la cuestión de la función constitucional que cumple la competencia estatal sobre “procedimiento administrativo común” del art. 149.1.18.^a CE y las consecuentes relaciones de este régimen común con las disciplinas especiales, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*.

Si, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, el sentido de este título competencial exclusivo y prevalente del Estado es el de “garantizar un tratamiento común de los administrados ante todas las Administraciones públicas” (STC 166/2014, de 22 de octubre, F.J. 4.º), entonces las especialidades *ratione materiae* que puedan establecer las legislaciones sectoriales —incluida la de la Seguridad Social— o las que se establezcan *ratione personae* —por ejemplo, en la legislación local— podrán introducir especificaciones formales u organizativas en el procedimiento, como los trámites “adicionales o distintos” a que se refieren el art. 1 y la disposición adicional 1.^a LPAC, pero no minorar las garantías comunes de todos los ciudadanos frente a todas las administraciones (VAQUER, 2016: 23-28). De lo contrario, en el asunto que nos ocupa, estaríamos permitiendo que las administraciones sean menos garantistas precisamente con las personas más vulnerables, lo que sería una triste paradoja, además de una interpretación de las normas contraria a su finalidad, pues recordemos que el propósito proclamado del IMV es contribuir a los fines tuitivos e igualadores proclamados en los arts. 9.2 y 41 de la Constitución.

Con este criterio hermenéutico general, podemos ya resolver todas las cuestiones prácticas suscitadas, afirmando que prevalecen las especialidades procedimentales de la LIMV y la LGSS pero que deben ser interpretadas en un sentido respetuoso con las garantías comunes de la LPAC (como el derecho de audiencia de los interesados en los procedimientos) y que, en defecto de aquellas, se aplicarán las reglas de esta Ley general (como las relativas a los defectos de las solicitudes y su subsanación, las formas y los canales de comunicación con la administración, los posibles trámites instructores —como la prueba o los informes que puedan requerirse— o a la suspensión del procedimiento o la ampliación del plazo para resolver, por ejemplo).

4.2. Suspensión, modificación y extinción

Para atender a las incidencias sobrevenidas a la prestación tras su reconocimiento hasta su extinción no es que la regulación procedimental sea escasa, sino que es nula. En efecto, la LIMV nada dice sobre el procedimiento de suspensión de la prestación, pese a que manda a la entidad gestora competente suspender su pago “a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se produzcan las causas de suspensión o a aquel en que se tenga conocimiento” de las mismas (art. 17). Entonces, ¿puede acordarse la suspensión de plano e *inaudita parte*? y ¿de qué forma y por qué medios puede el interesado oponerse eficazmente a dicha suspensión? Las mismas dudas suscitan los procedimientos para modificar (art. 16) y para extinguir la prestación (art. 18). Y la solución a todas estas cuestiones debe ser la misma ya expuesta para el procedimiento de reconocimiento.²¹

En términos prácticos, esto significa, por ejemplo, que ni la modificación, ni la suspensión, ni la extinción de la prestación que nos ocupa deberían poder adoptarse de oficio *inaudita parte*, sino luego de haber oído a los interesados por un plazo mínimo de diez días hábiles (arts. 105 CE y 82 LPAC) y practicado, de oficio o a instancia del interesado, los actos de instrucción —prueba, informes, ...— que sean necesarios en cada caso (arts. 75 y 76 LPAC). Pero a nadie se le oculta que tales garantías son difíciles de compatibilizar con los plazos perentorios establecidos por la LIMV para modificar, suspender o extinguir los pagos (arts. 16.2, 17.2 y 18.2 LIMV), por lo que tendremos que entender que estas medidas sobre los pagos o esperan a la resolución sobre el derecho, retrotrayendo sus efectos a la fecha señalada por la ley cuando sea necesario, o bien se adoptan antes de resolver, pero con carácter meramente provisional (art. 56 LPAC).

