

Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

[www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/](http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/)

Volumen 3 | 2021

© **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\_1\_2021  
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

Gabriel Doménech Pascual  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Valencia

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

Rosario Leñero Bohórquez  
Profesora Colaboradora de Derecho Administrativo  
Universidad de Huelva

Francisco Velasco Caballero  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid

## COMITÉ EDITORIAL

Raúl Letelier Wartenberg  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Chile

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

Héctor Santaella Quintero  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Externado de Colombia

Claudia Tubertini  
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo  
Università di Bologna

Elisenda Malaret i García  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Diego Pardow  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Chile

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

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

## COMITÉ ASESOR

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

Benoît Delaunay  
Professeur en Droit Public  
Université Paris II

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

José Esteve Pardo  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves  
Professor de Direito  
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds  
Research Professor  
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid

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

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

## ÍNDICE

Luis Medina Alcoz: <i>Historia del concepto de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español</i> .....	7
Marcos Antonio Vela Ávalos: <i>El debate sobre la especificidad de la interpretación de la constitución en el contexto latinoamericano. Una discusión desde cuatro trincheras</i> .....	53
Alba Soriano Arnanz: <i>Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos</i> .....	85
Hans Michael Heinig; Thorsten Kingreen; Oliver Lepsius; Christoph Möllers; Uwe Volkmann; Hinnerk Wißmann: <i>Why constitution matters – La ciencia del Derecho constitucional ante la crisis del coronavirus</i> .....	129
Daniela Dobre: <i>Constitución económica: una propuesta al debate conceptual</i> ..	157



## HISTORIA DEL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL<sup>1</sup>

### HISTORY OF THE CONCEPT OF SUBJECTIVE RIGHT WITHIN SPANISH ADMINISTRATIVE LAW

Luis Medina Alcoz

Profesor Titular de Derecho administrativo  
de la Universidad Complutense

Letrado del Tribunal Constitucional

lmedinaa@ucm.es

**RESUMEN:** Bajo el influjo del liberalismo conservador, con el objetivo de construir un Estado amplio hegemonizado por la administración pública, el Derecho administrativo español desarrolló muy pronto la teoría de la doble personalidad estatal y, con ello, la distinción entre el *derecho subjetivo ordinario o derecho subjetivo de carácter civil* (posición jurídica frente al Estado, en cuanto persona civil situada en pie de igualdad, merecedora de plena protección judicial) y el *derecho subjetivo de carácter administrativo o interés legítimo* (posición jurídica frente a la administración en estado de mando merecedora de una protección administrativa menor en beneficio del interés general). A partir de los años cincuenta del siglo XX recuperó elementos clave del liberalismo genuino, entre ellos el concepto clásico (ordinario) de derecho subjetivo. La tendencia ha sido a que: (i) todo el Derecho administrativo objetivo sea derecho subjetivo bajo la condición de que el incumplimiento del primero afecte singularmente a quien esgrime el segundo en el proceso, con independencia de la finalidad de la norma; y (ii) quien sufre las extralimitaciones del poder, en cuanto titular de derechos, tenga garantizada una protección judicial plena con garantías de imparcialidad e igualdad de armas, así como la posibilidad de practicar prueba y obtener condenas a hacer. Al igual que en los ordenamientos vecinos, la ficción ha jugado un papel decisivo en esta evolución.

---

<sup>1</sup> Trabajo finalizado el 17 de diciembre de 2020.

**PALABRAS CLAVE:** historia del Derecho; Derecho administrativo; derecho subjetivo; interés legítimo; justicia administrativa; jurisdicción contencioso-administrativa; teoría de la norma protectora (*Schutznormtheorie*); recurso por exceso de poder (*recours pour excès de pouvoir*).

**ABSTRACT:** Under the influence of conservative liberalism and willing a broad State hegemonized by the public administration, Spanish Administrative Law very early developed the theory of the dual state personality and the resulting distinction between ordinary subjective right or subjective right of civil character (legal position vis-à-vis the State, as a civil person situated on an equal footing, deserving full judicial protection) and subjective right of an administrative nature or legitimate interest (legal position vis-à-vis the administration in command state deserving of minor administrative protection because of the general interest). However, from the fifties of the twentieth century Spanish Administrative Law has recovered key elements of genuine liberalism, including the classical (ordinary) concept of subjective right. The trend has been for: (i) every norm of Administrative Law is a subjective right under the condition that the breach of the first one affects whoever wields the second one in the process, regardless of the purpose of that rule; and (ii) whoever suffers infringements is holder of rights and therefore deserves full judicial protection with guarantees of impartiality and equality of arms, as well as the possibility of taking evidence and obtaining convictions. As in neighboring legal systems, fiction has played a decisive role in this evolution.

**KEYWORDS:** history of Law; Administrative Law; right, legitimate interest; administrative justice; contentious-administrative jurisdiction; *Schutznormtheorie*; *recours pour excès de pouvoir*.

**SUMARIO:** 1. PRESENTACIÓN.— 2. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO AUTORITARIO. 2.1. Liberalismo clásico y afirmación del derecho subjetivo. 2.2. Liberalismo conservador y negación del derecho subjetivo frente a la potestad administrativa. 2.2.1. Planteamiento general y contexto europeo. 2.2.2. El derecho subjetivo de carácter administrativo como derecho “secundario” o “imperfecto”. 2.3. Crisis del liberalismo y negación del derecho subjetivo como categoría.— 3. DEL ESTADO AUTORITARIO AL ESTADO CONSTITUCIONAL. 3.1. La protección de los derechos: el derecho subjetivo como autonomía de la voluntad. 3.1.1. La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo, en general. 3.1.2. La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español, en particular. 3.2. La regulación de los derechos: el derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido.— 4. CONCLUSIONES.— 5 BIBLIOGRAFÍA

## 1 PRESENTACIÓN

El presente estudio aborda la historia del concepto de derecho subjetivo dentro del Derecho administrativo. Se refiere específicamente al ordenamiento español, enmarcándolo dentro del contexto europeo, sin la pretensión de historiar el Derecho de otros países. Distingue dos etapas fundamentales: del Estado liberal al Estado autoritario, esto es, el tiempo transcurrido entre las Cortes de Cádiz y el franquismo autárquico; y del Estado autoritario al Estado constitucional, que va del franquismo de la segunda posguerra mundial hasta principios del siglo XXI.

La periodización escogida es convencional, como lo son todas. Se corresponde con dos grandes tendencias a las que ha estado sometido el Derecho administrativo y que han tenido particular reflejo en el concepto de derecho subjetivo. La primera impulsó el nacimiento mismo del Derecho administrativo en el siglo XIX y culminó con el Derecho administrativo “fascistizado” de los años cuarenta de la centuria siguiente; consistió, muy resumidamente, en un proceso de relativización y rechazo de las garantías liberales que habían elaborado la Escuela de Derecho natural en sus diversas variantes. La segunda empezó durante la década siguiente y halló un renovado impulso durante los primeros años del sistema constitucional de 1978; consistió en un proceso de recuperación de los axiomas liberales, pero con múltiples adaptaciones, vinculadas en última instancia a la imposibilidad de desarmar a una administración que tenía encomendada una cantidad enorme y muy variada de tareas para conformar la vida social. En la actualidad parece que la tendencia es ya otra, pero es pronto para calibrar su repercusión sobre el concepto de derecho subjetivo del Derecho administrativo español<sup>2</sup>.

La construcción de una teoría del derecho subjetivo en el Derecho administrativo vigente no puede limitarse a analizar sin más los diferentes conceptos para afirmar la superioridad técnica de unos sobre otros. Exige comprender primero por qué surgió la noción, el problema que a su través quiso resolverse, así como las concepciones del mundo y vicisitudes que condicionaron su formulación<sup>3</sup>. El concepto de derecho subjetivo ha nacido y se ha desarrollado como expresión, consecuencia o derivación lógica de concepciones políticas sobre el sentido y la justificación del poder público y de sus productos normativos, por lo que las elaboraciones teóricas de Derecho vigente deben partir de análisis históricos como el aquí propuesto. Ahora bien, el presente estudio desarrolla una investigación estrictamente histórica. No pretende teorizar el significado preciso de los significantes “derecho subjetivo” e “interés legítimo” que lucen en la Constitución y en múltiples textos del Derecho positivo, incluidos los más significativos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Explico ampliamente estas tendencias y el sentido de la periodización propuesta en la monografía que, próximamente, publicará Marcial Pons: *Historia del Derecho administrativo español*; es la ampliación de dos capítulos escritos para el *Tratado de Derecho administrativo*, vol. 1, dirigido por José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL y Luis ARROYO JIMÉNEZ, también en prensa.

<sup>3</sup> Hago mía la tesis central de Riccardo ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978, pp. 178-189.

<sup>4</sup> He abordado la cuestión también desde la perspectiva del Derecho vigente en un trabajo respecto de cuya parte histórica la presente contribución es en cierto modo una prolongación: Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016. Sintetizó aquí los resultados de aquella investigación, centrándola todavía más en el Derecho español y enriqueciéndola con nuevas fuentes.

## 2 DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO AUTORITARIO

### 2.1. Liberalismo clásico y afirmación del derecho subjetivo

Conforme al paradigma liberal de finales del siglo XVIII, el Estado debía ajustar sus regulaciones a una “ley general de libertad”, limitándose, en consecuencia, a determinar “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro”<sup>5</sup>. Si imponía una obligación a un sujeto había de ser, necesariamente, para garantizar la libertad de otro. Por eso toda obligación legalmente impuesta a un individuo implicaba de suyo el derecho subjetivo correlativo de otro, esto es, un ámbito de autonomía atribuido al acreedor para conducirse libremente conforme a intereses o fines elegidos por él, un espacio que el deudor debía respetar absteniéndose de una determinada conducta o realizando el comportamiento debido. La obligación y el derecho eran pues conceptos simétricos, caras de una misma moneda (principio de correlatividad o bilateralidad). Comoquiera que no había más intervención posible que la destinada a garantizar la libertad individual, las leyes debían limitarse a establecer obligaciones y derechos correlativos. El Derecho objetivo era así nada más que un sistema de obligaciones y derechos. Los conceptos de Derecho objetivo, obligación y derecho subjetivo eran en realidad perfectamente intercambiables, se referían a una misma cosa. Ahora bien, el concepto básico y preferible era el tercero, pues era lógica y axiológicamente prioritario a los demás, era el ámbito de libertad originaria a cuyo servicio el Estado había restringido la autonomía o la libertad de otro. En fin, el derecho subjetivo encerraba en sí como carácter esencial la exigibilidad. No podía aceptarse el derecho sin acción. Hacerlo habría supuesto rechazar la premisa liberal o, lo que es lo mismo, permitir que el Estado desprotegera a un individuo frente a las agresiones de otro. Por eso la acción procesal era una desinencia del derecho subjetivo. En fin, el concepto de derecho subjetivo incluía la exigencia de un proceso paritario conducido por jueces independientes destinado a remediar por completo la vulneración: “la libertad individual no puede existir si los jueces no son absolutamente independientes del gobierno”<sup>6</sup>. La ley, si establecía un derecho subjetivo para proteger la libertad del titular frente al comportamiento del obligado que podría perturbarla, debía necesariamente establecer garantías procesales simétricas y asegurar su plena realización práctica.

Tal es, muy esquemáticamente, la teoría general del Derecho de la Escuela de Derecho Natural, formulada después con suma precisión por los iusprivatistas del siglo XIX<sup>7</sup>. El Derecho español, alineado también en este punto con la cultura ju-

<sup>5</sup> Immanuel KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, CEPC, Madrid, 1978 (original de 1797), p. 80.

<sup>6</sup> Ramón SALAS CORTÉS, *Lecciones de Derecho público constitucional*, CEPC, Madrid, 1982 (original de 1821), p. 61.

<sup>7</sup> Me refiero específicamente a la teoría del derecho subjetivo elaborada en la cultura jurídica romanística (por ejemplo, DÉMOLOMBE, COUCHE, JOSSERAND o COVIELLO) y en el entorno germánico: Friedrich Karl von SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, Góngora y Compañía, Madrid, 1878 (original de 1840-1849); Bernhard WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*,

rídica europea, desarrollaba estos planteamientos. Está expresado muy claramente en textos imbuidos del genuino liberalismo gaditano (el proyecto de Código civil de 1821 es el más significativo<sup>8</sup>). También lo está en escritos exponentes del liberalismo conservador. Por ejemplo, de acuerdo con BORDIÚ Y GÓNGORA: “el hombre es un ser individual [y en cuanto tal] tiene derecho á poner en ejercicio su voluntad, que es en lo que consiste la libertad. Esta palabra derecho de un hombre á poner en ejercicio su voluntad supone en los demás el deber de respetarla porque de otro modo no sería libre. Faltar a ese deber, es infringir el orden, la ley de la naturaleza. Las leyes civiles vienen á suplir lo limitado de la inteligencia del hombre, declarando las ocasiones y las circunstancias en que estos derechos y deberes individuales y correlativos existen. [En la aplicación de las leyes civiles] la intervención del Monarca se reduce únicamente al nombramiento de los magistrados y jueces, puesto que no está en su mano ni removerlos, ni intervenir en sus fallos, ni revocarlos. Esta restricción, indispensable para no poner en manos de la arbitrariedad los derechos de los hombres, y sobre todo su libertad y su vida, convierte á la justicia civil en un verdadero poder político independiente del legislativo y del ejecutivo”<sup>9</sup>. En la misma línea, autores progresistas como GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN insistían en que al derecho subjetivo son consubstanciales: (i) la acción, que es “la facultad de perseguir en juicio nuestros derechos”; y (ii) las reglas procesales destinadas a asegurar la igualdad de armas: “las leyes que establecen los procedimientos judiciales” son “el complemento de las que fijan los derechos de los ciudadanos [...]. Sin un sistema de actuaciones preciso y riguroso [...] la administración de justicia sería arbitraria y desigual, y por falta de medios de aplicación las leyes civiles [...] vendrían a ser letra muerta”; la protección de los derechos exige dentro de “nuestra organización política actual”, un “orden judi-

---

*vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Julius Buddeus, Düsseldorf, 1856. Pese a su positivismo e historicismo declarados, SAVIGNY y, en general, toda la Ciencia de la Pandectas, acabaron edificando un Derecho privado *criptoiusnaturalista*, basado en la libertad como fundamento del Estado y el Derecho. Sobre la prioridad atribuida al derecho subjetivo frente al Derecho objetivo en la Escuela de Derecho Natural, Giorgio PINO, “Diritti soggettivi”, capítulo 4, en A. SCHIAVELLO y V. VILLA (dir.), *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013. Sobre todo ello, MEDINA ALCOZ (2016: 53-59).

<sup>8</sup> De acuerdo con el indicado proyecto: “La ley es la voluntad de todos los españoles de ambos hemisferios, expresada por medio de sus legítimos representantes, y corroborada por la sanción del Rey con arreglo á la Constitución” (art. 1); “El objeto de la ley es la distribución de derechos y obligaciones” (art. 4); “Todo derecho da acción para reclamar su ejercicio ante la Autoridad competente por los medios y formas que dispone la ley” (art. 35); “Los derechos y las obligaciones entre los individuos que nacen de sus recíprocos convenios, ó de otros títulos aprobados por la ley, se reclaman ante la autoridad judicial” (art. 274); esta “tiene por objeto la aplicación de la ley en los asuntos litigiosos” (art. 266) y se corresponde con “el Tribunal ó Juez que designó la ley con anterioridad” (art. 275). El fin de la “Administración General del Estado en el ramo judicial” (Parte segunda, libro segundo) es “hacer efectivo los derechos y obligaciones” de los españoles (Parte primera).

<sup>9</sup> Cristóbal BORDIÚ Y GÓNGORA, *Del Consejo Real como elemento del Gobierno constitucional*, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1846, pp. 20-22.

cial” independiente “por las restricciones que respecto de él tiene el ejecutivo, que ni puede destituir a los magistrados, ni intervenir en los juicios”<sup>10</sup>.

El individualismo cultivado por la Escuela de Derecho natural y decantado a la teoría general del Derecho conducía muy directamente a consagrar el Derecho relativo a la administración como un sistema de poderes de policía y, a la vez, como un sistema de derechos subjetivos del administrado. Permitía justificar tanto la idea de potestad como coacción exclusivamente destinada a salvaguardar libertades individuales, como la idea de derecho subjetivo. Los principios de correlatividad y protección plena encerrados en la noción de derecho subjetivo eran derivaciones lógicas de la premisa liberal que en modo alguno quedaban circunscritas a las relaciones entre particulares. Antes bien, los textos revolucionarios y constitucionales proclamaron la centralidad de los derechos como instrumento de defensa de la libertad individual frente al Estado. No había, en definitiva, dificultad técnica alguna para que la lengua de los derechos fuera la clave de lectura de la legislación jurídico-administrativa<sup>11</sup>.

Por eso es enteramente normal que quienes se ocuparon inicialmente del naciente Estado administrativo manejasen con toda naturalidad la lengua de los derechos. Antes del derrumbamiento del Derecho civil como ordenación general, común y universal, cuando el pensamiento jurídico estaba todavía impregnado por la cosmovisión liberal, las obligaciones de la naciente administración se interpretaban, en efecto, como derechos individuales. La lengua de los derechos dominó inicialmente entre nosotros y, en general, allí donde la administración no estaba singularizada, sujetándose a los tribunales del mismo modo que los particulares. Ni siquiera la consolidación de regímenes de justicia administrativa la erradicaron en principio. El francés Louis CABANTOUS no decía nada original cuando insistía en que “hay derecho adquirido si el hecho o el acto contra el que se reclama ha sido realizado a despecho de una obligación legal de la Administración”<sup>12</sup>. El italiano Lodovico MORTARA señalaba en igual sentido que el ciudadano que acude a la justicia del Consejo de Estado hace valer el derecho subjetivo al correcto ejercicio de las potestades administrativas<sup>13</sup>.

En España, el profesor PELÁEZ DEL POZO, tras afirmar que los actos discrecionales no son fiscalizables, precisaba que debían serlo si “hubieren marcado las

---

<sup>10</sup> Pedro GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY y Juan Manuel MONTALBÁN HERRANZ, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, t. I, 3.ª ed., D. F. Sánchez, Madrid, 1861, pp. 1, 6-9 y 287.

<sup>11</sup> Es importante resaltarlo a la vista de que la doctrina administrativista actual considera que la asociación de la obligación impuesta a la potestad administrativa a un derecho subjetivo correlativo del ciudadano perjudicado por el incumplimiento constituye un desarrollo *atípico o especial* que no estaba al alcance de los juristas del siglo XIX. Sobre este equívoco, MEDINA ALCOZ (2016: 189-191, 243-251).

<sup>12</sup> Louis CABANTOUS, *Répetitions Écrites sur le droit public et administratif*, 4.ª ed., A. Maresco Ainé, Paris, 1867, p. 307. Tomo la cita de Maurice HAURIU, “La gestión administrativa”, en *Obra escogida*, trads. J. A. SANTAMARÍA PASTOR/S. MUÑOZ MACHADO, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976 (original de 1899), p. 162.

<sup>13</sup> Lodovico MORTARA, “Sulla classificazione degli atti amministrativi (d'impero e di gestione)”, *Giurisprudenza italiana*, vol. I/1, 1899, pp. 549-552.

leyes ciertos requisitos” y “estos no se hubieren cumplido”: el particular “sobre el que dichos actos obraron tenía por la ley una *garantía*, un *derecho* en los requisitos conculcados ó despreciados por dicho acto, y este derecho es el que ocasiona la vía contenciosa”<sup>14</sup>. En esta misma línea, Santos ALFARO Y LAFUENTE razonaba que “todo individuo tiene derechos administrativos porque donde hay obligaciones [de la administración] hay derechos, pues son correlativos y no podrán existir los unos sin los otros”<sup>15</sup>. El autor concebía el “derecho subjetivo administrativo” como la posición individual correspondiente a cualquiera de las obligaciones que el Derecho objetivo impone a la potestad administrativa, esto es, la situación que permite exigir a la administración, cuando hace “uso de sus facultades regladas”, que “no se separe en lo más mínimo de la ley, el reglamento ó el contrato que le dan norma”<sup>16</sup>. En consonancia con estos planteamientos, el Consejo Real (o de Estado, a partir de 1858) interpretaba la obligación de carácter formal que la ley impone al ejercicio de los poderes de la administración como un derecho subjetivo correlativo, el “derecho a las formas” o al “trámite” (Real Decreto Sentencia de 30 de julio de 1847); doctrina trasmitida después a la unidad de fueros en favor de la jurisdicción ordinaria establecida durante el Sexenio Democrático (p. ej., SSTs de 18 de octubre de 1871 y 20 de febrero de 1872)<sup>17</sup>. La idea está registrada y desarrollada en todos los estudios relativos al contencioso-administrativo español. Por ejemplo, Manuel MALO DE MOLINA insistía en que la justicia administrativa debía proteger “el derecho que todo particular tiene para ser administrado por la autoridad competente”<sup>18</sup>.

La justicia administrativa *judicializada* de 1888 conservó y desarrolló estos planteamientos<sup>19</sup>. Declaró que, “aun cuando una Ley confiera al Poder ejecutivo facultades libérrimas, si para su ejercicio establece determinadas reglas, debe observarlas cuando llega el caso de aplicarlas, á menos que prefiera derogarlas antes de dictar la resolución correspondiente, y desde el momento en que la Administración debe acomodar sus actos á una Ley, Reglamento ú otro precepto, obra en el ejercicio de sus facultades regladas, y si con ellos infringe dichas reglas vulnerando un derecho reconocido por las mismas, el Tribunal tiene competencia para restablecer el estado jurídico alterado” (Sentencia de 15 de enero de 1892). Por lo mismo, el licitador que concurría a una subasta pública tenía reconocido el derecho a que el remate se adju-

---

<sup>14</sup> Julián PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta D. B. González, Madrid, 1849, p. 25. Las cursivas son del texto original.

<sup>15</sup> Santos ALFARO Y LAFUENTE, *Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de las demandas administrativas*, Imprenta de la Revista de legislación á cargo de Julián Morales, Madrid, 1867, p. 11.

<sup>16</sup> Santos ALFARO Y LAFUENTE, *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Imprenta Nicolás González, Madrid, 1875, pp. 17-58, 247-250.

<sup>17</sup> Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, CEPC, Madrid, 1992, pp. 235-236.

<sup>18</sup> Manuel MALO DE MOLINA, *Conferencias sobre lo contencioso-administrativo*, pronunciadas en el Ateneo de Madrid en el curso de 1860 a 1861, Arcas y Sánchez, Madrid, 1861, p. 32.

<sup>19</sup> Al respecto, Enrique SERRANO GUIRADO, “La justicia administrativa”, *RAP*, núm. 6, 1951, pp. 143-162 (p. 155).

dicase solo a los que hubieran llenado las condiciones fijadas por la administración (Auto de 20 de septiembre de 1889).

En realidad, el Derecho administrativo de los derechos subjetivos fue solo un espejismo, incluso en España, pese a que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina lo configuraron formalmente así durante el siglo XIX y la primera mitad del siguiente. Por más que ese Derecho fuera una derivación lógica y natural de la libertad en el plano de las ideas, su realización efectiva topaba con el interés de la burguesía y de las monarquías restauradas por erigir una administración fuerte, ampliamente capacitada para intervenir sobre la vida social. El “derecho subjetivo” alumbrado por la tradición iusnaturalista no acabó trasplantado al Derecho administrativo. La idea de libertad valió para fundar prerrogativas administrativas, pero no auténticos derechos individuales: el XIX fue el siglo de los poderes de la administración, no de los derechos subjetivos frente a ellos, ni de “originarios” anteriores al Estado (fundados en el Derecho natural) ni los “artificiales” producidos por él (fundados en la Constitución o las leyes). No podía serlo porque en realidad fue el siglo del Estado administrativo, esto es, un Estado amplio y poderoso hegemónico por la administración pública.

## **2.2. Liberalismo conservador y negación del derecho subjetivo frente a la potestad administrativa**

### *2.2.1. Planteamiento general y contexto europeo*

Los derechos naturales del hombre frente al Estado desaparecieron de la cultura jurídica del siglo XIX por efecto del iuspositivismo. Lo hicieron virtualmente también los derechos constitucionales, esto es, los proclamados en Declaraciones solemnes y Constituciones. El Derecho público continental hurtó a tales documentos el carácter de norma suprema. La cuestión del derecho subjetivo era estrictamente infraconstitucional, de modo tal que la posibilidad de exigir a la administración comportamientos de hacer o no hacer con el beneficio de la protección judicial plena pasaba a depender enteramente de la ley. Pertenecía prácticamente en exclusiva al Derecho administrativo de la misma manera que la solución del problema del derecho subjetivo en las relaciones entre particulares correspondía al Derecho civil. Ya el Discurso Preliminar del proyecto de Código de 1821 lo expresó con toda claridad: “En el orden social no existen derechos ni obligaciones sino por disposición de la ley. Con ella nacen, y mueren con ella”. El político y jurista Antonio ALCALÁ GALIANO, liberal exaltado de juventud, y destacado líder del partido moderado en la madurez, fue aún más rotundo en 1843: “No reconozco yo un solo derecho en los individuos ni un solo punto en la Constitución que no pueda ser variado o suspendido por la autoridad (se entiende), ‘que tiene facultad de hacer las leyes y no por otra’; “enlaza esta doctrina con la de la omnipotencia parlamentaria”<sup>20</sup>. En suma, los derechos subjeti-

---

<sup>20</sup> Antonio ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho político constitucional*, Boix, Madrid, 1843, pp. 410, 414. El entrecorillado en cursiva es del original.

vos eran exclusivamente *legales*, existían en función de la ley, no de la constitución. Se trata de un planteamiento común a toda la cultura europea, cuyo origen se halla en la centralidad que el liberalismo continental asignaba a la ley para liquidar el viejo orden feudal y que, superado el ecuador del siglo XIX, desarrolló ampliamente la Escuela alemana de Derecho público.

El problema es que la ley, colocada en el centro del sistema político, atribuía derechos solo en las relaciones entre particulares y en las relaciones administrativas horizontales. Situados en el plano de la legalidad, los límites que debía respetar la administración revestida de imperio no podían funcionar como derechos subjetivos correlativos del ciudadano perjudicado por su incumplimiento. Lo impedía la finalidad de interés general a la que se orienta esencialmente toda norma reguladora de potestades administrativas. Frente a la obligación que deriva de la potestad el ciudadano contaba con un mero “interés” o derecho “secundario” (“imperfecto”, de carácter “administrativo”, “que se mezcla con el interés general”), lo que implicaba la imposibilidad de recurrir o la posibilidad de hacerlo solo ante una jurisdicción administrativa y asimétrica.

La justicia administrativa respondía a una teoría de las relaciones entre la administración y el ciudadano por completo singular. El establecimiento de un foro especial para la administración, sin las garantías de independencia y sin los remedios subjetivos propios de los procesos civiles, implicaba, por un lado, que el Estado estaba autorizado a rechazar o degradar los derechos del ciudadano frente a la administración sin sujeción a la libertad como condición preexistente de la persona; y, por otro, que consideraba efectivamente que la autoridad y el interés general están muy por encima del individuo y la libertad personal. La normalización de la desigualdad de armas y la concepción del proceso como mecanismo de protección del orden jurídico (o de posiciones subjetivas de segunda categoría) eran la expresión de un Derecho administrativo “desiusnaturalizado” y “desconstitucionalizado” que sobreprotege a la administración en cuanto encarnación del interés general, de la sociedad o del Estado<sup>21</sup>. Evidenciaba en suma que el Estado disponía de un poder ilimitado (esto es, sin límites de Derecho natural o constitucional) para decidir si, y hasta qué punto, los ciudadanos han de contar con derechos subjetivos.

El “derecho subjetivo” sintetizaba las ideas de individuo y libertad. Se concretaba en las exigencias de correlatividad y protección judicial plena en un proceso paritario. Frente a él, aflora el derecho “secundario” (“imperfecto” o “administrativo”) o “interés legítimo” como concepto basilar del Derecho administrativo continental, una síntesis de las ideas de sociedad y autoridad que retrataba la posición de inferioridad del ciudadano enfrentado a la administración. Significaba la negación del derecho subjetivo como posición correlativa a las obligaciones de la administración en “estado de mando” y, con ello, la de la protección judicial plena. Servía en suma para garanti-

---

<sup>21</sup> Las expresiones entrecomilladas, en Gonzalo MAESTRO BUELGA, “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996, pp. 119-175 (pp. 131-132).

zar inmunidad jurisdiccional a la administración o edificar una justicia administrativa especial, menos garantista que la ordinaria o civil. Corresponde abordar con algún detenimiento algunos ejemplos comparados a fin de contextualizar el caso español.

a) Durante la segunda mitad del siglo XIX, el Consejo de Estado francés fue modelando el recurso por *excès de pouvoir* no como un proceso entre partes destinado a proteger derechos subjetivos, sino como un proceso al acto de imperio destinado a tutelar el Derecho objetivo del que solo podía resultar la anulación. La jurisdicción encargada de controlar la *puissance publique* era pues una jurisdicción objetiva (o de Derecho objetivo) de carácter meramente revisor en oposición a la jurisdicción administrativa subjetiva (o de derecho subjetivo) de carácter pleno, encargada de enjuiciar los conflictos que surgían en relaciones horizontales entre el ciudadano y la administración, cuando esta llevaba a cabo actuaciones de pura gestión (p. ej., contratación, daños extracontractuales). Ciertamente, a través del recurso por exceso de poder el particular estaba autorizado a impugnar actos de autoridad, pero se entendía que actuaba cual ministerio fiscal, no como titular de derechos. Es verdad que la impugnación era admisible solo si la resolución combatida afectaba o perjudicaba personalmente al recurrente, pero ello expresaba la ambición de evitar la acumulación de asuntos, no de proteger derechos. Se afirmaba así el “interés” como simple “requisito de seriedad” de un recurso que ponía en marcha el autocontrol administrativo para garantizar la legalidad objetiva exclusivamente. Un interés que en ningún caso podía identificarse con una posición jurídico-material protegida por el ordenamiento jurídico, esto es, con un derecho<sup>22</sup>. La afirmación del interés como condición procesal de legitimación presuponía la negación del derecho subjetivo (frente a la *puissance publique*) y, con ello, la de la plena protección jurisdiccional (en el recurso por *excès de pouvoir*). En suma, el recurso por exceso de poder era un mecanismo destinado a salvaguardar el interés general protegido por la norma jurídico-administrativa incumplida mediante la expulsión del acto administrativo ilegal, no a tutelar el interés individual del ciudadano. Se consideraba que este no está contemplado en la norma<sup>23</sup>.

b) En el entorno germánico, Rudolf von GNEIST afirmaba que las normas que regulan el “ejercicio del poder” son “Derecho objetivo” al servicio del “bien público” de modo que el “carácter jurídico” del “interés” que en ellas tiene el particular no es el propio del “derecho individual”, único merecedor de “tutela jurídica”. Ese interés es un “derecho secundario” que el súbdito puede hacer valer cual ministerio fiscal en el proceso penal. El autor alumbraba así una teoría de las situaciones activas del administrado penetrada por la afirmada prevalencia del interés general que hallaba traducción procesal en su propuesta de una jurisdicción administrativa objetiva: el control a

---

<sup>22</sup> Edouard LAFERRIÈRE elaboró el concepto de “interés” (personal, directo y legítimo) como pieza que es al contencioso objetivo de anulación lo que el derecho subjetivo es al contencioso subjetivo de plena jurisdicción: “la vigilancia de los intereses lesionados constituye la mejor salvaguardia de la legalidad”. Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vols, reimpresión prologada por R. DRAGO, LGD, 1989 (original de 1887). La teorización del concepto de interés puede leerse en el tomo primero (pp. 15-19) y, sobre todo, en el segundo (pp. 367-548)].

<sup>23</sup> Con más detalle: MEDINA ALCOZ (2016: 101-108).

la administración debe realizarse siempre “en interés del *Staatsordnung*” de modo que la *Petition um den Rechtsweg* permita al ciudadano obtener protección solo indirecta frente a la acción arbitraria o parcial de la administración<sup>24</sup>. La primera figura del Derecho administrativo alemán, Otto MAYER, desarrolló esta tesis<sup>25</sup>. También se ajustaron a ella los regímenes contencioso-administrativos de los Estados del norte de Alemania. En particular, el Tribunal Superior Administrativo de Prusia adoptó el enfoque *objetivo*. Concebía el contencioso-administrativo como proceso destinado a la protección no de los derechos individuales del recurrente, sino de los intereses públicos que persiguen las normas reguladoras del poder administrativo<sup>26</sup>. El fondo de este planteamiento subsistía en los *Länder* que apostaron por una jurisdicción subjetiva destinada a proteger derechos subjetivos. El ciudadano seguía sin obtener protección judicial plena si la norma que pretendía hacer valer estaba orientada al interés general. Más precisamente, si la administración infringía una norma que perseguía objetivos colectivos, el perjudicado por el incumplimiento no tenía acceso a jurisdicción alguna, ni siquiera un recurso de Derecho objetivo. Se entendía que tal ciudadano no atesoraba un derecho subjetivo, sino un mero interés de hecho carente en cuanto tal de protección judicial. Tal es la doctrina esbozada embrionariamente por IHERING (en el marco de su concepto de derecho como interés privado jurídicamente protegido)<sup>27</sup> y formulada por Georg JELLINEK (como teoría del derecho público subjetivo: *subjektives öffentliches Recht*)<sup>28</sup>.

c) En Italia, se instituye finalmente un régimen de justicia administrativa (1889) similar al contencioso-administrativo francés y español. La administración, en sus relaciones horizontales con los ciudadanos, podía vulnerar derechos subjetivos. Las controversias consecuentes habían de corresponder a la justicia ordinaria, beneficiándose, por tanto, de la independencia judicial y la protección plena. En cambio, en las relaciones verticales, la administración solo podía vulnerar una posición subjetiva de segunda categoría, penetrada por el interés general (interés legítimo). En tal caso, la controversia se sustraía al sistema común de jueces y magistrados, pasando al Consejo de Estado. Este órgano controlaba la legalidad de los actos administrativos mediante un único instrumento: la anulación del acto administrativo ilegal. La

<sup>24</sup> Rudolf von GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, traducción de I. ARTOM, Zanichelli, Bologna, 1884 (original de 1879), en especial p. 214. El autor defendió esta postura también en la reunión de la Asociación de juristas alemanes de 1875 [Bernhard WEGENER (“Subjective Public Rights-Historical Roots versus European and Democratic Challenges”, en H. PÜNDER y Ch. WALDHOFF (ed.), *Debates in German Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 219-238 (p. 226)].

<sup>25</sup> Otto MAYER, *Derecho administrativo alemán*, t. I (*Parte general*), Depalma, Buenos Aires, 1982 (original de 1895), pp. 218-220.

<sup>26</sup> Más detalles en Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 75 ss.

<sup>27</sup> Rudolf von IHERING, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 1998 (original de 1852-1865), pp. 1025-1051, especialmente pp. 1040-1043.

<sup>28</sup> Georg JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, traducción italiana de la 2.ª ed. (1.ª ed. de 1892), Libreria, Milano, 1912 (original de 1905).

sobreprotección del interés general (con la consiguiente ruptura de la igualdad de armas característica del Derecho procesal civil) se apreciaba también en las restricciones a la revisión de los hechos apreciados por la administración activa. La justicia administrativa se presentaba como una justicia distinta y separada de la jurisdicción ordinaria con garantías de independencia y facultades tutelares más reducidas<sup>29</sup>. Tal planteamiento fue desarrollado a partir del dato legal por Oreste RANELLETTI<sup>30</sup>; se refería al interés legítimo como derecho “debilitado” (*affievolito*)<sup>31</sup>.

Los sistemas jurídicos deben juzgarse no solo en función de su marco normativo, sino también de los resultados obtenidos con él. Bajo la óptica de las garantías, lo decisivo a la postre son, no las premisas ideológicas adoptadas, tampoco las normas, ni siquiera las palabras, sino los remedios efectivamente reconocidos a través de ellas<sup>32</sup>. Como es sabido, el *Conseil d'État* elaboró una jurisprudencia creativa y audaz. Funcionó en la práctica como un órgano con criterio independiente y experto. La solución “heterodoxa” de una justicia *administrativa* demostró la posibilidad práctica de una administración sometida a la ley y, a la vez, enormemente capacitada para conformar la vida social<sup>33</sup>. El Derecho inglés era más “ortodoxo” y fiel a la idea liberal subyacente a los conceptos de derecho subjetivo y separación de poderes. Frente a los *special powers* de las autoridades y agencias gubernamentales el ciudadano podía oponer *rights*. La administración estaba sometida a los *ordinary common law principles* que gobiernan las relaciones de los particulares y a su mismo foro. Sin embargo, paradójicamente, realizaba en la práctica menos garantías que un *régime administratif* que negaba el derecho individual frente a la *puissance publique* y destinaba la justicia administrativa a la realización de los fines públicos del Derecho objetivo. El ciudadano inglés, cuando no topaba con bastiones de inmunidad de la corona directamente asegurados por la ley, tropezaba con un poder judicial extremadamente deferente hacia el Gobierno; limitaba su control a la competencia (*ultra vires*) y al procedimiento<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Ampliamente, destacando la decisiva influencia de las tesis de von GNEIST en la creación de la justicia administrativa italiana: Bernardo SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 23-214.

<sup>30</sup> Oreste RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, Angelini, 1892, pp. 3, 75-76.

<sup>31</sup> Al respecto, ampliamente, SORDI (1985). Comparando sistemas jurídicos, MEDINA ALCOZ (2016: 115-123).

<sup>32</sup> En este sentido, por ejemplo, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Alejandro Oliván: Reflexiones sobre su vida y su obra*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 86-87; Aldo TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 53.

<sup>33</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el Siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006 (original de 1972), p. 68.

<sup>34</sup> El propio DICEY destacaba positivamente que el Consejo de Estado francés había edificado “nuevos remedios para una variedad de abusos”; abusos que la *ordinary law of the land* difícilmente podría corregir –*touch*– en Inglaterra. No obstante, seguía opinando que el *droit administratif* constituía un sistema primitivo imbuido de las concepciones del Estado absoluto: Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpresión de la 8.ª ed., coords. Roger E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis, 1982 (original de 1915), p. 215; y *Comparative Constitutio-*

Ahora bien, el caudal liberador que abrieron las decisiones del *Conseil d'État* tampoco debe ocultar el profundo significado del concepto de “interés”. No cabe presentar sin más un recurso objetivo (sin posibilidad de proporcionar protección plena porque las obligaciones de la administración no son los derechos correlativos del ciudadano que padece su incumplimiento) como instrumento técnico al servicio de un sistema de garantías subjetivas solo porque a través de él Francia alcanzara mayores cotas tutelares que los ordenamientos que, o bien llevaban más lejos sus mismos presupuestos autoritarios (Alemania, España), o bien no realizaban verdaderamente sus postulados liberales (Inglaterra). Una cosa es valorar un sistema jurídico a través de sus resultados, sin fijarse solo en los conceptos —ello es absolutamente necesario—, y otra escudarse en esos resultados para dejar de valorar los conceptos en sí, sin aquilatar ni evaluar sus potencialidades. Esto último parece poco recomendable: cuando un ordenamiento jurídico importaba de Francia la justicia *administrativa* y el concepto de *interés*, traía consigo una visión autoritaria del Derecho objetivo y de las situaciones subjetivas, pero no, necesariamente, las garantías que desarrollaba el *Conseil d'État*. Por lo demás, no puede perderse de vista que el Derecho administrativo en Francia: (i) fue construido sobre las ruinas del Antiguo Régimen para servir al Imperio; (ii) hasta la Tercera República (1870) tuvo un claro componente “despótico y autoritario”, como Derecho *ex parte principis* y “aparato de obediencia”; y (iii), al configurar el recurso por exceso de poder como recurso de Derecho objetivo, impuso una serie muy relevante de trabas y limitaciones a la protección judicial del ciudadano que, silenciadas doctrinalmente durante largo tiempo, han estado vigentes hasta bien entrado el siglo xx<sup>35</sup>.

---

*nalism*, ed. J. W. F. ALLISON, Oxford University Press, Oxford, 2013 (original de 1895-1909), pp. 313-314. Sobre la discrepancia entre el Derecho inglés y francés en el plano de la realidad, así como en el de los tipos ideales construidos por DICEY y HAURIOU: Sabino CASSESE, *Derecho administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014, pp. 47-69, 143-210; y Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 440-445. Entre nosotros, revalorizando la visión de DICEY del *Droit administratif* como un Derecho de corte autoritario, Bartolomé CLAVERO SALVADOR, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 181-208.

<sup>35</sup> En este sentido, CASSESE (2014: 37, 44-46, 403-404). También Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA [“Sobre los derechos públicos subjetivos”, *REDA*, núm. 6, 1975, pp. 427-448], pese a que llegó a considerar el recurso por exceso de poder “una de las más grandes construcciones de la Historia del Derecho de todos los tiempos” a la vista de las garantías individuales producidas gracias a él. En realidad, se opuso a la configuración objetiva y revisora del contencioso francés, haciéndose eco de una tímida corriente crítica en la doctrina gala (KORNPROBST, LALIGANT). Después subrayó las importantes trabas que esa configuración producía todavía a finales del siglo xx; trabas que, según afirmaba, habían permanecido en buena medida ocultas como consecuencia de la autocomplacencia de la doctrina francesa mayoritaria: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 79-118.

### 2.2.2 *El derecho subjetivo de carácter administrativo como derecho “secundario” o “imperfecto”*

En España, el profesor PELÁEZ DEL POZO formuló muy pronto y brillantemente la teoría de la doble personalidad estatal. El Estado tendría una personalidad “civil”, con consecuente sujeción al Derecho civil y a los tribunales ordinarios, cuando actúa en pie de igualdad con los particulares; y una personalidad “administrativa” con consecuente sujeción al Derecho administrativo y al contencioso-administrativo, cuando persigue el interés general y hace valer su superioridad<sup>36</sup>. La generalidad de los autores adoptó este planteamiento, diferenciando entre el Estado-persona jurídica y Estado-poder o Estado-autoridad<sup>37</sup>. También la jurisprudencia administrativa<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> PELÁEZ DEL POZO (1849: 13-16): “El Estado ha sido y puede siempre con razón ser considerado como una *persona*; pero *persona moral colectiva* [...]. Esta persona moral constituida por lo que se llama *estado* se diferencia de la *persona individuo*; primero y principalmente en que la idea de esta persona tiene un objeto individual solo, único, y es el hombre en su naturaleza individual; mientras que el objeto de aquella es un ente colectivo; la sociedad, la reunión de varios individuos y lo inmediato en ella, no son estos individuos sino las relaciones de su reunión ó sociedad. La *persona Estado* así considerada y la *persona individuo* tienen fines distintos ó diferentes que cumplir [...]. Esto no obstante, el Estado algunas veces se individualiza, se hace, por así decirlo, de la misma condición que el individuo, á manera de una corporación cualquiera, de una sociedad de las que reconoce como individuos de derecho. Bajo este concepto, el Estado puede poseer y contratar como lo verifica el individuo, quedando sujeto al derecho común o mas propiamente al civil [...]. Al poseer y contratar como lo verifica el individuo y para los mismos fines que éste, tiene que emplear los mismos medios que el individuo emplea y sujetarse á las mismas condiciones [...]. Mas no siempre el Estado se individualiza: su personalidad no en todos los casos se limita á poseer y contratar como los individuos, sino que dirigiéndose á otros fines, cumpliendo misión distinta, *gobierna ó administrativa* [...]; elemento que por su naturaleza no cabe de lleno en la esfera del derecho civil [...]. En la *administración pura* domina el carácter de acción, lo que los romanos llamaban potestad, imperio mero, ó simple autoridad, manifestándose bajo la forma de acción ó de mando, ya espida órdenes y reglamentos, ya se limite á llevar á debida ejecución las leyes ó reglamentos que la completan”; “la esencia, pues, de lo propiamente llamado contencioso-administrativo estriba en el carácter con que la personalidad del Estado se presenta en contestación de derechos con el individuo que considera el fuero civil. Si esa *personalidad* es *civil*, las contiendas que provoque pertenecen à lo *contencioso-jurídico*, y á los tribunales ordinarios; si la *personalidad* es *gobernante ó administrativa*, las contiendas que con este carácter suscite constituyen lo *contencioso-administrativo*, y es el juez competente en ellas la misma *administración ó sus delegados*”.

<sup>37</sup> José DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la península y ultramar*, M. Minuesa, Madrid, 1866, pp. 58-61; ALFARO Y LAFUENTE (1875: 17-58); *id.*, *Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos*, Librería universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881, pp. 101-192; José GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid, 1881, pp. 8-12; Fermín ABELLA Y BLAVE, *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de hacienda*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados municipales, Madrid, 1882, pp. 14-17; Antonio María FABIÉ ESCUDERO, *Comentario de la Ley para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1889, pp. 68-70; José María CABALLERO Y MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, t. I, Escar, Zaragoza, 1902, pp. 11-12.

<sup>38</sup> El profesor GUASP, tras analizar la doctrina y la jurisprudencia administrativas, concluyó que el dualismo Estado-poder y Estado-persona jurídica dominaba en ellas como criterio esencial para distinguir el Derecho administrativo del Derecho civil, así como para deslindar las competencias entre las jurisdicciones contenciosa y ordinaria; Jaime GUASP DELGADO, “El ‘derecho de carácter adminis-

Insistía en que el Estado a veces “desciende de la altura en que se encuentra colocado sobre los ciudadanos, se nivela con ellos y participa de sus mismos derechos y obligaciones; es, en una palabra, persona jurídica”; ejercita así “derechos civiles” cuando “adquiere, enajena, cede, arrienda o reclama bienes que le pertenecen como persona jurídica”. Pero se sustrae por completo a esa personalidad, al Derecho civil y al fuero común “cuando usa libremente de la plenitud de su autoridad, sin otro correctivo que la responsabilidad que sus mandatarios contraen ante las Cortes y la opinión pública, cuando dicta reglamentos para la ejecución de las leyes, cuando declara la utilidad pública de una obra, o cuando nombra funcionarios de cierta clase”; también cuando “al administrar procede aplicando prescripciones legales o reglamentarias, o sujetándose a cláusulas pactadas por él mismo con los particulares”<sup>39</sup>.

Ciertamente, la justicia administrativa de 1845 tenía atribuido el conocimiento de asuntos de naturaleza “civil” en el sentido expuesto, caracterizados por la relación de igualdad de las partes (contratos de obras y servicios públicos, ventas de bienes nacionales ligadas a las desamortizaciones, algunas cuestiones de minas). No obstante, estas atribuciones se interpretaban como “casos de excepción que no relajan el principio general de que las cuestiones que nacen del derecho civil y se ventilan entre los particulares sin mezcla de intereses públicos, son de la competencia del poder judicial”<sup>40</sup>. En suma, no desmentían la configuración del contencioso-administrativo como jurisdicción especial de la administración en estado de mando.

Sobre esta base, los autores y el Consejo Real (o de Estado) elaboraron la distinción entre el derecho subjetivo de carácter “civil” y el derecho subjetivo de carácter “administrativo”, a la postre plasmada en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888. El primero, de acuerdo con su formulación legal, era el atribuido al ciudadano frente a otro particular o frente al Estado “en cuanto persona civil” situada “en relación de igualdad con él”<sup>41</sup>; su protección correspondía a la jurisdicción ordinaria (art. 4.2) con solo algunas excepciones, heredadas de la justicia administrativa originaria (p. ej., las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la administración: art. 5)<sup>42</sup>. El segundo era

---

trativo’ como fundamento del recurso de contencioso”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, p. 18.