²¹ Aunque el art. 24 LIMV encabeza el capítulo IV, que trata únicamente del procedimiento de reconocimiento, cabe entender que se refiere asimismo a los demás procedimientos previstos en la Ley, o que les es aplicable por analogía, habida cuenta que respecto de los restantes nada se dice.

4.3. Sanción

En lo relativo al procedimiento sancionador, la LIMV remite en su art. 40 a lo establecido para la imposición de sanciones a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones del Sistema de Seguridad Social en el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Y respecto de las relaciones de este reglamento con los principios comunes de la potestad administrativa sancionadora hoy distribuidos entre la LRJSP y la LPAC, vale también lo ya dicho con carácter general en el apartado 4.1, si bien aquí el problema se diluye en términos prácticos, porque el reglamento sectorial contiene una densa regulación procedimental que ya incorpora las garantías comunes de la potestad sancionadora (tipicidad, prescripción, *non bis in idem*, iniciación siempre de oficio, audiencia, etc.).

4.4. Revisión de oficio

Los procedimientos de revisión de oficio sí han sido objeto de regulación específica en la LIMV, para dotarlos de un régimen más generoso con la potestad revisora de la administración no ya solo que la Ley de la Jurisdicción Social (cuyo art. 146 prohíbe por regla general a la administración de la Seguridad Social revisar por sí misma sus actos declarativos de derechos, imponiéndole la carga de solicitar la revisión del juzgado de lo social) sino también que la Ley de Procedimiento Administrativo Común (cuyos arts. 106 y ss. permiten a las administraciones revisar por sí mismas sus actos nulos de pleno Derecho sin límite de tiempo, pero solo les permite recurrir ante el orden contencioso-administrativo los anulables de carácter favorable durante un plazo de cuatro años).

Nótese que esta potestad revisora es distinta de la suspensiva, modificativa o extintiva a que me he referido en la letra b) porque aquella no cuestiona la validez del acto de reconocimiento, sino que altera su eficacia por circunstancias sobrevenidas. Ahora se trata de revisar actos incurso en vicios de invalidez.

Pues bien, de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 LIMV, los actos relativos a la prestación pueden ser revisados de oficio por el INSS en perjuicio de los beneficiarios dentro del plazo máximo de cuatro años con carácter general, y sin límite de tiempo cuando la invalidez esté motivada por omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario. En cualquiera de los dos casos, la revisión conlleva la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas. Y todo ello, lógicamente, con independencia de la capacidad para rectificar en cualquier momento los errores materiales, de hecho o aritméticos.

4.5. Impugnación

También escapa al criterio general la cuestión de las vías, administrativas y jurisdiccionales, existentes para impugnar las resoluciones desestimatorias del reconocimiento o extintivas de la prestación, porque el art. 2º de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) atribuye expresamente a dicho orden en su letra o) la competencia “en materia de prestaciones de Seguridad Social” y en su letra s), la “impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las comprendidas en el apartado o) de este artículo, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción de las especificadas en la letra f) del art. 3”. Estas reglas especiales, como se ve, desplazan el criterio general de competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo” del art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Más aún, la LIMV ha dado un paso más en la *vis expansiva* del orden jurisdiccional social para conocer en materia de protección social de las personas, que va más allá no solo de las relaciones laborales, sino también del marco institucional de la Seguridad Social: si ya se le había incorporado la competencia sobre las prestaciones de la Ley de Dependencia, ahora se le añaden “las cuestiones referidas a aquellas prestaciones de protección social que establezcan las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, dirigidas a garantizar recursos económicos suficientes para la cobertura de las necesidades básicas y a prevenir el riesgo de exclusión social de las personas beneficiarias”. Las restantes, eso sí, seguirán excluidas en virtud del inciso final de la letra h) del art. 3 LJS.