<sup>39</sup> Tomo la cita de GALLOSTRA Y FRAU (1881: 8-9), quien consigna “la doctrina que hace algunos años sentó nuestro consejo de Estado en uno de sus más luminosos informes”. Menciona también esta decisión ABELLA Y BLAVE (1882: 14).

<sup>40</sup> DÍAZ UFANO Y NEGRILLO (1866: 61-62). En el mismo sentido, por ejemplo, ALFARO Y LAFUENTE (1867: 18-19) y FABIÉ ESCUDERO (1889: 68-69).

<sup>41</sup> Esta definición puede leerse en el discurso de Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES ante el Congreso (*Diario de Sesiones* núm. 11, de 14 de diciembre de 1887, pp. 221-223), reproducido en Luis MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, pp. 515-542, de donde se toma la cita (p. 519).

<sup>42</sup> Artículo 4.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888: “Se considerarán de índole civil y de la competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado

la posición correlativa a las condiciones normativas impuestas a las “potestades” de la administración (arts. 1, 2 y 4.1º)<sup>43</sup>; podía hacerse valer en el contencioso-administrativo. La ponencia XI del Congreso jurídico español de 1886, enunciando un criterio tradicional, señalaba que el contencioso-administrativo debía reparar la violación del “derecho subjetivo administrativo”; violación que se produce cuando la “Administración, en uso de su potestad establecida por las leyes, infringe un derecho particular nacido de la regla administrativa que debe servirle de norma, ley, reglamento o contrato”<sup>44</sup>. El principal artífice del sistema, Vicente Santamaría de Paredes, definía igualmente la lesión del “derecho de carácter administrativo” como la infracción “en perjuicio del particular” de la “ley o reglamento” que fija “ciertas condiciones para el ejercicio de la potestad administrativa”<sup>45</sup>. El derecho venía a ser una noción sinónima de regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesta a regla o norma de Derecho civil<sup>46</sup>. Debía entenderse vulnerado siempre que su incumplimiento efectivo hubiera perjudicado al recurrente.

De modo que el ciudadano podía oponer posiciones casi homónimas en el proceso civil y en el contencioso-administrativo, pero la superioridad del interés general justificaba que fueran esencialmente distintas porque unas estaban mucho menos protegidas que otras. El derecho de carácter administrativo careció siempre de las garantías de imparcialidad, independencia, profesionalidad y tutela características del derecho de carácter civil, incluso después de la judicialización parcial del contencioso-administrativo promovida a finales del siglo XIX. Además de mayores dependencias respecto de la administración activa y la eventual integración de vocales no profesionales en los tribunales administrativos inferiores (profesores de instituto y de escuelas de comercio sin estudios de jurisprudencia), cabe destacar los siguientes elementos:

a) El contencioso-administrativo quedó configurado como una segunda instancia o recurso de casación contra resoluciones administrativas definitivas, necesariamente precedido de una vía gubernativa y enteramente condicionado por lo probado, alegado y decidido dentro de ella. Ciertamente, las Leyes de 1845 regulaban el proceso de modo muy similar a los enjuiciamientos civiles: se iniciaba con demanda del par-

---

como persona jurídica, ó sea como sujeto de derechos y obligaciones”. No obstante, de acuerdo con el art. 5: “Continuarán, sin embargo, atribuidas á la jurisdicción contencioso-administrativo las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la administración central, provincial y municipal para obras y servicios públicos de toda especie”.

<sup>43</sup> Tales preceptos establecían que los “particulares” podían interponer el “recurso contencioso-administrativo” en defensa de su “derecho de carácter administrativo” contra resoluciones administrativas adoptadas en ejercicio de “facultades regladas”, excluyendo las cuestiones referentes a la “potestad discrecional”.

<sup>44</sup> La indicada ponencia se halla recogida íntegramente en MARTÍN REBOLLO (1975: 578).

<sup>45</sup> Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Diario de Sesiones* núm. 11, de 14 de diciembre de 1887, en MARTÍN REBOLLO (1975: 520). En parecidos términos, SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, 8ª ed., Imprenta española, Madrid, 1914, pp. 66-69, 749-762.

<sup>46</sup> José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso”, *RAP*, núm. 55, 1968, pp. 65-112 (p. 104).

ricular sin que tuviera que versar imperiosamente sobre decisiones formalizadas, sin necesidad de recurso administrativo previo, sin sujeción a plazos de interposición y sin limitación de los medios de prueba. Sin embargo, la jurisprudencia pronto exigió el acto administrativo como condición de admisibilidad de la demanda, así como la interposición del recurso dentro de breves plazos, haciendo girar las alegaciones y pruebas en torno a lo previamente decidido y demostrado en la vía administrativa: “el procedimiento contencioso-administrativo, más que un verdadero juicio, es la revisión de un acto administrativo”<sup>47</sup>; “la vía contenciosa no puede tener cabida sin que preceda una providencia gubernativa que, causando estado, ofenda o lastime el derecho de los particulares” (Real Decreto Sentencia de 8 de agosto de 1858); “la vía contenciosa no tiene otro carácter que la revisión o el examen de aquella providencia” (Real Decreto Sentencia de 10 de junio de 1868). El régimen de 1888 recogió estos criterios. Explicitó, en particular, la exigencia de la resolución administrativa definitiva como requisito para admitir el recurso contencioso-administrativo (art. 1.1º de la Ley) y la regla general de que los hechos relevantes en el proceso son solo los apreciados por la propia administración en el expediente gubernativo (art. 327 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1889)<sup>48</sup>.

b) La justicia administrativa preservó en todo momento relevantes espacios de inmunidad de la administración sin derechos o con derechos débilmente protegidos: entre ellos, la potestad reglamentaria (los reglamentos ilegales no podían ser objeto de impugnación)<sup>49</sup>, la ejecución de sentencias firmes (que correspondía a la propia administración) y la discrecionalidad administrativa. Ciertamente, la tradicional in-

<sup>47</sup> Antonio ALCÁNTARA PÉREZ y Juan MORALES SERRANO, *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados públicos*, t. I, Imprenta de J. E. Morete, 1866, p. XXVIII.

<sup>48</sup> Se ha debatido en torno al preciso momento en que quedó establecido el carácter revisor de la justicia administrativa. De acuerdo con el profesor NIETO, estaba ya implícito en las leyes de 1845 de creación de la justicia administrativa: Alejandro NIETO GARCÍA, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, *RAP*, núm. 57, 1968, pp. 9-34; *id.*, “Del Consejo Real como elemento del Gobierno constitucional”, *RAP*, núm. 84, 1977, pp. 537-552. Según PARADA VÁZQUEZ [(1968: 65-112) y “Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo”, *RAP*, núm. 59, 1969, pp. 41-70] habría sido más bien una elaboración jurisprudencial temprana. Investigaciones sucesivas han reforzado esta última tesis, sin perjuicio de reconocer que el acto previo como condición de admisibilidad se hallaba ya en el Reglamento del Consejo de Real de 30 de diciembre de 1846 (arts. 1.2º y 51) y que pronto acabó convertido en patrón de la sentencia, sin posibilidad de plantear en la vía contenciosa lo no pedido ni resuelto en la gubernativa: Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *RAP*, núm. 77, 1975, pp. 81-180; BETANCOR RODRÍGUEZ (1992: 117-196); Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 607-642.

<sup>49</sup> La jurisprudencia contencioso-administrativa excluyó siempre el recurso directo y limitó enormemente el alcance del indirecto, inmediatamente dirigido a los actos de aplicación; recurso que había previsto explícitamente la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888 (art. 3). Solo la Constitución de 1869 y la Ley provisional sobre organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870 abrieron algún resquicio al control judicial en este ámbito al autorizar la inaplicación judicial del reglamento ilegal. Sobre ello, ampliamente: Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 56-65.

fiscalizabilidad de la discrecionalidad, reafirmada en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888 (arts. 1.2º y 4.1º), no impedía por sí el control de los requisitos legales que enmarcaban su ejercicio, concebidos como derechos subjetivos de carácter administrativo. Sin embargo, durante muchos años la justicia administrativa controló solo la aplicación de las reglas de forma o procedimiento, sin tomar en consideración otros principios jurídicos, como la prohibición del abuso de poder. A su vez, la catalogación de un acto como discrecional operó, al menos hasta principios del siglo xx, como motivo de inadmisión liminar, sin que, en consecuencia, pudiera trabarse un debate de fondo en torno a la eventual concurrencia de límites jurídicos y su posible inobservancia. Por lo demás, las resoluciones administrativas adoptadas en determinadas materias (orden público, salud, defensa del territorio y “concesiones de toda especie”) se reputaban discrecionales por naturaleza con entera independencia del grado efectivo de programación normativa (arts. 4 y 6 del Real Decreto de 29 de diciembre de 1890).

La literatura jurídica subrayó elocuentemente desde el principio las diferencias entre los derechos de carácter civil, que podían hacerse valer con plenitud de tutela ante la jurisdicción, y los derechos de carácter administrativo, cuya protección quedaba atribuida al contencioso-administrativo. De acuerdo con BORDIÚ Y GÓNGORA, los derechos administrativos son las posiciones atribuidas al hombre no en cuanto “ser individual”, sino en cuanto “ser social”, obligado a “contribuir al buen gobierno”; la “conveniencia pública” requiere “disminuir las garantías” propias de los “juicios civiles” y que “contra los actos de *imperio* de la administración no puedan alegarse derechos propiamente dichos”; “la administración está, pues, en el caso de cumplir su misión por sí misma, sin que el poder judicial entorpezca su marcha só pretexto de que huella derechos individuales”<sup>50</sup>. Según MALO DE MOLINA, los derechos administrativos son los “que se mezclan con el interés general que defiende la Administración”, que solo pueden dar lugar a una “controversia cuasi judicial”, esto es, al “contencioso-administrativo”<sup>51</sup>. También para GALLOSTRA: “la administración tiene que preocuparse del bienestar del individuo, pero armonizándolo con el interés de la colectividad; y así cuando el interés individual se presenta en pugna con el interés social, la Administración prefiere á éste y sacrifica á aquel, si es necesario. He aquí las diferencias. Por eso son de índole tan distinta los derechos que reconoce y ampara la Administración, de los que la Justicia ampara ó confirma”<sup>52</sup>. POSADA HERRERA se refirió al derecho de carácter administrativo como derecho “imperfecto” en uno de sus últimos escritos: “La noción de esta justicia [la contencioso-administrativa] es una extensión de la justicia ordinaria á derechos más imperfectos que los civiles de las personas”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> BORDIÚ Y GÓNGORA (1846: 20, 23, 34, 50).

<sup>51</sup> MALO DE MOLINA (1861: 9 y 23).

<sup>52</sup> GALLOSTRA Y FRAU (1881:123)

<sup>53</sup> José POSADA HERRERA, prólogo a J. GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid, 1881, p. XI.

Avanzado el siglo XIX, GONZÁLEZ CARMONA rechazó elocuentemente la doble personalidad estatal y, con ello, la especialidad tanto del derecho subjetivo de carácter administrativo como de la jurisdicción encargada de protegerlo<sup>54</sup>. No obstante, la categoría del derecho subjetivo de carácter administrativo como fundamento de una justicia especial cristalizó en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888 y siguió contando con destacados defensores, como José María CABALLERO Y MONTES<sup>55</sup> y Jaime GUASP DELGADO<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Alfonso GONZÁLEZ CARMONA, *La materia contencioso-administrativa: teoría, legislación vigente, jurisprudencia*, Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid, 1891, pp. 45-55: “para justificar la supuesta especialidad de los derechos administrativos fue preciso antes distinguir con diversidad de palabras los dos conceptos idénticos, *la Administración administrando y la Administración gestionando*”; sin embargo “ni gramatical ni teóricamente hay diferencia entre la Administración, *administrando como autoridad* y la Administración *gestionando como persona jurídica*”; “en todos los casos en que la Administración deniega derechos de los particulares ó les impone obligaciones excesivas, ya tales derechos y obligaciones nazcan de la ley, ya nazcan de actos de la libre voluntad, obra siempre como persona jurídica y siempre debe quedar sometida como los demás litigantes de igual condición, á la resolución que sobre tal colisión de derechos diesen en el juicio competente los Tribunales del fuero común”; “no hay entre unos y otros derechos más que la diferencia puramente convencional y arbitraria que, á beneficio de la mayor extensión en las facultades de la Administración, y con menoscabo siempre de las funciones propias de la Justicia, se ha querido establecer”.

<sup>55</sup> CABALLERO Y MONTES (1902: 198-208) presentó la distinción entre derechos civiles y administrativos como una cuestión doctrinalmente muy debatida de enorme interés tanto para la práctica como para la ciencia. Tras remitirse a las abundantes aportaciones de la *Revista de los Tribunales* (1891 y 1892), sintetizó las dos posturas fundamentales, de las que eran exponentes destacados, respectivamente, ALFARO Y LAFUENTE, defensor de la justicia administrativa judicializada y del derecho subjetivo de carácter administrativo; y GONZÁLEZ CARMONA, contrario tanto al contencioso-administrativo como al derecho de carácter administrativo como posición subjetiva diferente del derecho de carácter civil. CABALLERO aceptaba la categoría como elemento del Derecho constituido. Situándose en línea con la jurisprudencia administrativa, consideraba que un derecho “reviste carácter administrativo si la ley que lo regula es ley administrativa”; “el derecho vulnerado ha de estar establecido en algún precepto de carácter administrativo”.

<sup>56</sup> El profesor GUASP (1940: 11-23) se mostraba proclive a asimilar la jurisdicción contencioso-administrativa a la civil. Prefería hablar de “acción contencioso-administrativa” en lugar de “recurso contencioso-administrativo” porque aceptar que nos hallamos en este caso ante un verdadero recurso “equivaldría a admitir el carácter procesal de las actuaciones practicadas en la vía gubernativa”; “parece mucho más lógico afirmar que la actividad jurisdiccional *no comienza* hasta que propiamente intervienen los Tribunales”. A su vez, alineándose con GONZÁLEZ CARMONA, rechazaba *de lege ferenda* la distinción entre el Estado persona jurídica y Estado poder, así como la diferenciación resultante entre derechos civiles y administrativos: “lleva a escindir la unidad del concepto de Estado” y “hace suponer que hay ocasiones en el que el Estado no actúa como tal persona jurídica”; “sin hacer profesión de fe dentro de la escuela vienesa (es decir, sin creer como Kelsen que el Estado no es más que un conjunto de normas jurídicas o la expresión para designar la unidad de tal sistema) parece indudable que [...] el Estado no puede concebirse sino como un sujeto de este mismo orden, es decir, como persona jurídica”; “no aceptamos, pues, la dirección dominante y creemos más defendible la crítica de González”. Ahora bien, bajo una perspectiva *de lege lata*, a la vista de las previsiones de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1888, consideraba obligado aceptar aquellas distinciones, si bien proponía enunciarlas con términos más correctos, sustancialmente coincidentes con los utilizados un siglo antes por PELÁEZ DEL POZO: “cuando la Administración aparece en una relación jurídica al mismo nivel que los particulares, en coordinación con ellos la relación pertenece al derecho privado; cuando,

### 2.3. Crisis del liberalismo y negación del derecho subjetivo como categoría

A principios del siglo xx, la crisis de la democracia liberal propició la reafirmación en toda Europa de la incompatibilidad entre la potestad administrativa y el derecho individual y, más precisamente, la idea de que, si la administración infringe límites orientados al interés general, el ciudadano carece de derechos subjetivos correlativos y, por tanto, de la posibilidad de recabar protección judicial; puede todo lo más activar un proceso de carácter revisor destinado principalmente a tutelar el Derecho objetivo.

a) Léon DUGUIT teorizó un concepto “solidarista” de libertad, fundando abiertamente el recurso por *excès de pouvoir* en la negación del derecho subjetivo como categoría<sup>57</sup>. Maurice HAURIUO contribuyó igualmente a afianzar el contencioso objetivo de anulación, basándolo en la idea de que el Estado aglutina y aliena la conciencia y la voluntad de cada uno de los miembros de la comunidad. Ello justificaría que la administración en “estado de mando” acepte un “compromiso arbitral menor” que la que adopta comportamientos de mera gestión<sup>58</sup>. Dos maestros del Derecho administrativo italiano (Enrico GUICCIARDI<sup>59</sup> y Santi ROMANO<sup>60</sup>) razonaban en igual sentido que el régimen de las potestades administrativas y, en general, la norma que persigue la realización del interés general impone deberes administrativos sin derechos individuales correlativos. A través del recurso de legitimidad y la anulación del acto ilegal el ordenamiento protege principalmente el interés general y solo derivadamente el interés individual (interés legítimo); de ahí las limitadas facultades del juez administrativo y las dificultades en materia de prueba. Ottmar BÜHLER desarrolló para el Derecho administrativo alemán el concepto (restringido) de derecho público subjetivo a través de la llamada teoría de la norma protectora: *Schutznormtheorie*<sup>61</sup>. Suponía, en sustancia, la negación del derecho individual y de la consecuente protección judicial subjetiva siempre que la norma incumplida respondiera al interés general. El ciudadano perjudicado por su incumplimiento atesoraba un simple interés que no merecía en cuanto tal protección jurídica alguna.

---

por el contrario, la Administración se mueve en un plano superior, nos hallamos ante una relación de carácter público”.

<sup>57</sup> Léon DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de L'État. Conférences faites a L'École des Hautes Études Sociales*, 3.ª ed., Librairie Félix Alcan, Paris, 1922, pp. 6-40; *id.*, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1921, p. 185.

<sup>58</sup> Maurice HAURIUO, “La gestión administrativa”, en *Obra escogida*, trad. J. A. SANTAMARÍA PASTOR/S. MUÑOZ MACHADO, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976 (original de 1899), pp. 165-181; *id.*, *Precis de droit administratif*, 8ª ed., Sirey, Paris, 1914, p. 436; *id.*, *Principes de Droit public*, 2.ª ed., Sirey, Paris, 1916, pp. 267-279.

<sup>59</sup> Enrico GUICCIARDI, “Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa”, en *Studi di giustizia amministrativa*, Edit. Torinese, Torino, 1967 (original de 1937), pp. 1-23.

<sup>60</sup> Santi ROMANO, *Fragments de un dictionario juridico*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964 (original de 1947), pp. 89-95.

<sup>61</sup> Ottmar BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, W. Kohlhammer, Berlin, 1914.

b) Entre nosotros, el profesor José GASCÓN Y MARÍN acertó a captar esta tendencia del Derecho administrativo europeo, destacando que, en realidad, arraigaba en los orígenes mismos del contencioso-administrativo<sup>62</sup>. Este profesor, al igual que la generalidad de los autores españoles<sup>63</sup>, rechazaba en perfecta consonancia con los europeos que los límites impuestos a la administración en beneficio del interés general pudieran funcionar como derechos subjetivos correlativos merecedores, en cuanto tales, de protección judicial plena. Reconocían solo una posición subjetiva menor que empezaba a retratarse también entre nosotros con el significante “interés legítimo”, tanto en los escritos académicos como en la legislación de régimen local<sup>64</sup>. Ciertamente, a través del concepto de “interés”, los autores y la legislación pretendían aumentar el control contencioso-administrativo; en particular, impedir que la presencia de elementos discrecionales funcionara como óbice de admisibilidad. Ahora bien, no debe perderse de vista la impronta autoritaria de la noción; respondía a la ideología que afirmaba siempre la superioridad del interés general sobre el particular, negaba que las leyes administrativas atribuyeran derechos individuales, configuraba el proceso como un mecanismo anulatorio para la protección del Derecho objetivo y rechazaba en consecuencia que el particular pudiera obtener tutela judicial plena frente al incumplimiento de las normas que limitan el ejercicio de las potestades administrativas<sup>65</sup>.

El nazismo llevó al paroxismo el concepto autoritario de derecho imperfecto o interés. Al interpretar que todo el orden jurídico debía entenderse establecido al exclusivo servicio de la comunidad, la teoría de los derechos públicos subjetivos arrojaba una

---

<sup>62</sup> José GASCÓN Y MARÍN, *Las garantías jurídicas del ciudadano y la evolución del recurso contencioso-administrativo*, Madrid, 1917, pp. 20, 24, 37: “[T]oda la tendencia moderna va en pro, no de la mera consideración del poder ejercido por un individuo ó ejercido por una autoridad, sino de la finalidad objetiva del ejercicio de ese mismo poder, de la realización del bienestar general, del bien público [...]. Desde el momento en que aparezca que aquello que el juzgador tiene que atender no es meramente la consideración jurídico-subjetiva del que manda ó la situación subjetiva del que debía obedecer como administrado, sino examinar si ha sido ó no cumplido el fin para el cual fue creado, instituido el servicio público, el problema es completamente distinto [...]. La ampliación que la nueva materia administrativa lleva consigo se traduce forzosamente en la base de carácter objetivo que se dé á todo el elemento jurisdiccional”. Subrayó igualmente la importancia que nuestros primeros administrativistas asignaban al contencioso-administrativo como instrumento de protección del “interés social”.

<sup>63</sup> GASCÓN Y MARÍN (1917: 26, 38, 50); Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid, 1920, pp. 15-35, 52-55); *id.*, *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho español)*, prólogo de M. HAURIOU, Victoriano Suárez, Madrid, 1929, pp. 273-287; José María PI Y SUÑER, *Lo contencioso-administrativo*, versión taquigráfica revisada, completada y anotada del curso profesado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Centro de Administración Municipal, Barcelona, 1928, p. 32; Carlos GARCÍA OVIEDO, “El recurso contencioso-administrativo en la nueva Constitución española”, *Revista de Derecho Público*, 1932, pp. 298-299.

<sup>64</sup> Estatuto municipal de 1924 (art. 253), Ley municipal de 1935 (art. 223), Ley de bases de régimen local de 17 de julio de 1945 [base 59, párrafo segundo, letra b)] y texto articulado de 1950 [art. 386.3 b)]. Cfr. Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, “Acción popular y recursos administrativos contra los actos de la Administración local”, *RAP*, núm. 11, 1953, pp. 221-267.

<sup>65</sup> Más detalles en MEDINA ALCOZ (2016: 170-181).

conclusión clara: el Derecho objetivo nunca atribuye verdaderos derechos individuales. El derecho público subjetivo desaparecía pura y simplemente sin derogación de la Constitución de Weimar de 1919, sin reformas legislativas y sin necesidad de variar un ápice la dogmática decimonónica que lo alumbró. Antes bien, la extinción de los derechos era en cierto modo una consecuencia de ella<sup>66</sup>. El Estado de esclavos dejó de ser solo la solución lógicamente posible imaginada (y rechazada solo en términos morales) por JELLINEK para convertirse sin más en regulación vigente. La literatura jurídica lo afirmaba abiertamente: “en lugar del principio individualista se halla ahora el de la comunidad como fundamento de Derecho público, incompatible con la idea de personalidad jurídica”<sup>67</sup>. Aún más claramente: “el concepto de libertades individuales de la persona en oposición a la autoridad del Estado” tiene “que desaparecer; no es conciliable con el principio nacionalista del Reich” porque “no hay libertades individuales de la persona que caigan fuera del dominio del Estado ni que deban ser respetadas por el Estado”<sup>68</sup>. De modo que la posición del ciudadano frente al ordenamiento (y ante las obligaciones que este impone a la administración) era siempre de mero interés; tenía solo las ventajas que indirectamente recibía de él, esto es, un efecto reflejo del Derecho objetivo.

El problema no era tanto que el iuspositivismo imperante en la cultura jurídica permitiese al Estado reformar el orden jurídico para suprimir derechos; era, más bien, que una concreta teoría desarrollada dentro de él —la que afirmaba la intrínseca incompatibilidad entre el interés general y el derecho subjetivo— pudo ser utilizada por el nacionalsocialismo para negar toda posición individual de poder frente al Estado sin necesidad de cambiar el ordenamiento jurídico<sup>69</sup>. De modo que, al negar el derecho subjetivo y afirmar el contencioso objetivo, el Derecho público nacionalsocialista se apoyó en una idea que el Derecho administrativo de toda Europa, no solo Alemania, venía formalizando teóricamente y desarrollando al menos desde mediados del siglo XIX: la supremacía del Estado sobre el individuo, del interés general sobre el particular, la incompatibilidad intrínseca entre el derecho individual y el interés general.

En el año 1942, el profesor Antonio ROYO VILLANOVA se hizo eco de que el derecho subjetivo había desaparecido dentro del Derecho administrativo alemán: “el nacionalsocialismo solo reconoce al individuo como miembro de la comunidad,

<sup>66</sup> Durante sus primeros años, el nazismo alumbró un “alud” de leyes y decretos, pero en ningún momento sintió la necesidad de abolir oficialmente la Constitución de Weimar. Cfr. Hannah ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998 (original de 1951), pp. 479-483.

<sup>67</sup> Las palabras son de Reinhard HÖHN, *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934. Tomo la cita de Francisco SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 351.

<sup>68</sup> Ernest Rudolf HUBER, *Verfassungsrecht des grossdeutschen Reiches*, 2.ª ed., Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1939. Tomo la cita de Leonard PEIKOFF, *The ominous parallels*, Meridian, New York, 1982, p. 7.

<sup>69</sup> De hecho, los juristas alemanes se apoyaban explícitamente en autores como GIERKE y DUGUIT. Lo destaca John Maurice KELLY, *Storia del pensiero giurico occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 439-440.

como miembro de su familia, de su sindicato, de su nación. Desaparece, pues, en el nacionalsocialismo el derecho público subjetivo, al extinguirse su contenido, esto es, el reconocimiento de la libertad individual, de los intereses individuales”<sup>70</sup>. A la vista del “auge y desarrollo del interés nacional” dentro del Derecho administrativo español y de la correlativa pérdida de importancia de los “intereses particulares”, el autor se pregunta: “¿qué amplitud tiene en el nuevo régimen la noción de derecho público subjetivo?, ¿puede afirmarse, como sostiene la moderna doctrina alemana, que ha desaparecido tal noción?”. En consonancia con toda la doctrina administrativa europea, entiende que también en el Derecho español la norma destinada al interés general no atribuye derechos por definición; el individuo que padece su incumplimiento carecerá de protección jurídica o, todo lo más, obtendrá una “protección indirecta”, esto es, la que pueda resultar para el particular de los recursos que el legislador haya querido conceder para “el logro de los intereses generales y el cumplimiento de la ley”: “De aquí que haya que distinguir los derechos subjetivos y los intereses legítimos”; solo los primeros merecen una tutela judicial propiamente dicha. Siendo este el planteamiento, no quedaba más remedio que admitir que la noción de derecho subjetivo también entre nosotros “se ha reducido considerablemente”, no solo por “el gran desarrollo de la potestad discrecional”, sino sobre todo por “la exaltación del interés nacional como fin supremo de la Administración pública”: el Derecho administrativo del “Nuevo Estado” no es “un conjunto de reglas encaminadas a garantizar los derechos de los particulares frente al poder de la Administración, sino que, como todo el Derecho público de un país, tiende a regular la vida nacional, de manera que pueda realizarse la misión histórica de la nación”.

En efecto, el individuo del “Nuevo Estado” solo contaba con derechos subjetivos (y, en consecuencia, con la posibilidad de obtener protección plena) en las relaciones paritarias regidas por el Derecho civil y ventiladas en la jurisdicción ordinaria. Frente a las potestades de la administración central carecía incluso del tradicional derecho secundario de carácter administrativo; no podía obtener siquiera la protección menor que dispensaba la jurisdicción contencioso-administrativa habida cuenta de que la Ley de 27 de agosto de 1938 la había suprimido, manteniéndola solo respecto de las resoluciones locales<sup>71</sup>. La Ley de 18 de marzo de 1944 restableció el recurso contencioso-

---

<sup>70</sup> Antonio ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, t. I., 17.<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada con la colaboración de su hijo Segismundo, Librería Santarén, Valladolid, 1942, pp. 70-71; t. II, 799-802. Hizo la misma apreciación el profesor José GASCÓN Y MARÍN, *Derecho administrativo. Principios y legislación española*, t. I, *Doctrina general*, 7.<sup>a</sup> ed., C. Bermejo, Madrid, 1941, p. 162): “El acentuarse el carácter objetivo del ‘estado de derecho’ en los nuevos regímenes políticos ha planteado el problema de la existencia o no de derechos públicos subjetivos, por diferenciar la protección del derecho de la comunidad de la del derecho verdaderamente individualizado [...]. El Derecho público subjetivo de la doctrina individualista liberal no se armoniza con los principios del régimen alemán”. En la misma línea, Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN, *Manual de Derecho administrativo*, Librería General, Zaragoza, 1941, pp. 229-231.

<sup>71</sup> Ahora bien, el profesor ROYO VILLANOVA (1942: t. I, 70-71; t. II, 799-802), a diferencia de los autores nacionalsocialistas, consideraba esencial asegurar una justicia administrativa profesionalizada completamente independiente, haciendo lo posible por desactivar la Ley de 27 de agosto de 1938:

administrativo, pero no del todo; quedaron excluidas algunas materias (depuraciones, responsabilidades políticas, desbloqueo, prensa, propaganda y determinadas cuestiones de personal). Se creó, a su vez, un recurso administrativo especial (llamado de “agravios”, sucesivo al ordinario de reposición) para una de aquellas materias (cuestiones de personal) por “vicio de forma o infracción expresa de una Ley, un reglamento o precepto administrativo”; lo resolvía el Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado (art. 4). Se regresaba así a una justicia administrativa *retenida* destinada a la protección de la legalidad objetiva<sup>72</sup> o, todo lo más, de una posición activa menor penetrada por el interés general (interés legítimo)<sup>73</sup>. Lo afirmaba la propia exposición de motivos de la Ley al declarar que esta nueva jurisdicción “de orden administrativo” sirve para corregir “errores de la Administración”, no para reparar “verdaderas conculcaciones de derechos”. La “jurisprudencia de agravios” desarrolló al efecto el concepto autoritario de “interés”: “la finalidad principal del recurso de agravios no es la de proteger un derecho, sino la de restaurar la legalidad violada” (dictamen del Consejo de Estado de 24 de noviembre de 1948); “a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, el recurso de agravios puede fundarse tanto en infracción legal como en vicio de forma, lo cual indica que la legitimación no viene determinada por la titularidad de un derecho subjetivo lesionado, ya que no puede invocarse nunca un derecho subjetivo a la forma”, debe ostentarse “un interés personal, directo y legítimo en que se revoque la resolución impugnada” (Orden de 12 de noviembre de 1949).

De acuerdo con GASCÓN Y MARÍN, el restablecimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa y la creación de la nueva justicia administrativa de agravios pretendían intensificar el “estado de Derecho objetivo, como es característica de los nuevos regímenes políticos, en el que se proteja la situación reconocida a los particulares en interés de la comunidad política”; suponen “la afirmación del principio de legalidad como norma de actuación de los servicios públicos, como principio básico de la actividad decisoria de las actividades administrativas y como interés supremo del Estado, de que las leyes y disposiciones legales generales dictadas por los órganos competentes tengan siempre su conveniente efectividad al ser aplicados en casos concretos”<sup>74</sup>.

---

“Si las Diputaciones y Ayuntamientos, entidades dotadas de Poder público, han de observar las leyes, siendo los tribunales los encargados de velar por su cumplimiento, ¿por qué la Administración central ha de mirar con recelo a los Tribunales administrativos?”. El concepto “autoritario” de interés constituyó la palanca que de algún modo permitía disimular la defensa de esta maltrecha institución liberal: la afirmación del Estado autoritario “no significa que desaparezcan todos los intereses individuales para el Derecho”; algunos de estos “merecen y obtienen la protección del Derecho” a través de la “posibilidad de acudir a una autoridad, especialmente de carácter judicial”; “verdad es que estos intereses particulares solo obtienen protección en tanto que no estén en pugna con el supremo interés nacional, pero no es menos cierto que una vez garantizado el bien de la nación, nada se opone a que los intereses legítimos de los ciudadanos alcancen una tutela eficaz”.

<sup>72</sup> Cfr. Antonio PÉREZ HERNÁNDEZ, *Naturaleza jurídica del recurso de agravios*, Publicaciones del Consejo de Estado, Madrid, 1954.

<sup>73</sup> Fernando GARRIDO FALLA, “El interés para recurrir en agravios”, *RAP*, núm. 9, 1952, pp. 157-174.

<sup>74</sup> José GASCÓN Y MARÍN, “Restablecimiento del recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 14, 1944, pp. 271-274.

### 3. DEL ESTADO AUTORITARIO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

#### 3.1. La protección de los derechos: el derecho subjetivo como autonomía de la voluntad

##### 3.1.1. *La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo, en general*

Tras la Segunda Guerra Mundial, cambia el espíritu del tiempo. La Europa occidental rechaza firmemente los horrores de la guerra, el totalitarismo y la estadolatría de la cultura político-jurídica del siglo XIX. En su lugar recupera abiertamente los postulados básicos del iusnaturalismo en la forma y en el fondo. En cuanto a la forma, la declaración de derechos, texto emblemático de las Revoluciones liberales, reaparece a través de tratados internacionales y nuevas constituciones. Respecto del fondo, estas nuevas declaraciones *reafirman* sin ambages aquellos postulados liberales. Proclaman frente al Estado derechos, afirmándolos universales, inviolables e inherentes al hombre en cuanto tal y expresando su propósito de entroncar directamente con la Escuela de Derecho natural<sup>75</sup>. En consonancia con la lógica universalista y antinacionalista inherente a estas declaraciones, los Estados europeos aceptaron someterse a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y emprendieron un proceso de integración en entidades supranacionales, antecedentes de la actual Unión Europea.

La reafirmación de los postulados liberales y la integración europea supusieron un giro copernicano que obligó en toda Europa a abrir un proceso de refundación del Derecho administrativo. Se trataba, dicho esquemáticamente, de transformar regímenes totalitarios (u ordenamientos ajustados a los postulados del Estado de Derecho objetivo) en un Estado de derechos (subjetivos)<sup>76</sup>. La idea de derecho subjetivo como ámbito de libertad enraizado en la capacidad del individuo para elegir sus fines cristalizó en las normas del Derecho administrativo. Los principios de corre-

<sup>75</sup> “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas [estamos] resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles [y] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (Carta de las Naciones Unidas de 1945); “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de las Naciones Unidas); los miembros del Consejo de Europa, “[r]eafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales”, han resuelto “asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciadas en la Declaración Universal” (exposición de motivos del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950); [l]a República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre (art. 2 de la Constitución italiana); “[l]a dignidad humana es intangible, [r]espetarla y protegerla es obligación de todo poder público”, [e]l pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo” (art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn).

<sup>76</sup> Sobre el Estado de *derechos*, Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 84.

latividad y protección plena elaborados por la Escuela iusnaturalista y proyectados únicamente hasta entonces sobre el Derecho privado y las relaciones horizontales entre el ciudadano y la administración, se recuperaron para las relaciones verticales de mando o poder. Los límites normativos que obligan a la administración empezaron así a operar como derechos subjetivos correlativos; derechos que, en cuanto tales, merecen tutela judicial efectiva. El fin colectivo perseguido por la norma que impone obligaciones al poder dejó de funcionar como pretexto para rebajar la posición jurídica del ciudadano a derecho “secundario” o mero “interés”, excluyendo el acceso a la jurisdicción o la protección judicial plena. A efectos de afirmar o negar la tutela judicial efectiva, lo relevante pasó a ser no ya la finalidad de la norma, sino los efectos de su inobservancia; no que esa norma tutele intereses individuales, sino que su incumplimiento perjudique intereses individuales. De modo que, en el marco del nuevo Estado de *derechos*, la tendencia ha sido a que todo el Derecho administrativo objetivo sea derecho subjetivo bajo la condición de que el incumplimiento del primero afecte singularmente a quien esgrime el segundo en el proceso. En resumen: el Derecho administrativo rescató el viejo concepto de derecho subjetivo como autonomía de la voluntad.

El nuevo constitucionalismo europeo subjetivó así el Derecho administrativo lo que, en punto a las potestades, se concretó en que si el poder es reglado (o si la administración ya consumió la discrecionalidad que liberaba la norma) el ciudadano es acreedor de un derecho subjetivo a una resolución de contenido específico. Si la potestad es discrecional (y si la administración no agotó completamente los márgenes de configuración otorgados por la norma) el ciudadano es acreedor del derecho a una resolución administrativa sin contenido predeterminado, pero libre de vicios. A la obligación administrativa de ejercer correctamente la discrecionalidad (o, si estuviera reducida a cero, de adoptar la única solución legalmente posible) le sigue un correlativo derecho subjetivo a obtener una decisión conforme a Derecho (o a obtener una decisión en un determinado sentido). La subjetivación del Derecho administrativo sustantivo ha ido de la mano de la subjetivación del proceso administrativo. Una no se entiende sin la otra: quien sufre las extralimitaciones del poder, en cuanto titular de derechos, tiene constitucionalmente garantizada una protección plena, lo que implica garantías de imparcialidad e igualdad de armas, así como la posibilidad de practicar prueba y obtener condenas a hacer<sup>77</sup>.

La subjetivación del Derecho administrativo se ha realizado en Europa a través de múltiples reformas procesales y del activismo doctrinal y judicial. Unas y otras lograron introducir las garantías de imparcialidad y restablecimiento pleno consubs-

---

<sup>77</sup> En este sentido, refiriéndose al Derecho alemán: Hartmut MAURER, *Derecho administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 201. En la misma línea, para el ordenamiento italiano: Leonardo FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 150-166. Respecto de España y otros sistemas jurídicos europeos: MEDINA ALCOZ (2016: 217-229).

tanciales al derecho subjetivo<sup>78</sup>. La “ficción” ha sido decisiva en esta evolución: los juristas se han apoyado en ella para hacer realidad la cultura de los derechos dentro del marco legal y conceptual autoritario heredado del pasado. Ello ha dado lugar a que sistemas jurídicos que proporcionan ya grados equiparables (y nada desdeñables) de protección individual frente a las extralimitaciones administrativas no siempre utilicen formalmente la lengua de los derechos y que dispongan todavía hoy de teorías aparentemente muy diversas sobre las situaciones activas del administrado. Cada ordenamiento ha ingeniado fórmulas locales para salvar las mismas dificultades, esto es, las planteadas por los conceptos del viejo Derecho administrativo.

En Francia, durante muchos años el Consejo de Estado y la doctrina académica mantuvieron el carácter objetivo del recurso por exceso de poder<sup>79</sup>, pero evitando ya resaltar la teoría material de las situaciones activas que aquel carácter presupone. Dejaron de decir que el recurso por exceso de poder se funda en la inexistencia del derecho subjetivo como categoría (DUGUIT) o en el Estado como institución que aglutina y aliena la conciencia y la voluntad de cada uno de los miembros de la comunidad (HAURIOU). Se evolucionó finalmente hacia la subjetivación del Derecho administrativo, tal como reconocen abiertamente ya los administrativistas franceses<sup>80</sup>. La conversión del administrado en titular de derechos y, en cuanto tal, en sujeto merecedor de tutela judicial efectiva frente a la administración también en el recurso por exceso de poder es una de las transformaciones recientes más relevantes del Derecho administrativo francés. Si antes gravitaba alrededor del interés general como interés superior al particular, pasó a pivotar en gran medida en torno al individuo; la afirmación de los derechos fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos favorecieron la idea del “derecho” frente a la del simple “interés”<sup>81</sup>. En estrecha conexión con esta renovada teoría de las

<sup>78</sup> El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2007: 125-148), tras describir las reformas procesales acometidas en los diferentes ordenamientos europeos, constató que habían colocado el contencioso-administrativo en el plano del proceso civil, como lugar de confrontación de pretensiones equivalentes en cuanto expresivas de la titularidad potencial de derechos. No se habrían limitado a corregir levemente el formato de la justicia administrativa, preservando su clásica vocación de exclusivo servicio a los intereses generales y el Derecho objetivo; habrían alterado su mismo fundamento, que es el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de cualquier “derecho material” del que sea titular el ciudadano. La idea se desarrolla también en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.

<sup>79</sup> Avanzado el siglo xx eran aún pocos los autores críticos con la configuración objetiva del recurso por exceso de poder: Bruno KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1959; Jean RIVERO, “Le huron au Palais Royal ou réflexions sur le recours pour excès de pouvoir”, *Dalloz, Chronique*, VI, 1962, pp. 37-40. Se ha referido a ello: GARCÍA DE ENTERRÍA (2007: 79-118).

<sup>80</sup> Cfr. Norbert FOULQUIER, *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXè au XXè siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 25, Paris, 2003; *id.*, “L'analyse du discours juridique: le concept de droit subjectif en droit administratif”, en *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005.

<sup>81</sup> Patrick FRAISSEIX, “La subjectivisation du droit administratif”, *Les petites affiches*, núm. 207, 2004, p. 12; *id.*, “La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir”, *Les petites affiches*, núm. 180, 2005.

situaciones jurídico-subjetivas, aparecieron nuevas instancias judiciales (Tribunales administrativos en 1953, Cortes administrativas de apelación en 1987) y jurisdicciones especializadas a la vez que se admitió que el recurso por exceso de poder activa un verdadero proceso entre partes que no puede desentenderse de las pretensiones particulares. Las reformas legislativas de los años ochenta y noventa del pasado siglo han ampliado los poderes del juez administrativo; aquel proceso produce ya no solo anulaciones de actos administrativos, sino también condenas a hacer. El Código de Justicia administrativa de 4 de mayo de 2000 establece ahora un régimen de medidas cautelares (*référé*s) y ejecución de Sentencias que expresa a las claras hasta qué punto el contencioso-administrativo sirve a la tutela directa de derechos individuales. Hay también medidas que, cumpliendo exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desarrollan garantías (oralidad, plena contradicción, entre otras) y evitan que los miembros del Consejo de Estado decidan un asunto en ejercicio de funciones jurisdiccionales si han intervenido antes en él en cumplimiento de funciones consultivas (Decretos de 6 de marzo de 2008 y 7 de febrero de 2009). Se está ante reformas que abundan en una *subjetivación* del contencioso-administrativo que presupone la *subjetivación* del Derecho administrativo sustantivo<sup>82</sup>.

En Italia, la Constitución de 1948 no alteró la tradicional configuración de la justicia administrativa. Más aún, su Título III (relativo al Gobierno) seguía mezclando en un órgano vinculado al poder ejecutivo (Consejo de Estado) funciones de consulta jurídico-administrativa y de control; control a la administración que, según la literalidad del art. 100 de la Constitución, debía realizarse *dentro* de la administración para la protección de meros “intereses legítimos”. La estrategia académica y judicial consistió entonces en enmascarar el significado legal del interés legítimo (el resultado de un Derecho positivo que tutela solo parcialmente al ciudadano enfrentado al poder) y, simultáneamente, pergeñar soluciones que aseguran mayor protección judicial individual (la que no reconoce la ley). Por ejemplo, un brillante y muy influyente profesor, Mario NIGRO, aceptaba que la justicia administrativa decimonónica estaba esencialmente plasmada en la Constitución, pero a través de su razonamiento jurídico conseguía que los resultados fueran radicalmente nuevos; asignaba al “interés legítimo” un contenido que ocultaba su inequívoca impronta autoritaria (lo definía como poder de influir sobre la administración en orden a alcanzar el bien de la vida auspiciado a través del procedimiento) al tiempo que superaba el dogma legal del contencioso exclusivamente anulatorio a través de una elaboración audaz (la teoría del doble efecto “ripristinatorio” y “conformativo” de la Sentencia anulatoria)<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Distingue esa doble dimensión, procesal y sustancial, del fenómeno de la “subjetivación”: Silvie SCHMITT, “L’évolution de la subjectivisation du contentieux administratif en France et en Italie”, *Liber amicorum Jean-Claude Escarras: la communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 956-967.

<sup>83</sup> Se trata de un elaborado planteamiento destinado a que el juez administrativo, en el marco de un proceso legalmente configurado como impugnatorio y referido exclusivamente al acto administrativo producido en el pasado, pueda de algún modo condicionar la fase administrativa sucesiva, de un modo similar a una Sentencia estrictamente condenatoria: Mario NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6.ª ed. revisada por E. CARDI y A. NIGRO, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 311-323. Un expediente

La protección del ciudadano se ha desarrollado así mediante expedientes locales destinados a justificar la garantía judicial de los derechos, pero veladamente, como si ello fuese compatible con los presupuestos autoritarios de aquella antigua legislación procesal. Esta es, según creo, la clave de lectura de la gran variedad de definiciones circulantes del concepto de “interés legítimo” y la razón de que el debate cisalpino en torno a la figura resulte un enigma indescifrable para el administrativista extranjero.

A principios del siglo xx, tras una serie relevante de reformas procesales, el recurso a la ficción dejó de ser necesario<sup>84</sup>: el juez administrativo italiano tiene ya plenos poderes de cognición de los hechos, está autorizado a dictar pronunciamientos condenatorios contra la administración (se discute si la condena cabe en supuestos típicos o es ya válida con carácter general)<sup>85</sup>, puede ir más allá del control de legalidad y ejercer por sí la discrecionalidad administrativa en determinadas materias (*giurisdizione estesa al merito* en asuntos electorales, sanciones económicas, demarcaciones territoriales y algunas denegaciones de autorización) y hace tiempo que dispone (y utiliza) potentes instrumentos para forzar al cumplimiento de sus Sentencias; cabe el ejercicio sustitutivo (a través de la figura pseudoadministrativa del *comissario*) de la discrecionalidad<sup>86</sup>. Ahora bien, el “interés legítimo” no se convirtió por ello en un significativo vacío de todo significado jurídico. La Constitución (art. 103) y el Código del Proceso Administrativo de 2010 (art. 7) aún asignan a la jurisdicción administrativa la protección de los “intereses legítimos” “concernidos en el ejercicio (o falta de ejercicio) de la potestad”. Se entiende entonces que se diga que el interés legítimo continúa siendo la posición activa frente a la potestad a los efectos del reparto competencial, aunque deba calificarse de “derecho subjetivo” desde la perspectiva de las garantías<sup>87</sup>. De este modo, cobra fuerza un concepto normativo

---

altamente artificioso y funcionalmente idéntico apareció después de que el juez administrativo quedará al fin facultado para ordenar la indemnización de daños en concepto de responsabilidad civil de la administración (Ley 205/2000, de 21 de julio). Se dijo que pasaban a estar habilitadas cualesquiera condenas a hacer a la administración, no solo las relativas a la reparación de daños, por la siguiente razón: el juez administrativo que anula una denegación está autorizado a ordenar el otorgamiento del acto favorable en concepto de responsabilidad civil extracontractual, como si tal condena realizase una forma de resarcimiento *in natura* o en forma específica: Diego VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 295-370.

<sup>84</sup> Tras la reforma de 1999, la Constitución italiana reconoce abiertamente que las garantías del “juicio justo” deben proyectarse sobre “todos los procesos”, también los conducidos en la jurisdicción administrativa (art. 111), tal como dispone expresamente ya el nuevo Código del Proceso Administrativo, aprobado por Decreto legislativo 104/2010, de 2 de julio (art. 2). A su vez, la Sentencia 500/1999, de 22 de julio, del Tribunal de Casación y reformas legislativas recientes (Decreto-legislativo 80/1998, de 31 de marzo; Ley 205/2000, de 21 de julio), singularmente el mencionado Código, han transformado enormemente el contexto que pergeñó el concepto de interés legítimo.