Así pues, contra las resoluciones desfavorables del INSS cabrá ejercer acción en el orden social, con la reclamación administrativa previa regulada en el art. 71 LJS. Debe interponerse en el plazo de treinta días desde su notificación y resolverse en el de cuarenta y cinco días, transcurrido el cual sin contestación expresa “se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo”, abriéndose un nuevo plazo de treinta días desde la notificación o el silencio para formular la demanda.

5. CONCLUSIÓN: CINCO PROPOSICIONES CRÍTICAS

Primera. La atención a las situaciones de dependencia, la generalización de las rentas mínimas y el debate sobre la renta básica universal o de ciudadanía nos demuestran que la actividad prestacional del Estado está muy viva y es muy dinámica en estas primeras décadas del siglo XXI. Esta vitalidad plantea problemas dogmáticos

ciertamente interesantes, algunos de los cuales he tratado de ilustrar en este estudio. Y debería ser tenida en cuenta a la hora de modelizar el Estado social. Porque si bien es cierto que en algunos servicios territoriales de interés económico general se ha producido una retirada del Estado desde la prestación a la regulación —lo que ha movido a parte de la doctrina a sostener que el Estado social ha pasado de ser un Estado prestacional a un Estado garante o regulador—²², en la rama de los servicios personales o sociales la actividad prestacional de las administraciones públicas no deja de avanzar y ganar en complejidad y ambición.

Sin embargo, como ya he denunciado en varias ocasiones, la doctrina científica del Derecho público sigue prestándole relativa poca atención al campo de la protección social o, más ampliamente, a la familia de los servicios personales (VAQUER, 2002: 19-20).²³ Y su escasa consideración entre los “sectores de referencia” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003) puede estar sesgando la construcción de la teoría general del Derecho administrativo (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 60-62; PAREJO, 2012: 326; VAQUER, 2014B: 3010-3015).

Llegados sin apenas eco a este punto de insistencia, permítaseme expresar la tesis en términos algo más maniqueos pero elocuentes: el de la protección social es un *Derecho de pobres*, mientras que el Derecho administrativo contemporáneo tiende a ser un *Derecho de ricos*, apenas atento a aquella por haberse concentrado en los sectores económicos regulados, las redes e infraestructuras, el urbanismo, el medio ambiente y otras materias afines, en las que la relación jurídico-administrativa no se traba tanto con individuos (menos aún con los más necesitados) como con empresas (o con sus abogados) y en las que los conflictos son de mayor cuantía.²⁴ Y este sesgo está afectando a su teoría general.

Segunda. El IMV es una prestación social ciertamente singular: ha sido configurada como una prestación no contributiva de la Seguridad Social, con las consecuencias competenciales y financieras que de ello se siguen, pero no ha sido integrada en su Ley General y su régimen jurídico diverge en varios aspectos relevantes del estatuto propio de esta (como acabamos de comprobar con la revisión de oficio de sus actos). Esta particular configuración aboca a una reorganización de la protección social y plantea nuevas bases para el debate sobre los deslindes, en su seno, entre la seguridad social y la asistencia social, tanto en el plano funcional como en el competencial, así como entre la tutela judicial del orden social y del contencioso-administrativo. La

²² Sobre la doctrina del Estado garante en España, pueden verse los trabajos que le ha dedicado ESTEVE PARDO (2015; 2022). Su crítica, en PONCE SOLÉ, 2021.

²³ Desconozco que le haya dedicado hasta ahora un solo estudio al IMV, por ejemplo, pese a que lleva más de año y medio vigente, beneficia a casi un millón de personas e implica a los tres principales entes territoriales del Estado.

²⁴ Jesús ALFARO (2016) denomina “sesgos crematísticos” a la inclinación general de la investigación jurídica hacia los temas o sectores que más facilitan “monetizar” los resultados de la investigación. Y atribuye la especial incidencia del problema en España a la baja retribución de nuestros profesores universitarios, que eleva el coste de oportunidad de su dedicación exclusiva y fomenta su ejercicio profesional: “La academia jurídica en España no está en su torre de marfil, porque la torre apenas es de adobe”.

progresiva asunción por el orden social de las competencias jurisdiccionales sobre la protección social (y no sólo ya la seguridad social) que antes ejercía el orden concencioso-administrativo tiene connotaciones y consecuencias que requerirían un estudio monográfico atento: la sustitución de un orden jurisdiccional de carácter controlador y tradición revisora por otro de carácter tuitivo y tradición conciliadora no es inocua.

Tercera. La puesta en marcha del IMV ha supuesto, sin duda alguna, un importante paso adelante en la construcción del Estado social, un paso que parece dado en firme —habida cuenta del consenso parlamentario logrado—²⁵ pero que ni es el último ni tampoco puede darse todavía por concluido.

No es el último, evidentemente, porque el art. 41 de la Constitución es un mandato de optimización que nunca puede darse por plena y definitivamente satisfecho: las situaciones de necesidad mutan y crecen según se va sofisticando la sociedad del riesgo y el criterio de suficiencia de las prestaciones sociales aumenta su ambición según lo hacen el desarrollo económico y las demandas sociales. Los debates sobre la renta universal de ciudadanía o sobre el derecho fundamental de las personas a un mínimo vital o existencial son expresión de esta pulsión.

Tampoco puede darse por concluido porque su implantación ya obedece a un diseño que tiene algo de experimental, inacabado y sujeto a revisión. No es solo que la propia Ley apele a la “progresiva reorganización de las prestaciones no contributivas”, sino que año y medio después de su aprobación originaria carecemos todavía del necesario desarrollo reglamentario.

Este proceso de aprendizaje, seguimiento, revisión y mejora es consustancial a la innovación y esta lo es al Derecho del Estado social,²⁶ por lo que no debiera ser criticado, pero requiere dotarse de las debidas garantías de objetividad, coordinación, seguridad jurídica y transparencia. A la objetividad y la coordinación pueden contribuir las competencias de seguimiento y evaluación atribuidas a la AIREF y la Comisión de Seguimiento. La seguridad jurídica se resiente por la carencia del debido desarrollo reglamentario, al que la ley remite muchas determinaciones.²⁷ Y la

²⁵ El Decreto-Ley 20/2020 fue convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados sin ningún voto en contra (Diario de Sesiones núm. 27, de 10/06/20) y lo mismo ocurrió con la aprobación del informe de la ponencia sobre el Proyecto de Ley resultante en la Comisión del Congreso con competencia legislativa plena (DS núm. 546, de 19/11/21).

²⁶ Empezaba estas páginas refiriéndome al dinamismo esencial del Estado social. En él, tenemos ya asumido que el Derecho no sólo es un factor de estabilización, sino también un motor de innovación (PAREJO, 2012: 35).

²⁷ Nótese que reglamentariamente podrían resolverse las dudas procedimentales formuladas más atrás. Pero es que además de los detalles procedimentales y organizativos típicos de la potestad reglamentaria, la propia Ley remite al desarrollo reglamentario determinaciones sustantivas de cierto calado, como por ejemplo algunas circunstancias excepcionales de inclusión de personas como beneficiarias del IMV (art. 4), los términos bajo los que el pago de la prestación puede hacerse a otro miembro de la unidad de convivencia distinto del titular (art. 5.4), los supuestos en que pueden conservar la condición de beneficiarios quienes abandonen el domicilio (art. 7) y otras circunstancias bajo las que puede eximirse de ciertos requisitos a los beneficiarios (art. 10), los límites a la compatibilidad del IMV con la

transparencia, por ahora, es mejorable. Los datos de ejecución publicados hasta ahora por el Ministerio no tienen una sistemática ni una periodicidad conocidas.