<sup>85</sup> Cfr. TRAVI (2012: 198-202, 207-216).

<sup>86</sup> Cfr. Isaac MARTÍN DELGADO, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 23-27.

<sup>87</sup> La mayor parte de los autores que desarrolla estas ideas está vinculada a la llamada Escuela florentina: Andrea ORSI BATTAGLINI, “Attività vincolata e situazioni soggettive”, *Rivista trimestrale di diritto processuale*, 1988, pp. 3 ss.; *id.*, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Giuffrè, Milano, 2005; Domenico SORACE, “Promemoria per una nuova voce ‘atto

afín al propuesto por el profesor Eduardo García de Enterría para nuestro sistema jurídico: el interés legítimo como *clase* de derecho subjetivo.

En Alemania, dentro del renovado marco proporcionado por la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, la imagen del hombre libre se impuso rotundamente: el individuo es “por entero y por principio” *sujeto* y sujeto de derechos en todo el ordenamiento jurídico<sup>88</sup>. El “derecho subjetivo” se convierte en una figura de Derecho constitucional<sup>89</sup>. Se afirma como instituto constitucionalmente garantizado (art. 19.4 LF) y condición esencial para la existencia misma del Estado de Derecho. En consonancia con estos imperativos constitucionales, la Ley de 21 de enero de 1960 de la jurisdicción administrativa ha regulado un proceso netamente subjetivo destinado a averiguar si la administración ha lesionado un derecho individual (*individualschützende Auffassung*). La “lesión de derecho subjetivo” o “lesión jurídica” (*Rechtsverletzung*) se produce y debe repararse si la administración ha incumplido la norma jurídico-administrativa y si tal incumplimiento ha perjudicado o afectado singularmente al recurrente. Se parte de que la obligación impuesta a la administración funciona en el proceso como derecho subjetivo correlativo siempre que el recurrente haya sufrido un perjuicio como consecuencia de su infracción y ello tanto si quien recurre es el destinatario directo de la medida administrativa como un tercero (p. ej., inquilinos o poseedores que accionan contra licencias para la construcción de instalaciones que producen molestias)<sup>90</sup>. A su vez, con el fin de asegurar la reparación plena del derecho subjetivo lesionado, la Ley formula el derecho a la acción (art. 40) y apodera al juez para dar respuesta a las pretensiones del recurrente; pretensiones no solo de anulación de actos administrativos (*Anfechtungsklage*, art. 42), sino también de condena al dictado de un acto administrativo (*Verpflichtungsklage*, art. 42) y a la ejecución de cualesquiera otros comportamientos legalmente exigibles a la administración (*allgemeine Leistungsklage*, art. 43.2).

Ciertamente, por el peso de la tradición, el sistema alemán conserva la *Schutznormtheorie*, negando en consecuencia que la norma que impone una obligación a la administración esté atribuyendo derechos subjetivos correlativos, aunque su incumplimiento produzca perjuicios individualizados, si tiene por finalidad objetivos colectivos. No obstante, la mayor parte de los desarrollos, sin cuestionar la teoría, ha pretendido desactivar sus efectos. Se trata de expedientes funcionalmente idénticos a las creativas elaboraciones latinas: introducen garantías solapadamente, sin discutir un marco legal o conceptual que, en realidad, conduciría a asegurar a la adminis-

---

administrativo”, en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, t. III, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 y ss.; Leonardo FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996; id. (2003: 130-166); Chiara CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 327-378.

<sup>88</sup> Reiner WAHL, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 39.

<sup>89</sup> Reiner ARNOLD, “Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive nell’ordinamento tedesco”, en *Colloquio sull’interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano, 19 aprile 2013, Jovene, Napoli, 2014, p. 66.

<sup>90</sup> Cfr. ARNOLD (2014: 63) y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (1993: 113-119).

tración amplias esferas de inmunidad. Por eso, el debate sobre la teoría de la norma protectora acaba convirtiéndose en una discusión *local*, impenetrable para el jurista extranjero, exactamente igual que la controversia italiana sobre el interés legítimo o la tendencia francesa a afirmar el carácter objetivo del recurso por exceso de poder sin explicar a las claras que ello implica la negación pura y simple de los derechos individuales frente a la *puissance publique*<sup>91</sup>.

### 3.1.2. *La recuperación del concepto iusnaturalista de derecho subjetivo en el Derecho administrativo español, en particular*

En los años cincuenta se abrió también en España un proceso de refundación del Derecho administrativo “por insólito que pueda parecer, a primera vista, y hasta por antipático que nos resulte el hecho de tener que reconocerlo”<sup>92</sup>. El Derecho administrativo se convirtió en “el puente que enlazaba, un tanto inesperadamente, al franquismo con las democracias occidentales: un sucedáneo democrático, ciertamente, pero cabalmente por ello más valioso y más necesario que el producto auténtico”<sup>93</sup>. Los

<sup>91</sup> La doctrina alemana, por un lado, insiste en que la finalidad de interés general de una norma excluye el derecho (y, por tanto, su justiciabilidad) solo si se presenta en soledad, sin la compañía de fines de interés particular; y, por otro, localiza intereses privados en normas que, en realidad, están verdaderamente pensando en la colectividad, como las incluidas en la regulación europea sobre adjudicación de contratos públicos. Un expediente adicional consigue reducir muchísimo el efectivo alcance de la teoría de la norma tuitiva. Se dice que, al valorar si una norma es judicialmente exigible (esto es, si atribuye o no un derecho público subjetivo), deben ponderarse siempre las “directrices normativas internas” que la ley recibe del régimen constitucional de los derechos fundamentales. Como consecuencia de ello, se afirma, en las relaciones bipolares entre el ciudadano y el Estado, hay siempre derechos subjetivos. En particular, el reconocimiento constitucional de la libertad general (art. 2.1 LF) impondría que el ciudadano tenga siempre un derecho público subjetivo a exigir el cumplimiento de las obligaciones administrativas que afectan al ejercicio de potestades limitativas o de gravamen. Las regulaciones de prestaciones públicas serían también justiciables (esto es, atributivas de derechos) porque están conectadas con derechos fundamentales (asistencia social). Respecto de las relaciones multipolares, se dice que la cuestión es muy compleja, pero insistiendo en que debe tenderse al reconocimiento de cada vez más derechos públicos subjetivos como consecuencia de los derechos fundamentales (p. ej., en materia de urbanismo y planificación) y de la vocación individualista atribuida al ordenamiento de la Unión Europea (Derecho de la competencia y de la adjudicación de contratos públicos). Explican con detalle (y promueven abiertamente) la tendencia a reducir el juego de la teoría de la norma protectora: Armin von BOGDANDY y Peter Michael HUBER, “Estado, Administración y Derecho Administrativo en Alemania”, en A. von BOGDANDY y O. MIR PUIGPELAT (coords.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 107-116; ARNOLD (2014: 63-66). En cambio, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN [*La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, pp. 83-91] se muestra más en línea con el planteamiento decimonónico al rechazar un entendimiento expansivo de la eficacia subjetivadora de los derechos fundamentales, lo que conecta con su reivindicación de una “nueva” Ciencia del Derecho Administrativo volcada a la eficacia administrativa más que a las garantías individuales.

<sup>92</sup> Carmen CHINCHILLA MARÍN, “Dos grandes momentos en cien años de Derecho administrativo: La década de los cincuenta y la Constitución de 1978”, *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 34-35.

<sup>93</sup> NIETO GARCÍA (1986), *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pp. 8-9

mismos postulados iusnaturalistas que influyeron sobre el constitucionalismo europeo se proyectaron así directamente sobre el Derecho administrativo español a través de la legislación y la jurisprudencia, sin pasar previamente por una Constitución.

De entre las múltiples reformas, destaca particularmente la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Favoreció la renovación “espectacular” de buena parte de las estructuras del Derecho administrativo<sup>94</sup>. El contencioso-administrativo, configurado ya como un orden jurisdiccional más, integrado por magistrados independientes, pero especializado en la materia administrativa, empezó a proteger con normalidad al ciudadano frente a las extralimitaciones del poder. Sin embargo, no eran pocas las huellas de la antigua justicia administrativa objetivada, algunas directamente impuestas por el gobierno a los redactores del texto legal<sup>95</sup>. La ejecución de sentencias seguía correspondiendo al propio “órgano que hubiere dictado el acto o disposición objeto del recurso” (art. 103). El recurso contencioso-administrativo debía dirigirse necesariamente contra una resolución administrativa previa e interponerse en un breve plazo (arts. 37, 52, 58). La Ley seguía dispensando una protección judicial menor, reducida a la anulación del acto ilegal, a quien solo pudiera esgrimir “intereses” [arts. 28.1 a) y 41]; las medidas de restablecimiento pleno eran solo para el titular de un “derecho derivado del ordenamiento” [arts. 28.1 a) y 42]. El interés legitimador que daba acceso al proceso debía ser “directo” [art. 28.1 a)]. Algunos actos seguían excluidos de la vía contencioso-administrativa: los dictados en función de policía sobre la prensa, la radio y la cinematografía; relativos a ascensos y recompensas en el ámbito militar; y otros indicados por la ley, como el acuerdo de necesidad de ocupación a los efectos de la expropiación forzosa (art. 40). Y solo las entidades públicas podían impugnar los reglamentos, excluyéndose respecto de ellos, por tanto, la legitimación individual [art. 28.1 b)].

El concepto clásico de interés legítimo, como negación del derecho subjetivo (y, por ende, de la protección judicial plena) pudo aún leerse en los estudios de Derecho administrativo. Sobresalen los de GARRIDO FALLA<sup>96</sup> y GARCÍA-TREVIJANO FOS<sup>97</sup>. El primero defendía que el interés legítimo es una posición subjetiva menor

<sup>94</sup> Así lo afirmó tempranamente Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *RAP*, núm. 30, 1959, pp. 131-166 (p. 151).

<sup>95</sup> Se refiere a ello Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “Evolución de la legislación contencioso-administrativa”, *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 209-238 (p. 223).

<sup>96</sup> Ya en la primera edición de su *Tratado de Derecho Administrativo* de 1958. He manejado Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, *Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 412-418; *id.*, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, *La justicia administrativa*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 34-36. El autor abordó también la cuestión del interés legítimo (y la distinción guicciardiana entre normas de acción y relación) en: “La Administración y la Ley”, *RAP*, núm. 3, 1951, pp. 407-434; (1952: 157-174); “Las tres crisis del derecho público subjetivo”, *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, Sevilla, 1954, pp. 177-217; y voz “Interés legítimo”, en *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, t. XIII, Seix, Barcelona, 1968, pp. 221-226.

<sup>97</sup> En la primera edición, de 1964, de su *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid. He manejado la tercera edición, de 1974 (pp. 558-576).

(como la doctrina italiana), el segundo que es una condición de legitimación procesal (como en Francia), pero ambos estaban de acuerdo en lo fundamental. Partiendo de la aportación de GUICCIARDI, consideraban que las normas que imponen límites a las potestades administrativas *no* atribuyen derechos subjetivos correlativos, es decir, no confieren una posición de poder que pueda merecer plena protección en el proceso contencioso-administrativo. El ciudadano dispone solo de un interés que, en consonancia con lo dispuesto en la Ley jurisdiccional de 1956 [arts. 28.1 a) y 41], merece todo lo más la anulación del acto ilegal, pero no las medidas de restablecimiento pleno.

No obstante, este planteamiento quedó por completo desactivado por tres vías. En primer lugar, la inaplicación judicial pura y simple de las previsiones de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 que distinguían entre el interés directo y el derecho subjetivo para reservar al último las medidas de restablecimiento pleno. En segundo lugar, la identificación del interés legítimo con el concepto procesal de interés para accionar o recurrir -requisito indispensable para hacer valer un derecho subjetivo en el proceso-, que es un artificio característico del Derecho administrativo español precisamente a partir de los años cincuenta y del que no hay rastro en el panorama comparado, salvo en los ordenamientos americanos que se han dejado influir por el nuestro. Aceptar esta construcción supone descartar implícitamente, de modo consciente o no, que haya posiciones subjetivas menores merecedoras de una protección inferior. En tercer lugar, la teoría de las situaciones activas del administrado que el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA elaboró antes de la aprobación de la Constitución a partir de la afectación singular del círculo vital propio como elemento basilar<sup>98</sup>. Siempre que la infracción de un vínculo normativamente impuesto a la administración acarrea este efecto, el principio de Estado de Derecho obligaría a interpretar que el ciudadano afectado ha sufrido la lesión de un derecho subjetivo correlativo. Por eso la “ley objetiva” puede “descomponerse” en tantos derechos subjetivos individuales como obligaciones pesan sobre la administración. La norma que obliga a la administración a motivar, a dar audiencia, a orientar su actividad hacia un concreto interés general, a sancionar solo las infracciones normativamente previstas, a no incurrir en arbitrariedad o a librar la licencia reglada atribuiría derechos subjetivos correlativos<sup>99</sup>.

La teoría de GARCÍA DE ENTERRÍA rendía tributo a la tradición al conservar la idea de que el interés legítimo es la posición subjetiva que permite exigir el cumplimiento de la norma jurídico-administrativa imbuida de una finalidad de interés general y, singularmente, la reguladora de la potestad administrativa. Sin embargo, el sentido de este concepto de interés legítimo era solo subrayar una característica de esta clase de derechos frente a los tradicionales del Derecho civil, pero no limitar

---

<sup>98</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA (1975: 427-448).

<sup>99</sup> El profesor MODERNE se ha referido a la indicada descomposición del Derecho objetivo en derechos subjetivos concretos como elemento central de la teoría del interés legítimo como derecho subjetivo reaccional. Franck MODERNE, “Sotto il segno del soggettivismo giuridico (considerazioni sull’opera di Eduardo García de Enterría)”, *Diritto pubblico*, núm. 2, 2004, p. 688.

las pretensiones de jurisdicción plena asociadas a los segundos, algo para lo que sí había servido históricamente aquella noción de “interés”. El profesor parecía mantener ideas tradicionales también al afirmar que los “deberes objetivos” de la administración no llevan siempre asociados derechos subjetivos correlativos. Ahora bien, con ello no pretendía infraproteger al ciudadano enfrentado a la administración en estado de mando. Quería solo subrayar que únicamente ante la doble circunstancia de que la administración haya incumplido una obligación y de que el ciudadano haya sufrido por ello un concreto perjuicio, surge el interés legítimo como posición jurídico-subjetiva tutelable, es decir, como derecho subjetivo (atípico) que permite exigir judicialmente el cumplimiento de la legalidad y la puesta en marcha de las medidas necesarias para recomponerla. Por eso acaba afirmando que, en realidad, el Derecho administrativo objetivo puede descomponerse en tantos derechos subjetivos como límites normativamente impuestos a la administración.

La tesis de que estos derechos subjetivos son *reaccionales*, esto es, que surgen en el instante mismo en que hay incumplimiento lesivo del Derecho objetivo puede leerse en otros estudiosos con relación a supuestos concretos o al conjunto del ordenamiento (SATTA, en Italia<sup>100</sup>; ROUBIER, en Francia<sup>101</sup>). A mi juicio, su formulación en España obedeció a la funcionalidad práctica que atesoraba: permitía conciliar la tradición negadora del derecho subjetivo a la legalidad de la actuación administrativa con la afirmación del derecho subjetivo como posición activa que merece plena protección judicial cada vez que un ciudadano sufre las extralimitaciones del poder. En líneas generales, la doctrina española actual identifica en esta idea sobre el momento en que surge el derecho subjetivo el aspecto central y más discutible de la teoría de GARCÍA DE ENTERRÍA. A mi modo de ver, tal aspecto era, en realidad, secundario. Las consecuencias fundamentales derivadas de afirmar que el ciudadano es titular de derechos (acción, igualdad de armas procesales y protección plena) no cambian estrictamente según que se entienda que tales derechos surgen del Derecho administrativo en abstracto o del incumplimiento lesivo en concreto. Lo verdaderamente relevante es que la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA no dejaba espacio a posiciones activas secundarias que, por razón del interés general, no pudieran acceder a la jurisdicción o merecieran menos protección que el derecho subjetivo.

Ciertamente, esta singular recreación no era un ejercicio intelectual de puro divertimento. GARCÍA DE ENTERRÍA la llevó a cabo para algo: desactivar el concepto legal de interés legítimo (arts. 28.2 y 42 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956), que era el de siempre. Al definir el interés legítimo como clase de derecho subjetivo, el autor pretendía pertrechar de argumentos a los jueces para proporcionar al primero el nivel de garantías que la ley reservaba al segundo. De modo que el autor opuso el interés legítimo como derecho subjetivo atípico o especial al derecho subjetivo típico o común no con el fin de asegurarle un tratamien-

---

<sup>100</sup> Salvatore SATTA, “Interesse ad agire e legittimazione”, *Il Foro italiano*, vol. 77, núm. 8, 1954, pp. 169-178.

<sup>101</sup> Paul ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963.

to jurídico diferenciado, sino para todo lo contrario, esto es, para evitar el tratamiento jurídico diferenciado que le dispensaba efectivamente la ley. En realidad, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 no soportaba en modo alguno esta interpretación. Pero lo que importaba a GARCÍA DE ENTERRÍA no era la consistencia *formal* de la teoría, sino la tutela material del ciudadano. Su compromiso con las libertades, más que la estricta técnica jurídica, explica tanto la defensa del contencioso objetivo de intereses que realizó en 1951 (mediante la invocación del principio de legalidad en los términos del art. 17 del Fuero de los Españoles) como la reivindicación en 1975 del contencioso *subjetivo* de *derechos* (mediante la recreación del interés legítimo)<sup>102</sup>. El autor se apoyó en el expediente que mejor servía en cada momento para sortear las dificultades que el Derecho positivo planteaba a la protección del ciudadano enfrentado a la administración. De modo que este concepto de “interés legítimo” equivale al de Mario NIGRO en el Derecho italiano. Sus contenidos son muy distintos, pero ambos respondían no a razones estrictamente científicas, sino a la voluntad de introducir garantías en el contexto de un Derecho positivo que arrastraba el autoritarismo del siglo XIX retroalimentado con la crisis de la democracia liberal de principios del siglo siguiente. Se trataba de encubrir el verdadero significado que la ley asignaba al “interés legítimo”, pura y simplemente.

Al definir el interés legítimo como clase de derecho subjetivo, GARCÍA DE ENTERRÍA ocultó su auténtico significado no solo al juez administrativo, sino también a la doctrina académica. Ello ha contribuido a que buena parte de los administrativistas españoles haya olvidado qué es el “interés legítimo”: un concepto que, cumpliendo una formidable función práctica en el proceso de afirmación de las garantías individuales, surgió y se desarrolló siempre con un marcado carácter autoritario, radicalmente inconciliable con los presupuestos axiológicos del Estado de Derecho. En la actualidad, la Constitución garantiza siempre la tutela judicial efectiva frente al incumplimiento lesivo de la norma jurídico-administrativa (art. 24). A su vez, la vigente Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 ha regulado en consonancia un proceso subjetivo y sustancialmente paritario destinado a proporcionar protección plena. Sin embargo, en parte como consecuencia de aquella bienintencionada manipulación conceptual, hay la opinión generalizada de que el interés legítimo es un concepto técnico nacido para enriquecer la teoría de las situaciones jurídico-subjetivas del Derecho administrativo e, incluso, que está en condiciones de canalizar más tutela que su antagonista clásico, el derecho subjetivo<sup>103</sup>. Al ensombrecerse su verdadero significado, el interés legítimo ha dejado de asociarse a la

---

<sup>102</sup> “El principio objetivo de mantenimiento del Derecho por los órganos públicos” consagrado en el artículo 17 del Fuero de los españoles “está imponiendo la necesidad de un sistema contencioso-administrativo progresivo”: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa”, *RAP*, núm. 6, 1951, pp. 279-288 (p. 287). El autor admitió después que su crítica era “circunstanciada”: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 38.

<sup>103</sup> Véase, por ejemplo, Ana Belén GÓMEZ DÍAZ, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2014.

infraprotección resultante de la afirmada prevalencia del interés general, extendiéndose la creencia de que todavía hoy tiene que existir como posición de poder.

La teoría del derecho subjetivo reaccional ha cerrado formalmente la discusión española de las situaciones activas del administrado. A su vez, nadie cuestiona sus efectos prácticos en el sentido de que todos están de acuerdo en que el perjudicado por el incumplimiento lesivo de la norma jurídico-administrativa merece protección judicial plena. Sin embargo, ello no se explica por referencia al derecho subjetivo correlativo a la obligación que esa norma impone al poder de la administración. Los profesores citan la teoría con mucha frecuencia, normalmente para darla por buena, pero, en realidad, no han proyectado el concepto de derecho subjetivo sobre la parte general del Derecho administrativo ni lo aplican en la parte especial<sup>104</sup>. No ha calado tampoco en el Derecho judicial<sup>105</sup>. En fin, el “interés legítimo” opera como “interés para accionar”, esto es, como una exigencia procesal de afectación singular, condición necesaria en todos los ordenamientos para hacer valer derechos subjetivos. La particularidad española es que se dice que el interés legítimo, así entendido, es una situación jurídico-subjetiva paralela o distinta del derecho subjetivo. Semejante artificio tenía sentido en el contexto de la Ley jurisdiccional de 1956; servía para desdibujar el concepto legal de interés y la consecuente infraprotección judicial. Dentro del sistema constitucional de 1978, esta ficción no es ya precisa para asegurar un régimen de tutela judicial efectiva. Sin embargo, al igual que los expedientes funcionalmente equivalentes de otros sistemas jurídicos, subsiste por inercia tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

### 3.2. La regulación de los derechos: el derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido

El nuevo constitucionalismo reafirmó la libertad como derecho anterior al Estado, pero ello en modo alguno conllevaba un credo individualista. Excluyó sin paliativos el transpersonalismo, las ideologías que degradan al hombre a la condición de mero instrumento del poder, proclamando que “el Estado existe para el hombre, no el hombre para el Estado”<sup>106</sup>, pero sin establecer positivamente una concepción del

<sup>104</sup> Hay excepciones: Margarita BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 155-156; MEDINA ALCOZ (2016); Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo”, *Revista de Derecho público: teoría y método*, vol. 2, 2020, pp. 73-118. Bajo el signo del Derecho alemán: Alfredo GALLEGU ANABITARTE, *Derecho general de la organización*, IEA, Madrid, 1971, pp. 263 y ss.; *id.*, “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, vol. 9, 1984, p. 107; Luciano PAREJO ALFONSO, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo (I)”, en *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1996, p. 67; Alejandro HUERGO LORA, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000, pp. 461 y ss.; Silvia DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, especialmente pp. 69-102, 105-118.

<sup>105</sup> Ampliamente: MEDINA ALCOZ (2016: 181-216, 243-251).

<sup>106</sup> Tal era el apartado primero del primer artículo del borrador de Constitución alemana elaborado por la Convención Herrenchiessee. Tal como explica WAHL (2013: 39-40), esta fórmula, aunque

mundo de entre las muchas compatibles con la dignidad personal. Proporcionaba un marco de límites dentro del cual el juego democrático podía alumbrar políticas de muy diverso signo<sup>107</sup>. Más aún, la intervención estatal en favor de la igualdad de oportunidades se afirmó como obligación estatal irrenunciable (p. ej., art. 3 de la Constitución italiana). El Estado es social y democrático, no solo de Derecho (art. 20 de la Ley fundamental de Bonn, art. 1.1 de la Constitución española). De hecho, los Estados de la Europa occidental, con el consenso de la socialdemocracia y la democracia cristiana, intervinieron fuertemente en la economía para promover positivamente la igualdad material y asegurar el bienestar general, sin contestar por ello el régimen capitalista. Se trata del denominado Estado de Bienestar.

De modo que, de acuerdo con el nuevo constitucionalismo, el legislador está autorizado a asignar derechos conforme a los fines o intereses que a su modo de ver incrementan el bienestar social. El poder público puede configurar, restringir o suprimir el derecho de uno no solo para garantizar el libre ejercicio del derecho de otro, sino también para promover los más variados fines, bienes u objetivos. Naturalmente, los derechos no eran los “artificios” puros del iuspositivismo decimonónico, artefactos que el Estado había podido regular, dar o quitar a placer: el Derecho internacional de los derechos humanos y las normas constitucionales pusieron barreras (de Estado de Derecho) a medidas de este tipo (reserva de ley, límites a la legislación extraordinaria de urgencia, prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas, proporcionalidad, indemnización), pero menos que el pensamiento liberal de finales del siglo XVIII y principios de la centuria siguiente. Decayó el fundamento del Derecho objetivo (y, por tanto, del mismo Estado) subyacente a la doctrina del derecho subjetivo como autonomía de la voluntad. En suma, el Derecho objetivo sirve no solo para armonizar la libertad de uno con la de otro, sino también para incrementar el bienestar social conforme a fines o intereses políticamente seleccionados, aunque ello implique privilegiar a un individuo en detrimento de otro.

Hace tiempo que la doctrina académica ha aislado el fenómeno en lo atinente al derecho de propiedad<sup>108</sup>. El Estado puede negarlo o restringirlo no solo para evitar la perturbación del libre disfrute del derecho de otro, sino además para conseguir mayor bienestar social. Por eso el régimen del derecho de propiedad no es ya necesariamente expresión de la igualdad intrínseca de los hombres en tanto que seres dotados de dignidad; su contenido y su misma existencia dependen de finalidades públicas

---

no llegó a vincular como tal, surtió efecto; “tocó el nervio de la época y fue captada en su intención directiva”. Ciertamente, “esta idea de fondo se halla inserta en la tradición, vieja de siglos, del Derecho racional y la Ilustración. Pero en el contexto de la época posterior a 1949 el mensaje contenido en ese enunciado quemaba como si acabara de ser descubierto”. Sobre el concepto de transpersonalismo: Luis RECASSENS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, 3.ª ed., México D. F., 1965, pp. 497-511.

<sup>107</sup> Manuel GARCÍA-PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 27-53 (pp. 29, 50-53).

<sup>108</sup> Baste la cita de una obra clásica: Stefano RODOTÀ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1987.

variables, los que en cada momento y lugar identifiquen políticamente los poderes públicos. De ahí que se diga que el derecho de propiedad cumple una función social y que su contenido es políticamente variable, esto es, estatutario: “en el marco del Estado social (art. 1.1 CE), el legislador está autorizado a negar pura y simplemente el derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés general —con los límites que impone el art. 33.3 CE— o, sin llegar hasta este extremo, a restringirlo para ajustar su contenido a los más variados objetivos colectivos (arts. 33.2 y 128.1 CE) con la consiguiente generación de ‘diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos’ ” (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4, citando las SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2, y 204/2004, de 18 de noviembre, FJ 5).

Ello no es algo exclusivamente característico del derecho de propiedad. La mayor parte de los derechos provienen de una legislación ordinaria que los atribuye, quita o configura para satisfacer finalidades que no son ya, simplemente, la evitación de agresiones recíprocas. Se trata a la postre de derechos de contenido estatutario cuya regulación responde a funciones sociales. Esto es evidente en el Derecho administrativo prácticamente desde sus orígenes, pero también hace ya algún tiempo en el Derecho privado. Los principios *pro infantia*, *pro consumatore* y *pro operario* de los Derechos de familia, consumo y trabajo, respectivamente, ejemplifican cómo el Derecho privado reparte y configura derechos subjetivos para proteger determinados intereses o fines sin adoptar ya reglas necesariamente neutrales o destinadas a facilitar simplemente que cada cual persiga libremente sus propios objetivos. Otro ejemplo: el Derecho de la competencia impulsa activamente el libre mercado por razones de *efficiency*, no de *fairness*; no para realizar el *harm principle*, sino para incrementar la *overall wealth*, esto es, por las ganancias que presumiblemente resultan para el conjunto de la ciudadanía<sup>109</sup>.

De modo que las finalidades públicas, esenciales en la teoría de los derechos ajustada a la lógica autoritaria del siglo XIX y retroalimentada en el entorno antidemocrático de principios del siglo siguiente, siguieron siéndolo dentro del marco constitucional imperante a partir de la Segunda Guerra Mundial, solo que de muy distinta manera. Los objetivos colectivos jugaban entonces sobre todo en el plano del poder *judicial*, garantizando a la administración esferas de inmunidad jurisdiccional. Debido a ellos, el particular carecía de derechos subjetivos correlativos a los límites normativos que afectaban al ejercicio de las potestades administrativas y, con ello, de la posibilidad de exigir judicialmente la protección plena frente a la administración incumplidora de sus obligaciones. Después esas finalidades públicas han pasado a intervenir exclusivamente en el plano del poder *político*. El Estado tiene amplísimas (aunque no ilimitadas) posibilidades para distribuir derechos conforme a finalidades públicas (intereses generales) cuando opera como poder político (*puede* atribuir, quitar y configurar derechos), pero no cuando opera como poder judicial (*debe* garantizar la protección judicial plena frente al incumplimiento de las obligaciones de la

<sup>109</sup> David J. GERBER, “Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the ‘New Europe’”, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 42, 1994, pp. 25-84.

administración entendidas como derechos individuales correlativos con independencia de la finalidad normativa). El Estado se ajusta en parte al concepto de IHERING cuando atribuye derechos, pero se acomoda al de SAVIGNY cuando corresponde determinar cuáles son los efectivamente establecidos a los efectos de la justiciabilidad.

La fuerte penetración de la lógica finalista del interés general en el plano de la regulación pone de relieve hasta qué punto resulta hoy imposible mantener en el plano de la protección que las obligaciones normativamente impuestas son derechos subjetivos correlativos solo si contemplan intereses privados. No es ya que ello sea incompatible con el profundo significado del reconocimiento internacional y constitucional de la dignidad humana en su proyección sobre el Derecho administrativo establecido; un reconocimiento al que repugna que los gobiernos y los parlamentos puedan decidir sobre la justiciabilidad de las normas que ellos predisponen como límites a la acción administrativa. Es que se hace depender la tutela judicial efectiva de los derechos de operaciones interpretativas que, si son de suyo complejas, llegan a ser completamente artificiosas en el contexto de un ordenamiento jurídico que interviene sobre prácticamente todas las dimensiones de la vida en función de lo que conviene al interés general. Distinguir las normas (y el grado de protección frente a su incumplimiento) en función de que protejan intereses generales o particulares supone en cierto modo desconocer que han desaparecido ya aquellas fronteras que separaban tajantemente el interés general del interés particular, el Derecho administrativo del Derecho civil, lo público de lo privado, el Estado de la sociedad.

#### 4. CONCLUSIONES

Comprender el problema del derecho subjetivo es fundamental para entender plenamente los orígenes y las transformaciones fundamentales del Derecho administrativo a lo largo de los últimos doscientos años. La noción de derecho subjetivo era central en la cultura jurídica desde al menos el siglo XVI. El surgimiento del Derecho administrativo evidenció el tránsito del derecho subjetivo al Derecho objetivo, esto es, de un Derecho volcado al hombre, eje del pensamiento iusnaturalista, a un ordenamiento volcado a la comunidad, entendida como todo social (el interés general), capital en las nuevas ideologías. Solo después de la Segunda Guerra Mundial empezó a edificarse en España y el conjunto de Europa un Derecho administrativo *subjetivado*, que coloca en un lugar central, no solo el interés general, sino también la libertad individual.

A lo largo del siglo XIX, los sistemas europeos de Derecho público desarrollaron con diferentes matices una misma teoría sobre el derecho subjetivo. Se apoyaban en la finalidad pública de la norma jurídico-administrativa para construir el concepto de derecho “secundario” (“administrativo”, “imperfecto”) o simple “interés” y negar con ello el auténtico derecho subjetivo (y, por tanto, la tutela judicial plena) del ciudadano enfrentado al poder de la administración. Tal teoría, nutrida de rudimentos del Estado absoluto y del liberalismo conservador, sirvió a la construcción del Estado adminis-

trativo. Se robusteció con la crisis de la democracia liberal de principios de siglo xx. Ciertamente, la consolidación de un régimen de garantías individuales que contrapesara la construcción de un Estado sin precedentes, muy amplio y hegemonizado por la administración, empezó a realizarse efectivamente dentro de (y en parte gracias a) la señalada teoría. Permitía transitar sin traumatismos hacia un sistema tuitivo, haciendo pasar la protección del ciudadano por protección del interés general y de la legalidad administrativa objetiva. Pero estas ventajas prácticas no deben ocultar los déficits de tutela y que el Derecho administrativo hablaba invariablemente el lenguaje del Derecho objetivo y el control (principio de la legalidad en clave objetiva) más que el lenguaje del derecho subjetivo y la protección (principio de legalidad en clave subjetiva). Este último había dominado desde al menos el siglo xvi, pero quedó caracterizado entre mediados del siglo xix y principios del siguiente como idioma específico del Derecho privado y de las relaciones jurídico-administrativas horizontales.

Tras la Segunda Guerra Mundial, los sistemas europeos de Derecho administrativo asistieron, también con diversas formas e intensidades, a la revalorización del derecho subjetivo (y, por tanto, de la protección judicial plena) con la consiguiente relativización de aquel autoritarismo originario. La *protección* (judicial) frente a la administración incumplidora de sus obligaciones se ajustó al viejo lenguaje civilista y liberal del derecho subjetivo como autonomía de la voluntad. El nuevo constitucionalismo *subjetivó* el Derecho administrativo y el proceso contencioso-administrativo. La norma que obliga a la administración pasó a ser, sencillamente, el derecho subjetivo de quien resulta perjudicado por su incumplimiento. El lenguaje del derecho y la protección volvió a generalizarse, dejando de ser patrimonio exclusivo de civilistas. No obstante, esta transformación se emprendió sin prescindir del marco conceptual autoritario del viejo Derecho administrativo. De ahí que hayan subsistido los antiguos significantes (interés legítimo, *Schutznormtheorie*) y que los diversos sistemas hayan desarrollado teorías sobre las situaciones activas aparentemente distintas.

En España, la doctrina administrativista actual asocia el “interés legítimo” a un alto grado de protección judicial, como si hubiera surgido históricamente para proporcionar niveles de tutela imposibles dentro del marco conceptual de los derechos subjetivos. Ha desarrollado en paralelo una cierta animadversión hacia el “derecho subjetivo”, como si fuera en parte responsable de las dificultades que ha presentado históricamente proteger al ciudadano frente a las extralimitaciones del poder. Se cree que uno de los principales defectos de la justicia administrativa *armónica* o *judicializada* era, precisamente, el cierre del recurso a quien no pudiese exhibir derechos subjetivos. Estas creencias no se ajustan a la realidad. Proyectan sobre el pasado una percepción moderna, la visión positiva que hoy tenemos del “interés legítimo”, como figura que, según se entiende, cataliza más tutela que el derecho subjetivo. El problema de nuestra justicia administrativa decimonónica fue, en realidad, no que protegiese solo derechos, sino todo lo contrario: que negaba el derecho subjetivo (cuando impedía el control de los elementos reglados de las potestades discrecionales) o lo transformaba en una posición de segunda categoría (frente a la potestad reglada, al permitir un control sin igualdad de armas y escasos remedios tutelares). En suma,

nuestro “derecho subjetivo de carácter administrativo” equivalía en gran medida al interés francés (condición de legitimación que da acceso a la jurisdicción objetiva de anulación), al interés legítimo italiano (posición subjetiva distinta del derecho subjetivo protegida con los limitados remedios de la justicia administrativa) y al interés alemán (situación carente de toda protección judicial).

Nuestro Derecho administrativo sigue manejando la expresión “interés legítimo” más, incluso, que otros ordenamientos, pero, en realidad, desechó antes y más rotundamente su significado originario. Al prescindir del objetivo de la norma y afirmar la jurisdicción plena ya en los años cincuenta del siglo pasado, anticipó de hecho la teoría del derecho subjetivo a la que acabaron ajustándose los ordenamientos administrativos de nuestro entorno. El “interés legítimo” ha devenido así un continente vacío, un fósil, un vestigio, la huella de algo que ha desaparecido. Del “interés legítimo” queda solo el nombre. El sistema jurídico conserva el significante, pero le ha hurtado su significado histórico.

El interés legítimo era un problema *real* y muy serio: la inmunidad (total o parcial) de la administración fundada en la prevalencia de las finalidades públicas que persigue el Derecho administrativo. El problema ha pasado a ser, simplemente, atribuirle nuevo significado a la vista de que la denominación luce en la Constitución y las leyes sin su contenido originario. Se trata pues de un problema *verbal* y, en cuanto tal, menos relevante. Lo importante, al menos a los efectos de este estudio, es que el interés legítimo no opera en la práctica como una posición subjetiva paralela a (o distinta de) el derecho subjetivo. Funciona como un requisito procesal para hacer valer derechos subjetivos. Me refiero a la “afectación singular” o “interés en la acción”, es decir, a la exigencia de que el recurrente arriesgue algo verdaderamente para que pueda hacer valer una norma ante la jurisdicción.

## 5 BIBLIOGRAFÍA

- Fermín ABELLA Y BLAVE, *Manual teórico-práctico de lo contencioso-administrativo y del procedimiento especial en los asuntos de hacienda*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados municipales, Madrid, 1882.
- Antonio ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho político constitucional*, Boix, Madrid, 1843.
- Antonio ALCÁNTARA PÉREZ y Juan MORALES SERRANO, *Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados públicos*, 2 t., Imprenta de J. E. Morete, 1866.
- Santos ALFARO Y LAFUENTE, *Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia de las demandas administrativas*, Imprenta de la Revista de legislación á cargo de Julián Morales, Madrid, 1867.
- , *Tratado completo de lo contencioso-administrativo*, Imprenta Nicolás González, Madrid, 1875.
- , *Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos*, Librería universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881.
- Sabino ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, *Manual de Derecho administrativo*, Librería General, Zaragoza, 1941.
- , “Acción popular y recursos administrativos contra los actos de la Administración local”, *RAP*, núm. 11, 1953, pp. 221-267.
- Hannah ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998 (original de 1951).

- Reiner ARNOLD, “Legittimazione a ricorrere e situazioni soggettive nell’ordinamento tedesco”, en *Colloquio sull’interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013*, Jovene, Napoli, 2014, pp. 57-66.
- Margarita BELADIEZ ROJO, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, *El acto ejecutivo*, CEPC, Madrid, 1992.
- Armin von BOGDANDY, “El Derecho administrativo en el Espacio jurídico europeo: perspectivas de una disciplina”, en A. von BOGDANDY y O. MIR PUIGPELAT (coord.), *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 293-338.
- Armin von BOGDANDY y Peter Michael HUBER, “Estado, Administración y Derecho Administrativo en Alemania”, en A. von BOGDANDY y O. MIR PUIGPELAT (coord.) *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 107-116.
- Cristóbal BORDIÚ Y GÓNGORA, *Del Consejo Real como elemento del Gobierno constitucional*, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros, Madrid, 1846.
- Ottmar BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, W. Kohlhammer, Berlin, 1914.
- José María CABALLERO Y MONTES, *Lo contencioso-administrativo*, I, Escar, Zaragoza, 1902.
- Louis CABANTOUS, *Répétitions Écrites sur le droit public et administratif*, 4.ª ed., A. Maresco Ainé, Paris, 1867.
- Sabino CASSESE, *Derecho administrativo: Historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014.
- Carmen CHINCHILLA MARÍN, “Dos grandes momentos en cien años de Derecho administrativo: La década de los cincuenta y la Constitución de 1978”, *El Derecho español en el siglo XX*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Bartolomé CLAVERO SALVADOR, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997.
- Chiara CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- José DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, *Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la península y ultramar*, M. Minuesa, Madrid, 1866.
- Silvia DÍEZ SASTRE, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, reimpresión de la 8.ª ed., coord. Roger E. Michener, Liberty Fund, Indianapolis, 1982 (original de 1915).
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1921.
- , *Le droit social, le droit individuel et la transformation de L’État. Conférences faites a L’École des Hautes Études Sociales*, 3.ª ed., Librairie Félix Alcan, Paris, 1922.
- Antonio María FABIÉ ESCUDERO, *Comentario de la Ley para el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1889.
- Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.
- Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *La “acción popular” en el Derecho administrativo*, Reus, Madrid.
- , *El acto administrativo (exposición doctrinal y estudio del Derecho español)*, prólogo de M. Hauriou, Victoriano Suárez, Madrid, 1929.
- Leonardo FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Cedam, Padova, 1996.
- , *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Norbert FOULQUIER, *Les droits subjectifs des administrés. Emergence d’un concept en droit administratif français du XIXè au XXè siècle*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, t. 25, Paris, 2003.
- , “L’analyse du discours juridique: le concept de droit subjectif en droit administratif”, en *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, PUF, 2005.

- Patrick FRAISSEIX, “La subjectivisation du droit administratif”, *Les petites affiches*, núm. 207, 2004, pp. 12-16.
- Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Derecho general de la organización*, IEA, Madrid, 1971.
- José GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid, 1881.
- Carlos GARCÍA OVIEDO, “El recurso contencioso-administrativo en la nueva Constitución española”, *Revista de Derecho Público*, 1932, pp. 298-299.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, “Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa”, *RAP*, núm. 6, 1951, pp. 279-288.
- , “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, *RAP*, núm. 30, 1959, pp. 131-166.
- , “Sobre los derechos públicos subjetivos”, *REDA*, núm. 6, 1975, pp. 427-448.
- , *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1999.
- , *Problemas del Derecho público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001.
- , *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson/Civitas, Cizur Menor, 2007.
- Manuel GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 27-53.
- , *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1981.
- José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 3.ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1974.
- Fernando GARRIDO FALLA, “La Administración y la Ley”, *RAP*, núm. 3, 1951, pp. 407-434.
- , “El interés para recurrir en agravios”, *RAP*, núm. 9, 1952, pp. 157-174.
- , “Las tres crisis del derecho público subjetivo”, *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, Sevilla, 1954, pp. 177-217.
- , voz “Interés legítimo”, en *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, t. XIII, Seix, Barcelona, 1968, pp. 221-226.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, *Parte General*, 7.ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- , *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, *La justicia administrativa*, Tecnos, Madrid, 2001.
- José GASCÓN Y MARÍN, *Las garantías jurídicas del ciudadano y la evolución del recurso contencioso-administrativo*, Madrid, 1917.
- , *Derecho administrativo. Principios y legislación española*, t. I, *Doctrina general*, 7.ª ed., C. Bermejo, Madrid, 1941.
- , “Restablecimiento del recurso contencioso-administrativo”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 14, 1944, pp. 271-274.
- David J. GERBER, “Constitutionalising the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the ‘New Europe’”, *The American Journal of Comparative Law*, núm. 42, 1994, pp. 25-84.
- Rudolf von GNEIST, *Lo Stato secondo il diritto ossia la giustizia nell’amministrazione politica*, traducción de I. Artom, Zanichelli, Bologna, 1884 (original de 1879).
- Ana Belén GÓMEZ DÍAZ, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, Madrid, 2014.
- Pedro GÓMEZ DE LA SERNA Y TULLY y Juan Manuel MONTALBÁN HERRANZ, *Tratado académico-forense de los procedimientos judiciales*, t. I, 3.ª ed., D. F. Sánchez, Madrid, 1861.
- Alfonso GONZÁLEZ CARMONA, *La materia contencioso-administrativa: teoría, legislación vigente, jurisprudencia*, Imprenta de Enrique Rubiños, Madrid, 1891.
- Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “Evolución de la legislación contencioso-administrativa”, *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 209-238.
- Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, 1993.
- Jaime GUASP DELGADO, “El ‘derecho de carácter administrativo’ como fundamento del recurso de contencioso”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, núm. 2, 1940, pp. 11-23.

- Enrico GUICCIARDI, “Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa”, en *Studi di giustizia amministrativa*, Edit. Torinese, Torino, 1967 (original de 1937), pp. 1-23.
- Maurice HAURIOU, *Precis de droit administratif*, 8.ª ed., Sirey, Paris, 1914.
- , “La gestión administrativa”, en *Obra escogida*, trad. J. A. Santamaría Pastor/S. Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976 (original de 1899).
- , *Principes de Droit public*, 2.ª ed., Sirey, Paris, 1916.
- Reinhard HÖHN, *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934.
- Ernest Rudolf HUBER, *Verfassung*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1937.
- , *Verfassungsrecht des grossdeutschen Reiches*, 2.ª ed., Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1939.
- Alejandro HUERGO LORA, *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- Rudolf von IHERING, *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Comares, Granada, 1998 (original de 1852-1865).
- Georg JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, traducción italiana de la 2.ª ed. (1.ª ed. de 1892), Libreria, Milano, 1912 (original de 1905).
- Immanuel KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, CEPC, Madrid, 1978 (original de 1797).
- John Maurice KELLY, *Storia del pensiero giurico occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1997.
- Otto KOELLREUTTER, *Deutsches Verfassungsrecht*, Junker und Dünhaupt, Berlin, 1936.
- Bruno KORNPROBST, *La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1959.
- Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vols., reimpression prologada por R. Drago, LGDJ, 1989 (original de 1887).
- Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Gonzalo MAESTRO BUELGA, “Los derechos públicos subjetivos en la historia del constitucionalismo español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 41, 1996, pp. 119-175.
- Manuel MALO DE MOLINA, *Conferencias sobre lo contencioso-administrativo*, pronunciadas en el Ate-  
neo de Madrid en el curso de 1860 a 1861, Arcas y Sánchez, Madrid, 1861.
- Isaac MARTÍN DELGADO, *La ejecución subrogatoria de las sentencias contencioso-administrativas*, Ius-  
tel, Madrid, 2006.
- Luis MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso-administrativo de 13 de  
septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Alejandro Oliván: Reflexiones sobre su vida y su obra*,  
Civitas, Madrid, 1997.
- Hartmut MAURER, *Derecho administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Otto MAYER, *Derecho administrativo alemán*, t. I (*Parte general*), Depalma, Buenos Aires, 1982 (ori-  
ginal de 1895).
- Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés  
legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- , *Historia del Derecho administrativo español*, Marcial Pons, Madrid, en prensa.
- Franck MODERNE, “Sotto il segno del soggettivismo giuridico (considerazioni sull’opera di Eduardo  
García de Enterría)”, *Diritto pubblico*, núm. 2, 2004, pp. 671-690.
- Lodovico MORTARA, “Sulla classificazione degli atti amministrativi (d’impero e di gestione)”, *Giuris-  
prudenza italiana*, vol. I/1, 1899, pp. 549-552.
- Alejandro NIETO GARCÍA, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-  
administrativo”, *RAP*, núm. 57, 1968, pp. 9-34.
- , *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.
- Mario NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6.ª ed. revisada por E. Cardi y A. Nigro, Il Mulino, Bologna,  
2002.
- Riccardo ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- Andrea ORSI BATTAGLINI, “Attività vincolata e situazioni soggettive”, *Rivista trimestrale di diritto  
processuale*, 1988, pp. 3 ss.
- , *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Giuffrè, Milano, 2005.