Desconocemos el plazo medio de tramitación de los procedimientos o el número de silencios administrativos producidos, por ejemplo. Sí sabemos que en estos quince primeros meses de ejecución ha habido una alta demanda (1,45 millones de solicitudes), con un porcentaje no despreciable de defectos (si es que la referencia a que “el 91 por 100 eran expedientes válidos” —*sic*— puede entenderse como que el otro 9 por 100 de las solicitudes presentaban defectos insubsanables o no subsanados, por lo que fueron inadmitidas, a las que habría que añadir otras 18.000 pendientes de subsanación) y un altísimo índice de fracaso (888.000 solicitudes “denegadas” —¿incluidos los silencios negativos?²⁸— frente a 337.000 “aprobadas”).

Si a los datos oficiales les añadimos los de algunos estudios publicados, la inquietud crece. Según la Encuesta sobre Integración y Necesidades Sociales de la Fundación Foessa 2021, más de la mitad de la población objetivo del IMV (es decir, los hogares en situación de pobreza severa) no ha recibido información y un 10,7 por 100 opina que la recibida no es suficiente, mientras que sólo un 24,6 por 100 considera que ha recibido información correcta y suficiente para preparar su solicitud (Fundación Foessa, 2021: 48).

El desaprovechamiento (*non take-up*) de las prestaciones sociales es un problema común que puede deberse a distintas causas, como su desconocimiento, el temor a estigmatizarse socialmente por su beneficio, el incumplimiento de los requisitos, el exceso objetivo de cargas administrativas y/o la impresión subjetiva inhibitoria que provocan (COSTAS, FERRER y PONCE, 2021: 1). Pese a la escasez de datos disponibles, acabamos de apuntar aquí a la primera y tenemos asimismo suficientes elementos de juicio para apreciar las últimas de las mencionadas. Estas merecen una reflexión adicional.

Cuarta. Como advirtiera certeramente GARCÍA PELAYO (1992), en el Estado social ya no basta con la legitimidad de origen de los poderes públicos, sino que se exige además cierta legitimidad de ejercicio, que la Constitución expresa mediante el principio de eficacia de las administraciones públicas (art. 103 CE). Y la complejidad puede ser crítica para la eficacia de las administraciones en una materia tan sensible como la protección social de los colectivos más vulnerables. Los criterios jurídicos de la simplicidad y la celeridad, tan en boga en el Derecho administrativo actual (arts. 3.1 LRJSP y 71.1 y 72 LPAC), cobran en esta materia una relevancia diferencial.

percepción de rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia (art. 11.4), los posibles incrementos de la cuantía del complemento de ayuda para la infancia (art. 13.3), las causas de suspensión y de extinción del derecho (arts. 17.1 y 18.1) o la regulación del sello de inclusión social (disp. adic. 1.^a).

²⁸ Tengamos presente que el silencio administrativo negativo no termina el procedimiento ni debe considerarse una resolución presunta, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria en la materia, por lo que no debiera computarse como “denegación”, sino que es una garantía procesal del interesado, a quien le abre la vía impugnatoria para obtener satisfacción a su solicitud indebidamente desoída en plazo.

Pues bien, el objeto de este artículo es una prestación social ideada para subvenir a las necesidades más básicas y perentorias de personas en situación de necesidad o de vulnerabilidad. Pero requiere una solicitud del interesado acompañada de varios documentos y declaraciones responsables y la sustanciación de un procedimiento habitualmente interadministrativo y telemático con práctica de diligencias de comprobación, que no hay deber de resolver hasta los seis meses, transcurridos los cuales aquella puede entenderse desestimada por silencio administrativo.²⁹ Pareciera que las cargas administrativas para el ejercicio de la libertad de empresa son menos tolerables que las que pesan sobre el derecho a la seguridad social, a ojos del legislador, que ha aplicado en esta materia el principio de buena regulación de proporcionalidad del art. 129.3 LPAC de forma más gravosa que en muchos sectores económicos. Esta paradoja podría tratar de explicarse porque aquí hablamos de un acto administrativo de naturaleza prestacional, no de intervención, por lo que tiene consecuencias para la hacienda pública, pero no es menos cierto que “la necesidad a cubrir con la norma” a que se refiere el precepto legal citado también es más perentoria.