- José Ramón PARADA VÁZQUEZ, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso”, *RAP*, núm. 55, 1968, pp. 65-112.
- Luciano PAREJO ALFONSO, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo (I)”, en *Manual de Derecho Administrativo*, vol. 1, 4.ª ed., Ariel, Barcelona, 1996.
- Leonard PEIKOFF, *The ominous parallels*, Meridian, New York, 1982.
- Julián PELÁEZ DEL POZO, *Tratado teórico-práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, Imprenta D. B. González, Madrid, 1849.
- Antonio PÉREZ HERNÁNDEZ, *Naturaleza jurídica del recurso de agravios*, Publicaciones del Consejo de Estado, Madrid, 1954.
- José María PI Y SUÑER, *Lo contencioso-administrativo*, versión taquigráfica revisada, completada y anotada del curso profesado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Centro de Administración Municipal, Barcelona, 1928.
- Giorgio PINO, “Diritti soggettivi”, capítulo 4, en A. SCHIAVELLO y V. VILLA (dir.), *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.
- José POSADA HERRERA, prólogo a J. GALLOSTRA Y FRAU, *Lo contencioso-administrativo*, Imprenta y fundición Manuel Tello, Madrid, 1881, pp. IV-XXIII.
- Oreste RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, Angelini, 1892.
- Luis RECASENS SICHES, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, 3.ª ed., México D. F., 1965.
- Jean RIVERO, “Le huron au Palais Royal ou réflexions sur le recours pour excès de pouvoir”, *Dalloz, Chronique*, VI, 1962, pp. 37-40.
- , *Droit administratif*, 12ª ed., Dalloz, Paris, 1987.
- Stefano RODOTÀ, *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1987.
- Santi ROMANO, *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964 (original de 1947).
- Paul ROUBIER, *Droit subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963.
- Antonio ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho administrativo*, 2. t., 17.ª ed. corregida y aumentada con la colaboración de su hijo Segismundo, Librería Santarén, Valladolid, 1942.
- Ramón SALAS CORTÉS, *Lecciones de Derecho público constitucional*, CEPC, Madrid, 1982 (original de 1821).
- Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo*, 8.ª ed., Imprenta española, Madrid, 1914.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *RAP* núm. 77, 1975, pp. 81-180.
- , *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el Siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006 (original de 1972).
- Salvatore SATTA, “Interesse ad agire e legittimazione”, *Il Foro italiano*, vol. 77, núm. 8, 1954, pp. 169-178.
- Friedrich Karl von SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*, Góngora y Compañía, Madrid, 1878 (original de 1840-1849).
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003.
- Silvie SCHMITT, “L’evolution de la subjectivisation du contentieux administratif en France et en Italie”, *Liber amicorum Jean-Claude Escarras: la communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 956-967.
- Enrique SERRANO GUIRADO, “La justicia administrativa”, *RAP* núm. 6, 1951, pp. 143-162.
- Domenico SORACE, “Promemoria per una nuova voce ‘atto amministrativo’”, en *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, t. III, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 47 y ss.
- Bernardo SORDI, *Giustizia e amministrazione nell’Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985.
- Francisco SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público (II)*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Aldo TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2012.

- Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, “La relación jurídica en el sistema de Derecho administrativo”, *Revista de Derecho público: teoría y método*, vol. 2, 2020, pp. 73-118.
- Diego VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Reiner WAHL, *Los últimos cincuenta años de Derecho administrativo alemán*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Bernhard WEGENER, “Subjective Public Rights-Historical Roots versus European and Democratic Challenges”, en H. PÜNDER y Ch. WALDHOFF (ed.), *Debates in German Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 219-238.
- Bernhard WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Julius Buddeus, Düsseldorf, 1856.
- Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

## EL DEBATE SOBRE LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO. UNA DISCUSIÓN DESDE CUATRO TRINCHERAS<sup>1</sup>

### THE DEBATE ON THE SPECIFICITY OF THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN THE LATIN AMERICAN CONTEXT. A DISCUSSION FROM FOUR TRENCHES

Marcos Antonio Vela Ávalos

Colaborador jurídico del área de inconstitucionalidades/Capacitador  
Sala de lo Constitucional de El Salvador/Consejo Nacional de la Judicatura

Marcos\_vela28@hotmail.com

**RESUMEN:** Es incuestionable que la forma en que los jueces constitucionales interpretan la Constitución incide sustancialmente en la vida de los ciudadanos. De manera que, por esa relevancia, son necesarios los esfuerzos académicos que pretendan explicar ese fenómeno llamado interpretación de la Constitución. Este artículo aborda descriptiva y críticamente los debates que se suscitan en América Latina en torno a la especificidad de dicha interpretación. En él se trata, en primer lugar, sobre los conceptos de interpretación de la Constitución, interpretación jurídica y Constitución. Luego se alude a lo que se califica como trincheras del debate, esto es, la discusión entre quienes defienden la necesidad de usar criterios específicos para interpretar las disposiciones constitucionales (primera) y quienes sostienen que basta con los criterios tradicionales de interpretación (segunda); y la discusión del originalismo (tercera) versus el no-originalismo (cuarta).

---

<sup>1</sup> Este trabajo fue finalizado el 30 de octubre de 2020. En él se emplearán estas abreviaturas: a) comp. o comps.: compilador o compiladores; b) coord. o coords.: coordinador o coordinadores; c) ed. o eds.: edición, editor o editores; d) *et. al.:* *et alii* («y otros»); e) núm.: número; f) *op. cit.:* *opus citatum* («obra citada»); g) p. o pp.: página o páginas; h) TC: Término genérico que servirá para referirse a salas, cortes o tribunales constitucionales; i) *vs.:* versus.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución; constitucionalismo latinoamericano; Derecho constitucional; interpretación constitucional; interpretación jurídica.

**ABSTRACT:** It is unquestionable that the way in which constitutional judges interpret the Constitution substantially affects the lives of citizens. So, due to this relevance, academic efforts are necessary to explain this phenomenon called interpretation of the Constitution. This article descriptively and critically addresses the debates that arise around the specificity of said interpretation in Latin America. It deals, first, with the concepts of interpretation of the Constitution, legal interpretation, and Constitution. Then it alludes to what is described as trenches of the debate, that is, the discussion between those who defend the need to use specific standards to interpret the Constitution (first) and those who maintain that the traditional standards are enough (second); and the discussion of originalism (third) versus non-originalism (fourth).

**KEYWORDS:** Constitution; Latin American constitutionalism; Constitutional law; constitutional interpretation; legal interpretation.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. CONCEPTOS BÁSICOS EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 2.1. Interpretación de la Constitución e interpretación desde la Constitución. 2.2. Interpretación jurídica. 2.3. Constitución.— 3. TAXONOMÍA Y ESTADO DE COSAS DEL DEBATE SOBRE LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: UNA DISCUSIÓN EN CUATRO TRINCHERAS.— 4. ESPECIFICIDAD VS. NO-ESPECIFICIDAD: UN DEBATE SOBRE LOS CRITERIOS POR EMPLEAR. 4.1. Primera trinchera: la defensa de la necesidad de usar criterios específicos. 4.2. Segunda trinchera: la innecesariedad del uso de criterios específicos. 4.3. Un problema práctico en torno a la especificidad de criterios.— 5. ORIGINALISMO VS. NO-ORIGINALISMO: UN DEBATE SOBRE LA ACTITUD INTERPRETATIVA. 5.1. Tercera trinchera: los originalistas. 5.2. Cuarta trinchera: los no-originalistas. 5.3. Un intento por conciliar el originalismo y el no-originalismo.— 6. CONCLUSIONES.— 7. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho, pocas cosas son más decisivas para los ciudadanos que la forma en que los jueces constitucionales interpretan las disposiciones de la Constitución. Tómense de ejemplo estos tres casos: a) La inaplicación de las disposiciones constitucionales que prohibían la reelección presidencial que fue realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia por, según él, ser incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>2</sup>; b) la sentencia del Tribunal Constitucional de España que desestimó la inconstitucionalidad de las reformas que permitieron el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>3</sup>; y c) los vaivenes en la

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia constitucional plurinacional 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional de España, sentencia de 6 de noviembre de 2012, 198/2012.

interpretación de la 14ª enmienda de la Constitución de Estados Unidos (*equal protection clause*), por parte de la *Supreme Court*, en lo relativo a la protección contra la discriminación por razones de género<sup>4</sup>. Como se advierte, la existencia o inexistencia de reelecciones presidenciales indefinidas, matrimonio igualitario y mayor o menor protección contra la discriminación fueron definidas por esas interpretaciones.

De hecho, la interpretación jurídica y la interpretación de la Constitución son dos nociones cuya importancia es reconocida en diversos estudios. De la primera se ha dicho, sin ambages, que «sin interpretación no hay [D]erecho»<sup>5</sup>. De la segunda basta con ver las numerosas obras que se dedican a la materia<sup>6</sup> y la constatación empírica de la incidencia que tiene sobre un país cuando es realizada por un TC. Más allá de los ejemplos ya mencionados, la muestra más reciente de esto último ha sido el control constitucional de las políticas de gobierno relacionadas con el combate de la pandemia por la COVID-19 en América Latina, que en su mayoría consistieron en el uso del Derecho constitucional de excepción (principalmente, estados de excepción *de facto*) y en la concesión de más poderes y facultades al gobierno u órgano ejecutivo<sup>7</sup>.

La explicación que puede darse al auge de la importancia y cantidad de estudios sobre la interpretación jurídica y la interpretación de la Constitución es la aceptación usual de que el Derecho, incluida la Constitución, se expresa mediante textos o enunciados (que llamamos «disposición») cuyo significado (que llamamos «norma») debe encontrarse usando a la interpretación como herramienta<sup>8</sup>, pues, como afirma Carlos Bernal, «los mandatos, las prohibiciones, los permisos y las competencias que

<sup>4</sup> Ruth BADER GINSBURG, “Sexual equality under the fourteenth and equal rights amendments”, *Washington University Law Review*, vol. 1979, issue 1, symposium: The quest for equality, pp. 161-178 (pp. 161-178). Por esta oscilación, Bader Ginsburg defendió los beneficios de la adopción de la *equal rights amendment*.

<sup>5</sup> Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 12.ª ed., Marcial Pons, España, 2010, p. 97. A continuación del texto citado, el autor sostiene que «no hay [D]erecho que no exija ser interpretado. La interpretación es la sombra que acompaña al cuerpo. De la misma manera que ningún cuerpo puede librarse de su sombra, el [D]erecho tampoco puede librarse de la interpretación». Esto incluye, por supuesto, a la Constitución misma.

<sup>6</sup> Sin ánimos de exhaustividad, pueden citarse las siguientes obras sobre la materia: Riccardo GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2.ª ed., Trotta, España, 2010; Claudina ORUNESU, Pablo M. PEROT y Jorge L. RODRÍGUEZ, *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, 1.ª ed., 1.ª reimposición, Fontamara, México, 2009; y Manuel ATIENZA, *Interpretación constitucional*, 1.ª ed., Universidad Libre, Colombia, 2010. A lo largo de esta investigación se irán agregando más referencias directamente relacionadas con la temática.

<sup>7</sup> Roberto GARGARELLA y Jorge Ernesto ROA ROA, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, MPIL research series, 2020, pp. 6-7.

<sup>8</sup> *Vid.* Riccardo GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2014, pp. 77-79. Cabe destacar tres ideas centrales para comprender lo antedicho: a) La disposición es todo enunciado contenido en una fuente de Derecho. Para lo que interesa a este trabajo, tal fuente es la Constitución; b) la norma es el contenido de significado de la disposición; y c) la interpretación es, cuanto menos, la operación que sirve para pasar del enunciado al significado, o lo que es igual, de la disposición a la norma.

constituyen el contenido de las normas no surgen [...] del texto de la fuente [de Derecho], sino de su interpretación»<sup>9</sup>. Esta distinción entre disposición y norma ha sido admitida por varios TC latinoamericanos<sup>10</sup>.

Pero, si acaso puede aceptarse que hay un consenso sobre la importancia de la interpretación de la Constitución, no puede decirse lo mismo sobre la forma en que debe hacerse. Esto es lo que aquí se ha dado por llamar «el debate sobre la especificidad», y consiste, básicamente, en la discusión sobre si la interpretación de las disposiciones constitucionales necesita (o no) de criterios específicos o de que el intérprete adopte alguna actitud particular. Por esa importancia y por esa discusión, este artículo abordará descriptiva y críticamente tales debates. Para ello tendrá la siguiente estructura: a) como presupuesto, se estipulará el significado de ciertos conceptos básicos; b) luego, se explicará en qué consisten las «cuatro trincheras» desde las que se efectúa el debate y el estado de cosas respecto de él en la región latinoamericana; c) y finalmente se analizarán esas discusiones o trincheras.

Es necesario aclarar dos cuestiones metodológicas antes de acometer la tarea descrita. La primera es que el material normativo y empírico del estudio pertenece mayoritariamente a América Latina. Es decir, las referencias bibliográficas, jurisprudenciales y normativas serán principalmente originarias de ahí o de uso frecuente por los autores o TC de la región. La segunda tiene que ver con la estructura del artículo. La razón por la que se unen en una sola investigación las discusiones sobre la especificidad de criterios para interpretar la Constitución y el originalismo o no-originalismo (la cuestión de «actitud interpretativa») es que hay un escaso tratamiento unificado de ambas cosas, como si se tratase de materias inconexas<sup>11</sup>. Esto trae consigo una ausente sistematización sobre los desacuerdos que dichas discusiones producen, de manera que quien se interese en analizar la temática de la interpretación de la Constitución se topa con estudios dispersos que corren en líneas paralelas (se enfocan en una u otra discusión<sup>12</sup>). Pero, tales asuntos sí están ligados, toda vez que ambos buscan responder, así sea desde ópticas distintas, a la pregunta sobre cómo debe interpretarse la Constitución: según ciertos criterios interpretativos o según cierta actitud interpretativa<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Carlos BERNAL PULIDO, *El Derecho de los derechos*, 1.ª ed., 5.ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008, p. 210.

<sup>10</sup> Por ejemplo, lo hizo la Sala de lo Constitucional de El Salvador en la sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013; la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia de 11 de mayo de 2017, C-312/17; y el Tribunal Constitucional de Perú en la sentencia de 3 de enero de 2003, exp. núm. 010-2002-AIITC.

<sup>11</sup> Dentro de las pocas excepciones se encuentra GUASTINI, 2010.

<sup>12</sup> A manera de ejemplo: Jorge Ulises CARMONA TINOCO, *La interpretación judicial constitucional*, 1.ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas – Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996, pp. 72-73. En esta obra se diagrama el debate sobre la interpretación de la Constitución con un enfoque claramente orientado a la especificidad (o no-especificidad) respecto del uso de principios (criterios) interpretativos particulares para atribuir significado a las disposiciones constitucionales.

<sup>13</sup> En tal sentido, el objeto perseguido por este artículo es, como se apuntó, abordar descriptiva y críticamente tales debates o discusiones. En líneas posteriores se profundizará sobre el tema de los

## 2. CONCEPTOS BÁSICOS EN MATERIA DE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

### 2.1. Interpretación de la Constitución e interpretación desde la Constitución

Al hacer un binomio con los conceptos de «interpretación» y «Constitución» se obtienen dos formas de abordaje del fenómeno<sup>14</sup>. Por un lado, se presenta el problema de cómo interpretar las disposiciones constitucionales. A esto se le llama «interpretación de la Constitución»<sup>15</sup> y supone que, en este escenario, dichas disposiciones son el objeto de la actividad interpretativa. Por el otro lado se encuentra el problema de cómo interpretar el Derecho en un Estado constitucional, esto es, la cuestión relativa a la interpretación de disposiciones infraconstitucionales de forma compatible con las normas constitucionales (la llamada «interpretación conforme»)<sup>16</sup>. A esto último se le llama «interpretación desde la Constitución»<sup>17</sup>. Aquí se hace una elusión que se estima necesaria: se dejará de lado cualquier valoración sobre la interpretación desde la Constitución para exclusivamente dar lugar a las consideraciones sobre la interpretación de la Constitución, por ser las pertinentes al tema.

Ahora bien, cómo deba definirse la interpretación de la Constitución es algo que depende de los conceptos de Constitución e interpretación jurídica de los que se parta, pues la definición estándar de este término es una definición por género y diferencia que está más condicionada a lo que se entienda por Constitución que al concepto de interpretación que se asuma<sup>18</sup>, independientemente de la postura parti-

---

criterios y actitud interpretativa frente a la interpretación del texto de una Constitución (por ejemplo, cuáles son los que usualmente se proponen). De momento, se espera que resulte claro el interés por un desarrollo unificado de dichas discusiones, puesto que la dispersión referida conduce a que a veces se agudice la poca claridad sobre el tema o, cuanto menos, respecto del estado de cosas relacionado con él.

<sup>14</sup> Vid. Isabel LIFANTE VIDAL, “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 257-278 (p. 258).

<sup>15</sup> Vid. Javier DE LUCAS, et. al., *Introducción a la teoría del Derecho*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, España, 1997, pp. 291-295.

<sup>16</sup> Vid. LIFANTE VIDAL, 2008-2009: 258. Muchos TC de la región latinoamericana recurren a las sentencias de interpretación conforme o interpretativas. Algunos lo han hecho desde hace larga data. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México sostuvo en el amparo administrativo en revisión 2371/38, de 8 de septiembre de 1938, que «[l]as leyes secundarias deben interpretarse armonizándolas con los estatutos constitucionales, porque no se concibe, salvo cuando el texto de ellas sea perfectamente claro y no dé lugar a interpretación, que el legislador haya pretendido establecer una disposición a todas luces anticonstitucional». Puede consultarse en: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo LVII, p. 2581, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/331320>. Si se desea profundizar en el tema desde la perspectiva del Derecho Comparado, se sugiere la lectura de Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA, *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de constitucionalidad mexicana*, 1.ª ed., Editorial Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011, pp. 95-144.

<sup>17</sup> DE LUCAS, 1997: 295-296.

<sup>18</sup> Vid. Paolo COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Miguel CARBONELL (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5.ª ed., Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 123-154 (p. 124). Sobre las definiciones por género

cular adoptada. En lo que sigue se fijará en qué consisten ambas cosas (interpretación jurídica y Constitución).

## 2.2. Interpretación jurídica

El término «interpretación» posee una ambigüedad proceso-producto, pues denota simultáneamente a la actividad interpretativa y al resultado de dicha actividad<sup>19</sup>. En la primera acepción, se entiende como el proceso que permite el paso de un enunciado jurídico a una proposición jurídica, esto es, de la disposición (texto jurídico) a la norma (significado)<sup>20</sup>. En la segunda acepción, este término solo hace referencia al resultado de dicha actividad, a la proposición que resulta de ella.

Hay dos debates en relación con la actividad interpretativa que interesa retomar. El primero tiene que ver con su naturaleza y discurre entre quienes afirman su carácter descriptivo, de descubrimiento de un significado preexistente del texto, y quienes reivindican que se trata de una actividad de atribución de significado<sup>21</sup>. La segunda parece ser una postura más razonable, debido a dos razones principales: a) de aceptarse la primera opción, se simplificaría el término «interpretación» al punto de restarle su eventual componente decisonal o propositivo, reduciéndole a una detección de significado pura y simple que solo podría ser falsa o verdadera, no correcta o incorrecta<sup>22</sup>; y b) se desconocería que cualquier enunciado posee textura abierta, por lo que, aunque se quiera, no se pueden anticipar las circunstancias que podrían modificar ese significado que se supone que debe descubrirse<sup>23</sup>.

---

y diferencia: Anthony WESTON, *Las claves de la argumentación*, 1.ª ed., 4.ª reimpresión, Ariel, España, 1998, pp. 143-144. Estas definiciones se forman identificando primero una categoría relevante (en este caso, «interpretación jurídica»), aunque amplia, a la que pertenecen las cosas que se definen (el género). Luego, dicho género se restringe hasta la medida correcta agregando «la diferencia»: lo que distingue las cosas que son definidas de cualquier otra cosa en el género (en este caso, la Constitución como objeto particular de esta interpretación).

<sup>19</sup> Vid. Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed. ampliada y revisada, 12.ª reimp., Astrea, Argentina, 2003, p. 261. Para Nino, esta «se da cuando uno de los significados de la palabra se refiere a una actividad o proceso, y el otro al producto o resultado de esa actividad o proceso».

<sup>20</sup> Vid. Victoria ITURRALDE, «Interpretación jurídica», en Luis VEGA REÑÓN y Paula OLMOS GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, 3.ª ed., Trotta, España, 2016, pp. 316-318 (p. 316). Por ejemplo, la interpretación permitiría pasar del enunciado «el que matare a otro será sancionado con prisión» a la proposición «está prohibido matar».

<sup>21</sup> Vid. Riccardo GUASTINI, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, 1.ª ed., Zela, Perú, 2018, pp. 19-21.

<sup>22</sup> Giovanni TARELLO, *La interpretación de la ley*, 1.ª ed., traducción de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores, Perú, 2013, pp. 79-81.

<sup>23</sup> Herbert L. A. HART, *El concepto de Derecho*, 1.ª ed., traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Argentina, 1998, pp. 159-163. Por ejemplo, el concepto constitucional de la revisión o no intervención de las comunicaciones ha tenido que adaptarse a los cambios producidos por la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación.

El segundo se refiere a la ocasión con que debe interpretarse. Por un lado, está el sentido amplio de la interpretación, que entiende que esta actividad debe desplegarse en todo caso, hayan o no dudas o controversias sobre el significado de una expresión, pues se estima imposible hacer una separación tajante entre textos claros y oscuros. El sentido estricto del término interpretación corre en dirección opuesta. Según él, debe interpretarse únicamente cuando hayan dudas o problemas en torno al significado de un texto<sup>24</sup>. La segunda tesis es la más aceptable, siempre que se asuma que las dudas o problemas no se pueden presentar en abstracto, sino cuando la afirmación de la claridad u oscuridad dependa del sentido concreto que, según un caso específico, debe dársele al texto<sup>25</sup>. De lo contrario se estaría recurriendo a la «doctrina del sentido claro», expresada en el brocardo *in claris non fit interpretatio*, muy común en los estudios y códigos civiles<sup>26</sup> y rechazada en el Derecho constitucional y en el Derecho Civil mismo<sup>27</sup>.

Hay quienes abordan la cuestión desde otra óptica distinta a la de la oposición entre el sentido estricto y amplio de la interpretación jurídica: la de la interpretación como actividad/resultado noético y dianoético. Isabel Lifante, siguiendo a Gianformaggio, afirma:

Nos encontraríamos con una interpretación-actividad noética cuando se produce una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; mientras que hablaríamos de interpretación-actividad dianoética cuando se requiera un pensamiento discursivo, una argumentación<sup>28</sup>.

De acuerdo con esta conceptualización, de la primera resultaría un significado (resultado noético) y de la segunda una proposición (resultado dianoético).

<sup>24</sup> Vid. Jerzy WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1.<sup>a</sup> ed., 1.<sup>a</sup> reimpresión, traducción de Arantxa Azurza, Civitas, España, 1988, pp. 21-24; e ITURRALDE, 2016: 316. Para quienes adoptan el sentido amplio del término interpretación, esta se produce tanto en los casos «claros» como en los «oscuros», porque para concluir que se trata de uno u otro supuesto debe haberse adscrito un significado al enunciado a interpretar.

<sup>25</sup> Victoria ITURRALDE SESMA, *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, 1.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, España, 2014, pp. 27-28. La crítica que se hace a la distinción entre significados (abstractos) claros y oscuros es que hablar de los primeros implica desconocer que hay razones que pueden ponerlos en cuestión y hacer que un significado claro deje de serlo (por ejemplo, la textura abierta antes referida).

<sup>26</sup> Vid. Carlos LASARTE, *Principios de Derecho Civil. Parte general y derecho de la persona*, 18.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, España, 2012, p. 72. Según reseña Lasarte, «la consecuencia que se quiere imponer al exigir que las normas se interpreten de acuerdo con el propio sentido de las palabras, es el de evitar interpretaciones que fuercen el tenor literal de la norma más allá de unos límites razonablemente permisibles. Por ello, aunque con cierta corrección, se dice que cuando el sentido de una norma se desprende con claridad de las palabras que emplea, no hace falta interpretar (*in claris non fit interpretatio*)».

<sup>27</sup> Por ejemplo: Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 15.<sup>a</sup> ed., Bosch, España, 2002, pp. 161-166. Él sostiene que el sentido literal no es decisivo, ni siquiera cuando sea claro, pues «aun el espíritu de las palabras claras puede no ser el que gramaticalmente se desprenda de [e]stas».

<sup>28</sup> LIFANTE VIDAL, 2008-2009: 261.

### 2.3. Constitución

El término «Constitución» es usado con diversos significados en el lenguaje jurídico y político<sup>29</sup>. Para lo que interesa a este tema, hay dos grandes formas de concebir o definir a la Constitución en el constitucionalismo actual. Por una parte, la del constitucionalismo garantista o positivista, en la que esta se concibe como la *lex superior* de un ordenamiento jurídico, de manera que su única diferencia respecto del resto de normas es su jerarquía; y por otra, la del constitucionalismo principialista, que la identifica como una *lex superior* que posee determinados contenidos necesarios o definitorios<sup>30</sup>.

El primer modelo no necesita de una gran explicación: es Constitución la norma dotada de supremacía. Respecto del segundo, Josep Aguiló, que se ciñe al modelo principialista, afirma que la Constitución de un Estado Constitucional se caracteriza por tres propiedades: a) rigidez; b) responder a las pretensiones del constitucionalismo político (imponer límites al poder y garantizar los derechos); y c) ser practicada, es decir, por consolidar una práctica jurídica y política estabilizadora de las conductas de la comunidad<sup>31</sup>. Del análisis individual de cada una de estas propiedades definitivas de la Constitución del constitucionalismo principialista se obtiene que:

a) Se les llama «rígidas» a las constituciones que solo pueden reformarse mediante «leyes constitucionales» especiales que deben aprobarse con un procedimiento más complejo que el de las leyes ordinarias<sup>32</sup>. Esto se considera como factor de fortalecimiento de la Constitución frente a mayorías coyunturales<sup>33</sup>. La rigidez es una cuestión de grado, pues hay constituciones «más rígidas» que otras: van desde solo

<sup>29</sup> Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, 1.ª ed., 2.ª reimpresión, Fontamara, México, 2007, pp. 29-30; y Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 1.ª ed., Alianza Editorial, España, 1999, p. 33. Para Guastini, los cuatro significados principales del término «Constitución» son: a) en una primera acepción, «Constitución» denota todo ordenamiento político de tipo liberal; b) en una segunda acepción, se refiere al conjunto de normas (en algún sentido fundamentales) que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, alude a un cuerpo normativo que tiene ese nombre («Constitución») u otro equivalente; y d) en una cuarta acepción, designa un particular texto normativo dotado de ciertas características «formales», o sea de un particular régimen jurídico.

<sup>30</sup> Josep AGUILÓ REGLA, «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 235-258 (p. 252). Sobre la contraposición entre estos dos modelos de constitucionalismo: Luigi FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15-53 (pp. 15-53).

<sup>31</sup> Josep AGUILÓ REGLA, *La Constitución del Estado constitucional*, 1ª ed., Palestra – Temis, Colombia, 2004, pp. 50-55.

<sup>32</sup> Riccardo GUASTINI, *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, 2.ª ed. corregida, Ediciones Legales, Perú, 2017, p. 277. En sentido similar: Francisco BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *et al.*, *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I*, 11.ª ed., Tecnos, España, 2016, p. 129.

<sup>33</sup> *Vid.* Luis PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 1.ª ed., Trotta, España, 2013, p. 161-162. El autor expresa que «no resulta infrecuente considerar la rigidez, no como una garantía, sino como un rasgo estructural de la [C]onstitución». Pero, él disiente de esta postura, ya que considera que toda Constitución (rígida o flexible) es suprema y debe ser respetada.

considerar un procedimiento especial de reforma hasta el establecimiento de cláusulas pétreas (contenidos irreformables)<sup>34</sup>.

b) La limitación del poder político y el reconocimiento y garantía de los derechos se consideran como notas esenciales del concepto de Constitución<sup>35</sup>. Sobre la primera, se sostiene que «[l]a separación de poderes como dogma en los sistemas constitucionales va dejando paso a la idea-fuerza de control de las instituciones»<sup>36</sup>. En cuanto a lo segundo, se afirma la consustancialidad de los derechos fundamentales y sus garantías al concepto de Constitución<sup>37</sup> y al Derecho del Estado constitucional<sup>38</sup>. De forma que una Constitución sin ellos no puede considerarse como tal. Un texto normativo que quiera arrogarse esa calificación sin proteger los derechos sería una «Constitución sin constitucionalismo»<sup>39</sup>.

c) Finalmente, que la Constitución sea practicada es un asunto que, como se dijo, tiene que ver con la consolidación de «una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeña su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político»<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Por ejemplo, la Constitución de Colombia es de las del primer tipo (arts. 155, 197, 374 y ss.), mientras que la Constitución de El Salvador es de las del segundo, debido a que prevé en su art. 248 inciso final la irreformabilidad de las disposiciones que «se refieren a la forma y sistema de Gobierno, al territorio de la República y a la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República». No obstante eso, la Corte Constitucional colombiana ha afirmado el carácter limitado del poder de reforma a la Constitución por la existencia de «restricciones implícitas» que consisten, básicamente, en que la reforma no puede significar su derogación o destrucción o la creación de una nueva. *Vid.*: Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS, “El control de constitucionalidad de reformas constitucionales. Algunas salidas para la encrucijada contramayoritaria”, en Gabriel MORA RESTREPO y Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS (coords.), *Retos del derecho constitucional contemporáneo*, 1.ª ed., 1.ª reimp., Astrea – Universidad de La Sabana, Argentina – Colombia, 2015, pp. 177-198 (pp. 177-181); Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 9 de julio de 2003, C-551/03; y Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 19 de octubre de 2005, C-1040/05.

<sup>35</sup> Salvador Enrique ANAYA, “Nociones básicas sobre el concepto de Constitución”, en Salvador Enrique ANAYA BARRAZA *et al.*, *Teoría de la Constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*, 1.ª ed., Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2020, pp. 1-47 (pp. 17-18).

<sup>36</sup> Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, 1.ª ed., Marcial Pons, España, 2016, p. 132.

<sup>37</sup> Gerardo ETO CRUZ, *El Derecho Procesal Constitucional: su desarrollo jurisprudencial*, 3.ª ed., Temis, Colombia, 2011, pp. 94-95.

<sup>38</sup> Manuel ATIENZA, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Lorenzo PEÑA y Txetxu AUSÍN (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, 1.ª ed., Plaza y Valdés Editores, España, 2016, pp. 29-58 (p. 42); y Manuel ATIENZA, *Filosofía del Derecho y transformación social*, 1.ª ed., Trotta, España, 2017, p. 130.

<sup>39</sup> Sobre esta afirmación, *vid.*: Carlos BERNAL PULIDO, “Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo”, *Fundamentos*, núm. 9, 2016, pp. 41-70 (pp. 43-53).

<sup>40</sup> AGUILÓ REGLA, 2004: 53.

### 3. TAXONOMÍA Y ESTADO DE COSAS DEL DEBATE SOBRE LA ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: UNA DISCUSIÓN EN CUATRO TRINCHERAS

Lo expuesto hasta este punto proporciona una visión esquemática acerca de qué debe entenderse por interpretación de la Constitución, interpretación jurídica y Constitución (tres conceptos en juego en esta investigación). De alguna forma, la opción por una u otra concepción en relación con estos conceptos incide en la manera en que se aborda la cuestión de la especificidad de criterios o de la actitud interpretativa frente al texto constitucional. Por mencionar algunos ejemplos, puede decirse que, si se entiende que la actividad interpretativa tiene naturaleza descriptiva, entonces la balanza tendería a inclinarse hacia el originalismo, pues debería recurrirse a la intención constituyente para «descubrir» el significado de la disposición interpretada. De igual manera, el concepto de Constitución adoptado puede traducirse en un mayor, menor o nulo protagonismo de la ponderación, debido a que esta es más protagónica en lo que Comanducci califica como «modelo axiológico de Constitución como norma», similar al del constitucionalismo principialista<sup>41</sup>.

Lo que aquí se pretende desarrollar es lo que se hemos dado por llamar «el debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución», que consiste, básicamente, en las discusiones sobre si la interpretación de las disposiciones constitucionales necesita (o no) de criterios específicos o de que el intérprete adopte alguna actitud interpretativa diferente de la que corresponde cuando se interpretan otros textos normativos. Por tratarse de dos discusiones distintas, pero conexas<sup>42</sup>, que básicamente siempre son abordadas en estudios dispersos y paralelos, se ha tomado a bien presentar en un solo texto las «cuatro trincheras del debate» que surgen a partir de las posiciones contrapuestas respecto de estos dos enfoques con que suele analizarse el tema de la interpretación de la Constitución. Aunque más adelante se abordarán con mayor precisión, a continuación se diagramará la taxonomía de

---

<sup>41</sup> COMANDUCCI, 2012: 129-137. En este modelo la Constitución se concibe como «un documento normativo que presenta características específicas que lo distinguen de los otros documentos normativos y, particularmente, de la ley». Aquí la Constitución presenta las propiedades de: a) situarse en el vértice de las jerarquías normativas y modificar cualitativamente dicha jerarquía; b) contener reglas y principios, aunque son los últimos los que la caracterizan; c) vincularse con la democracia en el sentido de ser consustancial a ella y de servir como límite a la regla de mayoría; d) servir como puente entre el Derecho y la moral mediante la constitucionalización de conceptos morales; y e) por aplicarse (generalmente) mediante la ponderación.

<sup>42</sup> Como se dijo en la introducción, se entiende que ambas discusiones están ligadas, toda vez que intentan responder, desde ópticas distintas, a la pregunta sobre cómo debe interpretarse la Constitución: según ciertos criterios interpretativos o según cierta actitud interpretativa. Por ello, se intentará superar la manera inconexa en que usualmente se presenta dicho debate. Así, se tratarán unitariamente (en un solo artículo) las disputas sobre el asunto de los criterios y de la actitud interpretativa, con el fin de disipar la falta de sistematización sobre la temática y sobre los desacuerdos teóricos y prácticos que produce.

este debate y el estado de cosas que, a grandes rasgos, existe en relación con él en América Latina<sup>43</sup>.

Las primeras dos trincheras o posiciones contrapuestas corren a cuenta del primer enfoque sobre la discusión: una pugna entre la especificidad y la no-especificidad enfrascada en los métodos o criterios interpretativos que deben emplearse. Aquí se encuentran, por un lado, quienes afirman que la especificidad de la interpretación de la Constitución se traduce en la necesidad de adoptar métodos o criterios distintos de los que se usan para interpretar otros textos jurídicos, en especial la ley, debido a que tales métodos o criterios serían útiles, pero insuficientes. Díaz Revorio forma parte de este primer grupo de autores<sup>44</sup>. En el contexto latinoamericano, es la postura asumida por Badeni<sup>45</sup> (Argentina), Fix-Zamudio<sup>46</sup> (México), Palomino Manchego<sup>47</sup> (Perú) y Durán Ramírez<sup>48</sup> (El Salvador), por ejemplo. Por el otro lado están quienes

<sup>43</sup> En tal sentido, cuando el título de este artículo alude al «contexto latinoamericano» quiere decirse que las referencias bibliográficas, jurisprudenciales y normativas que serán usadas en esta investigación serán principalmente originarias de Latinoamérica o de uso frecuente por los autores o TC de la región. Por tal razón, se eludirán ciertas referencias bibliográficas a las que un lector europeo sin duda estaría más habituado. Por ejemplo, las obras de Ernst Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Stern, Roellecke, García de Enterría, entre muchos otros más. Esto no quiere decir que dichas obras sean de nulo o escaso interés, pues han contribuido enormemente en el desarrollo del debate que aquí se trata de explicar, sino que se trata de una cuestión puramente metodológica.

<sup>44</sup> Francisco Javier DÍAZ REVORIO, «Interpretación de la Constitución y juez constitucional», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año X, núm. 27, 2016, pp. 9-31 (pp. 16-24); y Francisco Javier DÍAZ REVORIO, «La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional», *Quid Iuris*, núm. 6, 2008, pp. 7-38 (pp. 13-19). En el primer artículo citado, Díaz Revorio afirma que «las peculiaridades del objeto de la interpretación constitucional penetran de forma inevitable en el método de la misma. Ello no significa que en la interpretación constitucional no sean útiles los elementos o argumentos tradicionalmente empleados en la interpretación jurídica. [...] Aunque presentan sus propias peculiaridades cuando se utilizan para interpretar la norma fundamental. De esta manera, no actúan de idéntica forma a como lo hacen generalmente en la interpretación de normas infraconstitucionales. Pero, por otro lado, se muestran insuficientes en esta labor, de manera que han de ser completados con otros criterios o elementos propios de la interpretación constitucional».

<sup>45</sup> Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, 2.ª ed., La Ley, Argentina, 2006, pp. 119-129. A criterio de Badeni, los principios que facilitarían la interpretación de las disposiciones constitucionales son los de razonabilidad, interpretación restrictiva de las excepciones y privilegios, presunción de constitucionalidad de los actos públicos e *in dubio pro libertate*.

<sup>46</sup> Eduardo FERRER MAC-GREGOR, «Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 143-169 (pp. 164-166).

<sup>47</sup> José PALOMINO MANCHEGO, «La interpretación constitucional: estándares interpretativos», en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Tomo VI*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional - Marcial Pons, México, 2008, pp. 345-352 (pp. 351-352). La postura del autor es que la interpretación de la Constitución, como variante de la interpretación jurídica general, debe abordarse empleando los aportes de otras disciplinas ajenas al Derecho (ciencia política, sociología y filosofía).

<sup>48</sup> Juan Antonio DURÁN RAMÍREZ, «Interpretación constitucional», en Salvador Enrique ANAYA BARRAZA *et al.*, *Teoría de la Constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*, 1.ª ed., Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2020, pp. 345-405 (pp. 391-393).

defienden que la interpretación de la Constitución no debe diferir en métodos o criterios respecto de la interpretación de la ley (no-especificidad). Guastini, de forma muy clara, proporciona ciertos argumentos que podrían justificar esta postura<sup>49</sup>.

El otro extremo de la discusión está compuesto por dos trincheras que obedecen a un enfoque distinto, aunque siempre propositivo de cómo debe interpretarse la Constitución. Aquí el desacuerdo no se centra tanto en la cuestión de los criterios de interpretación, sino en la actitud interpretativa que debe adoptarse<sup>50</sup>. El debate es entre quienes sostienen que la interpretación de la Constitución debe ser conforme con la intención del constituyente (originalistas) y quienes afirman que debe ser de tipo evolutivo, conforme con los cambios sociales, económicos, políticos o culturales (no-originalistas)<sup>51</sup>. Se dice que es un asunto de actitud interpretativa porque, en suma, se trata de tener una actitud de pleitesía al constituyente o una actitud de adaptación a los cambios. Aunque se reconoce que lo primero se logra más fácilmente mediante el recurso a los criterios gramatical e histórico y que lo segundo se facilita a través del criterio evolutivo, lo cierto es que las obras sobre el originalismo y no-originalismo tienden a centrarse poco en el asunto de los criterios de interpretación<sup>52</sup>. En todo caso, aunque lo hicieran, sería un desarrollo teórico enfocado en los criterios recién mencionados, que se mostrarían como los más decisivos para el intérprete.

Aunque el desacuerdo originalista y no-originalista tiene su origen en los Estados Unidos de América (y es ahí donde ha tenido más desarrollo teórico), se ha visto reflejado en la doctrina latinoamericana<sup>53</sup> y en la práctica de muchos TC regionales a través de la pugna entre la interpretación histórica y evolutiva. La última fue usada por la Sala Constitucional de Costa Rica al interpretar el artículo 14, inciso 4.º de

<sup>49</sup> GUASTINI, 2010: 53-58.

<sup>50</sup> El término «actitud interpretativa» se retoma de Pablo Raúl BONORINO, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, 1.ª ed., Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, España, 2003, p. 18; y GUASTINI, 2010: 56.

<sup>51</sup> Para una reseña interesante del debate, *vid.*: Bruce ACKERMAN, *La Constitución viviente*, 1.ª ed., traducción de Carlos María Enríque, Marcial Pons, España, 2011, pp. 89-110; Javier DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, 1.ª ed., Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, España, 1997, pp. 39-73; Luciano LAISE, “La distinción entre interpretación y construcción: Una visión crítica del originalismo del significado público”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, núm. 3, 2019, pp. 249-276 (pp. 250-252); y Martín RISSO FERRAND, “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, *Estudios constitucionales*, año 12, núm. 1, 2014, pp. 239-283 (pp. 244-253). En el segundo grupo están autores como Aguiló Regla, que reconocen que la rigidez y apertura regulativa de la Constitución invitan a diferenciar su interpretación de la de otros textos normativos, sugiriendo que tal diferencia no descansa en el uso de criterios específicos para interpretarla, sino en una determinada actitud del intérprete: procurar la interpretación evolutiva y remitirse a la idea de práctica constitucional. Sobre esto, *vid.*: AGUILÓ REGLA, 2012: 242-248.

<sup>52</sup> Tómese por ejemplo DORADO PORRAS, 1997.

<sup>53</sup> A manera de ejemplo, en RISSO FERRAND, 2014; y en María Micaela ALARCÓN GAMBARTE, “El Tribunal Supremo de Justicia como intérprete directo de la Constitución boliviana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015, pp. 231-258 (pp. 242-246).

la Constitución, que prevé que la mujer extranjera que contraiga matrimonio con hombre costarricense puede adquirir la nacionalidad por naturalización. A juicio del tribunal, el término «mujer» empleado en dicha disposición equivale, hoy en día, a «persona» (incluidos los hombres), dado que en 1949 existía una desigualdad entre los sexos que hacía necesaria una protección especial hacia ellas. Pero, con el cambio en los patrones culturales a partir de los años setenta, hombre y mujer poseen los mismos derechos y obligaciones, por lo que el sentido de ese texto debía evolucionar<sup>54</sup>.

El caso de Dworkin sirve para dar cuenta de que la especificidad *vs.* la no-especificidad (en cuanto a criterios) y el originalismo *vs.* el no-originalismo son debates relacionados, pero no idénticos. Es decir, es una muestra de la existencia de estas cuatro trincheras. Él rechaza la especificidad en cuanto al uso de criterios, pues para él toda interpretación, la de la ley y la de la Constitución, es dependiente de valores<sup>55</sup>. Si el debate se traslada al foro del originalismo y el no-originalismo, cabría ubicarlo dentro de los no-originalistas, ya que concibe a toda interpretación jurídica como una cuestión de construcción que forma parte del género de la interpretación de prácticas sociales. De manera que el intérprete debe atribuir los propósitos en juego, no descubrirlos (aunque reconoce que la historia y forma de la práctica u objeto interpretado le restringe en alguna medida). Es, en suma, como construir una novela en cadena: debe seguirse coherentemente con la historia, pero sin caer en el historicismo, de forma tal que la moralidad pública actual impere<sup>56</sup>.

Así como Dworkin es no-especificista y no-originalista, caben otras tres combinaciones posibles: no-especificista y originalista, especificista y no-originalista y especificista y originalista. A continuación se pormenorizará en las discusiones suscitadas en relación con esas cuatro trincheras, cuya taxonomía y estado de cosas en América Latina, se espera, ha sido diagramada con al menos mediana claridad.

---

<sup>54</sup> Rubén HERNÁNDEZ VALLE, “La interpretación constitucional en Costa Rica”, en Miguel CARBONELL, Jorge CARPISO y Daniel ZOVATTO (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, 1ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, pp. 751-781 (pp. 765-766). Este caso ejemplifica mínimamente las discusiones que se suscitan en América Latina respecto del originalismo, pues la decisión en comento ha sido criticada porque supuso la «anulación» de un texto expreso de la Constitución. De forma que se disiente de la manera en que se llegó hasta el resultado interpretativo (pero, no de dicho resultado en sí mismo). Sobre esto último: Carolina LEÓN BASTOS, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos*, 1ª ed., Editorial Reus, España, 2010, pp. 252-254.

<sup>55</sup> AGUILÓ REGLA, 2012: 244-245. En consecuencia, el factor de la rigidez no tiene incidencia en el modelo interpretativo de Dworkin (en el sentido de obligar al intérprete a seguir con la intención constituyente).

<sup>56</sup> Sobre todo lo dicho en este párrafo, *vid.*: Ronald DWORKIN, *Law's empire*, 1ª ed., Belknap Press, Inglaterra, 1986, pp. 53-68; LIFANTE VIDAL, 2008-2009: 269-275; Isabel LIFANTE VIDAL, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2018, pp. 173-205; Isabel LIFANTE VIDAL, “El Derecho como práctica interpretativa”, en José María SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*, 1ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2015, pp. 161-180 (pp. 161-180); y BONORINO, 2003: 17-28.

## 4. ESPECIFICIDAD VS. NO-ESPECIFICIDAD: UN DEBATE SOBRE LOS CRITERIOS POR EMPLEAR

### 4.1. Primera trinchera: la defensa de la necesidad de usar criterios específicos

Como se dijo, en este grupo encajan autores como Díaz Revorio, Badeni, Fix-Zamudio, Palomino Manchego y Durán Ramírez, para quienes el particular objeto interpretado (la Constitución) exige del uso de criterios específicos de interpretación que complementarían a los criterios generales<sup>57</sup>. En cuanto al tema, Pérez Luño hace referencia a lo que denomina como «principios de la interpretación de la Constitución», que constituyen las «líneas básicas que de modo necesario encauzan y orientan la interpretación del sistema constitucional»<sup>58</sup>. Dichos principios son usualmente referidos en la literatura sobre el tema. A continuación se sintetizarán los que son reseñados por el autor<sup>59</sup>:

a) Unidad de la Constitución. Se parte de la idea de que la Constitución forma una unidad, un todo armónico que no se puede interpretar aisladamente. Este principio remite a la necesidad de: (i) coherencia, es decir, falta de contradicciones o antinomias; (ii) concordancia práctica, esto es, de que los bienes constitucionalmente protegidos se compatibilicen en la solución de los problemas interpretativos para que conserven su entidad (esto se conecta con la ponderación); y (iii) efecto integrador, de manera que la interpretación se dirija a potenciar aquellas soluciones que promuevan la cohesión de la unidad política a cuya formación y mantenimiento tiende la Constitución.

b) Corrección funcional. Este principio «obliga al intérprete a respetar el marco de distribución de funciones estatales consagrado por la Constitución»<sup>60</sup>. Este principio impone dos obligaciones: no desdibujar el diseño constitucional de las competencias de los demás órganos estatales y no rebasar el marco de competencias propias del TC.

c) Eficacia o efectividad de la Constitución. Se debe garantizar la mayor y permanente eficacia de las normas constitucionales mediante la adopción de las soluciones que optimicen su fuerza normativa, sin distorsionar su contenido. Tiene particular uso cuando se trata de disposiciones de derecho fundamental, pues exige de la máxima expansión de tales derechos.

Muchos de los TC latinoamericanos se adhieren a esta postura y suelen remitirse a uno o varios de los criterios referidos, ya sea simultáneamente o de manera indi-

<sup>57</sup> Se reitera la cita de DÍAZ REVORIO, 2016: 16-24; DÍAZ REVORIO, 2008: 13-19; BADENI, 2006: 119-129; FERRER MAC-GREGOR, 2004: 164-166; PALOMINO MANCHEGO, 2008: 351-352; y DURÁN RAMÍREZ, 2020: 391-393.

<sup>58</sup> Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7ª ed., Tecnos, España, 2001, p. 276.

<sup>59</sup> Sobre todo lo dicho a continuación, *vid.*: PÉREZ LUÑO, 2001: 276-278.