Los datos que he reproducido —en particular, los relativos a inadmisiones, pendencia y desestimaciones— nos hablan de una prestación compleja. Tiene una complejidad sustantiva que es intrínseca al tipo de prestación al que pertenece —puesto que resulta de su carácter condicional, de la limitación y diversidad del colectivo a que va dirigida, de la vulnerabilidad de este y de la proporcionalidad de aquella al estado de necesidad asimismo diverso de sus miembros— y que da pie a discutir la opción por este tipo y la configuración realizada.³⁰ Pero es que a ella se le añade una complejidad formal que es en mi opinión superflua. El procedimiento de reconocimiento establecido, potencialmente abierto a todos los niveles territoriales de gobierno (estatal, autonómico y local) pero de carácter bifásico, con una administración que recibe e instruye las solicitudes y otra que las resuelve, no solo puede cuestionarse que sea conforme con la distribución de competencias en la materia —como he hecho más atrás— sino que además es muy dudoso que sea eficiente.

Mejor sería que una sola administración conociera de cada solicitud: la que mejor combine en cada caso la proximidad a los ciudadanos con la idoneidad de medios y de controles que también demanda el principio de eficacia. Los convenios de gestión a que se refiere la disposición adicional cuarta de la Ley pueden ser la vía para lograr este resultado. Mientras tanto, deberán apurarse los mecanismos de colaboración

²⁹ Una valoración analítica del diseño normativo y las barreras de acceso al IMV, en COSTAS, FERRER y PONCE, 2021: 9-17. PONCE (2021: 23) atribuye estas trabas a una “aporofobia más o menos encubierta” que provoca una desconfianza que no se corresponde con los datos disponibles sobre el bajo nivel de fraude existente en las ayudas sociales.

³⁰ Como explica MONEREO (2021: 46-48), las prestaciones del “modelo ideal-tipo” de las rentas mínimas de inserción se caracterizan por una estructura jurídica e institucional compleja en varios sentidos, incluido que “el condicionante de un cierto nivel de recursos disponibles ... determina un penetrante control administrativo de los recursos disponibles en cada momento —casi obsesivo—” al que se añade el control sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el beneficiario, para comportar en suma “un fuerte *control público social* ... que es instrumental, pero que también presenta consecuencias negativas”.

interadministrativa del art. 32 LIMV para tratar de ganar en celeridad mediante el intercambio de información y la interoperabilidad.

Quinta. El procedimiento importa. Antes de mí, ya han reivindicado su importancia e impulsado su renovación administrativista como González Navarro, Barnés Vázquez, Ponce Solé o Cierco Seira, por ejemplo. Pocos conceptos son tan relevantes para el Derecho administrativo del Estado social, ya se adopte una perspectiva garantista o directiva, pero también tan plásticos y, por ende, tan difíciles de aprehender como el de procedimiento. Institución que, para ser útil, debe ser instrumental y, por tanto, tener capacidad para adaptarse tanto a la materia sobre la que verse como a la organización actuante, en cada caso.

Para ser eficaces, los procedimientos prestacionales de protección social deben generar una relación intersubjetiva personal de la Administración con el interesado caracterizada por la empatía (VAQUER, 2002: 144). Por eso rige en ellos el principio de proximidad a que me he referido más atrás y también una “reserva de humanidad” (PONCE, 2019) que impide su completa automatización.³¹ Y así como ya he defendido antes que esta rama del Derecho administrativo debería ser considerada como un sector de referencia para la construcción dogmática de su teoría general, estos procedimientos deberían asimismo ser tenidos en cuenta a la hora de teorizar el concepto mismo de procedimiento administrativo (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: 141-142).³²