<sup>60</sup> PÉREZ LUÑO, 2001: 277.

vidual. En lo que respecta a Centroamérica, pueden citarse los casos de la Sala de lo Constitucional de El Salvador y de la Sala Constitucional de Costa Rica<sup>61</sup>, entre otros. En América del Sur esas ideas han sido retomadas, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Constitucional del Ecuador, el Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Constitucional de Colombia<sup>62</sup>.

Una cuestión más particular es la de la especificidad en la interpretación de las disposiciones de derecho fundamental. Debe subrayarse que algunas obras académicas se dedican enteramente a la materia<sup>63</sup> y que es común observar que los TC de América Latina intenten perfilar criterios específicos para interpretar esas disposiciones, tales como la no alteración del contenido esencial, dimensión institucional de los derechos fundamentales, principio de armonización o principio de fuerza expansiva y optimizadora<sup>64</sup>. De hecho, este último principio también ha sido tomado en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>65</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>66</sup>.

El problema conceptual de este enfoque es que, bien vistas las cosas, muchos de los supuestos «criterios específicos» no son más que los criterios tradicionales aplicados a la Constitución. Por ejemplo, el criterio de unidad es, básicamente, un criterio

---

<sup>61</sup> Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 24 de octubre de 2014, inconstitucionalidad 33-2012; sentencia de 13 de mayo de 2011, inconstitucionalidad 7-2011; y resolución de improcedencia de 6 de noviembre de 2019, inconstitucionalidad 67-2019. Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia de 24 de enero de 2020, amparo con expediente número 19-013680-0007-CO.

<sup>62</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia constitucional plurinacional 0084/2017, ya citada; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 8 de noviembre de 2005, EXP. NÚM. 5854-2005-PA/TC; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-SDC-CC-2011, de 16 de noviembre de 2011; Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 5 de julio de 2018, cuestión de constitucionalidad, rol 4727-18; y Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 12 de julio de 2012, C-535/12.

<sup>63</sup> *Vid.*, por ejemplo, a Giorgio PINO, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, 1ª ed., traducción de Horacio Sánchez Pulido, Pedro Caballero Elbersci, Andrés Morales Velásquez, Federico Orlando y Diego dei Vecchi, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014.

<sup>64</sup> Por ejemplo: Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 14 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 103-2007; Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de diciembre de 2009, C-942/09; Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 30 de julio de 2008, C-756/08; Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de febrero de 2012, T-085/12; Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 10 de julio de 2013, C-438/13; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de 14 de febrero de 2011, expediente 3334-2011; Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 16 de octubre de 2009, EXP. N.º 02005-2009-PA/TC; y Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-SDC-CC-2011, ya citada. Fuera de la región: Tribunal Constitucional de España, sentencia de 22 de febrero de 1999, 18/1999; y Tribunal Constitucional de España, sentencia de 8 de abril de 1981, 11/1981. Algunos de esos tribunales recurren a la expresión «principio *pro homine*» para referirse a esta categoría.

<sup>65</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 84.

<sup>66</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer vs Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978, párrafo 31.

sistemático (coherencia y concordancia práctica) y otro teleológico (efecto integrador). Lo mismo puede decirse de la corrección funcional, pues el respeto al reparto de competencias supone interpretar unitariamente todas las disposiciones que las confieren para intentar delimitarlas.

#### 4.2. Segunda trinchera: la innecesariedad del uso de criterios específicos

Dentro de esta «segunda trinchera» están quienes niegan que haya necesidad de elaborar, adoptar y/o aplicar criterios específicos para interpretar la Constitución. Aquí cabría ubicar a Ferrajoli y Dworkin, que sostienen la inexistencia de la especificidad desde dos extremos opuestos. Para el primero, centrado en el elemento autoritativo del Derecho, «el modelo prescriptivo de interpretación para la legislación se extiende a la [C]onstitución»; y para el segundo, enfocado en el elemento valorativo, toda la interpretación, la de la ley y la de la Constitución, es dependiente de valores<sup>67</sup>. De manera que en ambos casos se llega a la misma conclusión (no-especificidad), pero partiendo de premisas distintas.

Las ideas de Dworkin ya fueron reseñadas en el apartado 3, por lo que ahora corresponde detenerse en la obra de Ferrajoli. Él concibe a la Constitución como una norma que se diferencia del resto únicamente por ser *lex superior*<sup>68</sup>. Así, su modelo de Estado de Derecho es autocalificado como «neo-iuspositivista»<sup>69</sup>; y su concepción del constitucionalismo como «constitucionalismo garantista», que viene a ser una suerte de «iuspositivismo reforzado»<sup>70</sup>. Esto se traduce en su particular forma de concebir no solo a la Constitución, al Estado de Derecho y al constitucionalismo, sino también a la democracia<sup>71</sup> y a los derechos fundamentales<sup>72</sup>; a la vez que explicaría por qué el autor se centra en los elementos autoritativos del Derecho (el Derecho positivo).

<sup>67</sup> AGUILÓ REGLA, 2012: 244-245. En el apartado 3 de este artículo se realizó una exposición muy sintética del pensamiento de Dworkin.

<sup>68</sup> AGUILÓ REGLA, 2012: 252.

<sup>69</sup> Vid. Luigi FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2: Teoría de la democracia*, 1ª ed., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, España, 2011, pp. 31-41.

<sup>70</sup> Vid. FERRAJOLI, 2011 (Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista): 24-28.

<sup>71</sup> Vid. Luigi FERRAJOLI, *La democracia constitucional*, 1ª ed., apoyo en la traducción de Javier Espinoza de los Monteros y Nicoletta Carella, Porrúa, México, 2017, pp. 1-39. Básicamente, en la obra de Ferrajoli la democracia constitucional se compone de elementos formales (la decisión por mayoría) y sustanciales (lo que las mayorías pueden o no pueden decidir). Lo primero responde al *quién* y *cómo* se decide y lo segundo al *qué* puede ser decidido. Los derechos fundamentales positivados en el texto constitucional son, a su parecer, lo que está fuera de la disposición mayoritaria, la «esfera de lo indecible».

<sup>72</sup> Vid. Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Trotta, España, 2007, pp. 19-56. Del lado de los derechos fundamentales, Ferrajoli adopta una definición formal o estructural: «Son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o per-

Por otro lado, como ya se apuntó, Guastini proporciona con claridad ciertos argumentos que podrían justificar la negación de la especificidad. Él refuta las razones que suelen aducirse para pretender el uso de criterios específicos: a) Los textos constitucionales no son diferentes de otros textos normativos por regular la materia constitucional, pues, en primer lugar, las líneas de lo que debe entenderse por «materia constitucional» son poco claras, y en segundo lugar, hay leyes ordinarias que contienen parte de esa materia, como las leyes electorales; b) no solo las constituciones están compuestas por reglas, principios y valores, en tanto que muchos códigos civiles también los contienen (en todo caso, afirma que no se termina por comprender por qué un contenido normativo específico exige de criterios especiales); c) no solo las constituciones regulan relaciones políticas y no todas las normas constitucionales disciplinan dichas relaciones; y d) la rigidez no tiene por qué traducirse en la actitud interpretativa del no-originalismo, ya que no todas las constituciones están vigentes durante siglos, hay constituciones flexibles y las que son rígidas no lo son en el mismo grado, a la vez que algunas leyes, como los códigos civiles, duran más que una Constitución<sup>73</sup>.

Esto último conduce al foro de discusión de las otras dos trincheras en el debate sobre la especificidad de la interpretación de la Constitución: originalismo *vs.* no-originalismo, que se abordará posteriormente.

### 4.3. Un problema práctico en torno a la especificidad de criterios

Antes de abordar el debate del originalismo *vs.* el no-originalismo, merece la atención un asunto que cabría calificar como un «problema práctico» en torno a la especificidad de criterios. Entre las dos posturas apuntadas en los subapartados previos, parece haberse impuesto en la práctica constitucional latinoamericana la que sostiene que sí es necesario emplear criterios específicos para atribuir significado a las disposiciones constitucionales<sup>74</sup>. Esto impone la necesidad de analizarla no solo desde la perspectiva conceptual, sino también desde la práctica<sup>75</sup>. Y en ese foro (el práctico)

---

sonas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de [e]stas.

<sup>73</sup> GUASTINI, 2010: 53-58.

<sup>74</sup> Se reitera la cita de: Sala de lo Constitucional de El Salvador, inconstitucionalidad 33-2012, 7-2011 y 67-2019; Sala Constitucional de Costa Rica, amparo 19-013680-0007-CO; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia constitucional plurinacional 0084/2017; Tribunal Constitucional de Perú, exp. núm. 5854-2005-PA/TC; Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-SDC-CC-2011; Tribunal Constitucional de Chile, rol 4727-18; Corte Constitucional de Colombia, C-535/12. Todas ya citadas.

<sup>75</sup> Ya fue dicho que el problema conceptual del enfoque de la especialidad es que, bien vistas las cosas, muchos de los supuestos «criterios específicos» no son más que los criterios tradicionales aplicados a la Constitución.

se revela una cuestión sumamente llamativa: hay precedentes en los que distintos TC recurren a un mismo «criterio específico» en situaciones análogas, pero deciden los asuntos de manera diametralmente opuesta.

El caso de los jueces objetores de conciencia es un muy buen ejemplo de lo dicho. En Costa Rica, la Sala Constitucional<sup>76</sup> conoció de un amparo presentado por un juez de un juzgado notarial en contra del Poder Judicial. Él aducía que acudía «a su favor y en defensa de los intereses difusos, en nombre de todo el colectivo judicial que profesa la fe cristiana católica, cristiana evangélica, la judía, la fe musulmana y cualquier otro tipo de convicciones filosóficas». La razón era que la Dirección Jurídica del Poder Judicial había negado que se pudiera alegar objeción de conciencia para rehusarse a recibir gestiones sobre matrimonio entre personas del mismo sexo. La Sala recurrió expresamente a la concordancia práctica para resolver el caso<sup>77</sup>. El amparo fue favorable al juez, pues se sostuvo que «[e]s posible ejercer el derecho a la objeción de conciencia en la función jurisdiccional» (así se conciliarían los derechos en juego), pero que, en ese supuesto, el Consejo Superior del Poder Judicial tiene el deber de adoptar «todas las medidas necesarias para que el servicio público de Administración de Justicia se brinde a las parejas del mismo sexo en las mismas condiciones y tiempos de respuesta que le da a las personas heterosexuales»<sup>78</sup>.

En Colombia las cosas corrieron en la dirección opuesta en un caso análogo<sup>79</sup>. Un juez había aducido objeción de conciencia por motivos religiosos como impedimento para resolver un asunto relacionado con una autorización para practicar un aborto. No obstante, la solicitud de impedimento fue rechazada. Como no hubo alternativa, el juez decidió dicho asunto: falló en contra de la petición de la práctica del aborto empleando las mismas razones por las que había resuelto no conocer de ella (sus principios religiosos)<sup>80</sup>. La Corte Constitucional acudió a la ponderación para resolver la cuestión (hay que recordar que Pérez Luño la apareja con la concordancia práctica)<sup>81</sup>. Sin embargo, su sentencia contrasta con la de la Sala Constitucional costarricense, puesto que sostuvo que un juez no puede ser objetor de conciencia en el ejercicio de sus funciones. Concretamente, afirmó:

Quien ostenta [la] calidad [de juez] no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales [...]. Cuando un funcionario o funcionaria

<sup>76</sup> Sala Constitucional de Costa Rica, amparo 19-013680-0007-CO, ya citado.

<sup>77</sup> A juicio de la Sala Constitucional, por un lado se encontraban los derechos de acceso a la justicia y a la no discriminación de los usuarios del sistema judicial, y por el otro la libertad religiosa y de conciencia de los funcionarios judiciales.

<sup>78</sup> La Sala Constitucional de Costa Rica aclaró que la objeción de conciencia solo puede aducirse por los funcionarios nombrados con anterioridad a la entrada en vigor del matrimonio igualitario. El resto no puede, dado que «voluntariamente han aceptado esa función al ofertar y aceptar el cargo».

<sup>79</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 28 de mayo de 2009, T-388/09.

<sup>80</sup> Según reseña la Corte Constitucional en el texto de la sentencia, dichas razones eran que ello chocaría con su concepción personal, la cual estaba basada en principios bíblicos tales como el mandato de no asesinar. Así, consideró que «ordenar la interrupción del embarazo significaría desconocer la Ley Divina».

<sup>81</sup> PÉREZ LUÑO, 2001: 276-278.

judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea [...], con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley –entendida [e]sta en sentido amplio–, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función<sup>82</sup>.

Como se puede intuir hasta este punto, el problema práctico del uso de los criterios «específicos» es que no necesariamente conducen a la misma interpretación (incluso usando el mismo criterio en casos semejantes). De manera que, digámoslo así, en adición a que su especificidad es conceptualmente cuestionable se agrega que, al contrastarlos con los tradicionales, tampoco contribuyen notablemente a proporcionar mayor certeza sobre sus resultados. Aquí no quiere sugerirse que los TC deban decidir de la misma forma que sus pares, como si se tratase de jueces constitucionales que opinan al unísono. Tampoco se quiere arrastrar el cuestionamiento realizado hacia la arena de las críticas a la ponderación<sup>83</sup>. Lo que quiere decirse es, más precisamente, que al problema conceptual que pesa sobre la susodicha especificidad de criterios se agrega el problema práctico referido.

## 5. ORIGINALISMO VS. NO-ORIGINALISMO: UN DEBATE SOBRE LA ACTITUD INTERPRETATIVA

### 5.1. Tercera trinchera: los originalistas

El debate entre originalistas y no-originalistas es más intenso en Estados Unidos. Pero, como se apuntó previamente, también se ha reflejado en la doctrina y práctica latinoamericana mediante la pugna entre la interpretación histórica y evolutiva<sup>84</sup>. La noción de originalismo remite a una familia de teorías sobre la interpretación de las disposiciones constitucionales que tienen como punto común la tesis de la fijación (su contenido semántico fue fijado al crearse la Constitución) y la de la contribución

<sup>82</sup> Luego de esto, la Corte Constitucional colombiana sostiene que «admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia».

<sup>83</sup> Juan Antonio García Amado es uno de los autores más reconocidos en Iberoamérica por sus críticas a la ponderación. Su obra ha ido adquiriendo una notable importancia en las discusiones sobre el tema, en especial en los foros académicos de América Latina. Si se desea profundizar en dichas críticas, *vid.*: Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Iusmoralismo(s)*, 1ª ed., Legisprudencia.pe, Perú, 2014, pp. 109-158; Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, México, 2017, pp. 57-115; Juan Antonio GARCÍA AMADO, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010, pp. 207-245; y Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, 1ª ed., Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia, 2018, pp. 43-91.

<sup>84</sup> Sobre la cuestión del originalismo y el no-originalismo en Estados Unidos y América Latina, se reitera la cita de ACKERMAN, 2011: 89-110; DORADO PORRAS, 1997: 39-73; LAISE, 2019: 250-252; RISSO FERRAND, 2014: 244-253; y ALARCÓN GAMBARTE, 2015: 242-246.

(su sentido original e histórico contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales contemporáneas)<sup>85</sup>. Aquí se estipulará que el originalismo es aquella postura sobre la interpretación de la Constitución que afirma que sus disposiciones tienen un significado unívoco que debe hallarse en su texto o en la voluntad de quienes la crearon (la «voluntad objetiva de la Constitución» o la «voluntad subjetiva del constituyente»)<sup>86</sup>.

El originalismo exige una actitud interpretativa de deferencia (más bien «pleiteía») al constituyente. En tal sentido, el intérprete debe ser consistente con alguna clase de voluntad subjetiva u objetiva. Pero esto suscita no pocas dificultades teóricas y prácticas. En primer lugar, cuando se recurre a la idea de la voluntad subjetiva suele hablarse de la «voluntad del constituyente» como si se tratase de una sola voluntad, cuando lo cierto es que a pesar de que las constituciones se presentan como anónimas e impersonales, su creación está condicionada a fuerzas y sujetos distintos, precisos y determinados<sup>87</sup>. Y dichos sujetos, por lo general, no están de acuerdo en la mayoría de cosas y parten de puntos de vista diferentes sobre lo que debe contener una Constitución; a la vez que esas fuerzas (usualmente políticas y económicas) tienden a presionar para que el proceso constituyente se dirija hacia ciertos intereses. Tómense como ejemplo las constituciones de América Latina, que son, en su mayoría, producto del pacto liberal-conservador sobre pocas cosas de las que se debatían<sup>88</sup>.

En tal sentido, no hay, en sí misma, una voluntad, sino varias voluntades en discordia que terminan por converger en puntos específicos. Y se decide por mayoría, no por unanimidad, así que algunas de esas voluntades quedan en el olvido. Es por ello por lo que, como bien afirmó Kelsen hace muchos años, «[a] pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor»<sup>89</sup>. El caso de El Salvador es muestra de esta dificultad para determinar la voluntad constituyente. En tal país coexiste un Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución<sup>90</sup>, que es presentado como si dicha voluntad se hubiera formado por varias voluntades que caminaban al unísono, junto con varios tomos de versiones taquigráficas que contienen la discusión y aprobación

<sup>85</sup> Vid. Luciano LAISE, “El originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones”, *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, año 22, núm. 2, 2015, pp. 199-220 (pp. 200-201).

<sup>86</sup> Vid. DORADO PORRAS, 1997: 8.

<sup>87</sup> Ver Francesco VIOLA y Giuseppe ZACCARIA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, 1.ª ed., traducción de Ana Cebeira, Aurelio de Prada y Aurelia Richart, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, España, 2007, pp. 154-155.

<sup>88</sup> Roberto GARGARELLA, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 1.ª ed., Katz Editores, Argentina, 2014, pp. 49-89.

<sup>89</sup> Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 4.ª ed., 9.ª reimp., traducción de Moisés Nilve, Eudeba, Argentina, 2009, p. 132.

<sup>90</sup> Se encuentra disponible en: <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda%2FD%2F2%2F1980-1989%2F1983%2F07%2F8885C.PDF>.

del proyecto de la Constitución de la República de 1983 en los que se evidencia que esto no fue en absoluto así.

En segundo lugar, si se pretende prescindir de la idea de la voluntad subjetiva del constituyente para dar paso a la noción de la voluntad objetiva de la Constitución, el problema sería otro. Aquí, como bien apunta Moreso, resultaría que «hay consecuencias normativas de la Constitución (normas derivadas) que nunca han sido prescritas explícitamente por ninguna autoridad y que, por lo tanto, no tienen intención alguna que las respalde»<sup>91</sup>, de forma tal que el argumento intencionalista no tendría uso alguno cuando se trate de estas normas. Es, por decirlo así, una idea que «en el contexto de la interpretación, tan solo puede coincidir con la correspondencia entre resultado interpretativo y significado del *interpretandum*»<sup>92</sup>. En una línea que apoya lo antedicho, Emilio Betti afirmaba que las normas generales y abstractas no podían de modo alguno ser omnicomprendidas de todas las posibles particularidades de un caso<sup>93</sup>. En tercer lugar, el originalismo podría suscitar un problema de legitimidad democrática en la Constitución misma. Habrá de volverse sobre este punto en el apartado que sigue.

## 5.2. Cuarta trinchera: los no-originalistas

Frente a los originalistas están los no-originalistas, que defienden la existencia de una «Constitución viviente», «una constitución que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a que no es formalmente modificada mediante el procedimiento de reforma constitucional»<sup>94</sup>, por

<sup>91</sup> José Juan MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, 1.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997, p. 224.

<sup>92</sup> Claudia STORINI, «Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional», *Foro. Revista de Derecho*, núm. 9, 2008, pp. 35-61 (p. 43). Claudia Storini afirma: «Quien defienda la existencia de un significado objetivo de la norma se verá obligado a encontrar un criterio de control de la exactitud de los resultados conseguidos por medio de la utilización de todos los criterios hermenéuticos, ya que sería un sin sentido hablar de una interpretación correcta si no fuera posible acreditarla en relación con todas las demás».

<sup>93</sup> Diego PÉREZ-LASSERRE, «Hermenéutica objetiva: el caso de Emilio Betti», *Dikaion*, año 34, vol. 29, núm. 1, 2020, pp. 246-268 (pp. 251-254). En opinión de Betti, esta cuestión incidía en la posibilidad de lograr la igualdad ante la ley. Su *Teoria generale della interpretazione* estuvo dedicada al esfuerzo por objetivar y universalizar la hermenéutica, con el fin de que obedeciera a estándares científicos y de romper con el relativismo en el que se encontraba inmersa en su época. Esto le llevó a estudiar las interacciones entre el sujeto (el intérprete) y el objeto (lo que se interpreta), que serían los dos polos de una hermenéutica adecuada, puesto que, en su opinión, todo acto de conocimiento supone la interacción entre ambos, y el primero no sería un mero espectador pasivo sin ninguna intervención activa. En dichos actos (incluida la interpretación) intervendrían lo que él llamaba «objetividad real», es decir, un dato de la experiencia ajeno al intérprete, perteneciente al plano objetivo y real; la «objetividad ideal», esto es, las categorías y los valores éticos y estéticos (tales valores tendrían, para él, un carácter objetivo e independiente del capricho humano); y la «forma representativa», aquello que permite que la subjetividad ideal se pueda objetivar «en los fenómenos que forman parte de la objetividad real».

<sup>94</sup> Miguel CARBONELL, «Sobre la Constitución viviente», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, núm. 117, 2012, pp. 347-357 (p. 349). En igual sentido: Miguel CARBONELL, «La Constitución viviente», *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 187-193 (p. 187).

lo que la actitud interpretativa del intérprete debe ser de tipo adaptativo frente a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales. Su punto de partida es, pues, la necesidad del cambio constitucional no solo formal (reforma constitucional), sino también informal (mediante la interpretación), con el fin de acompañar la Constitución a dichos cambios y mantener el «sentimiento constitucional»<sup>95</sup>.

El no-originalismo profesa la crítica que quedó en el tintero al concluir el subpartado anterior: el originalismo podría suscitar un problema de legitimidad democrática en la Constitución misma (la pérdida del sentimiento constitucional). Quizás sea Josep Aguiló quien mejor define esta problemática. Él sostiene que la rigidez constitucional, vista en términos diacrónicos, nos enfrenta a un problema de racionalidad que no se produce en la interpretación de la ley (que es, por definición, «flexible»), pues una acción pretendidamente justificada por la mera sujeción al pasado sería una acción irracional. Pero, si la Constitución fuese flexible, entonces los derechos que reconoce estarían sujetos a la disposición mayoritaria coyuntural. Es, entonces, una suerte de dilema: o uno crea constituciones rígidas que someten a los «vivos» a la voluntad de los «muertos» o crea constituciones flexibles y deja de garantizar los derechos mediante su indisponibilidad mayoritaria coyuntural<sup>96</sup>.

Para sortear este dilema y evitar la tiranía de los muertos sobre los vivos<sup>97</sup>, Aguiló afirma que la interpretación de la Constitución es más dependiente de valores que la interpretación de la ley, de forma que en ella el componente autoritativo es mucho menos importante que el valorativo (si se le compara con el segundo caso). Por esto es por lo que sugiere el no-originalismo y escribe: «[e]n la constitución, los muertos ponen las palabras y los vivos las interpretan a la luz de los valores que hacen que esas palabras sigan teniendo sentido para ellos; en la legislación, todos están “vivos”: tanto la autoridad que pone las palabras como aquellos que ponen los valores que las dotan de sentido»<sup>98</sup>. También se distancia de la crítica consistente en que la rigidez no necesariamente tiene que incidir en la actitud interpretativa, pues algunas leyes duran más que una Constitución<sup>99</sup>, ya que sostiene que:

La metáfora de los «vivos» y de los «muertos» puede resultar ambigua. Cuando se usa en términos constitucionales alude no [solo] al mero paso del tiempo, pues es evidente que es perfectamente

<sup>95</sup> Sobre el cambio constitucional formal e informal como algo necesario, *vid.*: Carlos BERNAL, “Cambio constitucional informal: una introducción crítica”, en Richard ALBERT y Carlos BERNAL (eds.), *Cambio constitucional informal*, 1.ª ed., traducción de Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2016, pp. 9-50 (pp. 14-15); y Javier RUIPÉREZ ALAMILLO, *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2018, pp. 97-104.

<sup>96</sup> *Vid.* AGUILÓ REGLA, 2012: 242-245.

<sup>97</sup> Se estima que en este punto resultan muy atinadas y útiles las críticas de Gargarella a la noción de «coto vedado» que fue sostenida por Ernesto Garzón Valdés, en la manera en que esta fue defendida por José Juan Moreso. Principalmente, por los problemas que suscita el recurso al concepto de «precompromiso» para intentar decir, más o menos, que una generación pasada puede limitar las acciones de las generaciones que le siguen. *Vid.* Roberto GARGARELLA, «Los jueces frente al “coto vedado”», *Discusiones: Derechos y justicia constitucional*, año 1, núm. 1, 2000, pp. 53-64 (pp. 54-56).

<sup>98</sup> AGUILÓ REGLA, 2012: 242-243.

<sup>99</sup> GUASTINI, 2010: 57-58.

posible que una ley sea mucho más «vieja» (tenga más años) que la constitución. La diferencia es que el paso del tiempo en la ley es consentido en términos democráticos por los vivos, pues siempre tienen a su alcance la modificación de la misma. Eso es precisamente lo que trata de excluir la rigidez constitucional haciendo la modificación de la constitución altamente improbable o incluso imposible<sup>100</sup>.

### 5.3. Un intento por conciliar el originalismo y el no-originalismo

Recientemente, la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha intentado «conciliar» el originalismo con el no-originalismo al estandarizar cuándo debe recurrirse a los criterios intencionalista e histórico y cuándo al evolucionista. En la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020 AC, de 8 de junio de 2020, Considerando IX 5 B b<sup>101</sup>, expuso lo que sigue:

El art. 268 Cn. indica cuáles son los instrumentos fidedignos para la interpretación de la Constitución. Sin embargo, esto no significa que el constituyente haya querido que esta siempre sea de tipo originalista. Por el contrario, el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución señala que «[s]i la Constitución puede llamarse ley fundamental es porque existe un organismo y unos procedimientos capaces de hacer valer sus disposiciones y de interpretarlas de acuerdo, *no solo con el espíritu y la intención de sus autores sino de las necesidades cambiantes de los pueblos*» [...]. Por ello, esta disposición debe entenderse como una guía para el intérprete, según la cual, en el juicio evaluativo primario, debe determinar los principios y valores constitucionales que el Derecho pretende desarrollar a partir del texto de la Constitución y de lo que al respecto hayan dicho sus autores [...]. Una vez hecho esto, debe pasar al juicio evaluativo secundario, en el que deberá tomar en cuenta si hubo alguna situación contextual especial en la redacción de alguna o varias disposiciones constitucionales específicas o de alguno de los títulos, capítulos o secciones de la Constitución. *Si la hubo y esta se mantiene en la actualidad, la interpretación debe ser originalista; si la hubo, pero ya no se mantiene o no es relevante para el caso, debe ser evolutiva; y si no la hubo, debe ser también evolutiva*<sup>102</sup>.

Aunque la elaboración teórica de ese tribunal es interesante, se estima necesario cuestionar sus alcances. Para ello ha de retomarse la distinción entre conceptos densos y ligeros. Los primeros son aquellos que transmiten información descriptiva y valorativa (cruel, generoso, cobarde, etc.). Los segundos se caracterizan porque formulan o expresan juicios de valor de carácter general (bueno, correcto, etc.). En los conceptos densos hay, pues, una dimensión prescriptiva y otra descriptiva; pero, en los ligeros solamente habría una dimensión prescriptiva<sup>103</sup>. Esto es relevante en

<sup>100</sup> AGUILÓ REGLA, 2012: 243.

<sup>101</sup> Dicha sentencia está disponible en: [https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/I\\_21-2020.pdf](https://www.jurisprudencia.gob.sv/pdf/I_21-2020.pdf).

<sup>102</sup> De acuerdo con el art. 268 de la Constitución que se menciona en el texto transcrito, «[s]e tendrán como documentos fidedignos para la interpretación de esta Constitución, además del acta de la sesión plenaria de la Asamblea Constituyente, las grabaciones magnetofónicas y de audiovídeo que contienen las incidencias y participación de los Diputados Constituyentes en la discusión y aprobación de ella, así como los documentos similares que se elaboraron en la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución».

<sup>103</sup> ORUNESU, PEROT y RODRÍGUEZ, 2009: 34-35; y José Juan MORESO, «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 105-118 (pp. 109-111).

tanto que dicha elaboración teórica solamente parecería encajar bien con los conceptos densos, porque el cambio en las situaciones que describen es objetivamente contrastable; pero no parecería ser felizmente compatible con los conceptos ligeros, según se verá a continuación.

En el precedente en comento se estaba haciendo referencia a una situación con un marcado componente descriptivo (un concepto denso): los debates salvadoreños sobre la posible duración del régimen de excepción habían sido realizados tomando en cuenta el contexto de la guerra civil que atravesó dicho país, en la que se había abusado de la figura para mantener una especie de estado de excepción permanente. De manera que las discusiones constituyentes se centraron en el régimen de excepción por causa de guerra y en los abusos a que estaba dando lugar en aquel entonces. Pero se dejaron de considerar abiertamente los demás supuestos de procedencia del régimen, entre ellos la «epidemia». Aquí el tribunal enfatizó que «[l]a redacción del art. 29 inc. 1.º Cn. obedece al contexto histórico en que se creó la Constitución y a lo que los constituyentes discutieron al redactarlo, y ello tendría un impacto relevante en su adscripción de significado»<sup>104</sup>.

En ese escenario concreto, tal construcción teórica es razonable. Sin embargo, se produciría una paradoja si se pretendiese aplicarla a los conceptos ligeros, debido a que un TC estaría buscando disipar los problemas democráticos a los que podría conducir el originalismo, pero en realidad podría ser él quien termine por generarlos. Y es que si se lleva la noción de «la tiranía de los muertos sobre los vivos» a sus últimas consecuencias, la idea podría distorsionarse y terminarse por defender que los jueces constitucionales están en posición de aprehender por sí solos el cambio en la escala de valores de la sociedad y que son los portavoces preferentes de la «nueva moralidad pública» que, supuestamente, ya no es compatible con la del constituyente.

Pero aquí es donde uno debe pararse a pensar y preguntarse de qué manera esto es cierto y aceptable. Primero, en una sociedad plural y deliberativa es rechazable el elitismo epistémico que lleva a suponer que unos pocos (quienes sean) pueden representarse y conocer «monológicamente» los intereses de todos los involucrados en una cuestión<sup>105</sup>. Segundo, este argumento suele aducirse en sistemas donde no se cumple con una de las principales exigencias de una democracia deliberativa: un diálogo entre iguales<sup>106</sup>, porque sin un diálogo así hay cierta percepción de que «todos pueden involucrarse en la discusión, pero sabiendo que lo que tienen para decir no importa

---

<sup>104</sup> Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC, Considerando IX 5 B a.

<sup>105</sup> Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 1.ª ed., 4.ª reimp., Astrea, Argentina, 2013, p. 204; y Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, 1.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997, p. 167.

<sup>106</sup> Roberto NIEMBRO ORTEGA, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, 1.ª ed., Marcial Pons, España, 2019, pp. 115-116.

demasiado»<sup>107</sup>, debido a que, al final, un TC con la última palabra es quien decide unidireccionalmente si tomará en cuenta las quejas ajenas. Y aquí es donde se podría concretar la paradoja: la pérdida del «sentimiento constitucional» podría obedecer a que el pueblo sencillamente no «encuentre sentido democrático» (por parafrasear a Aguiló) a los criterios del TC que le son impuestos sin posibilidad de dialogar.

En conclusión, el uso de un criterio como el analizado en los conceptos ligeros contradiría el sentido finalista con que se aduce la metáfora de la tiranía de los muertos sobre los vivos, a menos que la justicia constitucional esté dispuesta a abrir sus puertas a los ciudadanos y a permitirse dialogar con ellos sobre la concepción que tienen de esos conceptos. Y esto no solo formalmente, como si el diálogo se limitara a dejar que el otro se desahogue, hable y se queje; sino como una real asunción de lo que significa dialogar<sup>108</sup>. Así se reduciría el riesgo de que se consume la paradoja, porque a pesar de que dicho diálogo no garantiza la permanencia o perpetuidad del sentimiento constitucional, intuimos que su ausencia lo coloca en una situación más complicada.

Con esto no se está proponiendo o defendiendo una justicia constitucional que funcione como foro democrático-representativo (es decir, con las formas parlamentarias). Los jueces constitucionales responden a un estatuto de independencia e imparcialidad que no lo permitiría<sup>109</sup>. Lo que quiere decirse es que parecería que el justo balance entre «la tiranía de los muertos sobre los vivos» y la «tiranía de los valores de los jueces constitucionales sobre los de la comunidad» se encuentra en la construcción, si no la hubiere, de una justicia constitucional participativa, inclusiva, no elitista y dispuesta a solucionar los problemas sociales cara a cara con esa sociedad interesada en su solución<sup>110</sup>.

<sup>107</sup> Roberto GARGARELLA, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1.ª ed., Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, pp. 119-158 (p. 143).

<sup>108</sup> Sobre esto, *vid.* Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, 4.ª ed., traducción de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, España, 2005, pp. 381-386.

<sup>109</sup> Josep AGUILÓ REGLA, “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019, pp. 85-100 (pp. 92-94).

<sup>110</sup> Claramente, es complejo construir una justicia así. Pero no es imposible. Hay destellos recientes en la jurisprudencia de los TC de América Latina en aquello que Gargarella ha calificado como prácticas de justicia dialógica. Por ejemplo, la apertura real a los *amicus curiae*, la realización de audiencias públicas y los litigios estructurales son algunos casos de estas prácticas que permiten que el pueblo dialogue con el tribunal para solucionar cuestiones constitucionales. A esto cabría agregar que en algunos países latinoamericanos (por ejemplo, El Salvador y Colombia) existe acción pública o legitimación popular para iniciar los procesos de inconstitucionalidad. Sobre lo dicho, *vid.* GARGARELLA, 2014 (El nuevo constitucionalismo dialógico [...]): 120-122; y Roberto GARGARELLA, «¿Por qué nos importa el diálogo? La cláusula del “no-obstante”, “compromiso significativo” y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 2017, pp. 161-193 (pp. 174-180).

## 6. CONCLUSIONES

Lo dicho permite arribar a ciertas conclusiones congruentes con los objetivos de esta investigación. En primer lugar, dado que la definición estándar de la interpretación de la Constitución es de género y diferencia, es dependiente de la forma en que se entienda la interpretación jurídica en general y del concepto de Constitución del que se parta. Quien pretenda definir la interpretación jurídica se enfrenta a una ambigüedad proceso-producto y a dos grandes debates en relación con la actividad interpretativa: el relativo a su naturaleza, en el que se discute si es una actividad descriptiva o atributiva de significado; y el relativo a la ocasión en que tiene lugar la interpretación, que discurre entre quienes sostienen que se interpreta en toda ocasión y quienes afirman que dicha actividad solo tiene lugar en caso de dudas y controversias. Aquí se afirmó que es una actividad de atribución de significado que se lleva a cabo cuando existen dudas o problemas en torno al significado de un texto, en atención a un caso concreto para el que dicho texto sea relevante.

Del lado del concepto de Constitución, también ambiguo, la cuestión es muy semejante. Podría afirmarse que los dos grandes conceptos de Constitución son el que la caracteriza únicamente como *lex superior* de un Estado y el que la define como una *lex superior* que posee determinados contenidos necesarios o definitorios. En este artículo se adoptó el segundo de dichos conceptos, pues se estipuló que una Constitución, además de suprema, debe ser rígida, responder a las pretensiones del constitucionalismo político (imponer límites al poder y garantizar los derechos) y consolidar una práctica jurídica y política estabilizadora de las conductas de la comunidad.

En segundo lugar, las cuatro trincheras del debate en torno a la especificidad de la interpretación de la Constitución corren a cuenta de dos grandes discusiones sobre el tema. Ambas discusiones son parte del estado de cosas en Latinoamérica, y tienen como punto común el pretender dar respuesta a la pregunta sobre cómo interpretar el texto constitucional. La primera tiene que ver con la necesidad del uso de criterios específicos para interpretar las disposiciones constitucionales: quienes afirman que esto es necesario (primera trinchera) *vs.* quienes niegan la existencia de dicha necesidad (segunda trinchera). La segunda discusión no se vincula con la cuestión de los criterios interpretativos, sino con la actitud interpretativa que debe adoptar el intérprete constitucional: los originalistas que defienden la deferencia («pleitesía») al constituyente y la fidelidad a la voluntad objetiva de la Constitución o la voluntad subjetiva de sus creadores (tercera trinchera) *vs.* los no-originalistas que, bajo la bandera del rechazo a la tiranía de los muertos sobre los vivos, proponen una actitud adaptativa a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales (cuarta trinchera).

Cada una de esas propuestas ha sido descrita y criticada. En esencia, se ha sostenido que los supuestos criterios específicos son, bien vistas las cosas, los criterios tradicionales aplicados a la Constitución, a la vez que sobre ellos pesa un problema práctico: al contrastarlos con los tradicionales, no se advierte de qué forma contribuyen notablemente a proporcionar mayor certeza sobre sus resultados. De igual manera, se adujo que el problema medular de las tesis originalistas es que cuando se

recurre a la idea de la voluntad del constituyente se hace como si se tratase de una sola voluntad, cuando lo cierto es que son varias voluntades en discordia que terminan por converger en puntos específicos y que deciden por mayoría, no unanimidad; y que si se pretende dar paso a la noción de la voluntad objetiva de la Constitución, entonces el problema consistiría en que hay consecuencias normativas de la Constitución (normas derivadas) que nunca han sido prescritas explícitamente por ninguna autoridad y que, por lo tanto, no tienen intención que las respalde.

También se expuso que el no-originalismo podría ser paradójico cuando se trate de conceptos constitucionales ligeros, pues un TC que busca disipar los problemas democráticos a los que podría conducir el originalismo puede terminar por ser el que los genere. En los modelos de justicia constitucional donde impere el elitismo epistémico y no haya un diálogo entre iguales, la pérdida del sentimiento constitucional podría obedecer a que el pueblo no encuentre sentido democrático a los criterios del TC que le son impuestos sin oportunidad de dialogar. Este riesgo disminuiría si la justicia constitucional abre sus puertas a los ciudadanos y se permite el diálogo con ellos (en el sentido propio de la expresión) sobre la concepción que tienen de esos conceptos, sin que esto lleve a trastocarla en un foro democrático-representativo, pues los jueces constitucionales responden a un estatuto de independencia e imparcialidad que no lo permitiría. Lo que quiere decirse es que parecería que el justo balance entre la tiranía de los muertos sobre los vivos y la tiranía de los valores de los jueces constitucionales sobre los de la comunidad consiste en la construcción, si no la hubiere, de una justicia constitucional participativa, inclusiva, no elitista y dispuesta a solucionar los problemas sociales cara a cara con esa sociedad interesada en su solución.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### Obras académicas

- Bruce ACKERMAN, *La Constitución viviente*, 1.<sup>a</sup> ed., traducción de Carlos María Enrígue, Marcial Pons, España, 2011.
- Josep AGUILÓ REGLA, “En defensa del Estado constitucional de Derecho”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 42, 2019, pp. 85-100. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2019.42.04>.
- , “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 35, 2012, pp. 235-258. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2012.35.11>.
- , *La Constitución del Estado constitucional*, 1.<sup>a</sup> ed., Palestra – Temis, Colombia, 2004.
- María Micaela ALARCÓN GAMBARTE, “El Tribunal Supremo de Justicia como intérprete directo de la Constitución boliviana”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015, pp. 231-258. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r14677-1.pdf>.
- Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 15.<sup>a</sup> ed., Bosch, España, 2002.
- Salvador Enrique ANAYA BARRAZA, “Nociones básicas sobre el concepto de Constitución”, en Salvador Enrique ANAYA BARRAZA *et al.*, *Teoría de la Constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*, 1.<sup>a</sup> ed., Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2020, pp. 1-47.

- Manuel ATIENZA y Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Un debate sobre la ponderación*, 1.ª ed., Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Bolivia, 2018.
- Manuel ATIENZA, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”, en Lorenzo PEÑA y Txetxu AUSÍN (coords.), *Conceptos y valores constitucionales*, 1.ª ed., Plaza y Valdés Editores, España, 2016, pp. 29-58.
- , *Filosofía del Derecho y transformación social*, 1.ª ed., Trotta, España, 2017.
- , *Interpretación constitucional*, 1.ª ed., Universidad Libre, Colombia, 2010.
- Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*, 2.ª ed., La Ley, Argentina, 2006.
- Ruth BADER GINSBURG, “Sexual equality under the fourteenth and equal rights amendments”, *Washington University Law Review*, volume 1979, issue 1, symposium: The quest for equality, pp. 161-178. Disponible en: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol1979/iss1/19/](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1979/iss1/19/).
- Francisco BALAGUER CALLEJÓN (coord.) et al., *Manual de Derecho Constitucional. Volumen I*, 11ª ed., Tecnos, España, 2016.
- Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS, “El control de constitucionalidad de reformas constitucionales. Algunas salidas para la encrucijada contramayoritaria”, en Gabriel MORA RESTREPO y Vicente Fabián BENÍTEZ ROJAS (coords.), *Retos del derecho constitucional contemporáneo*, 1.ª ed., 1.ª reimpresión, Astrea – Universidad de La Sabana, Argentina – Colombia, 2015, pp. 177-198.
- Carlos BERNAL PULIDO, “Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo”, *Fundamentos*, núm. 9, 2016, pp. 41-70. Disponible en: <https://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/noveno/index.html>.
- , *El Derecho de los derechos*, 1.ª ed., 5.ª reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008.
- , “Cambio constitucional informal: una introducción crítica”, en Richard ALBERT y Carlos BERNAL (eds.), *Cambio constitucional informal*, 1.ª ed., traducción de Rodrigo Camarena González, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2016, pp. 9-50.
- Pablo Raúl BONORINO, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, 1.ª ed., Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, España, 2003.
- Miguel CARBONELL, “La Constitución viviente”, *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 187-193. Disponible en: <http://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/issue/view/8>.
- , “Sobre la Constitución viviente”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, núm. 117, 2012, pp. 347-357. Disponible en: <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/issue/view/276>.
- Jorge Ulises CARMONA TINOCO, *La interpretación judicial constitucional*, 1.ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas – Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1996.
- Paolo COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Miguel CARBONELL (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 5.ª ed., Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 123-154.
- Javier DE LUCAS et al., *Introducción a la teoría del Derecho*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, España, 1997.
- Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año X, núm. 27, 2016, pp. 9-31. Disponible en: <https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/713>.
- , “La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional”, *Quid Iuris*, núm. 6, 2008, pp. 7-38. Disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=qdiuris&n=6>.
- Javier DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, 1.ª ed., Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, España, 1997.
- Juan Antonio DURÁN RAMÍREZ, “Interpretación constitucional”, en Salvador Enrique ANAYA BARRAZA et al., *Teoría de la Constitución salvadoreña. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*, 1.ª ed., Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2020, pp. 345-405.
- Ronald DWORKIN, *Law's empire*, 1.ª ed., Belknap Press, Inglaterra, 1986.
- Gerardo ETO CRUZ, *El Derecho Procesal Constitucional: su desarrollo jurisprudencial*, 3.ª ed., Temis, Colombia, 2011.

- Luigi FERRAJOLI, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 34, 2011, pp. 15-53. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>.
- , *La democracia constitucional*, 1.ª ed., apoyo en la traducción de Javier Espinoza de los Monteros y Nicoletta Carella, Porrúa, México, 2017.
- , *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3.ª ed., Trotta, España, 2007.
- , *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2: Teoría de la democracia*, 1.ª ed., traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, España, 2011.
- Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 8, 2004, pp. 143-169. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=400>.
- Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, 1.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997.
- Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA, *Las sentencias constitucionales atípicas en el Derecho Comparado y en la acción de constitucionalidad mexicana*, 1.ª ed., Editorial Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
- Juan Antonio GARCÍA AMADO, *Decidir y argumentar sobre derechos*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, México, 2017.
- , Juan Antonio GARCÍA AMADO, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, 1.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2010.
- , *Iusmoralismo(s)*, 1.ª ed., Legisprudencia.pe, Perú, 2014.
- Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 1.ª ed., Alianza Editorial, España, 1999.
- Roberto GARGARELLA y Jorge Ernesto ROA ROA, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, MPIL research series, 2020.
- Roberto GARGARELLA, «¿Por qué nos importa el diálogo? La cláusula del “no-obstante”, “compromiso significativo” y audiencias públicas. Un análisis empático pero crítico», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 2017, pp. 161-193. Disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/revista-digital/julio-diciembre-2017>.
- , “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1.ª ed., Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, pp. 119-158.
- , “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, *Discusiones: Derechos y justicia constitucional*, año 1, núm. 1, 2000, pp. 53-64. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckw5w3>.
- , *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 1.ª ed., Katz Editores, Argentina, 2014.
- Riccardo GUASTINI, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, 1.ª ed., Zela, Perú, 2018.
- , *Estudios de teoría constitucional*, 1.ª ed., 2.ª reimpresión, Fontamara, México, 2007.
- , *Interpretar y argumentar*, 1.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2014.
- , *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*, 2.ª ed. corregida, Ediciones Legales, Perú, 2017.
- , *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2.ª ed., Trotta, España, 2010.
- Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, 4.ª ed., traducción de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, España, 2005.
- Herbert L. A. HART, *El concepto de Derecho*, 1.ª ed., traducción de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Argentina, 1998.
- Rubén HERNÁNDEZ VALLE, “La interpretación constitucional en Costa Rica”, en Miguel CARBONELL, Jorge CARPIZO y Daniel ZOVATTO (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, 1.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, pp. 751-781.
- Victoria ITURRALDE SESMA, *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*, 1.ª ed., Marcial Pons, España, 2014.
- , “Interpretación jurídica”, en Luis VEGA RENÓN y Paula OLMOS GÓMEZ (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, 3.ª ed., Trotta, España, 2016, pp. 316-318.

- Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, 1.ª ed., Marcial Pons, España, 2016.
- Hans KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 4.ª ed., 9.ª reimpresión, traducción de Moisés Nilve, Eudeba, Argentina, 2009.
- Luciano LAISE, “El originalismo de intenciones originales: tres tesis y dos objeciones”, *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, año 22, núm. 2, 2015, pp. 199-220. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rducn/v22n2/art07.pdf>.
- , “La distinción entre interpretación y construcción: Una visión crítica del originalismo del significado público”, *Revista Ius et Praxis*, año 25, núm. 3, 2019, pp. 249-276. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1373>.
- Carlos LASARTE, *Principios de Derecho Civil. Parte general y derecho de la persona*, 18.ª ed., Marcial Pons, España, 2012.
- Carolina LEÓN BASTOS, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos*, 1.ª ed., Editorial Reus, España, 2010.
- Isabel LIFANTE VIDAL, “El Derecho como práctica interpretativa”, en José María SAUCA (ed.), *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho*, 1.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2015, pp. 161-180.
- , “La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 257-278. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-2008-10025700278](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2008-10025700278).
- , *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2018.
- José Juan MORESO, “Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 105-118. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.04>.
- , *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, 1.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997.
- Roberto NIEMBRO ORTEGA, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, 1.ª ed., Marcial Pons, España, 2019.
- Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 1ª ed., 4ª reimpresión, Astrea, Argentina, 2013.
- , *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed. ampliada y revisada, 12.ª reimp., Astrea, Argentina, 2003.
- Claudina ORUNESU, Pablo M. PEROT y Jorge L. RODRÍGUEZ, *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*, 1ª ed., 1.ª reimp., Fontamara, México, 2009.
- José PALOMINO MANCHEGO, “La interpretación constitucional: estándares interpretativos”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Tomo VI*, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional - Marcial Pons, México, 2008, pp. 345-352.
- Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 7.ª ed., Tecnos, España, 2001.
- Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 12.ª ed., Marcial Pons, España, 2010.
- Diego PÉREZ-LASSERRE, “Hermenéutica objetiva: el caso de Emilio Betti”, *Dikaion*, año 34, vol. 29, núm. 1, 2020, pp. 246-268. Disponible en: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.8>.
- Giorgio PINO, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, 1.ª ed., traducción de Horacio Sánchez Pulido, Pedro Caballero Elbersci, Andrés Morales Velásquez, Federico Orlando y Diego dei Vecchi, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2014.
- Luis PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, 1.ª ed., Trotta, España, 2013.
- Martín RISSO FERRAND, “Hacia una nueva interpretación constitucional. La realidad en Uruguay”, *Estudios constitucionales*, año 12, núm. 1, 2014, pp. 239-283. Disponible en: <http://www.estudios-constitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/6>.
- Javier RUIPÉREZ ALAMILLO, *En torno a la reforma constitucional y la fuerza normativa de la Constitución*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch, España, 2018.

- Claudia STORINI, “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *Foro. Revista de Derecho*, núm. 9, 2008, pp. 35-61. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/346>.
- Giovanni TARELLO, *La interpretación de la ley*, 1ª ed., traducción de Diego Dei Vecchi, Palestra Editores, Perú, 2013.
- Francesco VIOLA y Giuseppe ZACCARIA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, 1ª ed., traducción de Ana Cebeira, Aurelio de Prada y Aurelia Richart, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid – Dykinson, España, 2007.
- Anthony WESTON, *Las claves de la argumentación*, 1ª ed., 4ª reimpresión, Ariel, España, 1998.
- Jerzy WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, 1ª ed., 1ª reimp., trad. de Arantxa Azurza, Civitas, España, 1988.

### Textos normativos y sentencias

- Constitución de la República de El Salvador. *Diario Oficial* 234, tomo 281, 16 de diciembre de 1983. En <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/decretosporanio/1983/0>.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 10 de julio de 2013, C-438/13.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 11 de mayo de 2017, C-312/17.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 12 de julio de 2012, C-535/12.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de diciembre de 2009, C-942/09.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 16 de febrero de 2012, T-085/12.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 19 de octubre de 2005, C-1040/05.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 28 de mayo de 2009, T-388/09.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 30 de julio de 2008, C-756/08.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia de 9 de julio de 2003, C-551/03.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia núm. 001-SDC-CC-2011, de 16 de noviembre de 2011.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de 14 de febrero de 2011, expediente 3334-2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución de El Salvador.
- Sala Constitucional de Costa Rica, sentencia de 24 de enero de 2020, amparo con expediente número 19-013680-0007-CO.
- Sala de lo Constitucional de El Salvador, resolución de improcedencia de 6 de noviembre de 2019, inconstitucionalidad 67-2019.
- Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 13 de mayo de 2011, inconstitucionalidad 7-2011.
- Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 14 de diciembre de 2012, inconstitucionalidad 103-2007.
- Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 24 de octubre de 2014, inconstitucionalidad 33-2012.
- Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013.
- Sala de lo Constitucional de El Salvador, sentencia de 8 de junio de 2020, inconstitucionalidad 21-2020 AC.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, amparo administrativo en revisión 2371/38, de 8 de septiembre de 1938.
- Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 5 de julio de 2018, cuestión de constitucionalidad, rol 4727-18.
- Tribunal Constitucional de España, sentencia de 22 de febrero de 1999, 18/1999.
- Tribunal Constitucional de España, sentencia de 6 de noviembre de 2012, 198/2012.
- Tribunal Constitucional de España, sentencia de 8 de abril de 1981, 11/1981.

Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 16 de octubre de 2009, exp. núm. 02005-2009-PA/TC.  
Tribunal Constitucional de Perú, sentencia de 3 de enero de 2003, exp. núm. 010-2002-AIITC.  
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia constitucional plurinacional 0084/2017,  
de 28 de noviembre de 2017.  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Tyrer vs. Reino Unido*, sentencia de 25 de abril de 1978.

## DECISIONES AUTOMATIZADAS: PROBLEMAS Y SOLUCIONES JURÍDICAS. MÁS ALLÁ DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

### AUTOMATED DECISIONS: LEGAL PROBLEMS AND SOLUTIONS. BEYOND DATA PROTECTION

Alba Soriano Arnanz\*

**RESUMEN:** La creciente capacidad computacional de los sistemas automatizados de procesamiento de datos ha generado un aumento de su utilización en toda clase de actividades humanas. Estos sistemas pueden procesar cantidades masivas de datos y proporcionar resultados muy precisos, ayudando a los responsables de la toma de decisiones, tanto en el sector público como en el privado, a clasificar a los seres humanos y a predecir sus acciones. Sin embargo, en los últimos años se ha venido demostrando que estos sistemas pueden generar importantes riesgos para los derechos fundamentales y otros valores y principios democráticos. Hasta la fecha, las normas en materia de protección de datos han constituido el principal instrumento jurídico encargado de hacer frente a los riesgos y daños causados por el tratamiento automatizado de datos personales. El presente trabajo identifica los principales riesgos generados por el uso de sistemas algorítmicos, señala las deficiencias del marco jurídico en materia de protección de datos a estos efectos y pone de manifiesto la necesidad de una mayor intervención regulatoria en la utilización pública y privada de los sistemas automatizados de procesamiento de datos y toma de decisiones. También se formulan

---

\* Este trabajo se finalizó el 8 de febrero de 2021.

Me gustaría agradecer las aportaciones y ayuda prestada en la elaboración de este trabajo por parte de Andrés Boix Palop, Gabriel Doménech Pascual y Clàudia Gimeno Fernández.

Investigadora en formación, Universitat de València. Este trabajo se ha desarrollado dentro de la SHINE Jean Monnet Network (Sharing Economy and Inequalities across Europe) donde varias universidades europeas, coordinadas por la Universitat de València, están estudiando estas cuestiones con el apoyo de la Comisión Europea (611585-EPP-1-2019-1-ES-EPPJMO-NETWORK).

una serie de breves propuestas que, de aplicarse, deberían contribuir a superar algunos de las insuficiencias del actual marco normativo en la prevención, gestión y solución de los riesgos y daños causados por los algoritmos.

**PALABRAS CLAVE:** algoritmos; automatización; tratamiento de datos; protección de datos; riesgos tecnológicos.

**ABSTRACT:** The growing implementation of algorithmic systems in all kinds of human activities is the result of their increasing computational capacity. These systems can process massive amounts of data and provide very accurate results that help decision-makers in both the public and private sector to classify humans and predict their actions. However, algorithms, and the actors that use them, are also increasingly producing significant harms to the fundamental rights of individuals and democratic principles and values. To date, informational privacy (data protection) regulatory frameworks, have been the main legal instruments tasked with protecting against the wide array of risks and harms caused by the automated processing of personal data. This paper maps the main hazards caused by algorithmic systems and aims to prove the shortcomings of the data protection framework in order to justify further regulatory intervention in the public and private use of automated systems. It also draws a series of brief proposals that, were they to be implemented, should help to overcome some of the ineffective aspects of the current regulatory framework when dealing with the risks and harms caused by algorithms.

**KEYWORDS:** algorithms; automatization; data processing; data protection; technological risks.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. PROBLEMAS DERIVADOS DEL CRECIENTE USO DE SISTEMAS ALGORÍTMICOS: 1.1. Riesgos para la protección de los derechos de las personas sometidas a procesos automatizados de toma de decisiones: 1.1.1. Sesgos y errores. 1.1.2. Discriminación. 1.1.3. Riesgos para la singularidad, autonomía e intimidad de los individuos. 1.1.4. Transparencia, proceso justo y atribución de la responsabilidad. 1.2. Fallos de mercado e intervención en el sector privado: 1.2.1. Externalidades negativas. 1.2.2. Monopolios digitales. 1.2.3. Información asimétrica y comportamientos irracionales. 1.3. Quiebras en la aplicación de los principios propios de la actuación de las Administraciones públicas: 1.3.1. Transparencia y justificación de las decisiones públicas automatizadas. 1.3.2. La intervención privada en la provisión de servicios y realización de funciones pública.—2. EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS: ESTRUCTURA Y LÍMITES: 2.1. La protección de datos como principal mecanismo de salvaguarda frente a los riesgos generados por los sistemas algorítmicos. 2.2. La estructura del ordenamiento jurídico europeo en materia de protección de datos. 2.3. Los límites y deficiencias de las normas en materia de protección de datos: 2.3.1. Los límites de la protección de datos personales. 2.3.2. Los límites de un sistema basado en el consentimiento y actitudes proactivas de las personas interesadas. 2.3.3. Los límites de la intervención humana. 2.3.4. Ineficacia en el control de la toma de decisiones automatizadas por las Administraciones públicas. 2.3.5. Ineficacia de los mecanismos generales de control. 2.3.6. Límites de la protección frente a la discriminación.—3. PROPUESTAS PARA UN MARCO JURÍDICO DE CONTROL DE LOS ALGORITMOS: 3.1. Red de autoridades de control algorítmico. 3.2. Regulación y control de los algoritmos mediante un sistema basado en el riesgo. 3.3. Establecimiento de un sistema de “mejores técnicas disponibles”. 3.4. La contratación pública como mecanismo para prevenir los riesgos en el uso de algoritmos por los sectores público y privado. 3.5. Empoderar a las personas en la gestión de sus datos. 3.6. Comunicación y cooperación entre disciplinas.—CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

## INTRODUCCIÓN

Un algoritmo es una secuencia de instrucciones que, contenida en un programa informático, puede realizar procesos similares a los llevados a cabo por seres humanos<sup>1</sup>. Estos programas pueden emplearse para la realización de tareas sencillas, como contar el número de personas matriculadas en un curso, o para la realización de tareas altamente complejas, como puede ser calcular el riesgo de reincidencia de las personas condenadas por distintas clases de delitos. Estos programas informáticos son en ocasiones denominados “modelos” porque representan un aspecto de la realidad —por ejemplo, un programa empleado para contar las personas matriculadas en un curso constituye una representación (o modelo) de un ser humano realizando la acción de contar—.

El uso de programas informáticos de procesamiento de datos en los procesos de toma de decisiones públicas y privadas no es un fenómeno nuevo. Desde hace años, las Administraciones públicas emplean sistemas automatizados sencillos para cruzar la información contenida en diferentes bases de datos<sup>2</sup>. También en el ámbito privado se han venido utilizando programas informáticos para la selección de personal o la concesión de préstamos<sup>3</sup>.

Lo que sí es una novedad es la creciente capacidad computacional que tienen estos sistemas, así como su uso, cada vez más común, en la toma de decisiones, incluyendo la creación de perfiles<sup>4</sup>, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Es esta creciente capacidad computacional la que permite que se empleen programas informáticos con propósitos como el de predecir el riesgo de reincidencia de una persona condenada, evaluar la capacidad crediticia de un individuo o crear perfiles que ayuden a determinar qué clase de publicidad debe mostrársele a una usuaria de

---

<sup>1</sup> A lo largo del presente trabajo se emplearán, de manera indistinta, los términos o expresiones indicados a continuación para referirse a las tecnologías empleadas en la automatización de los procesos de toma de decisiones y creación de perfiles: “algoritmo”, “tecnologías de procesamiento de datos”, “sistema”, “sistema automatizado”, “programa” o “programa informático”.

<sup>2</sup> Como trabajo esencial y pionero en la determinación del régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada en España cabe hacer referencia a Isaac Martín Delgado, “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 353-386.

<sup>3</sup> Roger Parloff, “Why deep learning is suddenly changing your life”, *Fortune*, 28 de septiembre 2016. Disponible el 2 de diciembre de 2020 en <http://fortune.com/>; Marlies Van Eck, “Algorithms in public administration”, 31 de enero de 2017. Disponible el 2 de diciembre de 2020 en <https://marlies-vaneck.wordpress.com/>; Stella Lowry y Gordon Macpherson, “A blot on the profession”, *British Medical Journal*, 5 de marzo de 1988, pp. 657-658.

<sup>4</sup> Así, el artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) reconoce que “todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”. Es decir, considera la elaboración de perfiles como una forma más de tomar decisiones basadas en tratamiento automatizado.

una red social<sup>5</sup>. En estos casos, hablamos de algoritmos o programas con cierta autonomía, pues los resultados no vienen predeterminados por las personas encargadas de diseñarlos, sino que estas se limitan a alimentar los programas con grandes cantidades de datos para entrenarlos, proporcionándoles una serie de instrucciones más o menos extensas pero que, en todo caso, dejan un margen de apreciación al propio sistema.

Así, podemos establecer una distinción entre los sistemas clásicos, que denominaremos automáticos, y los sistemas más novedosos, a los que nos referiremos como sistemas de autonomía decisional o autónomos. Esta distinción puede ilustrarse a través del paralelismo que las dos clases de sistemas citados tienen con las potestades regladas y discrecionales de las Administraciones públicas<sup>6</sup>. Los sistemas automáticos son aquellos que establecen un resultado predeterminado frente al supuesto de hecho. Como en el caso de las potestades regladas, existirá un único resultado posible (consecuencia jurídica válida) frente a cada supuesto de hecho. En cambio, los sistemas de autonomía decisional valorarán el supuesto de hecho concreto en función de lo que han ido aprendiendo e irán ajustando los resultados a medida que cambie el contexto y que obtengan *feedback* sobre las decisiones previamente adoptadas. No existirá un único resultado posible frente al supuesto de hecho, sino que el algoritmo irá determinando, en cada caso, cual es la consecuencia más adecuada.

Este último tipo de algoritmos es el que, en la actualidad, genera mayores problemas para el Derecho y el que ha despertado el interés de una importante parte de la doctrina jurídica por los riesgos que entraña para los valores y principios sobre los que se asientan los Estados democráticos y los derechos fundamentales de la ciudadanía. En todo caso, y aunque el presente trabajo se centra en el uso de algoritmos con autonomía decisional, es importante no menospreciar la incidencia y efectos que los algoritmos de funcionamiento automático pueden también tener en la esfera jurídica de las personas.

El presente trabajo se ocupa, en primer lugar, de identificar los principales problemas y riesgos generados por los sistemas automatizados de toma de decisiones. A continuación, se establecen las razones por las que la normativa en materia de protección de datos constituye, hasta la fecha, el instrumento jurídico principal dirigido a lidiar con los diferentes problemas derivados del uso de algoritmos. Una vez determinada esta cuestión, se procede a examinar la estructura del marco jurídico europeo de protección de datos y a señalar sus límites y deficiencias en la protección frente a los muchos y diversos riesgos derivados del uso de algoritmos. Finalmente, se realizan

---

<sup>5</sup> M.<sup>a</sup> Dolores Mas Badía, “Credit-based insurance scores: some observations in the light of the european general data protection regulation”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 62, 2020, pp. 155-186; Cathy O’Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Penguin Books, Londres, 2017.

<sup>6</sup> Sobre potestades regladas y discrecionales ver, por ejemplo, Eduardo García De Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 496-500; y José Esteve Pardo, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6.<sup>a</sup> ed. Marcial Pons, Barcelona, 2016, pp. 103-104.

algunas propuestas para una regulación más completa y adecuada del uso de sistemas automatizados de procesamiento de datos y toma de decisiones.

## **1. PROBLEMAS DERIVADOS DEL CRECIENTE USO DE SISTEMAS ALGORÍTMICOS**

Esta sección se ocupa de identificar los principales problemas y riesgos derivados del creciente uso de sistemas algorítmicos tanto por actores públicos como por actores privados. Se identifican tres clases principales de problemas: i) los que afectan, sobre todo, a las personas sometidas a procesos automatizados de toma de decisiones; ii) los fallos de mercado que contribuyen a justificar la intervención en el uso privado de sistemas algorítmicos y iii) las rupturas que la creciente utilización de algoritmos por las Administraciones públicas provoca con las normas y requisitos específicamente aplicables y exigibles a estas.

### **1.1. Riesgos para la protección de los derechos de las personas sometidas a procesos automatizados de toma de decisiones**

Las próximas páginas se ocupan de determinar los posibles efectos negativos que los procesos automatizados de toma de decisiones pueden tener sobre las personas afectadas por ellos. Nos encontramos con algoritmos que contienen sesgos, que cometen errores, que producen resultados discriminatorios o que son empleados para manipular a las personas, entre otras cuestiones. Además, en el último epígrafe de esta sección se aborda la forma en que la opacidad algorítmica, la falta de reconocimiento de un “proceso justo tecnológico”<sup>7</sup> y la dificultad de determinar quiénes son las personas responsables del procesamiento pueden contribuir a exacerbar los daños causados a las personas afectadas por los procesos de toma de decisiones automatizadas y menoscabar sus derechos.

#### *1.1.1. Sesgos y errores*

La toma de decisiones llevada a cabo por seres humanos no es objetiva. Cuando los seres humanos decidimos, tendemos a hacerlo basándonos en información parcial y atajos mentales denominados “heurísticas”<sup>8</sup>. Por ejemplo, si nos preguntan si es más probable que una persona definida como “tímida” desarrolle su actividad profesional como bibliotecaria o como comercial, generalmente daremos como res-

---

<sup>7</sup> Danielle Citron, “Technological due process”, *Washington University Law Review*, vol. 85, núm. 6, 2008, pp. 1249-1313.

<sup>8</sup> Amos Tversky y Daniel Kahneman, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”, *Science*, vol. 147, núm. 4157, 1974, pp. 1124-1131.

puesta la primera. Esta respuesta no se basa necesariamente en la realidad sino en estereotipos que son comúnmente compartidos y aceptados. Si bien el uso de estos atajos o heurísticas puede ser eficaz, también puede propiciar decisiones basadas en información parcial y, por tanto, puede generar sesgos cognitivos<sup>9</sup>.

Los sistemas automatizados de toma de decisiones se alimentan de enormes cantidades de información (inasumibles para un ser humano) relativas al fenómeno que debe ser procesado y analizado por la máquina. Estos programas tienden, por tanto, a ofrecer resultados más objetivos y precisos que los obtenidos cuando es una persona la encargada de tomar una decisión<sup>10</sup>. Asimismo, dada su gran capacidad computacional, estos sistemas son capaces de producir resultados (decisiones) de manera mucho más rápida, generando así un significativo aumento de la eficiencia de todos aquellos procesos en los que son empleados<sup>11</sup>.

Sin embargo, a pesar de que las decisiones tomadas por sistemas automatizados suelen ser más precisas que las decisiones tomadas por seres humanos en contextos similares, estos programas también pueden arrojar resultados erróneos o sesgados. Las máquinas fallan. Pueden producirse errores de todo tipo derivados, por ejemplo, de la forma en que el sistema fue programado, que hagan que el programa no realice correctamente la tarea que tiene asignada. Estos errores pueden darse incluso en aquellos casos en los que el algoritmo es empleado para analizar fenómenos fácilmente medibles, como puede ser la cantidad de un determinado compuesto químico en un producto.

En segundo lugar, ya en el ámbito que nos ocupa y preocupa, cuando un sistema automatizado es empleado para analizar y tomar decisiones sobre la realidad social, es mucho más fácil que estas no sean correctas o estén basadas en información sesgada. Aunque los algoritmos son capaces de procesar enormes cantidades de datos, es muy difícil operacionalizar todos los aspectos relevantes de una realidad social, es decir, convertirlos en variables medibles. Es más, en la operacionalización de los diferentes elementos que pueden considerarse relevantes, las personas encargadas de la programación pueden obviar algunas variables, introducir sesgos en el sistema o escoger bases de datos que ofrecen una representación parcial de la realidad. Asimismo, los seres humanos tienen la capacidad de apreciar determinados elementos intangibles que no son captados por los sistemas automatizados<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> *Idem*, p. 1131.

<sup>10</sup> Alexandra Chouldechova, "Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments", 2016, pp. 1-17 (p. 5), disponible el 6 de diciembre de 2020 en <https://arxiv.org/>; Alex P. Miller, "Want less-biased decisions? Use algorithms", *Harvard Business Review*, 26 de Julio de 2018, disponible el 6 de diciembre de 2020 en <https://hbr.org>.

<sup>11</sup> Cary Coglianese y David Lehr, "Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era", *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, núm. 5, 2017, pp. 1147-1223 (p.1162); Cathy O'neil, *Weapons of Math Destruction...*, *cit.*, 2017, p. 70.

<sup>12</sup> En este sentido, resultan especialmente relevantes e interesantes las reflexiones acerca de la falta de empatía de la inteligencia artificial realizadas por el profesor Juli Ponce en: Juli Ponce Solé, "Inteli-

También es importante tener en cuenta que las conclusiones alcanzadas por estos sistemas se basan en correlaciones (las personas que compran freidoras suelen tener malos hábitos alimenticios) y no en causalidad (la compra de una freidora provoca malos hábitos alimenticios)<sup>13</sup>. Los grandes volúmenes de datos de que se dispone actualmente y la capacidad de los sistemas automatizados para procesar dicha información hacen que las decisiones tomadas por los algoritmos basados en correlaciones se consideren suficientemente fiables aunque no exista una prueba de causalidad. Por consiguiente, los resultados finales se basan en correlaciones, pero se tratan como relaciones causales, generándose así el riesgo de que se produzcan inferencias erróneas<sup>14</sup>. Volviendo al ejemplo de antes, es probable que exista una correlación entre las compras de freidoras realizadas por internet y malos hábitos alimenticios. Sin embargo, puede ser que, en un caso concreto, una persona compre una freidora como regalo. Si esta información llega a los algoritmos empleados por su seguro médico, que desconocerán el propósito con el cual se ha comprado la freidora, este dato podría contribuir a aumentar la prima de seguro de esa persona<sup>15</sup>.

En general, hay una gran cantidad de posibilidades de que se produzcan errores o se introduzcan sesgos durante el desarrollo de los sistemas algorítmicos e incluso tras su puesta en funcionamiento. Es por ello que esa “mayor objetividad” de los algoritmos debe cuestionarse y deben diseñarse e implementarse mecanismos de control jurídico e informático que traten de prevenir y lidiar con los errores y sesgos producidos por los procesos de toma de decisiones automatizadas.

### 1.1.2. Discriminación

No solo existe una justificada preocupación por los errores y sesgos que pueden generar los sistemas automatizados de toma de decisiones sino que, en los últimos años, también se han detectado múltiples casos en los que el uso de estos sistemas produce resultados especialmente perjudiciales para las personas pertenecientes a grupos vulnerables o históricamente desaventajados, habiéndose demostrado la especial incidencia que el uso de algoritmos tiene en la perpetuación de las estructuras sociales de desigualdad y subdiscriminación<sup>16</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, la discriminación puede definirse como la acción de tratar a una persona física o jurídica o a un grupo de personas de manera me-

---

gencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, pp. 1-52.

<sup>13</sup> Brendt Mittelstadt *et al.*, “The ethics of algorithms: mapping the debate”, *Big Data & Society*, julio-diciembre de 2016, pp. 1-21 (p. 5).

<sup>14</sup> Solon Barocas, “Data mining and the discourse on discrimination”, *Proceedings of the Data Ethics Workshop, Conference on Knowledge Discovery and Data Mining (KDD)*, 2014, pp. 1-4 (p. 2).

<sup>15</sup> Steve Lohr, “Sizing up big data, broadening beyond the Internet”, *The New York Times BITS Blog*, 29 de junio de 2013, disponible el 6 de diciembre de 2020 en <https://bits.blogs.nytimes.com/>.

<sup>16</sup> Alba Soriano Arnanz, “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 56, 2021.

nos favorable que a otras personas que se encuentran en una situación comparable. Por consiguiente, la discriminación puede producirse en una amplia variedad de contextos y situaciones. Sin embargo, ciertas acciones discriminatorias reciben una consideración específica, como especialmente perjudiciales, por los Estados democráticos y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata de casos de discriminación que se producen por categorías o motivos que son *a priori* “sospechosos”, como la raza o el sexo. La razón de establecer estas categorías especialmente protegidas es que es inaceptable basar las decisiones en motivos (características) que son, en principio, inmutables (como la raza o el sexo) o que pertenecen a la esfera de la autonomía del individuo (como la religión y las opiniones políticas), sobre todo cuando dichas características no son relevantes en el contexto en el que se adopta la decisión<sup>17</sup>.

Dentro de cada categoría protegida existen ciertas subcategorías que identifican a las personas pertenecientes a grupos considerados especialmente vulnerables o que han sufrido una situación histórica de opresión o desventaja, como las poblaciones no blancas, las mujeres o las personas procedentes de entornos socioeconómicos con menor poder adquisitivo. Las personas pertenecientes a estos grupos siguen siendo objeto de un trato discriminatorio como resultado de los estereotipos y prejuicios que se tienen contra ellas y de las normas e instituciones sociales que se han construido desde la perspectiva de y para quienes han ocupado tradicionalmente posiciones de poder.

Los algoritmos son diseñados por seres humanos que, de manera voluntaria o involuntaria, pueden introducir en los sistemas que programan los prejuicios y estereotipos que tienen sobre determinados grupos sociales. Una de las razones que se ha apuntado como causante de la incorporación de estos sesgos a los sistemas automatizados de toma de decisiones es la composición, en gran medida homogénea, de los equipos de personas que programan estos sistemas, ya que normalmente estamos hablando de hombres blancos heterosexuales, que proceden de entornos socioeconómicos acomodados<sup>18</sup> y que, en algunos casos, han llegado a apoyar, de manera pública, determinados discursos que perpetúan la idea de que las personas pertenecientes a grupos históricamente discriminados son “inferiores”<sup>19</sup>.

Asimismo, puesto que los sistemas automatizados de toma de decisiones procesan la realidad social, y esta está construida sobre estructuras que discriminan a las perso-

---

<sup>17</sup> Janneke Gerards, “The discrimination grounds of article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 1, 2013, pp. 99-124 (p. 114).

<sup>18</sup> Safiya Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York University Press, New York, 2018, p. 80.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 2: “en medio de una investigación federal sobre la supuesta persistente brecha salarial de Google, en la que las mujeres reciben sistemáticamente menos sueldo que los hombres en la plantilla de la empresa, en agosto de 2017 se hizo viral un manifiesto ‘anti diversidad’ escrito por James Damore, apoyado por muchos empleados de Google, en el que se argumentaba que las mujeres son psicológicamente inferiores e incapaces de ser tan buenas en la ingeniería de software como los hombres, entre otras afirmaciones patentemente falsas y sexistas” (traducción propia).

nas pertenecientes a grupos desaventajados, los algoritmos incorporan, reproducen y perpetúan estas estructuras de discriminación<sup>20</sup>.

Durante los últimos años han salido a la luz numerosos casos en los que el uso de sistemas automatizados en ámbitos como la selección de personal, la determinación de la capacidad crediticia o en la prestación de servicios públicos y adjudicación de ayudas, ha generado situaciones de discriminación que han perjudicado a las personas pertenecientes a grupos desaventajados o especialmente vulnerables<sup>21</sup>. La aparente objetividad de estos sistemas no puede hacernos obviar que estos son creados y se desarrollan en un contexto social asentado sobre unas estructuras de desigualdad que los algoritmos pueden fácilmente incorporar y ayudar a reproducir y perpetuar.

### 1.1.3. *Riesgos para la singularidad, autonomía e intimidad de los individuos*

Aunque los sistemas automatizados de toma de decisiones son capaces de crear perfiles muy precisos, estos perfiles son creados considerando la pertenencia de la persona a diferentes grupos. Es decir, no se consideran las especificidades y singularidad propias de cada uno de los seres humanos que el sistema analiza, sino que la representación virtual de cada persona es el producto de su posición con respecto a otros individuos. Esto puede conducir a la toma de decisiones erróneas ya que, lo que es verdad para el grupo, no tiene por qué serlo necesariamente para una persona en concreto<sup>22</sup>.

Estos sistemas también pueden aprender o ser diseñados para manipular a los seres humanos, limitando su autonomía de la voluntad a la hora de tomar decisiones<sup>23</sup>. Por ejemplo, los algoritmos empleados en el contexto de la publicidad dirigida pueden ser creados con el objetivo de atraer consumidoras y usuarias en situación de vulnerabilidad hacia el consumo de productos de baja calidad o que pueden resultarles perjudiciales. Si bien esto es algo que se lleva haciendo desde hace ya mucho tiempo en el ámbito de la publicidad (piénsese, por ejemplo, en el caso de los anuncios de préstamos con cláusulas que rozan o son directamente abusivas o de casas de apuestas), lo que resulta especialmente preocupante en el contexto que nos ocupa, es la creciente

---

<sup>20</sup> Solon Barocas y Andrew Selbst, “Big data’s disparate impact”, *California Law Review*, vol. 104, núm. 3, 2016, pp. 671-732.

<sup>21</sup> Doris Allhutter, *et al.*, “Algorithmic profiling of job seekers in Austria: how austerity politics are made effective”, *Frontiers in Big Data*, vol. 3, 2020, pp. 1-17; Stephanie Bornstein, “Antidiscriminatory algorithms”, *Alabama Law Review*, vol. 70, núm. 2, 2019, pp. 519-572; Safiya Noble, *Algorithms of Oppression*, *cit.*, 2018; Sofia Ranchordás y Ymre Schuurmans, “Outsourcing the welfare state: the role of private actors in welfare fraud investigations”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 7, núm. 2, 2020, pp. 5-42.

<sup>22</sup> Tal Zarsky, “Transparent predictions”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2013, núm. 4, 2013, pp. 1503-1570 (pp. 1560-1561).

<sup>23</sup> Juli Ponce Solé, “El derecho a una buena administración y la personalización de los servicios públicos” en Beltrán Puentes Cociña y Andrei Quintiá Pastrana, (dirs.), *El Derecho ante la Transformación Digital*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 51-71 (p. 68).

capacidad de que se dispone para configurar y hacer llegar esta publicidad de manera altamente personalizada exactamente a aquellas personas que son especialmente vulnerables y susceptibles de ser manipuladas y de contratar esta clase de productos<sup>24</sup>.

Por último, como se verá más adelante, los daños más evidentes producidos por las tecnologías de procesamiento de datos son los que se generan en el ámbito de la intimidad o privacidad de las personas. Es más, en no pocas situaciones, la invasión en el ámbito de la intimidad de una persona que tiene lugar cuando se recogen y procesan sus datos ocurre sin que aquella comprenda ni consienta plenamente dichas acciones ni los fines para los que se llevan a cabo.

#### 1.1.4. *Transparencia, proceso justo y atribución de la responsabilidad*

Los próximos párrafos se refieren, brevemente, a aquellos elementos que contribuyen a intensificar los riesgos y daños generados a los seres humanos cuando son sometidos a procesos automatizados de toma de decisiones al dificultar el acceso y comprensión de los sistemas empleados, la posibilidad de recurrir las decisiones y los obstáculos que pueden encontrarse al tratar de concretar quiénes son las personas físicas responsables del procedimiento.

Uno de los elementos más problemáticos de los sistemas automatizados de toma de decisiones es su falta de transparencia. Esta se refleja, en primer lugar, en la propia utilización de estos sistemas. No son pocas las ocasiones en que una persona que está siendo analizada por uno de estos sistemas no es consciente de que dicho procesamiento está siendo efectuado<sup>25</sup>. En segundo lugar, el aspecto que ha sido principalmente abordado por la doctrina es la falta de transparencia de los propios algoritmos, ya sea porque el código fuente no se hace público o porque el sistema es tan complejo que comprenderlo resulta imposible<sup>26</sup>. La falta de transparencia de los sistemas algorítmicos dificulta el control general de legalidad de los programas empleados en la toma de decisiones automatizadas y limita la posibilidad que los individuos afectados tienen de impugnar los resultados obtenidos. Resulta altamente complejo argumentar que una decisión es errónea si se desconoce su lógica subyacente.

La opacidad que caracteriza a muchos de los algoritmos que están siendo empleados de manera creciente en toda clase de contextos no es el único elemento que dificulta el acceso de las personas afectadas a un “proceso justo tecnológico”<sup>27</sup>. En general, existe una patente falta de implementación de mecanismos y procedimientos

---

<sup>24</sup> Cathy O’Neil, *Weapons of Math Destruction...*, cit., 2017, p. 70; Karen Yeung, “Hypernudge: Big data as a mode of regulation by design”, *Information, Communication & Society*, vol. 20, núm. 1, 2017, pp. 118-136.

<sup>25</sup> Solon Barocas y Andrew Selbst, “The intuitive appeal of explainable machines”, *Fordham Law Review*, vol. 87, núm. 3, 2018, pp. 1085-1139 (pp. 1091-1092).

<sup>26</sup> Jenna Burrell, “How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society*, vol. 3, núm. 1, 2016, pp. 1-12 (p. 5).

<sup>27</sup> Danielle Citron, “Technological due process”, cit., 2008, pp. 1249-1313.

que, de manera sencilla, permitan a los individuos afectados por procesos de toma de decisiones automatizadas defender sus derechos e intereses<sup>28</sup>.

Cabe también añadir, en el contexto de la transparencia algorítmica y el proceso justo tecnológico que, incluso cuando se ofrece una suerte de explicación, puede ser que esta no sea intuitiva. En tales casos nos encontramos ante un importante dilema. Puesto que los algoritmos son capaces de procesar enormes cantidades de información, es posible que obtengan resultados basados en lógicas difíciles de comprender. Es decir, que carezcan de la motivación suficiente por ser el producto de correlaciones inesperadas<sup>29</sup>. Así, un algoritmo puede llegar a la conclusión de que existe una correlación entre realizar compras de calcetines de personajes de dibujos animados por internet e incumplir las condiciones de devolución de un préstamo. En estos casos, resulta importante determinar si se debe priorizar la eficiencia y supuesta mayor precisión del sistema sobre los elementos que tradicionalmente se valoran para determinar que una decisión se encuentra debidamente justificada y es conforme a la legalidad.

Como último elemento a mencionar en relación con la necesaria construcción de mecanismos que garanticen un proceso justo tecnológico, cabe destacar la dificultad en la atribución de la responsabilidad por algunas de las decisiones tomadas por sistemas automatizados. Si hablamos de sistemas automáticos, en los que el resultado se encuentra totalmente predeterminado, no existen grandes problemas en determinar quién es el ser humano responsable. Sin embargo, en el caso de los sistemas autónomos, cuya programación inicial va evolucionando a medida que se van retroalimentando de los efectos de las decisiones que han tomado y de la realidad en la que operan, resulta mucho más difícil atribuir la responsabilidad a un ser humano en concreto<sup>30</sup>. Esta cuestión ha sido en parte resuelta por el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>31</sup> que establece, de manera lo suficientemente clara, la atribución de responsabilidad en relación con las cuestiones derivadas del procesamiento a los responsables<sup>32</sup> y encargados del tratamiento de datos<sup>33</sup>. Sin embargo,

---

<sup>28</sup> Cathy O' Neil, *Weapons of Math Destruction...*, *cit.*, pp. 3-11; Margot KAMINSKI, "Binary governance: Lessons from the GDPR's approach to algorithmic accountability", *Southern California Law Review*, vol. 92, núm. 6, 2019, pp. 1529-1616 (pp. 1538-1539).

<sup>29</sup> Solon Barocas y Andrew Selbst, "The intuitive appeal of explainable machines", *cit.*, 2018, pp. 1085-1139 (p. 1091); Kriel Brennan-Marquez, "Plausible cause': explanatory standards in the age of powerful machines", *Vanderbilt Law Review*, vol. 17, núm. 4, 2017, pp. 1249-1301 (p. 1288).

<sup>30</sup> Brendt Mittelstadt *et al.*, "The ethics of algorithms...", *cit.*, 2016, pp. 1-21 (p. 6).

<sup>31</sup> Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

<sup>32</sup> Art. 4.7 RGPD: «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.

<sup>33</sup> Art. 4.8 RGPD: «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

en aquellos casos en los que tanto los causantes como las víctimas de los daños no sean fácilmente identificables o no se puedan concretar, la efectividad de este sistema resulta dudosa.

## 1.2. Fallos de mercado e intervención en el sector privado

Hasta el momento se ha mostrado cómo el uso de sistemas automatizados puede provocar importantes daños a los derechos fundamentales de las personas. Para dar cumplimiento a las obligaciones positivas que los Estados tienen en relación con la protección de los derechos fundamentales<sup>34</sup>, estos deben crear normas que protejan frente a los riesgos que el uso de sistemas algorítmicos genera, principalmente, para los derechos a la libertad (autonomía), igualdad, no discriminación, intimidad, protección de datos y un proceso justo. Cabe recordar, por ejemplo, que el art. 9.2 CE establece la obligación de promoción de la igualdad y libertad y la remoción de aquellos obstáculos que impidan su consecución plena.

La intervención en el sector privado viene, asimismo, avalada por el principio de precaución<sup>35</sup> que justifica la imposición de mayores cargas y obligaciones sobre aquellas actividades económicas susceptibles de producir daños sobre los intereses públicos cuya magnitud es desconocida<sup>36</sup>. Si bien el principio de precaución ha venido desarrollándose sobre todo en relación con la protección del medioambiente<sup>37</sup>, la propia Comisión Europea ya reconoció en el año 2000 que su ámbito de aplicación era mucho más amplio<sup>38</sup>. Es más, si bien no lo hace de manera directa, la propia Constitución Española prevé la aplicación del principio de precaución a las tecnologías de procesamiento de datos<sup>39</sup> al establecer que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> Gabriel Doménech Pascual, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 113.

<sup>35</sup> Clara Velasco Rico, “Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia”, en Beltrán Puentes Cociña y Andrei Quintiá Pastrana, (dirs.), *El Derecho ante la Transformación Digital*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 73-89 (pp. 84-86).

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2002, C-T-13/99, Pfizer Animal Health SA y Consejo de la UE, párrafos 139, 144 y 147.

<sup>37</sup> Gabriel Doménech Pascual, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, cit., 2006, pp. 255-256.

<sup>38</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución”, COM/2000/0001 final, 1 de febrero de 2000, párrafo 3: “El principio de precaución no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente, pero, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto”.

<sup>39</sup> Andrés Boix Palop, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 223-270 (p. 239).

<sup>40</sup> Art. 18.4 CE.

A mayor abundamiento, desde una perspectiva económica, el creciente uso de sistemas automatizados de toma de decisiones se da en un contexto en el que se producen significativos fallos de mercado que, de manera breve, se abordan a continuación y que ofrecen un apoyo adicional a los argumentos relativos a la necesidad de intervenir en el sector privado. Estos fallos de mercado se concretan en la generación de externalidades negativas por parte de los actores privados que emplean sistemas automatizados de procesamiento de datos y toma de decisiones, la existencia monopolios digitales, las situaciones de información asimétrica y la irracionalidad en el comportamiento de los individuos a quienes pueden afectar los procesos de toma de decisiones automatizadas.

### 1.2.1. *Externalidades negativas*

El procesamiento de datos y toma de decisiones automatizadas por parte de empresas privadas produce resultados nocivos para terceras personas, así como para ciertos intereses públicos y valores compartidos que las democracias occidentales<sup>41</sup> y, en particular, los Estados miembros de la UE deben respetar. Estos resultados nocivos o daños no son internalizados por las empresas que los producen y tampoco pueden ser neutralizados mediante las técnicas propias del Derecho privado, como la responsabilidad contractual o extracontractual. A continuación, se ofrecen algunos ejemplos de estas externalidades negativas que ayudan a acreditar que, para lidiar con los riesgos y daños generados por el uso privado de algoritmos, no es posible recurrir, en exclusiva a soluciones propias del Derecho privado<sup>42</sup>.

Resulta relevante volver sobre los daños causados a los derechos a la igualdad y no discriminación que no solo constituyen derechos fundamentales reconocidos a la ciudadanía de los Estados miembros de la UE, sino también principios y mandatos que deben vertebrar toda la actuación de los poderes públicos. La discriminación algorítmica no solo se da a través de tratamientos personalizados, sino también a través de la perpetuación de estereotipos perjudiciales para las personas pertenecientes a grupos especialmente protegidos, causando daños difusos que vulneran los principios y valores básicos sobre los que se asientan los Estados democráticos pero cuyas víctimas no son fácilmente identificables. Por ejemplo, los algoritmos empleados por motores de búsqueda contribuyen a perpetuar estereotipos sobre las minorías étnicas y raciales y sobre las mujeres al ofrecer imágenes sexualizadas de mujeres como resultado a determinadas combinaciones de palabras introducidas en el buscador<sup>43</sup>.

La utilización por parte de empresas de sistemas de recogida y procesamiento automatizado de datos también produce otras externalidades negativas con las que el Derecho privado no es capaz de lidiar. Cabe destacar los casos en que ha salido a

---

<sup>41</sup> Omri Ben-Shahar, "Data pollution", *Journal of Legal Analysis*, vol. 11, 2019, pp. 104-159 (pp. 110-118).

<sup>42</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>43</sup> Safiya Noble, *Algorithms of Oppression...*, *cit.*, 2018, p. 71.

la luz que las empresas tecnológicas de redes sociales compartían, sin autorización, los datos de sus usuarias y usuarios con terceros<sup>44</sup>. Otro claro supuesto lo constituye la difusión de noticias falsas y puntos de vista que aumentan la polarización de la sociedad y tienen por objeto manipular a las personas y que pueden llegar a reducir la legitimidad de las instituciones y procesos democráticos<sup>45</sup>.

La relevancia de estos daños es el resultado de su valor agregado, esto es, del menoscabo a los principios y valores básicos de la democracia. Sin embargo, no resulta sencillo individualizar estos daños. Es más, incluso cuando es posible identificar a las víctimas, el daño individual es de escasa entidad, por lo que no existen incentivos para demandar a los causantes. Asimismo, no siempre es sencillo identificar a los causantes del daño, sobre todo en los supuestos en los que el *software* se encuentra abierto, facilitando la participación de muchas personas no identificadas en su desarrollo.

### 1.2.2. *Monopolios digitales*

Las sociedades occidentales se han construido sobre la idea de que el poder público implica coacción (y control) mientras que el desarrollo de actividades privadas es una expresión de la libertad<sup>46</sup>. El grado en que se mantiene esta noción de la dicotomía sector público/privado como regulación vs. libertad varía según la cultura y tradición política e ideológica de cada país, pero, en todo caso, existe un acuerdo general en relación con el reconocimiento de la libertad de actuación de los actores privados y la limitada posibilidad de intervención del poder público en la actividad de aquellos, que únicamente podrá regular el sector privado cuando se generen ciertos riesgos. Por consiguiente, la noción de que las organizaciones del sector privado puedan actuar como reguladores parece, a primera vista, contraintuitiva. Así pues, sugerir que restricciones similares a las impuestas al sector público deberían ser de aplicación también al desarrollo de determinadas actividades privadas puede resultar difícil de aceptar. Sin embargo, el poder adquirido por ciertas organizaciones privadas que actualmente poseen una gran cantidad de capital y, lo que es igual o incluso más importante, de información, hace que dichas organizaciones se comporten como cuasi reguladores<sup>47</sup>.

Muchas de las empresas privadas que crean algoritmos y controlan gran parte de los datos del mundo se comportan como monopolios. Empresas como Alphabet (Google), Facebook, Apple o Amazon ocupan un segmento muy importante de los mercados en línea y son los principales recolectores de datos personales, que luego

---

<sup>44</sup> Josh Constine, "Facebook is shutting down its API for giving your friends' data to apps", *TechCrunch*, 28 de abril de 2015. Disponible el 8 de diciembre de 2020 en <https://techcrunch.com>.

<sup>45</sup> Yochai Benkler, Robert Faris y Hal Roberts, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

<sup>46</sup> Lawrence LESSIG, *Code: Version 2.0*, Basic books, Nueva York, 2006, pp. 5-6.

<sup>47</sup> Nancy Kim y Jeremy Telman, "Internet giants as quasi-governmental actors and the limits of contractual consent", *Missouri Law Review*, vol. 80, núm. 3, 2015, pp. 723-770.

utilizan en beneficio propio o venden a terceros (incluidos los gobiernos). Por ejemplo, Google es el principal motor de búsqueda y proveedor de servicios de publicidad digitales y, de hecho, ha sido multada por la Comisión Europea por prácticas abusivas en el ámbito de la publicidad digital<sup>48</sup>. Además, las cuatro empresas mencionadas están siendo objeto de investigaciones por incumplimiento de las normas de competencia tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea.

Sin embargo, por el momento, los instrumentos contenidos en la normativa en materia de competencia no han logrado reducir el poder monopolístico de estas empresas. En este contexto, el informe y las recomendaciones del sector demócrata del subcomité antimonopolio de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos ofrece una visión muy ilustrativa de la necesidad de limitar el poder monopolístico de Alphabet (Google), Facebook, Apple y Amazon y de fortalecer y revitalizar las leyes antimonopolio<sup>49</sup>. Asimismo, recientemente, el Gobierno de los Estados Unidos ha interpuesto una demanda contra Facebook por prácticas monopolísticas y anti-competitivas dirigidas a controlar el mercado de las redes sociales<sup>50</sup>.

Estas empresas operan espacios que forman una parte esencial de la vida diaria de muchas personas y, como propietarias de dichos espacios, regulan la manera en que se llevan a cabo muchas interacciones en ellos y toman decisiones que pueden tener un impacto muy significativo en los seres humanos que, directa o indirectamente, interactúan con la máquina<sup>51</sup>. Además, el control que estas empresas ejercen sobre su sector del “ciberespacio”<sup>52</sup>, limitando la libre competencia a través del abuso de su posición en el mercado<sup>53</sup>, conduce a la creación de arquitecturas de elección que limitan e influyen en gran medida en la autonomía de la voluntad de las personas, restringiendo la capacidad de decisión de estas<sup>54</sup>.

Las organizaciones privadas que, como Google, son monopolios efectivos en su segmento de mercado deberían ser objeto de una regulación pública más intensa. El uso de sistemas algorítmicos por parte de estas empresas debería estar sujeto a requisitos similares a los aplicables al sector público y las garantías y protecciones recono-

<sup>48</sup> Comisión Europea, “Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por prácticas abusivas en la publicidad en línea”, 20 de marzo de 2019. Disponible el 8 de diciembre de 2020 en <https://ec.europa.eu>.

<sup>49</sup> Jerrold Nadler y David Cicilline, “Investigation of competition in digital markets”, Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the Committee on the judiciary, octubre 2020.

<sup>50</sup> Cecilia Kang y Mike Isaac, “U.S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition”, *New York Times*, 9 de diciembre de 2020. Disponible el 10 de diciembre de 2020 en <https://www.nytimes.com>.

<sup>51</sup> Virginia Eubanks, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St Martin’s Press, Nueva York, 2017; Safiya NOBLE, *Algorithms of Oppression...*, cit., 2018; Cathy O’neil, *Weapons of Math Destruction...*, cit., 2017.

<sup>52</sup> Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0*, cit., 2006, pp. 5-6.

<sup>53</sup> Sobre la figura y prohibición de abuso de la posición dominante en el mercado ver, por ejemplo, Julio Pascual y Vicente, “Prohibiciones del abuso de posición dominante” en *Tratado de Derecho de la competencia*, José María Beneyto Pérez (dir.) y Jerónimo Mailló González (coord.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 455-511.