Algunos círculos de la doctrina española, de entre quienes cultivamos la *assmannia*, han adoptado la definición del procedimiento administrativo como un proceso ordenado racionalmente de obtención y tratamiento de la información, propuesta por SCHMIDT-ASSMANN (2003: 358; y 2008: 75).³³ Yo creo que esta es una buena descripción pero una mala definición del procedimiento administrativo.³⁴ Acierta a poner el acento en un aspecto del procedimiento que es esencial y abstracto —lo que le permite sustentar su tesis de ampliación de la noción a otras relaciones jurídico-administrativas distintas de las resolutorias— pero que es asimismo genérico y no diferencial. Y, por tanto, poco definitorio. La misma definición podría utilizarse para el proceso judicial, para el procedimiento legislativo o, ya puestos, para la investigación científica o la periodística. Y nadie se plantearía definir al reglamento, al

³¹ Nótese que la LGSS excluye a las pensiones no contributivas de la habilitación general para automatizar la resolución de los procedimientos de gestión que contiene su art. 130.

³² Sin embargo, no comparto la opinión del autor citado (inspirada en SCHMIDT-ASSMANN, 2003: 358) según la cual hay que construir un modelo de “procedimiento prestacional” alternativo al de “procedimiento decisorio”, porque la prestación no se contrapone a la decisión sino que la contiene y la trasciende y porque debe ampliarse el concepto de procedimiento administrativo sin quiebra de su unidad, por su misma plasticidad capaz de albergar muy distintos tipos procedimentales (decisorios, prestacionales, contractuales, normativos, planificadores, ...), como ya he defendido en VAQUER, 2016: 39.

³³ Recientemente, ha insistido en esta concepción Fernando PASTOR (2021: 156) en esta Revista.

³⁴ El propio autor enriquece y matiza esta definición cuando “subraya el papel de la información y de la comunicación” (2008: 75, las cursivas son mías) y afirma que el procedimiento puede cumplir múltiples funciones.

acto administrativo o al contrato —productos del procedimiento— como conjuntos ordenados racionalmente de información, pese a que sin duda lo son como cualquier otro acto o documento.

Que el procedimiento gestiona información me parece indiscutible y acepto que esta sea una de sus principales funciones. Pero también hace —debería hacer— algo más. Los procedimientos cumplen una triple función ordenadora, dialéctica e informativa, de la que en una materia como esta destaca la dialéctica, consistente en servir de foro de diálogo entre personas (VAQUER, 2020: 53-69). El procedimiento es una forma de comunicación entre las administraciones y las personas vulnerables interesadas en la prestación del IMV, donde recabar y verificar la información necesaria para decidir sobre su reconocimiento, desde luego, pero también generar empatía y confianza mutua, instruir sobre las obligaciones que nacen de dicho reconocimiento, asistir en la superación de las dificultades para participar en el procedimiento y propiciar la aceptación por el beneficiario de las estrategias de inclusión que acompañen a la prestación, venciendo las resistencias que pueda oponer. Resulta empobrecedor y arriesgado, según creo, reducir todo ello a un proceso racional de gestión de la información.