<sup>54</sup> Karen Yeung, “‘Hypernudge’...”, cit., 2017, pp. 118-136.

cidas a la ciudadanía contra esta forma de regulación algorítmica también deberían trazarse y estructurarse de manera similar a las otorgadas cuando los particulares interactúan con poderes públicos.

### 1.2.3. Información asimétrica, comportamientos irracionales y costes de transacción

Las personas no son conscientes ni del tipo de información que realmente proporcionan al interactuar en los espacios digitales ni de los fines para los que se puede utilizar su información, ni tampoco de la medida en que las tecnologías de procesamiento de datos pueden llegar a afectarles y, por ello, perciben que los riesgos de los sistemas de recogida y tratamiento de datos son pequeños e indirectos<sup>55</sup>. En este sentido, los encargados y responsables de la recogida y el tratamiento de datos tienden a ofrecer información parcial, expuesta de manera compleja y que dificulta la comprensión por parte de las personas interesadas.

Es más, aunque cuando son preguntadas sobre estas cuestiones, las ciudadanas y ciudadanos suelen expresar preocupación y una clara preferencia por proteger su intimidad, después no actúan en consecuencia y suelen compartir datos personales con cierta facilidad. Este fenómeno se ha denominado “paradoja de la privacidad”<sup>56</sup> y, en muchas ocasiones, es el resultado de la falta de alternativas a los servicios digitales que exigen a las y los usuarios que compartan sus datos<sup>57</sup>.

Sin embargo, en otros casos, es la prioridad que las personas tienden a otorgar a los beneficios a corto plazo<sup>58</sup> del acceso a un servicio digital frente a los riesgos o daños a largo plazo que pueden causarles los datos que proporcionan a cambio de acceder a dicho servicio la que decanta la balanza y hace que no se ponderen suficientemente los perjuicios. Ello es así porque estos daños generalmente se caracterizan por su dispersión y falta de inmediatez, a lo que cabe añadir que, en muchos casos, son el resultado de datos compartidos por terceras personas y no por la propia persona a quien se causa el daño.

También debemos tener en cuenta los costes de transacción generados en torno al acceso a plataformas digitales. Cabe destacar, por ejemplo, el esfuerzo que requiere

---

<sup>55</sup> Mike Annany y Kate Crawford, “Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability”, *New Media & Society*, vol. 20, núm. 3, 2018, pp. 973-989 (pp. 979-980).

<sup>56</sup> Spyros Kokolakis, “Privacy attitudes and privacy behaviour: A review of current research on the privacy paradox phenomenon”, *Computers & Security*, vol. 107, 2017, pp. 122-134 (p. 128).

<sup>57</sup> Bert-Jaap Koops, “The problem with European data protection law”, *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4, 2014, pp. 250-261 (p. 251).

<sup>58</sup> El descuento hiperbólico de los riesgos es un sesgo cognitivo que deriva, entre otras cuestiones, de que los seres humanos tendamos a dar prioridad a los beneficios en el muy corto plazo sin valorar la verdadera entidad de los daños que se puedan dar a largo plazo como contraprestación a esos beneficios a corto plazo. Ariel Rubinstein, “Dilemmas of an economic theorist”, *Econometrica*, vol. 74, núm. 4, 2006, pp. 865-883.

leer con atención las condiciones de acceso y uso de una página o aplicación web, así como rechazar una por una todas las opciones de recogida y procesamiento de datos. Como norma general, los individuos no están dispuestos a dedicar su tiempo a leer con atención cada aviso relativo a la protección de datos y suelen aceptar las condiciones de acceso.

### **1.3. Quiebras en la aplicación de los principios propios de la actuación de las Administraciones públicas**

El empleo de sistemas automatizados de toma de decisiones por parte de los poderes públicos genera una serie de problemas específicos que no se dan, o al menos no con tanta intensidad, en el ámbito privado. Las próximas páginas se ocupan, por una parte, de cómo las mayores exigencias de transparencia y justificación de las decisiones públicas afectan al creciente uso de sistemas automatizados y, por otra, de los efectos de la externalización de funciones públicas en sistemas automatizados privados y de la utilización por los poderes públicos de programas diseñados por actores privados.

#### *1.3.1. Transparencia y justificación de las decisiones públicas automatizadas*

El establecimiento de mecanismos e instrumentos destinados a eliminar la opacidad algorítmica adquiere especial relevancia cuando se trata de programas que se encargan de la toma de decisiones públicas automatizadas<sup>59</sup>, ya que el principio y mandato de transparencia desempeña un papel fundamental en los ordenamientos jurídico-administrativos de los Estados democráticos<sup>60</sup>. Hay varias formas en que la transparencia hace avanzar la democratización de las sociedades. En primer lugar, la transparencia empodera a la ciudadanía en la medida en que proporciona información sobre las acciones y procedimientos realizados por los poderes públicos, permitiendo a ciudadanos y ciudadanas la posibilidad de participar en los procesos de toma de decisiones que puedan interesarles. En segundo lugar, y en estrecha relación con el punto anterior, para que las instituciones públicas rindan cuentas no solo es necesario establecer procedimientos que permitan a los individuos defender sus derechos e intereses, sino también proporcionarles los conocimientos necesarios sobre la forma en que se ha adoptado una decisión que les afecta y que pueden desear impugnar. En tercer lugar, la transparencia también es necesaria para proporcionar a las personas

---

<sup>59</sup> Angelo Giuseppe Orofino, "The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration", *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, núm. 1-2, 2020, pp. 123-142.

<sup>60</sup> Juan Francisco Mestre Delgado, "Una reflexión sobre la regulación constitucional del Derecho administrativo", *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. extra 31, 2018, pp. 367-386 (p. 384).

y organizaciones los conocimientos necesarios para impugnar e iniciar debates públicos sobre cualquier acción o decisión adoptada por los poderes públicos y, por lo tanto, para ejercer una supervisión efectiva sobre dichas acciones. Por último, como consecuencia de todo lo anterior, la transparencia ayuda a prevenir que se lleven a cabo conductas ilícitas y proporciona legitimidad a las instituciones públicas. Si la ciudadanía conoce las acciones y decisiones tomadas por los poderes públicos, cómo impugnarlas en caso de que les afecten y se les permite participar en los diferentes procesos de toma de decisiones, aumentará su confianza en el sistema.

Para poner en práctica un sistema eficaz de control y supervisión de los instrumentos algorítmicos son necesarios ciertos niveles de transparencia<sup>61</sup>. Dicha transparencia no debe referirse únicamente al código fuente sino, en ciertos casos, también a dar explicaciones comprensibles. La explicación o justificación de las decisiones públicas es especialmente relevante ya que estas tienen que estar correctamente motivadas, es decir, la actuación de las Administraciones públicas debe someterse a los fines que la justifican<sup>62</sup>. En consecuencia, será necesario garantizar que la toma de decisiones públicas automatizadas es capaz de producir justificaciones aceptables dentro del marco normativo actual. De lo contrario, deberemos aceptar un cambio de paradigma en las exigencias de motivación de los actos administrativos, aceptando explicaciones no intuitivas. En este segundo caso, se deberá garantizar el control de los sistemas automatizados empleados en el ámbito público a través de otra clase de mecanismos<sup>63</sup> que garanticen la protección de los derechos de las personas interesadas en el procedimiento<sup>64</sup>, especialmente el ejercicio de potestades discrecionales<sup>65</sup>.

### 1.3.2. *La intervención privada en la provisión de servicios y realización de funciones públicas*

Hay dos situaciones que se derivan de las interacciones entre sector público y privado en el desarrollo y uso de sistemas algorítmicos que provocan rupturas con las tradicionales formas de ejercicio del poder público.

<sup>61</sup> Agustí Cerrillo i Martínez, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, pp. 1-38 (p. 18).

<sup>62</sup> Art. 106 CE.

<sup>63</sup> Solon Barocas y Andrew Selbst, “The intuitive appeal of explainable machines”, *cit.*, 2018, pp. 1085-1139 (p. 1138).

<sup>64</sup> Con respecto a las garantías en el uso de la inteligencia artificial por las Administraciones públicas ver, Julián Valero Torrijos, “The legal guarantees of artificial intelligence in administrative activity: reflections and contributions from the viewpoint of Spanish administrative law and good administration requirements”, *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, No. 1-2, 2020, pp. 55-62.

<sup>65</sup> Agustí Cerrillo i Martínez, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *cit.*, 2019, pp. 1-38 (pp. 20-24) y “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, No. 1-2, 2020, pp. 18-36 (pp. 22-26); Juli Ponce Solé, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad...”, *cit.*, 2019, pp. 1-52.

En primer lugar, debemos hacer referencia a la externalización de determinadas funciones públicas. Si bien la externalización de funciones públicas no es ninguna novedad, lo que sí resulta especialmente preocupante es que la clase de actuaciones que se vienen externalizando a empresas privadas que se dedican al procesamiento de datos automatizado constituyen, en muchos casos, funciones públicas de autoridad que únicamente deben de ser llevadas a cabo por personal funcionario, es decir, funciones inherentemente públicas que corresponden al núcleo mismo del ejercicio de la actividad de los poderes públicos por la confianza y legitimidad democrática en ellos depositada. Por ejemplo, cada vez es más común que las Administraciones públicas contraten los servicios de empresas que emplean sistemas automatizados para detectar casos de fraude entre las personas receptoras de ayudas sociales<sup>66</sup>. Esta realidad es también preocupante por cuanto que la creciente eficiencia (entendida en un sentido y desde una perspectiva puramente económica) ofrecida por la capacidad computacional de los sistemas algorítmicos genera el riesgo de que se pierdan de vista otros objetivos de interés general como puede ser la protección de los segmentos más vulnerables de la población, contribuyendo así a la estigmatización de los colectivos solicitantes de ayudas sociales y a la perpetuación de la desigualdad.

En segundo lugar, los problemas y cuestiones que surgen en relación con el hecho de que los algoritmos empleados por el sector público sean adquiridos generalmente de empresas privadas o se desarrollen junto con ellas. Ello da lugar a un marco totalmente nuevo en la interacción entre las esferas de actividad privada y pública y plantea interrogantes sobre la medida en que esas empresas privadas ejercen potestades administrativas discrecionales e intervienen en las actividades de elaboración de políticas y programas que deberían llevar a cabo las y los representantes de la ciudadanía y el personal funcionario que tienen encomendado el ejercicio de funciones públicas de autoridad. Los instrumentos normativos tradicionales son generales y ambiguos para permitir su adaptación y aplicación a casos particulares. Por el contrario, los algoritmos deben programarse de manera muy específica. Aunque el conjunto de instrucciones que constituye el algoritmo variará una vez que se aplique a casos concretos, el nivel inicial de granularidad que requiere la programación algorítmica, conlleva un grado de precisión en las instrucciones proporcionadas que no se emplea en la creación de normas jurídicas. Esto implica que las personas y empresas que creen los algoritmos estarán interpretando y aplicando los instrumentos jurídicos de una manera muy específica que, en teoría debería corresponder a las y los representantes democráticamente elegidos o al personal funcionario<sup>67</sup>.

Las situaciones descritas en los dos párrafos anteriores no serían tan problemáticas si las Administraciones públicas ejerciesen un control efectivo sobre los sistemas algorítmicos adquiridos o empleados por aquellas empresas en las que externalizan

---

<sup>66</sup> Sofia Ranchordás y Ymre Schuurmans, "Outsourcing the welfare state...", *cit.*, 2020, pp. 5-42.

<sup>67</sup> Marion Oswald, "Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power", *Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Series A: Mathematical and Physical Sciences*, vol. 376, núm. 2128, 2018, pp. 1-20 (pp. 14-15).

sus funciones. Sin embargo, la Administración no dispone de los medios, y también parece carecer de la voluntad, para supervisar y controlar los sistemas automatizados empleados en estos contextos por lo que, en muchas ocasiones, se limita a aceptar su uso de manera acrítica.

Por último, con respecto a la adquisición y utilización por parte de las Administraciones públicas de programas desarrollados por el sector público, resulta preocupante el hecho de que, en algunos casos, las empresas privadas que crean estos sistemas, permitan su uso a las Administraciones públicas a cambio de datos que obran en poder de estas<sup>68</sup>.

## 2. EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS: ESTRUCTURA Y LÍMITES

### 2.1. La protección de datos como principal mecanismo de salvaguarda frente a los riesgos generados por los sistemas algorítmicos

Muchos de los daños reales o potenciales causados por los algoritmos son el resultado de acciones de recogida y procesamiento de datos personales. Por consiguiente, los instrumentos jurídicos contruidos desde la perspectiva de la protección de la privacidad (datos personales) son los mecanismos que, de manera más evidente, pueden proteger, en una primera aproximación, a las personas de los daños causados por las tecnologías de procesamiento de datos. A su vez, y dado que nos encontramos en muchos casos ante relaciones jurídicas privadas cuyos efectos se producen en la esfera privada de la vida de las personas, lo lógico también es, en principio, construir estas relaciones a partir de la autonomía de la voluntad de los individuos y el consentimiento, recurriendo a mecanismos de Derecho privado, como el Derecho de obligaciones y contratos, para su regulación.

Sin embargo, como ya se ha indicado, muchos de los daños causados por el uso de tecnologías de procesamiento de datos personales afectan a derechos fundamentales y principios democráticos básicos que los poderes públicos tienen la obligación de proteger. Asimismo, concurren fallos de mercado, arriba detallados, que impiden que los mecanismos de Derecho privado sean totalmente eficaces al abordar los problemas generados por el sector de los servicios de datos y, más concretamente, por las tecnologías de procesamiento de datos<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Sam Shead, "Google DeepMind is giving the NHS free access to its patient monitoring app", *Business Insider*, 24 de junio de 2017. Disponible el 10 de diciembre 2020 en <https://www.businessinsider.com>.

<sup>69</sup> Omri Ben-Shahar, "Data pollution", *cit.*, 2019, pp. 104-159 (pp. 110-118).

En este contexto en el que la protección de la privacidad o intimidad informativa frente a los riesgos generados por los sistemas automatizados de toma de decisiones produce tensiones entre los marcos de Derecho privado y público, la Unión Europea ha desarrollado su estructura jurídica de protección de datos. El marco de protección de datos tiene por objeto proporcionar una serie de mecanismos jurídicos dirigidos a lidiar con muchos de los riesgos generados por el creciente uso de tecnologías de tratamiento de datos personales. Esta vocación de abarcar cuantos aspectos problemáticos del tratamiento de datos personales sea posible, ha conllevado el reconocimiento, por parte de la UE, del carácter público de algunos de los daños generados por estas actividades. Así pues, nos encontramos con una serie de instrumentos jurídicos que, si bien son construidos principalmente desde una perspectiva jurídico-privada, incorporan mecanismos y mandatos de intervención propios del Derecho público.

### **2.1. La estructura del ordenamiento jurídico europeo en materia de protección de datos**

El núcleo del régimen de protección de datos personales de la UE lo constituye la libre determinación en materia de información personal. Este régimen jurídico se basa principalmente en un marco que, en teoría, proporciona a las personas autoridad sobre cómo y cuándo compartir sus datos. No obstante, este régimen de derechos individuales, cuyas influencias principales se encuentran en las construcciones propias del Derecho privado, establece también una serie de mandatos que los responsables del control y el tratamiento deben cumplir en todos los casos cuando procesan datos personales. Esto significa que algunas de las obligaciones comprendidas en los derechos reconocidos a las personas no solo se activan a petición del o la interesada, sino que siempre deben ser cumplidas por la persona física o jurídica que trata o utiliza los datos. Por ejemplo, los arts. 13 y 14 del RGPD establecen obligaciones de divulgación de información para los responsables del tratamiento.

Además, el sistema de protección de datos personales de la Unión Europea también establece una serie de instrumentos de supervisión que se han desarrollado combinando instrumentos jurídicos de *hard* y *soft law* a fin de producir un sistema que tenga por objeto prevenir y hacer frente a los riesgos y daños causados por el tratamiento de datos personales. Por último, al establecer una red de autoridades públicas de protección de datos, se transmite claramente la forma en que la Unión Europea reconoce las insuficiencias de abordar exclusivamente los peligros generados por las tecnologías de tratamiento de datos mediante instrumentos tradicionales de Derecho privado.

Si bien a lo largo del presente trabajo nos referimos principalmente al Reglamento General de Protección de Datos, no debemos olvidar que las normas europeas en este ámbito se extienden más allá. Conviene así hacer referencia, principalmente, a la Di-

rectiva de protección de datos personales en el ámbito penal (Directiva 2016/680)<sup>70</sup> y también, aunque no sea tan relevante para el objeto de estudio del presente trabajo pues no se centra tanto en la protección como en la libre circulación de datos, el Reglamento Europeo de libre circulación de datos no personales<sup>71</sup>. Por su parte, los Estados miembros de la UE también han adoptado normas propias en materia de protección de datos. Sin embargo, dado que todas ellas son el resultado de la trasposición del RGPD y de la Directiva 2016/680, que no hay diferencias muy significativas entre Estados en la regulación y que la mayor parte de la doctrina se ha centrado en el estudio de las normas europeas, también en el presente trabajo abordamos, exclusivamente, dicha normativa.

Cabe destacar también que el marco jurídico europeo en materia de protección de datos se centra en todo tipo de tratamiento o procesamiento de datos, se utilicen programas informáticos o no. Sin embargo, como es evidente, en el marco del presente trabajo nos centramos exclusivamente en los efectos que dichas normas tienen para el tratamiento de datos y la toma de decisiones automatizadas.

El sistema europeo en materia de protección de datos articula tres clases de mecanismos que se estructuran sobre los principios generales contenidos en los arts. 5 del RGPD y 4 de la Directiva 2016/680 (licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad y del plazo de conservación, minimización de datos, exactitud, integridad y confidencialidad)<sup>72</sup>.

El primer mecanismo dirigido a la protección de datos es el que establece prohibiciones de procesamiento. Por una parte, los arts. 9 RGPD y 10 de la Directiva 2016/680 establecen la prohibición de procesar categorías especiales de datos. Estas categorías especiales de datos se solapan, en su mayoría, con las categorías sospechosas de producir discriminación. Por otra parte, el art. 22 RGPD establece el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles. Sin embargo, el Grupo de Trabajo del Artículo 29<sup>73</sup> ya determinó que dicho derecho debía, en realidad, ser considerado como una prohibición<sup>74</sup>. Por su parte, el art. 11 de la Directiva 2016/680 sí dispone la prohibi-

---

<sup>70</sup> Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

<sup>71</sup> Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea.

<sup>72</sup> Ver, en general, Adrián Palma Ortigosa, “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019 y Margot Kaminski, “Binary governance...”, *cit.*, 2019, pp. 1529-1616.

<sup>73</sup> El Grupo de Trabajo del Artículo 29 se encargaba de interpretar las disposiciones contenidas en la Directiva de Protección de Datos y, posteriormente, en el RGPD, hasta que fue sustituido por el Comité Europeo de Protección de Datos en 2018.

<sup>74</sup> Grupo de Trabajo del Artículo 29, “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679”, 17/ES, WP 251rev.01, 6 de febrero

ción explícita de basar decisiones únicamente en tratamientos automatizados, incluida la elaboración de perfiles. Estas prohibiciones pueden ser exceptuadas en algunos casos, por ejemplo, cuando la persona interesada da su consentimiento.

El segundo mecanismo lo conforman todos aquellos derechos dirigidos a la conformación de un sistema de proceso tecnológico justo. Estos derechos vienen acompañados de correlativas obligaciones para los responsables y encargados del tratamiento de datos personales y se refieren a la información y acceso a los datos y a otros extremos relativos al procesamiento (arts. 12 a 15 RGPD y Directiva 2016/680); a rectificar y suprimir sus datos (arts. 16 y 17 RGPD y 16 Directiva 2016/680); a oponerse al tratamiento (art. 21 RGPD) y a recurrir los perfiles creados y/o decisiones tomadas ante autoridades de protección de datos y órganos judiciales (arts. 77 a 79 RGPD y 52 a 54 Directiva 2016/680).

Finalmente, se incluyen también instrumentos dirigidos a controlar, de manera general, los procesos de tratamiento de datos personales. Estos mecanismos incluyen la obligación de realizar evaluaciones de impacto, especialmente cuando estos sistemas entrañen un alto riesgo para las libertades y derechos fundamentales de las personas (arts. 35 RGPD y 27 Directiva 2016/680), un sistema de sanciones (arts. 84 RGPD y 57 Directiva 2016/680) y entidades públicas independientes de supervisión y control de protección de datos (Capítulo VI RGPD y Directiva 2016/680). Además, el RGPD (y no así la Directiva 2016/680 por ir dirigida exclusivamente al sector público) incluye diversos mecanismos que requieren de la cooperación entre poderes públicos y actores privados para su efectividad, como, por ejemplo, la elaboración de códigos de conducta para el procesamiento de datos (arts. 40 y 41 RGPD) y el desarrollo de mecanismos de certificación (art. 42 RGPD).

## **2.2. Los límites y deficiencias de las normas en materia de protección de datos**

El marco jurídico europeo en materia de protección de datos ofrece una serie de mecanismos que pueden ser útiles para controlar y prevenir algunos de los riesgos generados por el tratamiento automatizado de datos personales y las decisiones y perfiles que pueden derivarse de él. Sin embargo, el RGPD y la Directiva 2016/680 son, al fin y al cabo, instrumentos diseñados para proteger el derecho a la protección de datos, por lo que se quedan cortos a la hora de establecer un sistema de protección eficaz frente a otros riesgos y daños que producen los sistemas automatizados de toma de decisiones. Especialmente cuando se trata de los riesgos para otros derechos fundamentales, en particular los derechos a la igualdad y la no discriminación, el marco de protección de datos no ofrece suficientes salvaguardias, responsabilidad y recursos,

---

de 2018, p. 21: “El artículo 22, apartado 1, establece una prohibición general de las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado. Esta prohibición se aplica tanto si el interesado adopta una acción relativa al tratamiento de sus datos personales como si no lo hace”.

principalmente porque no se articula como un instrumento de no discriminación, pero también porque muchas de sus disposiciones han resultado ser, en la práctica, instrumentos jurídicos no vinculantes.

### 2.2.1. *Los límites de la protección de datos personales*

El marco jurídico europeo en materia de protección de datos se limita a proteger las personas cuyos datos personales sean recogidos y tratados, pero no se ocupa de los datos que hayan sido anonimizados. Esto supone un problema si tenemos en cuenta que, a medida que evoluciona la tecnología, es cada vez más sencillo reidentificar a aquellas personas cuyos datos han sido anonimizados<sup>75</sup>.

También cabe destacar la falta de protección ofrecida a los perfiles de grupo. Los perfiles de grupo se desarrollan en relación con individuos que tienen características comunes. Los instrumentos de protección de datos personales no se aplican a los perfiles de grupo puesto que estos no contienen información que permita la identificación de personas concretas<sup>76</sup>. La cantidad de información que se encuentra disponible en la actualidad ofrece la posibilidad de crear perfiles sin emplear datos personales sino a través de la identificación de determinados atributos o acciones que pueden poner sobre la pista de la pertenencia de una persona a un determinado grupo. Los perfiles de grupo, generados sin emplear datos personales, son luego aplicados a personas específicas y pueden provocar daños significativos en caso de haberse construido sobre estereotipos perjudiciales para determinados grupos sociales.

Finalmente, puesto que el ordenamiento jurídico europeo en materia de protección de datos se centra, principalmente, en la protección de los datos de entrada al sistema, no establece normas claras relativas a los datos de salida, esto es, a las inferencias que realiza el sistema y en las que basa sus resultados. El sistema actual no ofrece suficientes mecanismos para detectar y poner en tela de juicio aquellos resultados basados en deducciones inexactas o que, de manera injustificada, perjudiquen a sus destinatarios<sup>77</sup>. Además, no existen normas que determinen la forma en que deben evaluarse los datos de salida ni mecanismos de garantía que encargados y responsables del tratamiento deban aplicar a los datos de salida.

---

<sup>75</sup> Paul Ohm, "Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization", *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 1701-1777 (p. 1776); Alejandro Huergo Lora, "Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo", en Alejandro Huergo Lora (dir.) y Gustavo Manuel Díaz González (coord.), *La Regulación de los Algoritmos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 23-87 (pp. 55-56).

<sup>76</sup> Wim Schreurs *et al.*, "Cogitas, ergo sum. the role of data protection law and non-discrimination law in group profiling in the private sector" en Mireille Hildebrandt y Serge Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen*, Springer, Berlín, 2008, pp. 241-270 (p. 243).

<sup>77</sup> Sandra Wachter y Brendt Mittelstadt, "A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI", *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, núm. 2, 2019, pp. 494-620 (p. 499).

### 2.2.2. *Los límites de un sistema basado en el consentimiento y actitudes proactivas de las personas interesadas*

El objetivo principal del sistema europeo de protección de datos personales es ofrecer a las personas interesadas información sobre el tratamiento de sus datos personales para que puedan dar (o no) un consentimiento debidamente informado. Así, por ejemplo, una de las excepciones al derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado es el consentimiento explícito otorgado por la persona interesada<sup>78</sup>.

Asimismo, se proporciona a las personas interesadas una serie de mecanismos de reacción. Todo ello tiene como objetivo dotar a las y los interesados de autonomía en la gestión de su información personal. Este enfoque tiene indudables beneficios en la medida que reconoce la autonomía decisional como expresión de la dignidad que puede ser denegada a las personas sometidas a procesos automatizados de toma de decisiones<sup>79</sup>.

Sin embargo, como ya se abordó anteriormente, conceder un amplio margen de autonomía en la gestión de la información personal a cada individuo no es necesariamente garantía de un sistema efectivo de protección<sup>80</sup>. Así, la dificultad para comprender y valorar correctamente la magnitud de los riesgos que se generan cuando compartimos nuestros datos personales hace que, incluso cuando las personas interesadas son informadas sobre los extremos relevantes del procesamiento, estas tomen decisiones que pueden resultar perjudiciales para ellas en el medio o largo plazo<sup>81</sup>.

Es más, en muchos casos, no existe una elección real entre compartir o no los datos personales y lo que se ofrece a la ciudadanía es una suerte de “ilusión de control” sobre su información personal. También son comunes los supuestos en que la información sobre el procesamiento ofrecida a las personas interesadas no es clara y comprensible. Cabe además añadir que el actual sistema de garantías basa la efectividad de estas, sobre todo, en actitudes proactivas de las y los interesados que pueden solicitar el acceso a sus datos, impugnar las decisiones automatizadas que se toman con respecto a ellas o solicitar la intervención de un ser humano en el procesamiento automatizado. Así, sitúan una serie de cargas (costes de transacción) sobre las personas que estas no son siempre capaces de asumir, en no pocos casos, por no ser ni siquiera conscientes de las posibilidades de acceso e impugnación al tratamiento automatizado de las que disponen<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Art. 22.2.c.

<sup>79</sup> Margot Kaminski, “Binary governance...”, *cit.*, 2019, pp. 1529-1616 (pp. 1553-1554); Bert-Jaap Koops, “The problem with European data protection law”, *cit.*, 2014, pp. 250-261 (p. 251).

<sup>80</sup> Alejandro Huergo Lora, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo”, *cit.*, 2020, pp. 23-87 (pp. 56-58).

<sup>81</sup> Spyros Kokolakis, “Privacy attitudes and privacy behaviour...”, *cit.*, 2017, pp. 122-134 (p. 125).

<sup>82</sup> Margot Kaminski, “Binary governance...”, *cit.*, 2019, pp. 1529-1616 (p. 1590).

Cabe añadir también que esta clase de sistemas, basados en la protección individual, benefician a los segmentos sociales en posiciones socioeconómicas acomodadas, ya que disponen de más recursos para conocer y actuar en defensa de sus datos personales<sup>83</sup>. Es más probable que quienes gozan de mejores circunstancias económicas ejerzan los derechos que les ofrece el marco jurídico en materia de protección de datos y que tengan más posibilidades reales de elegir si prestan o no el consentimiento al procesamiento de sus datos. Esto, a su vez, implica que los sistemas automatizados contendrán más información sobre las personas con menos recursos, dando lugar a un mayor control sobre sus vidas, así como a la construcción de perfiles sesgados. Así, las diferencias entre aquellas personas que pueden elegir no ser sometidas al procesamiento y aquellas que, a efectos prácticos, no tienen esa libertad de decisión, contribuirá a reforzar las estructuras preexistentes de desigualdad<sup>84</sup>.

Finalmente, un sistema construido sobre nociones de autonomía e individualidad dificulta la detección de errores sistémicos, que son los que se hallan en el origen de la discriminación algorítmica. Si no se dispone de acceso y control sobre la totalidad del sistema y de información comparada sobre los resultados obtenidos para diferentes personas, será muy difícil determinar si el algoritmo discrimina contra personas pertenecientes a un grupo vulnerable o desaventajado. Así, si se trata de un supuesto de discriminación directa, en que la pertenencia al grupo se considera de manera explícita, será suficiente con que una persona interesada solicite una explicación acerca de la lógica que subyace al sistema para que se pueda detectar la existencia de dicho trato discriminatorio. Sin embargo, en los supuestos de discriminación indirecta, no será posible detectar la existencia de un caso de discriminación si no se tiene acceso al propio sistema o a los resultados para otras personas sometidas al procesamiento.

Lo mismo sucede con otra clase de sesgos o errores contenidos en el sistema que no podrán ser detectados únicamente mediante el ejercicio de derechos subjetivos conferidos a las personas interesadas en el procesamiento. Además, los derechos derivados del marco jurídico en materia de protección de datos no están diseñados para ejercer un control *ex ante* sobre el sistema por lo que no dan la posibilidad de prevenir daños que, en ocasiones, pueden ser difíciles o imposibles de reparar una vez producidos.

### 2.2.3. *Los límites de la intervención humana*

Una de las herramientas de control y salvaguardia de los derechos de las personas interesadas es el derecho que tienen a obtener la intervención humana por parte del responsable en los procesos de toma de decisiones basados en procesamientos

---

<sup>83</sup> Bert-Jaap Koops, “The problem with European data protection law”, *cit.*, 2014, pp. 250-261 (p. 252); Cass Sunstein, “Sludge and ordeals”, *Duke Law Review*, vol. 68, núm. 8, 2018, pp. 1843-1883 (p. 1859).

<sup>84</sup> Margot Kaminski, “Binary governance...”, *cit.*, 2019, pp. 1529-1616 (pp. 1590).

puramente automatizados (art. 22.3 RGPD). El reconocimiento de este derecho es relevante por cuanto que introduce un componente humano en el procedimiento, restaurando así algunos de los posibles daños causados a la dignidad de las personas y también aumentando la posibilidad de que se detecten aquellos elementos intangibles que el sistema no capta. Sin embargo, los seres humanos tenemos un sesgo que nos hace confiar en exceso en los resultados obtenidos por programas informáticos<sup>85</sup>. Por lo que, salvo que las personas encargadas de realizar esa intervención humana estén correctamente formadas para supervisar el sistema<sup>86</sup>, su intervención no será más que simbólica.

#### 2.2.4. *Ineficacia en el control de la toma de decisiones automatizadas por las Administraciones públicas*

Los problemas principales que, hasta la fecha, se han detectado en relación con los procesos de toma de decisiones públicas en los que se emplean sistemas algorítmicos se han ubicado, sobre todo, en el ámbito de la transparencia. Resulta especialmente preocupante que las Administraciones públicas parezcan denegar, de manera sistemática, el acceso al código fuente e información general del sistema incluso en los procesos de toma de decisiones que no deberían ser especialmente problemáticos<sup>87</sup>. Dos ejemplos especialmente significativos que se han dado en España en relación con el ejercicio del derecho de acceso son los casos del sistema utilizado por la Generalitat de Catalunya para la selección del profesorado integrante de los tribunales de corrección de las pruebas de acceso a la universidad (PAU)<sup>88</sup> y del sistema empleado en la concesión del bono social energético<sup>89</sup>.

Con respecto al primer caso, las personas interesadas solicitaron acceso al contenido del algoritmo empleado por el Consejo Interuniversitario de Cataluña, habiendo este desestimado la solicitud al considerar que proporcionar el contenido del algoritmo perjudicaría el buen funcionamiento del sistema y que la opacidad de dicho procedimiento se encontraba justificada por el límite de la confidencialidad del procedimiento (art. 14.1.k Ley de Transparencia y Buen Gobierno). Este acceso fue posteriormente concedido por la Comisión Catalana para la Garantía del Derecho de Acceso por considerar que no operaba tal límite<sup>90</sup>. También en parecido sentido, en el ámbito comparado, vamos viendo supuestos en que tribunales y órganos admi-

<sup>85</sup> Danielle Citron, "Technological due process", *cit.*, 2008, pp. 1249-1313 (pp. 1271-1272).

<sup>86</sup> Juli Ponce Solé, "El derecho a una buena administración y la personalización de los servicios públicos", *cit.*, 2019, pp. 51-71 (pp. 59-62).

<sup>87</sup> Andrés Boix Palop, "Los algoritmos son reglamentos...", *cit.*, 2020, pp. 223-270 (p. 243).

<sup>88</sup> Comisión Catalana para la Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública, Resolución a las reclamaciones 123/2016 y 124/2016 (acumuladas), de 21 de septiembre.

<sup>89</sup> Javier De La Cueva, "Código fuente, algoritmos y fuentes del derecho", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 77, 2018; "El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 87, 2019.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

nistrativos de control van progresivamente reconociendo el derecho de acceso a los algoritmos empleados en los procesos de toma de decisiones de las Administraciones públicas<sup>91</sup>.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que las Administraciones públicas rechacen, por defecto, el acceso a los sistemas algorítmicos que estas emplean. En este sentido, resulta sobre todo llamativo y preocupante el segundo supuesto citado, esto es, el del algoritmo empleado en la concesión del bono social eléctrico, el acceso al cual no solo fue denegado por el Ministerio para la Transición Ecológica, sino también por el Consejo estatal de Transparencia y Buen Gobierno<sup>92</sup>, que, amparándose en la protección de la propiedad intelectual del sistema, consideró que el derecho de acceso de los recurrentes debía verse limitado en este supuesto.

El hecho de que las Administraciones públicas parezcan apostar por mantener la opacidad de los algoritmos que utilizan es, en parte, el resultado de que el uso de programas informáticos que no son, de por sí, transparentes ni accesibles permite a las Administraciones ocultar, por defecto, la forma en que se tramitan los procedimientos. Esta situación es también el resultado de la confianza que se ha depositado en el RGPD como principal instrumento para combatir los diferentes problemas surgidos del creciente uso de sistemas automatizados. Puesto que esta norma no se encuentra específicamente diseñada para lidiar con las particularidades propias de la actividad de los poderes públicos, a pesar de aplicarse a estos, no llega a abordar cuestiones como las especiales exigencias en materia de transparencia y motivación que deberían ser siempre de aplicación a aquellos.

Esta realidad se conjuga con la dudosa naturaleza jurídica de los algoritmos empleados por las Administraciones públicas<sup>93</sup>, que propicia que estas eludan las normas de transparencia propias y específicamente aplicables a las Administraciones públicas, al defender, por ejemplo, que el derecho de acceso de la ciudadanía debe verse limitado por la protección de la propiedad intelectual cuando se empleen algoritmos<sup>94</sup>.

Debemos recordar que la Ley de Propiedad Intelectual excluye de su ámbito de aplicación “las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyec-

---

<sup>91</sup> Tribunal Regional Administrativo del Lazio-Roma, Sección III bis, Sentencias núm. 3769, de 22 de marzo de 2017 y núm. 10964, de 13 de septiembre de 2019; Comisión Francesa de Acceso a los Documentos Administrativos, Decisiones núm. 20144578, de 8 de enero de 2015 y núm. 20180276, de 19 de abril de 2018.

<sup>92</sup> Resolución 701/2018 de 18 de febrero de 2019.

<sup>93</sup> En relación con la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de los algoritmos ver, en general: Luís Arroyo Jiménez, “Algoritmos y reglamentos”, *Almacén de Derecho*, 25 de febrero de 2020, disponible el 1 de diciembre de 2020 en <https://almacendederecho.org/>; Andrés Boix Palop, “Los algoritmos son reglamentos...”, *cit.*, 2020, pp. 223-270; Alejandro Huergo Lora, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo”, *cit.*, 2020, pp. 23-87 (pp. 66-69); Juli Ponce Solé, “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad...”, *cit.*, 2019, pp. 1-52 (p. 35).

<sup>94</sup> Art. 14.1.j) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

tos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores”<sup>95</sup>. Procedemos pues, a determinar si los algoritmos empleados en los procedimientos administrativos tienen la naturaleza jurídica correspondiente a alguno de los instrumentos mencionados en el citado precepto.

Como puntualización inicial, resulta necesario determinar si los sistemas automatizados empleados en el contexto de procedimientos administrativos producen efectos jurídicos o constituyen meros elementos accesorios o de apoyo al procedimiento que carecen de relevancia jurídica y no inciden en la esfera jurídica de las personas interesadas. Conviene recordar que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 ya determinó que para considerar que una decisión tiene efectos jurídicos debe afectar a los derechos, el estatuto jurídico de una persona o sus derechos derivados de un contrato<sup>96</sup>. En la medida en que las decisiones tomadas por algoritmos en el sector público influyen o incluso, en ocasiones, determinan el resultado final de un procedimiento, estos sistemas tienen efectos jurídicos sobre las personas interesadas y, por tanto, no pueden ser tratados como meros instrumentos de apoyo a las decisiones tomadas por los poderes públicos.

Una vez determinada esta primera cuestión, resulta necesario atender a la clase de instrumento jurídico que constituyen los algoritmos empleados en la toma de decisiones públicas. Así, en función de si consideramos que los sistemas automatizados constituyen reglamentos, actos administrativos o un instrumento completamente diferente, determinaremos también cuáles son las exigencias, por ejemplo, de transparencia y justificación, que son aplicables a los sistemas automatizados empleados por la Administración pública.

Cuando se diseñan los algoritmos, se crean como conjuntos de instrucciones que se aplican a casos específicos. Estas instrucciones establecen cómo procesar los datos que se introducen en el sistema. Los sistemas de aprendizaje autónomo evolucionan, aprenden de los datos que procesan y cambian continuamente sus parámetros en consecuencia, lo que significa que el conjunto de instrucciones varía con el paso del tiempo. Sin embargo, estas modificaciones no cambian la realidad intrínseca del sistema como un conjunto de reglas, una abstracción de la realidad en la que se introducen los datos a fin de obtener resoluciones para casos particulares. Por consiguiente, mientras que la decisión específica que resulta del tratamiento automatizado de los datos equivale a un acto administrativo, el sistema algorítmico constituye los parámetros generales que deben seguirse y aplicarse a cada supuesto de hecho, es decir, constituye un instrumento regulador. Por consiguiente, si bien el resultado de la decisión algorítmica en casos concretos puede clasificarse y tratarse como acto

---

<sup>95</sup> Art. 13 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

<sup>96</sup> Grupo de Trabajo del Artículo 29, “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679”, *cit.*, 2018, p. 23.

administrativo, el algoritmo que se utiliza y su código fuente deben tratarse como un instrumento regulador y, concretamente, como reglamento.

En algunos casos, los sistemas automatizados se utilizan en procedimientos administrativos en los que hay alguna forma de intervención humana en el proceso de adopción de decisiones o en los que los resultados generados por el programa no son vinculantes<sup>97</sup>. Las Administraciones públicas pueden utilizar sistemas de predicción para fundamentar las decisiones o producir resultados no vinculantes, en lugar de utilizarlos como sistemas totalmente automatizados de adopción de decisiones<sup>98</sup>. Podría entonces argumentarse que el efecto que tendrían los algoritmos en estos casos es similar al de los dictámenes o informes de expertos emitidos en el marco de los procedimientos administrativos<sup>99</sup>.

Sin embargo, aun cuando un sistema automatizado no se utilice para proporcionar decisiones vinculantes sino solo como instrumento de asesoramiento o apoyo, también debe tratarse, en cierta medida, como un instrumento regulador. En este sentido, es conveniente establecer una analogía con la forma en que se regula la actividad de los órganos consultivos de la Administración pública. Los órganos consultivos elaboran sus informes y desarrollan su actividad basándose en los instrumentos jurídicos que los regulan. Un algoritmo utilizado con fines similares a los ejercidos por los órganos consultivos abarca tanto las normas en que se basa el dictamen que emite (equivalente a los instrumentos jurídicos que regulan los órganos consultivos) como el procedimiento que conduce al dictamen que emite (equivalente a las actividades y procedimientos que llevan a cabo los órganos consultivos al emitir un dictamen). Por consiguiente, aunque los efectos que el algoritmo tiene en el procedimiento no son tan relevantes como cuando la decisión se toma de manera totalmente automatizada, también deben tratarse como reglamentos en la medida en que deciden la forma en que se emite la opinión.

No debemos olvidar las diferencias entre los instrumentos tradicionales de regulación y los sistemas automatizados. Estas diferencias indudablemente generarán tensiones si pretendemos aplicar exactamente las mismas normas a ambos tipos de instrumentos. Por ejemplo, no parece realista obligar a publicar el código fuente y otras especificaciones de los algoritmos empleados por el sector público en el diario oficial correspondiente. Sin embargo, mientras continuemos con debates teóricos acerca de la naturaleza de estos sistemas y la posible creación de una categoría jurídica

---

<sup>97</sup> Andrés Boix Palop, “Los algoritmos son reglamentos...”, *cit.*, 2020, pp. 223-270 (p. 237).

<sup>98</sup> Marion Oswald, “Algorithm-assisted decision-making in the public sector...”, *cit.*, 2018, pp. 1-20 (pp. 2-3).

<sup>99</sup> Aunque en el contexto específico de la Administración penitenciaria, cabe destacar, en este sentido, el papel que tiene el programa RISCANVI en el otorgamiento o denegación de permisos penitenciarios en Cataluña. Ver, en este sentido, Alejandro Huergo Lora, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo”, *cit.*, 2020, pp. 23-87 (p. 36): “[...] existe una abundante jurisprudencia que [...] considera que se puede utilizar el resultado que arroja el programa RISCANVI para motivar la resolución (aunque no se conozca su contenido exacto), siempre que se puedan utilizar también otros factores y someter a crítica ese resultado”.

completamente nueva que les sea de aplicación, existirá una laguna jurídica plagada de algoritmos utilizados por el sector público con efectos nada despreciables sobre las vidas de las personas. Es por ello que resulta necesario que consideremos la naturaleza reglamentaria de estos sistemas y que, en aquellos supuestos en los que proceda, adaptemos las exigencias y requisitos que son de aplicación a dichas normas a los sistemas algorítmicos. Así, a modo de ejemplo, en lugar de exigir la publicación de los sistemas automatizados en los diarios oficiales, debería crearse un registro público de algoritmos, como ya existe en la ciudad de Ámsterdam<sup>100</sup>, en el que se contengan todos los datos relativos a cada sistema empleado.

### 2.3.4 Ineficacia de los mecanismos generales de control

Tal como se ha indicado anteriormente, el marco jurídico europeo en materia de protección de datos incorpora una serie de mecanismos generales de control, como las evaluaciones de impacto o certificación de los sistemas de tratamiento de datos. El objetivo de estos es asegurar los sistemas algorítmicos funcionan correctamente y respetan las normas jurídicas que les son de aplicación según el contexto en el que vayan a ser utilizados. En principio, estos mecanismos deberían salvar algunas de las deficiencias derivadas de centrar el sistema de protección de datos en la autonomía de las y los interesados. Sin embargo, hasta el momento, la efectividad de los instrumentos a los que nos referimos en este epígrafe ha demostrado ser muy limitada.

En primer lugar, la implementación de códigos de conducta y mecanismos de certificación es voluntaria<sup>101</sup>. Asimismo, incluso cuando se decide adoptar uno de estos instrumentos, únicamente se prevé la participación de autoridades públicas, responsables y encargados del tratamiento en su elaboración y diseño, y no de organizaciones o asociaciones representativas de intereses que se puedan ver afectados por el tratamiento de datos<sup>102</sup>. Esta falta de previsión genera un evidente riesgo de construir instrumentos de supervisión sesgados a favor de los intereses de los responsables y encargados del tratamiento.

En segundo lugar, aunque sea obligatorio realizar evaluaciones de impacto cuando el tratamiento entrañe un riesgo elevado para los derechos y libertades de las personas físicas<sup>103</sup>, lo cierto es que las autoridades de protección de datos no disponen de recursos suficientes para controlar que todas estas evaluaciones de impacto se estén llevando a cabo. Es más, el propio concepto de “alto riesgo” proporciona a responsables y encargados del tratamiento cierto margen de discrecionalidad para decidir en qué casos deben llevarse a cabo las evaluaciones de impacto.

---

<sup>100</sup> Algorithm Register, 2020. Disponible el 9 de diciembre de 2020 en <https://algorithregister.amsterdam.nl/>.

<sup>101</sup> Arts. 40 y 42 RGPD.

<sup>102</sup> Art. 40.2 RGPD.

<sup>103</sup> Art. 35 RGPD.

Como muestra de la ineficacia de la obligación de realizar evaluaciones de impacto cabe mencionar la sentencia dictada en relación con el programa “SyRI”, empleado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social holandesa para detectar y prevenir casos de fraude cometidos por personas receptoras de prestaciones de la seguridad social<sup>104</sup>. Dicha sentencia, que prohibió la utilización del sistema, se pronunció, entre otros extremos, sobre el incumplimiento por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social holandesa de la obligación de someter el programa a todas las evaluaciones de impacto requeridas<sup>105</sup>. Considerando que dicho sistema era empleado por una Administración pública, y que las Administraciones públicas en teoría se someten a unas condiciones de actuación y supervisión más estrictas que los actores privados, cabe preguntarse hasta qué punto se está cumpliendo, tanto en el sector público como en el privado, con las obligaciones derivadas de los mecanismos de control general regulados en el RGPD.

### 2.3.5. Límites de la protección frente a la discriminación

Por último, cabe destacar que la normativa en materia de protección de datos también pretende articularse como instrumento de protección de la igualdad y la no discriminación. Así, al prohibir el procesamiento de categorías especiales de datos (arts. 9 RGPD y 11 Directiva 2016/680)<sup>106</sup>, las cuales coinciden en gran medida con las categorías sospechosas de discriminación contenidas en los instrumentos de protección de derechos fundamentales, se pretende precisamente evitar que puedan darse situaciones en las que se trate de manera diferente (perjudicial) a un sujeto por su pertenencia a un determinado grupo, generalmente desaventajado.

La voluntad del marco europeo en materia de protección de datos de tratar de prevenir las posibles situaciones de discriminación derivadas del tratamiento de datos personales debe, sin duda, valorarse de manera positiva. Sin embargo, no debe confiarse en exceso en la efectividad de la prohibición de procesar categorías especiales de datos ya que, incluso si no se procesa directamente la pertenencia de una persona a un grupo desaventajado, el algoritmo puede, con todo, inferir dicha pertenencia de otros datos. Así, aunque la prohibición se refiera al “tratamiento de datos personales que *revelen* el origen étnico o racial, las opiniones políticas, etc.”, lo cierto es que,

<sup>104</sup> Sobre el caso SyRI, *vid.* Lorenzo Cotino Hueso, “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*, núm. 4, 2020 y Adrián Todolí Signes, “Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, 2020, pp. 313-337.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal de distrito de La Haya, de 5 de febrero de 2020, Asunto C / 09/550982 / HA ZA 18-388, párrafos 6.104-6.105.