6 BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- ALFARO Águila-Real, Jesús, 2016: “Sesgos crematísticos en la investigación jurídica”, en *Almacén de Derecho*, <https://almacenederecho.org/sesgos-crematisticos-la-investigacion-juridica> (consultado el 26 de febrero de 2022).
- BARCELÓN COBEDO, Susana y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, 2020: *El ingreso mínimo vital (comentarios al Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CAVAS Martínez, Faustino y GARCÍA ROMERO, Belén, coords., 2021: *El ingreso mínimo vital: una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, Madrid, BOE.
- COSTAS, Elena, FERRER, Cristina y PONCE, Juli, 2021: *L'impacte del tràmits administratius en l'accés a les prestacions socials. Una perspectiva conductual*, Taula d'Entitats del Tercer Sector de Catalunya-Knowledge sharing network.
- DESDENTADO DAROCA, Elena, 2007: “Procedimiento administrativo y protección social. Algunas perturbaciones recíprocas: recargo de prestaciones y declaración de la incapacidad permanente, caducidad y prescripción”, *Revista de Derecho Social*, nº 40.
- ESTEVE PARDO, José, 2015: *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP, 2015.
- , “El Estado garante como alternativa al prestacional para la preservación del Estado de bienestar”, en Carolina Villacampa, dir., *Sociedad global y Derecho público*, Valencia, Tirant lo Blanc.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, 1983: “La Seguridad Social y el Estado de las Autonomías”, *Documentación Administrativa*, nº 197.
- FUNDACIÓN FOESSA, 2021: *Sociedad expulsada y derecho a ingresos*, <https://www.caritas.es/producto/sociedad-expulsada-derecho-a-ingresos/> (consultado el 17 de febrero de 2022).
- GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel, 1996: *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Barcelona, Cédec, 1996.
- , 2000: “Actividad prestacional y derechos ciudadanos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, 2021: *Las actuaciones administrativas sin procedimiento. Relaciones jurídicas en el Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons.

- GARCÍA PELAYO, Manuel, 1992: “El Estado social y sus implicaciones”, en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2ª ed., 6ª reimp., Madrid, Alianza.
- MAGALDI, Nuria, 2020: “El concepto de procura existencial (Daseinsvorsorge) en Ernst Forsthoff y las transformaciones de la Administración pública”, *Teoría y Derecho. Revista de Derecho Público*, nº 1.
- MERCADER UGUINA, Jesús, 2017: *Los procedimientos administrativos en materia de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi.
- , 2020: “El procedimiento administrativo de seguridad social”, en Parejo Alfonso y Vaquer Caballería, coords., *Estudios sobre el procedimiento administrativo II: Tipos de procedimientos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, 2021: “El derecho social al ingreso mínimo vital”, *Temas laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 158.
- NIEVES NIETO, Nuria, 2020: “Ingreso mínimo vital y renta activa de inserción”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 236.
- PASTOR MERCHANTTE, Fernando, 2021: “¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo”, *Teoría y Derecho. Revista de Derecho Público*, nº 4.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, 2012: *Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*, Global Law Press-Editorial Derecho Global.
- , 2000: “Estado social y administración prestacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57.
- PONCE SOLÉ, Juli, 2019: “Inteligencia artificial. Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50.
- , 2021: “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*, nº 58.
- REY PÉREZ, José Luis, 2021: “Renta básica universal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 19, octubre 2020-marzo 2021.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2007: *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons.
- , 2008: “Un modelo de procedimiento administrativo para las prestaciones de servicios o materiales. El ejemplo de la prestación de asistencia sanitaria”, en Schmidt-Assmann y Barnes Vázquez, coords., *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, 2003: *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP / Marcial Pons.
- , 2008: “Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional”, en Schmidt-Assmann y Barnes Vázquez, coords., *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, 2002: *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- , 2014 A: “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 48.
- , 2014 B: “La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100.
- , 2015: “La prestació supramunicipal dels serveis socials i els efectes de la «centralització» de les polítiques socials en el marc de la reforma del règim local espanyol i català”, en VV.AA., *Mancomunitat de Catalunya. L'Administració local i les polítiques d'acció social*, Lleida, Pagès editors, págs. 119-143.
- , 2016: “La codificación del procedimiento administrativo en España”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 42.
- , 2020: “¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?”, en Parejo Alfonso y Vaquer Caballería, coords., *Estudios sobre el procedimiento administrativo III: Instituciones*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- VIDA SORIA, José, 1996: “Artículo 41. Seguridad social”, en Alzaga Villaamil, Óscar, dir., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, págs. 103-131. Madrid, Cortes Generales/EDERSA.

Teoría y Método

Revista de Derecho Público

www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/