<sup>106</sup> “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física”.

como han demostrado múltiples estudios, resulta prácticamente imposible eliminar todos aquellos datos que revelen la pertenencia a un grupo especialmente protegido sin hacer que el algoritmo sea inservible<sup>107</sup>.

Asimismo, la no inclusión de la pertenencia a grupos desaventajados en el sistema puede dificultar la detección de casos de discriminación pues será más fácil que los responsables y encargados del tratamiento tomen decisiones basándose en características aparentemente inocuas que, en realidad, oculten un ánimo discriminatorio. En este sentido, Žliobaitė y Custers proponen incluir una exención en el marco jurídico europeo que permita el tratamiento de categorías especiales de datos personales cuando dicho tratamiento se lleve a cabo mediante algoritmos diseñados y dirigidos a detectar y reducir situaciones de discriminación<sup>108</sup>.

### 3. PROPUESTAS PARA UN MARCO JURÍDICO DE CONTROL DE LOS ALGORITMOS

Las limitaciones del marco jurídico en materia de protección de datos para enfrentarse a los problemas derivados del creciente uso de algoritmos generan una ineludible necesidad de adoptar nuevos instrumentos jurídicos que hagan frente a esta nueva realidad. Esta situación es ampliamente reconocida por la Unión Europea y sus Estados miembros, que en los últimos años han coincidido en la necesidad crear un sistema normativo que aborde, de manera global, los diferentes problemas derivados del uso de la inteligencia artificial<sup>109</sup>. Esta sección pretende realizar un esbozo general de algunas posibles medidas que podrían adoptarse con este objetivo y que, consideramos, contribuirían a reducir algunas de las principales deficiencias del actual marco normativo en la protección de los derechos fundamentales y otros valores democráticos que pueden ser dañados por el uso de sistemas automatizados de toma de decisiones, incluyendo la creación de perfiles.

#### 3.1. Red de autoridades de control algorítmico

La creación de una red de autoridades que, de manera específica, se ocupen de controlar el uso de sistemas algorítmicos resulta recomendable, no solo por los crecientes riesgos que generan los procesos automatizados de toma de decisiones, sino también por la complejidad y especialidad de dichos riesgos. Desde diferentes secto-

---

<sup>107</sup> Bryce W. Goodman, “A step towards accountable algorithms?: Algorithmic discrimination and the European Union general data protection”, *29th Conference on Neural Information Processing Systems*, 2016. Disponible el 9 de diciembre de 2020 en: <http://www.mlandthelaw.org/>.

<sup>108</sup> Indrė Žliobaitė y Bart Custers, “Using sensitive personal data may be necessary for avoiding discrimination in data-driven decision models”, *Artificial Intelligence & Law*, vol. 24, núm. 2, 2016, pp. 183-201.

<sup>109</sup> Ver, por ejemplo, Comisión Europea, “Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, COM(2020) 65 final, 19 de febrero de 2020.

res doctrinales y también la propia Comisión Europea recogen esta propuesta como la más adecuada de cara a controlar el uso de estos sistemas tanto en el sector público como en el sector privado<sup>110</sup>.

Dichas instituciones deberían estar integradas por personal procedente de diferentes disciplinas. Resulta, sobre todo, de vital importancia que expertas y expertos en la protección de los derechos fundamentales y en el campo de la ética algorítmica integren estas instituciones ya que, por el momento, como norma general, estos sistemas no están siendo diseñados desde la perspectiva de la protección de la igualdad y otros valores y principios democráticos.

Asimismo, con el objetivo de limitar los costes y aprovechar sinergias ya existentes, facilitando la puesta en marcha de estas instituciones, cabría considerar la posibilidad de emplear la red de instituciones ya existente en la Unión Europea en materia de protección de datos. Estas autoridades independientes podrían ir, paulatinamente, asumiendo más competencias hasta lograr prevenir y controlar los problemas generados por el uso de algoritmos de manera lo suficientemente efectiva.

### 3.2. Control de los algoritmos en función del nivel de riesgo

Dado que los sistemas automatizados se emplean en toda clase de contextos y procesos de toma de decisiones, no resulta lógico establecer un criterio único para la supervisión y control de algoritmos. Además, también debemos tener en cuenta que existen muchas clases de programas empleados en el tratamiento automatizado de datos, por lo que los requisitos con los que los sistemas deberían cumplir variarían en función de la complejidad, opacidad, capacidad de autoaprendizaje y otros criterios a tener en cuenta y que pueden influir en el nivel y clase de riesgos generados.

En los últimos años, tanto la Comisión Europea como la Comisión Alemana de Ética de los Datos han lanzado sendas propuestas de sistemas regulación y control de los algoritmos basadas en el riesgo<sup>111</sup> y el Gobierno Canadiense ha establecido un sistema de esta clase para el control de los algoritmos empleados en el sector público<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> Comisión Europea, “Libro blanco sobre la inteligencia artificial...”, *cit.*, 2020, pp. 24-25; Matthew Scherer, “Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies”, *Harvard Law & Technology Journal*, vol. 29, núm. 2, 2016, pp. 353-400; Ben Shneiderman, “Algorithmic Accountability: Designing for safety through human-centered independent oversight”, *Turing Lecture (The Alan Turing Institute)* 31 de marzo de 2017. Disponible el 26 de noviembre de 2020 en: <https://www.youtube.com/watch?v=UWuDgY8aHmU&t=2245s/>; Andrew Tutt, “An FDA for algorithms”, *Administrative Law Review*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 83-123; Clara Velasco Rico, “Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia”, *cit.*, 2019, pp. 73-89 (pp. 81-82).

<sup>111</sup> Datenethikkommission, “Gutachten der Datenethikkommission”, 2019; Datenethikkommission, “Opinion of the Data Ethics Commission: Executive Summary”, 2019; Comisión Europea, “Libro blanco sobre la inteligencia artificial...”, *cit.*, 2020.

<sup>112</sup> Canadian Directive on Automated Decision-Making, 1 de abril de 2019.

Sería posible, por ejemplo, establecer un sistema de control que tuviese en cuenta el tipo de algoritmo empleado, así como los objetivos para los que se utiliza. Por una parte, deberían identificarse aquellos sistemas que generan riesgos inasumibles y que, por tanto, deben quedar completamente prohibidos. En esta categoría deberían entrar, por ejemplo, las armas autónomas (no automáticas). Por otra parte, los restantes sistemas deberían clasificarse en función del nivel de riesgo generado, estableciendo controles *ex ante* y *ex post* más intensos y mayores requisitos cuanto más riesgo genere el sistema. Entre los posibles mecanismos de control cabría valorar la posibilidad de incluir evaluaciones de impacto previas llevadas a cabo por la autoridad pública de control algorítmico, certificaciones previas y posteriores a la puesta en marcha del sistema realizadas por entidades privadas acreditadas por la autoridad pública y la puesta en marcha de un registro público de algoritmos, entre otras posibles medidas y requisitos que se deberían ajustar al riesgo generado por cada clase de sistema.

Se propone el establecimiento de cinco categorías en función del nivel de riesgo generado por el sistema automatizado:

En primer lugar, nos encontraríamos con el nivel más elevado de riesgo. Como ya se ha indicado anteriormente, ubicar un sistema automatizado en este nivel de riesgo comportaría su prohibición total.

En segundo lugar, aquellos sistemas que generen riesgos más elevados, pero asumibles, deberían someterse a evaluaciones de impacto llevadas a cabo por la autoridad algorítmica competente en el ámbito territorial en el que se pretenda emplear o distribuir dicho sistema. Dicha evaluación inicial determinaría, en función del grado de complejidad y posibilidad de aprendizaje autónomo del sistema, la necesidad de someterse a evaluaciones periódicas posteriores también llevadas a cabo por la autoridad independiente. Solo en aquellos casos en los que un sistema no tenga apenas capacidad de autoaprendizaje, podrían las evaluaciones posteriores ser realizadas por entidades externas de certificación reconocidas por las autoridades de control algorítmico. Los sistemas que entren dentro de la categoría de más elevado riesgo y sean empleados por Administraciones públicas deberían también ser sometidos a más elevados requisitos de transparencia y otras garantías adicionales por su carácter normativo<sup>113</sup>. Es también así recomendable que, igual que lo ha hecho la ciudad de Ámsterdam, se establezca un registro público de algoritmos en el que aparezcan publicados todos los sistemas automatizados empleados por el sector público<sup>114</sup>, sin perjuicio de los posibles límites.

En tercer lugar, los algoritmos que generen riesgos de nivel “medio” deberían, de manera previa a su entrada en el mercado, ser certificados por las autoridades de

---

<sup>113</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que los sistemas algorítmicos empleados por el sector público deberían ser considerados y tratados, en casi todos los casos, como normas reglamentarias, trasladando por ello a estos y a su regulación las garantías (en su elaboración, publicidad y control de su aplicación) que nuestros ordenamientos ya han decantado durante décadas para aquéllas. Andrés Boix Palop, “Los algoritmos son reglamentos...”, *cit.*, 2020, pp. 223-270.

<sup>114</sup> Algorithm Register, *cit.*, 2020.

control algorítmico. Este proceso de certificación examinaría menos extremos que los comprobados con la realización de las evaluaciones de impacto y los plazos deberían ser más breves. Además, los responsables y encargados del tratamiento deberían entregar la información del sistema a la autoridad correspondiente. Los procesos de recertificación podrían realizarse por entidades externas de certificación reconocidas por las autoridades de control algorítmico. La documentación que se debería aportar para la realización del primer proceso de certificación contendría toda la información relativa al *software*, que la autoridad debería conservar.

En cuarto lugar, cabe destacar que aquellos sistemas que generen un nivel de riesgo bajo deberían someterse a procesos de certificación sencillos que podrían llevarse a cabo incluso cuando el sistema ya haya accedido al mercado. Asimismo, también se deberían realizar procesos de recertificación posteriores más espaciados en el tiempo que los aplicables a los sistemas que generen un nivel de riesgo “medio”.

Por último, los sistemas que tengan una nula capacidad de autoaprendizaje, es decir, que sean puramente automáticos, y que además se empleen en contextos y para objetivos que no generen prácticamente ninguna clase de riesgo únicamente deberán superar los controles a los que se deban someter los productos en los que se incorporan.

### 3.3. Establecimiento de un sistema de “mejores técnicas disponibles”

El creciente uso de sistemas algorítmicos puede contribuir a perpetuar determinadas estructuras históricas de desigualdad, dañar los derechos fundamentales de las personas y a quebrar algunos principios básicos de las relaciones de la ciudadanía con los poderes públicos, entre otras cuestiones. Es por ello que se ha desarrollado un campo de estudio dedicado a la “ética algorítmica” que pretende crear algoritmos comprensibles, no discriminatorios y que aseguren la protección de los derechos de la ciudadanía, sin reducir la eficiencia y precisión de estos sistemas. También en este contexto se vienen diseñando sistemas o técnicas dirigidos a detectar algoritmos discriminatorios<sup>115</sup>.

Esta rama de investigación todavía se encuentra en sus inicios y, por consiguiente, en ocasiones resulta muy costoso recurrir a esta clase de técnicas. El establecimiento de un sistema europeo de mejores técnicas disponibles, parecido al que existe en Derecho ambiental, permitiría determinar qué algoritmos deben y pueden utilizarse en función del contexto, objetivos y tamaño de la entidad que los utilice, así como si se trata de una organización pública o privada y de los costes y beneficios de la utilización de un sistema tanto para la entidad que lo emplea como para otros intereses en juego. El establecimiento de un sistema de mejores técnicas disponibles también faci-

---

<sup>115</sup> Michael Feldman, *et al.*, “Certifying and removing disparate impact”, *Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining*, 2015, pp. 259-268.

litaría el enjuiciamiento de decisiones mediadas por algoritmos ya que, por ejemplo, en supuestos de discriminación algorítmica, el tribunal tendría la posibilidad de determinar si existe otro sistema algorítmico que, no siendo excesivamente más costoso ni menos preciso, produce resultados menos discriminatorios en el mismo contexto.

### **3.4. La contratación pública como mecanismo para prevenir los riesgos en el uso de algoritmos por los sectores público y privado**

Cuando las Administraciones públicas emplean sistemas automatizados generalmente los adquieren de empresas privadas o los desarrollan junto a ellas. Es por ello que resulta conveniente que se empleen las técnicas disponibles en materia de contratación pública dirigidas a perseguir objetivos sociales. Así, por ejemplo, se deberían establecer una serie de requisitos relativos al funcionamiento de los sistemas creados por las empresas licitadoras y a la propia organización interna de dichas entidades, asegurando, por ejemplo, que las personas encargadas de desarrollar sistemas algorítmicos cuentan con formación en materia de igualdad. El establecimiento de esta clase de medidas incentivaría a estas empresas a implementar dichos requisitos de manera general, de forma que sus efectos trascenderían a los algoritmos empleados por el sector público para darse también en los sistemas empleados por entidades privadas<sup>116</sup>.

### **3.5. Empoderar a las personas en la gestión de sus datos y modificación de las arquitecturas del diseño**

Es necesario fomentar la educación en materia de protección de datos personales y la concienciación con respecto a los riesgos generados por las nuevas tecnologías de procesamiento de datos. Además, se debería fomentar la adopción de estrategias similares a las incorporadas en el ámbito de la protección de personas consumidoras y usuarias con el objetivo de colectivizar la protección frente a los riesgos derivados del uso de sistemas automatizados. En este sentido, se puede tomar también como punto de partida la posibilidad que ofrece el artículo 80 RGPD de que las asociaciones relevantes en materia de protección de datos puedan representar a las personas interesadas en los procedimientos ante autoridades administrativas y judiciales para proteger los derechos reconocidos en el Reglamento.

---

<sup>116</sup> En relación con el papel de la contratación pública en el uso de inteligencia artificial por las Administraciones públicas ver, por ejemplo, Javier Miranzo Díaz, “Inteligencia artificial y contratación pública”, en Isaac Martín Delgado y Jose Antonio Moreno Molina (dirs.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 105-142 y Julián Valero Torrijos, “Inteligencia artificial y contratación del sector público”, *Observatorio de Contratación Pública*, 27 de enero de 2020.

Asimismo, debe obligarse a las empresas privadas e instituciones públicas a establecer arquitecturas del diseño proprivacidad en sus plataformas digitales de manera que, por defecto, no se recojan los datos de las personas que las utilizan y, únicamente si estas dan su consentimiento específico a los diferentes campos, puedan recogerse y procesarse sus datos. Por ejemplo, no podría darse la opción de “aceptar todas las *cookies*”.

### 3.6. Comunicación y cooperación entre disciplinas

Como ya se ha indicado en el apartado en el que se realiza la propuesta relativa a la constitución de autoridades de control algorítmico, es esencial que la experiencia de profesionales procedentes de diferentes disciplinas académicas se integre en dichas instituciones. En este sentido, de manera más general, también debe extrapolarse esta colaboración a otros ámbitos para asegurar que estos sistemas, cuya incidencia en la vida de la ciudadanía es cada vez mayor, se desarrollan teniendo en cuenta las normas que les son de aplicación<sup>117</sup>. También resulta de gran relevancia que se introduzcan cursos sobre ética algorítmica y Derecho en todos los programas de formación universitaria y no universitaria en los que se estudie programación con el objetivo de informar y formar a las y los futuros programadores de aquellos problemas, como los estudiados en este trabajo, que pueden producir los sistemas algorítmicos, así como sus posibles soluciones. Si bien es cierto que algunos programas formativos en estas ramas comienzan a introducir materias jurídicas, no se puede decir lo mismo con respecto a formación específica, por ejemplo, en materia de igualdad y con respecto a los riesgos para los derechos a la igualdad y a la no discriminación que pueden generar los sistemas algorítmicos.

## CONCLUSIONES

La creciente capacidad computacional de los sistemas automatizados de procesamiento de datos ha provocado que su uso se extienda a toda clase de procesos decisorios, tanto en el sector público como en el sector privado. El aumento de la eficiencia y precisión que conlleva el uso de estos sistemas no deben hacernos perder de vista muchos de los problemas que se derivan de su utilización, sobre todo si tenemos en cuenta que los mecanismos jurídicos de los que disponemos en la actualidad no están adaptados ni preparados para enfrentarse a las particularidades propias de estas nuevas formas de llevar a cabo actividades tradicionalmente realizadas por seres humanos.

---

<sup>117</sup> Susana De La Sierra Morón, “Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020, pp. 1-19 (pp. 11-12).

Las instituciones y la doctrina han confiado en el marco jurídico en materia de protección de datos, al ser el único existente hasta la fecha, para hacerse cargo de los muchos riesgos y daños derivados del uso de algoritmos. La protección de datos ofrece herramientas que pueden resultar útiles para enfrentarse, principalmente, a los riesgos generados en la esfera de la intimidad de las personas por el uso de sistemas automatizados. Sin embargo, no puede pretenderse hacer frente a los muchos y diversos riesgos generados por los sistemas algorítmicos con unas herramientas jurídicas cuyo objetivo principal es la protección de datos, tanto en contextos mediados por herramientas tecnológicas como en tratamientos más tradicionales.

Este trabajo ha pretendido, de manera muy sintética, aportar algunas posibles soluciones a los problemas actuales derivados del creciente uso de sistemas algorítmicos, que son enumeradas a continuación.

- Establecimiento de una red de autoridades de control algorítmico.
- Regulación y control de los algoritmos mediante un sistema basado en el riesgo.
- Establecimiento de un sistema de “mejores técnicas disponibles”.
- La contratación pública como mecanismo para prevenir los riesgos en el uso de algoritmos por los sectores público y privado.
- Detección de la discriminación y la desigualdad mediante algoritmos.
- Empoderar a las personas en la gestión de sus datos.
- Comunicación y cooperación entre disciplinas.

Como última puntualización, consideramos conveniente señalar la importancia de no adoptar actitudes tecnófobas. Los programas de automatización del procesamiento de datos y la toma de decisiones generan muchos efectos positivos al producir resultados más precisos y personalizados que los seres humanos en diferentes ámbitos como la medicina o la educación que derivan en importantes beneficios para las personas que, en esos contextos, interactúan con los sistemas algorítmicos. Sin embargo, como pretende apuntar este trabajo, no podemos obviar los perjuicios que pueden llegar a generarse, y ya se están generando, como consecuencia del creciente uso de estos sistemas. El ordenamiento jurídico debe actualizarse, no ya solo en su contenido, sino también en la forma y velocidad con la que responde a los problemas que se dan en la sociedad. De lo contrario, los niveles actuales de evolución tecnológica terminarán por erosionar los principios, valores y estructuras sobre los que se asientan las democracias occidentales.

## BIBLIOGRAFÍA

Algorithm Register, 2020. Disponible el 9 de diciembre de 2020 en <https://algorithregister.amsterdam.nl/>. Philip ALSTON, “Digital welfare states and human rights”, UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, informe A/74/493, 11 de octubre de 2019.

- Doris ALLHUTTER *et al.*, “Algorithmic profiling of job seekers in Austria: how austerity politics are made effective”, *Frontiers in Big Data*, vol. 3, 2020, pp. 1-17.
- Mike ANNANY y Kate CRAWFORD, “Seeing without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability”, *New Media & Society*, vol. 20, núm. 3, 2018, pp. 973-989.
- Luís ARROYO JIMÉNEZ, “Algoritmos y reglamentos”, *Almacén de Derecho*, 25 de febrero de 2020. Disponible el 1 de diciembre de 2020 en <https://almacenederecho.org>.
- Solon BAROCAS, “Data mining and the discourse on discrimination”, *Proceedings of the Data Ethics Workshop, Conference on Knowledge Discovery and Data Mining (KDD)*, 2014, pp. 1-4.
- Solon BAROCAS y Andrew SELBST, “Big data’s disparate impact”, *California Law Review*, vol. 104, núm. 3, 2016, pp. 671-732.
- “The intuitive appeal of explainable machines”, *Fordham Law Review*, vol. 87, núm. 3, 2018, pp. 1085-1139.
- Yochai BENKLER, Robert FARIS y Hal ROBERTS, *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Omri BEN-SHAHAR, “Data pollution”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 11, 2019, pp. 104-159.
- Andrés BOIX PALOP, “Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, pp. 223-270.
- Stephanie BORNSTEIN, “Antidiscriminatory algorithms”, *Alabama Law Review*, vol. 70, núm. 2, 2019, pp. 519-572.
- Kriel BRENNAN-MARQUEZ, “‘Plausible cause’: explanatory standards in the age of powerful machines”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 17, núm. 4, 2017, pp. 1249-1301.
- Jenna BURRELL, “How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms”, *Big Data & Society*, vol. 3, núm. 1, 2016, pp. 1-12.
- Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, pp. 1-38.
- “¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?”, *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, núm. 1-2, 2020, pp. 18-36.
- Alexandra CHOULDECHOVA, “Fair prediction with disparate impact: a study of bias in recidivism prediction instruments”, 2016, pp. 1-17. Disponible el 6 de diciembre de 2020 en <https://arxiv.org>.
- Danielle CITRON, “Technological due process”, *Washington University Law Review*, vol. 85, núm. 6, 2008, pp. 1249-1313.
- Cary COGLIANESE y David LEHR, “Regulating by robot: administrative decision making in the machine-learning era”, *The Georgetown Law Journal*, vol. 105, núm. 5, 2017, pp. 1147-1223.
- Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución”, COM/2000/0001 final, 1 de febrero de 2000.
- “Defensa de la competencia: la Comisión impone una multa a Google de 1,49 miles de millones de euros por prácticas abusivas en la publicidad en línea”, 20 de marzo de 2019. Disponible el 8 de diciembre de 2020 en <https://ec.europa.eu>.
- “Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, COM (2020) 65 final, 19 de febrero de 2020.
- Josh CONSTINE, “Facebook is shutting down its API for giving your friends’ data to apps”, *TechCrunch*, 28 de abril de 2015. Disponible el 8 de diciembre de 2020 en <https://techcrunch.com>.
- Lorenzo COTINO HUESO, “«SyRI, ¿a quién sanciono?» Garantías frente al uso de inteligencia artificial y decisiones automatizadas en el sector público y la sentencia holandesa de febrero de 2020”, *La Ley Privacidad*, núm. 4, 2020.
- Datenethikkommission, “Gutachten der Datenethikkommission”, 2019.
- “Opinion of the Data Ethics Commission: Executive Summary”, 2019.
- Javier DE LA CUEVA, “Código fuente, algoritmos y fuentes del derecho”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 77, 2018.

- “El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 87, 2019.
- Susana de la SIERRA MORÓN, “Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 53, 2020, pp. 1-19.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- José ESTEVE PARDO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 6.ª ed. Marcial Pons, Barcelona, 2016.
- Virginia EUBANKS, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St Martin's Press, Nueva York, 2017.
- Michael FELDMAN *et al.*, “Certifying and removing disparate impact”, *Proceedings of the 21th ACM SIGKDD International Conference on Knowledge Discovery and Data Mining*, 2015, pp. 259-268.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 496-500.
- Janneke GERARDS, “The discrimination grounds of article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, núm. 1, 2013, pp. 99-124.
- Grupo de Trabajo del Artículo 29, “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679”, 17/ES, WP 251rev.01, 6 de febrero de 2018.
- Bryce W. GOODMAN, “A step towards accountable algorithms?: Algorithmic discrimination and the European Union general data protection”, *29th Conference on Neural Information Processing Systems*, 2016. Disponible el 9 de diciembre de 2020 en <http://www.mlandthelaw.org>.
- Alejandro HUERGO LORA, “Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo”, en Alejandro Huergo Lora (dir.) y Gustavo Manuel Díaz González (coord.), *La Regulación de los Algoritmos*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 23-87.
- Margot KAMINSKI, “Binary governance: Lessons from the GDPR's approach to algorithmic accountability”, *Southern California Law Review*, vol. 92, núm. 6, 2019, pp. 1529-1616.
- Cecilia KANG y Mike ISAAC, “U.S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition”, *New York Times*, 9 de diciembre de 2020. Disponible el 10 de diciembre de 2020 en <https://www.nytimes.com>.
- Nancy KIM y Jeremy TELMAN, “Internet giants as quasi-governmental actors and the limits of contractual consent”, *Missouri Law Review*, vol. 80, núm. 3, 2015, pp. 723-770.
- Spyros KOKOLAKIS, “Privacy attitudes and privacy behaviour: A review of current research on the privacy paradox phenomenon”, *Computers & Security*, vol. 107, 2017, pp. 122-134.
- Bert-Jaap KOOPS, “The problem with European data protection law”, *International Data Privacy Law*, vol. 4, núm. 4, 2014, pp. 250-261.
- Lawrence LESSIG, *Code: Version 2.0*, Basic books, Nueva York, 2006.
- Steve LOHR, “Sizing up big data, broadening beyond the Internet”, *The New York Times BITS Blog*, 29 de junio de 2013. Disponible el 6 de diciembre de 2020 en <https://bits.blogs.nytimes.com>.
- Stella LOWRY y Gordon MACPHERSON, “A blot on the profession”, *British Medical Journal*, 5 de marzo de 1988, pp. 657-658.
- Isaac MARTÍN DELGADO, “Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, 2009, pp. 353-386.
- M.ª Dolores MAS BADÍA, “Credit-based insurance scores: some observations in the light of the european general data protection regulation”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 62, 2020, pp. 155-186.
- Juan Francisco MESTRE DELGADO, “Una reflexión sobre la regulación constitucional del Derecho administrativo”, *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. extra 31, 2018, pp. 367-386.
- Javier MIRANZO DÍAZ, “Inteligencia artificial y contratación pública”, en Isaac Martín Delgado y Jose Antonio Moreno Molina (dirs.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Madrid, Iustel, 2020, pp. 105-142.
- Alex MILLER, “Want less-biased decisions? Use algorithms”, *Harvard Business Review*, 26 de Julio de 2018. Disponible el 6 de diciembre de 2020 en <https://hbr.org>.
- Brendt MITTELSTADT *et al.*, “The ethics of algorithms: mapping the debate”, *Big Data & Society*, julio-diciembre 2016, pp. 1-21.

- Jerrold NADLER y David CICILLINE, “Investigation of competition in digital markets”, Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the Committee on the judiciary, octubre 2020.
- Safiya NOBLE, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York University Press, New York, 2018.
- Cathy O’NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Penguin Books, Londres, 2017.
- Paul OHM, “Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization”, *UCLA Law Review*, vol. 57, 2010, pp. 1701-1777.
- Angelo Giuseppe OROFINO, “The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electronic Administration”, *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, No. 1-2, 2020, pp. 123-142.
- Marion OSWALD, “Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power”, *Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Series A: Mathematical and Physical Sciences*, vol. 376, núm. 2128, 2018, pp. 1-20.
- Adrián PALMA ORTIGOSA, “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.
- Roger PARLOFF, “Why deep learning is suddenly changing your life”, *Fortune*, 28 de septiembre 2016. Disponible el 2 de diciembre de 2020 en <http://fortune.com>.
- Julio PASCUAL Y VICENTE, “Prohibiciones del abuso de posición dominante” en *Tratado de Derecho de la competencia*, José María Beneyto Pérez (dir.) y Jerónimo Mailló González (coord.), Bosch, Barcelona, 2005, pp. 455-511.
- Juli PONCE SOLÉ, “El derecho a una buena administración y la personalización de los servicios públicos” en Beltrán Puentes Cociña y Andrei Quintiá Pastrana, (dirs.), *El Derecho ante la Transformación Digital*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 51-71.
- “Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, pp. 1-52.
- Sofia RANCHORDÁS y Ymre SCHUURMANS, “Outsourcing the welfare state: the role of private actors in welfare fraud investigations”, *European Journal of Comparative Law and Governance*, vol. 7, núm. 2, 2020, pp. 5-42.
- Ariel RUBINSTEIN, “Dilemmas of an economic theorist”, *Econometrica*, vol. 74, núm. 4, 2006, pp. 865-883.
- Matthew SCHERER, “Regulating artificial intelligence systems: risks, challenges, competencies, and strategies”, *Harvard Law & Technology Journal*, vol. 29, núm. 2, 2016, pp. 353-400.
- Bart SCHERMER, “The limits of privacy in automated profiling and data mining”, *Computer Law & Security Review*, vol. 27, No. 1, 2011, pp. 45-52.
- Wim SCHREURS *et al.*, “Cogitas, ergo sum. the role of data protection law and non-discrimination law in group profiling in the private sector” en Mireille Hildebrandt y Serge Gutwirth, *Profiling the European Citizen*, Springer, Berlín, 2008, pp. 241-270.
- Sam SHEAD, “Google DeepMind is giving the NHS free access to its patient monitoring app”, *Business Insider*, 24 de junio de 2017. Disponible el 10 de diciembre 2020 de <https://www.businessinsider.de>.
- Ben SHNEIDERMAN, “Algorithmic Accountability: Designing for safety through human-centered independent oversight”, *Turing Lecture (The Alan Turing Institute)* 31 de marzo de 2017. Disponible el 26 de noviembre de 2020 en <https://www.youtube.com>.
- Alba SORIANO ARNAZ, “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 56, 2021.
- Cass SUNSTEIN, “Sludge and ordeals”, *Duke Law Review*, vol. 68, núm. 8, 2018, pp. 1843-1883.
- Adrián TODOLÍ SIGNÉS, “Retos legales del uso del *big data* en la selección de sujetos a investigar por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, 2020, pp. 313-337.
- Andrew TUTT, “An FDA for algorithms”, *Administrative Law Review*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 83-123.
- Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”, *Science*, vol. 147, núm. 4157, 1974, pp. 1124-1131.

- Karen YEUNG, “‘Hypernudge’: Big data as a mode of regulation by design”, *Information, Communication & Society*, vol. 20, núm. 1, 2017, pp. 118-136.
- Karen YEUNG y Martin LODGE, “Algorithmic regulation: an introduction”, en Karen Yeung y Martin Lodge (eds.), *Algorithmic regulation*, Oxford University Press, Oxford 2019, pp. 1-18.
- Julián VALERO TORRIJOS, “Inteligencia artificial y contratación del sector público”, *Observatorio de Contratación Pública*, 27 de enero de 2020.
- “The legal guarantees of artificial intelligence in administrative activity: reflections and contributions from the viewpoint of Spanish administrative law and good administration requirements”, *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, No. 1-2, 2020, pp. 55-62.
- Marlies VAN ECK, “Algorithms in public administration”, 31st January 2017. Disponible el 17 de julio de 2019 en <https://marliesvaneck.wordpress.com>.
- Clara VELASCO RICO, “Vigilando al algoritmo. Propuestas organizativas para garantizar la transparencia”, en Beltrán Puentes Cociña y Andrei Quintiá Pastrana (dirs.), *El Derecho ante la Transformación Digital*, Barcelona, Atelier, 2019, pp. 73-89.
- Sandra WACHTER y Brendt MITTELSTADT, “A right to reasonable inferences: re-thinking data protection law in the age of big data and AI”, *Columbia Business Law Review*, vol. 2019, núm. 2, 2019, pp. 494-620 (p. 499).
- Tal ZARSKY, “Transparent predictions”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2013, núm. 4, 2013, pp. 1503-1570.
- Indrė ŽLIUBAITĖ y Bart CUSTERS, “Using sensitive personal data may be necessary for avoiding discrimination in data-driven decision models”, *Artificial Intelligence & Law*, vol. 24, núm. 2, 2016, pp. 183-201.



## **WHY CONSTITUTION MATTERS – LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS**

Prof. Dr. Hans Michael Heinig

Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Prof. Dr. Oliver Lepsius

Prof. Dr. Christoph Möllers

Prof. Dr. Uwe Volkmann

Prof. Dr. Hinnerk Wißmann\*

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.— 1. SOBRE LA VOCACIÓN NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.— 2. SOBRE EL RANGO Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES.— 3. SOBRE LA EFICIENCIA POLÍTICA DE LAS PERSPECTIVAS IUSFUNDAMENTALES.— 4. SOBRE LA SITUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PARLAMENTARIA.— 5. SOBRE LA NORMACIÓN EJECUTIVA DE LOS GOBIERNOS DE LOS LÄNDER: LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS

---

\* Los autores son catedráticos de Derecho público, respectivamente, de las Universidades Humboldt de Berlín, Frankfurt, Gotinga, Münster y Ratisbona. Sin perjuicio de la autoría y revisión conjuntas del trabajo, la redacción de los diferentes apartados se ha distribuido del siguiente modo: *H. M. H.* se ha encargado del apartado 6; *T. K.*, del apartado 5; *O. L.*, del apartado 4; *C. M.*, de los apartados 7 y 8; *U. V.*, del apartado 2; y *H. W.*, de los apartados 1 y 3.

Traducción del original alemán (“Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise”, publicado en *JZ*, 18/2020, pp. 861-872) a cargo de Gustavo Manuel Díaz González (Universidad de Oviedo). En el texto se mantienen, con autorización del Comité de Dirección de la Revista, las normas de estilo de *JZ*.

FUNDAMENTALES Y DE FACILITACIÓN DE LA DEMOCRACIA.— 6. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS FORMAS Y PROCEDIMIENTOS DEMOCRÁTICOS.— 7. CONCLUSIONES

Las medidas adoptadas en el marco de la lucha contra el coronavirus han supuesto una ruptura con respecto a la tradicional comprensión del Estado de Derecho: de la noche a la mañana, y de manera prácticamente global, la lucha contra la COVID-19 se ha erigido en criterio rector único de la praxis política. A la misma se han subordinado derechos de libertad de toda clase; las operaciones comunes de ponderación se han suspendido —en unas condiciones de extraordinaria incertidumbre, con una duración y unas consecuencias imprevisibles—. En el presente estudio se efectúa un balance provisional del papel de la ciencia jurídico-constitucional en una situación de estas características.

## INTRODUCCIÓN

*La crisis es la hora del Ejecutivo:* esta pertinente y proverbial observación no puede ser la respuesta a cualesquiera cuestiones jurídicas en un ordenamiento constitucional desarrollado. Muy al contrario, inmediatamente se plantea un buen número de interrogantes: ¿Quién determina la existencia de una crisis, así como el momento en que la misma ha finalizado? ¿Quién es exactamente “el Ejecutivo” en un Estado federal participante en procesos de integración supranacional? ¿A qué instrumentos cabe recurrir? ¿Qué bienes jurídicos deben protegerse en una situación de crisis y cuáles, en cambio, deben ceder?

Cuando en marzo de 2020 se impusieron, en cuestión de días, limitaciones radicales en la práctica totalidad de ámbitos de la vida social en Alemania y en la Unión Europea —también en Estados Unidos y en la mayor parte de los países industrializados—, estas cuestiones parecían inoportunas a amplios sectores de la ciudadanía, de la política e incluso de la doctrina constitucional. Las imágenes que llegaban de China, de Bérgamo y muy pronto también de Nueva York eran impactantes: unidades de cuidados intensivos colapsadas, traslado nocturno de féretros en furgones militares, fosas comunes. La propia situación y la respuesta que a la misma debía darse fueron percibidas con una unanimidad inédita: ante la impresión causada por tales noticias y por determinados modelos de actuación para hacer frente a la imparable propagación del virus, resultaba necesario evitar una sobrecarga del sistema sanitario. Tanto las democracias consolidadas como las dictaduras consagraron todos sus esfuerzos a la consecución de dicho objetivo, y paralizaron, en mayor o menor medida, sus respectivos y complejos sistemas socioeconómicos. A este respecto, debe destacarse que ello se produjo en las primeras semanas y meses con una amplia aceptación mediática y social —y, consiguientemente, con un silencio prácticamente total de los científicos críticos de las correspondientes disciplinas, desde la Filosofía a la Sociología, pasando por las Ciencias Políticas y la Teología—.

En contraste con lo anterior, ya durante los primeros días, en formatos “rápidos”, como *blogs* o columnas de opinión, la doctrina constitucional alemana planteó cuestiones relativas al control de la actuación pública, que, tras un primer momento de parálisis, han ejercido una sensible influencia sobre la jurisprudencia y la política. Este compromiso con el sistema jurídico en situaciones de emergencia no se plantea desde la perspectiva de un absurdo negacionismo o desde el rechazo de la Ciencia. Por el contrario, el mismo responde a la comprensión de que, en situaciones de crisis, el Derecho constitucional debe poseer una capacidad estructural de reacción superior a la de otras ramas del ordenamiento: al mismo no le es desconocido que la existencia del Estado constitucional liberal no se encuentra por sí misma blindada de una vez por todas, sino que precisamente puede ser cuestionada con motivo de la crisis. Por esta razón, desde el primer momento debe tenerse presente la necesidad de justificación, debe exigirse ponderación, deben precisarse los límites aplicables a la gestión de la crisis —con el fin de que la política, la sociedad y la jurisprudencia sean conscientes de lo que está en juego<sup>1</sup>—. En este sentido, en la exposición sucesiva habrán de analizarse, a título ejemplificativo, cuestiones relativas a los parámetros y estándares de control y, en relación con las mismas, el papel de la ciencia del Derecho constitucional en situaciones de crisis.

## 1. SOBRE LA VOCACIÓN NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

A la identificación de los estándares jurídico-constitucionales cuya vigencia ha de mantenerse en una situación de crisis precede la cuestión relativa a por qué en tales supuestos deba partirse de la propia Constitución. La respuesta ya no es tan evidente o, al menos, tan clara como podía pensarse con anterioridad al estallido de la crisis. En la teoría política, ha representado desde siempre un reto la narrativa cultivada por *Carl Schmitt* y sus seguidores contemporáneos, de acuerdo con la cual las situaciones de excepción son el momento de liberación del Ejecutivo con respecto a los vínculos jurídicos por antonomasia<sup>2</sup>. En la realidad política actual, la vigencia de la Constitución es cuestionada con declaraciones como las del canciller austríaco *Sebastian Kurz*, para quien, frente a la estrategia desarrollada por él mismo para la contención de la pandemia, no pueden oponerse “sutilezas jurídicas” —es decir, razonamientos jurídico-constitucionales<sup>3</sup>—. En el caso de la ciencia jurídica constitucional, de lo

<sup>1</sup> En sentido contrario, entre otros, *Hase*, JZ 2020, pp. 697 y ss., que también ha criticado especialmente a los autores del presente estudio por sus posicionamientos.

<sup>2</sup> *Carl Schmitt*, *Politische Theologie*, 9.ª ed., 2009, pp. 11 y ss.; se adscriben a esta tesis *Eric Posner* / *Adrian Vermeule*, *The Executive Unbound*, Oxford, 2010; una contestación definitiva de esta doctrina puede verse en *Anna-Bettina Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, pp. 35 y ss.

<sup>3</sup> La cita se toma de *Somek*, <https://www.verfassungsblog.de>, 16 de abril de 2020. En un sentido similar, pueden traerse a colación las declaraciones del jefe de la Cancillería Federal Helge Braun de comienzos de mayo de 2020, en las que manifestó su preocupación por la posibilidad de la anulación o de control jurisdiccional de medidas concretas sobre la base del principio de igualdad; cfr. *Welt am Sonntag*, 3 de mayo de 2020.

anterior resulta una extendida revisión del propio papel, de acuerdo con la cual los juristas deberían contenerse ante las decisiones que se adoptan durante la crisis, para tomar nuevamente la palabra y emitir sus profundos y bien fundamentados juicios tan solo tras la superación de la misma<sup>4</sup>; en otro caso, sus intervenciones habrían de permanecer, tal y como puede comprobarse en la situación actual, inatendidas<sup>5</sup>. Esta última advertencia se apoya en un rápido repaso de la jurisprudencia histórica de la República Federal, en la que se identifica como origen de la referida falta de consecuencias el sistema de valores y de ponderación fundado con la Sentencia *Lüth*: el mismo, por razón de su grado de generalidad y abstracción, impondría cada vez más límites y no proporcionaría orientación alguna ante situaciones imprevisibles como la actual<sup>6</sup>.

Lo anterior no afecta exclusivamente a las cuestiones esenciales, aún pendientes de precisión. Presupuesto de los posicionamientos referidos parece ser una comprensión de la Constitución de acuerdo con la cual la misma no regiría en modo alguno en el ámbito de la política, sino tan solo —y, en la medida de lo posible, exclusivamente con carácter retrospectivo— en el contexto judicial, y además no sería jurídica o normativamente vinculante, sino que tan solo obligaría en términos políticos o fácticos<sup>7</sup>. Con ello se desconocería la normatividad de la Constitución, elemento esencial del Estado constitucional de Derecho desde *Marbury v. Madison*, de una forma tal como no habría podido sospecharse antes del estallido de la crisis. Las Constituciones se fundan en la juridificación del poder político, y lo hacen además en un sentido amplio: todo poder político deriva de la Constitución y se encuentra sujeto a la misma; dicho de otra forma, no existe autoridad alguna al margen de la Constitución<sup>8</sup>. En contra de una ya antigua interpretación constitucional, de la Ley Fundamental resulta con claridad que el anterior principio rige sin sujeción a límite alguno en circunstancias excepcionales, especialmente cuando las mismas, más allá de lo previsto en los arts. 115a y siguientes de la Ley Fundamental para la situación de guerra, no deben ser formalmente declaradas como tales<sup>9</sup>. La normatividad de la Constitución no se ve, de esta forma, suspendida por razón de la crisis, sino que debe precisamente demostrar su eficacia durante la misma; en esencia, en tales situaciones se demuestra en qué medida aquella representa el punto de partida. De no ser así, la crisis se revela como un “constitutional moment” en el que se cuestiona la propia

---

<sup>4</sup> Cfr. *Windhöfel*, JZ 2020, p. 457; en el mismo sentido, ya *Krüper*, <https://www.verfassungsblog.de>, 2 de abril de 2020: “Se escribe demasiado”.

<sup>5</sup> En este sentido, *Hase*, JZ 2020, 697-698.

<sup>6</sup> *Hase*, JZ 2020, 698-699.

<sup>7</sup> En este sentido, véase la sólida crítica de *Somek*, <https://www.verfassungsblog.de>, 16 de abril de 2020, a las declaraciones del canciller austríaco.

<sup>8</sup> Cfr., entre otros muchos, *Dieter Grimm*, *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª edición, 1994, pp. 60-61.

<sup>9</sup> *Anna-Bettina Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, pp. 85 y ss., 126 y ss. y 207 y ss. La posibilidad, prevista en la Ley de protección contra las infecciones, de declaración de una “epidemia de alcance nacional” por parte del Parlamento (§ 5 IfSG) no entra en conflicto con la anterior consideración; la misma supone, como una suerte de “situación excepcional leve”, la introducción de cambios en la legislación ordinaria, pero no es relevante en el nivel jurídico-constitucional.

vinculación del poder público a la Constitución y que abre la puerta a una futura ruptura con la misma.

Este peligro se ve, por su parte, reforzado por razón de algunas particularidades de la cultura constitucional federal-republicana que pueden, a su vez, resultar vagamente de la Sentencia *Lüth*; las mismas guardan, sin embargo, escasa relación con el sistema de valores y ponderación de tipo jerárquico y ubicuo al que la resolución referida se ha visto vinculada desde tribunas doctrinales críticas<sup>10</sup>. Por una parte, la Ley Fundamental —a diferencia de Constituciones como la estadounidense, cuya interpretación se basa principalmente en su texto y en la voluntad de la generación fundadora— no es una Constitución estática, sino en gran medida dinámica, que se adapta a los cambios que experimentan tanto la realidad como los valores sociales; por este motivo —quizá en el caso concreto de forma exagerada, pero en esencia convincentemente—, ha podido ser descrita no tanto como una norma fija, sino como un “proceso”<sup>11</sup>. Estas Constituciones son, por naturaleza, y con independencia de las cláusulas de intangibilidad que las mismas puedan incorporar, más susceptibles de desplazamiento y flexibilización, incluso en sus principios esenciales; por este motivo, sería aún más importante insistir en ello —lo que, dicho lisa y llanamente, tampoco en época de crisis tiene lugar fácilmente—. Ello es así también precisamente porque, a diferencia de los sistemas constitucionales en los que durante la situación de urgencia se declara, con carácter formal, la vigencia —temporal— de normas diferentes de las anteriores, la actual situación de excepción en Alemania pasa, como tal, inadvertida al Derecho constitucional, y la lucha frente a la misma se inserta en el marco jurídico ordinario. Lo diferente en este caso desde la perspectiva de los estándares constitucionales es posiblemente el elemento temporal. Y, si se expresan tales temores, es ante todo porque se persigue evitar que los mismos se hagan realidad.

Si, por el contrario, lo anterior se tiene por irrelevante, se pasará por alto, junto a la resonancia de tales advertencias en el círculo de los decisores políticos y en la burocracia ministerial, el significado que la Constitución tiene para la sociedad de este país. Precisamente esta relevancia expone al ordenamiento a mayores peligros. La cultura política de la República Federal ha sido, ciertamente, una cultura con una fuerte tradición constitucionalista, en la medida en que el argumento constitucional está siempre presente y en que los debates sociales más relevantes se reconducen siempre a la Constitución<sup>12</sup>. Ello no deja de presentar inconvenientes, puesto que

<sup>10</sup> Hase, JZ 2020, pp. 698-699.

<sup>11</sup> Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3.ª ed., 1998; las bases de dicha comprensión se encuentran en Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, texto hoy recogido en Rudolf Smend, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4.ª ed., 2010, pp. 191 y ss. En el Derecho constitucional norteamericano, esta comprensión se correspondería con la —hoy minoritaria— tesis de la “*living constitution*”; cfr. al respecto Howard Lee McBain, *The Living Constitution*, 1948, así como la teoría contraria de William H. Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution”, *Texas Law Review*, 54 (1976), pp. 693 y ss.

<sup>12</sup> Al respecto, entre otros muchos, Matthias Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht*, en: Lepsius/Jestaedt/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, pp. 85-86.

promueve una politización del debate y una actitud que la clase política prefiere no corregir. Sin embargo, el fenómeno se inserta en el contexto social en el que la ciencia jurídica constitucional opera en este país. Desde la perspectiva externa de la Ciencia Política, la Constitución ha sido correctamente caracterizada como un medio a través del que la sociedad se describe a sí misma y negocia sus ideas y aspiraciones políticas centrales<sup>13</sup>. Las diferentes teorizaciones sobre la Constitución tratan siempre sobre la propia representación de la sociedad, y plantean debates acerca de posibles cambios en la interpretación jurídica que, a su vez, pueden repercutir en el contenido de la Constitución a largo plazo. También en el contexto actual se reproducen estas discusiones, como demuestra la controversia relativa a la supraordenación constitucional, defendida por el presidente del Parlamento, de la dignidad humana sobre el derecho a la vida<sup>14</sup>. ¿Por qué habría la Ciencia jurídica constitucional de abstenerse voluntariamente de tomar parte en tales controversias?

## 2. SOBRE EL RANGO Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICO-CONSTITUCIONALES

Si se atribuye al ordenamiento constitucional —y, particularmente, a la Ley Fundamental— también en el contexto de la crisis una relevancia central, desde diferentes perspectivas, debe en primer lugar considerarse la forma en que los bienes jurídicos han sido percibidos y confrontados entre sí. En este sentido, ya a comienzos de 2020 se extendería, a modo de “lección básica de Derecho Constitucional”<sup>15</sup>, la siguiente interpretación: “El derecho a la vida y a la integridad física es un derecho fundamental. En una situación de pandemia el mismo se impone sobre los demás derechos fundamentales. Si no se sobrevive a una pandemia, dejan de disfrutarse los derechos de libertad”<sup>16</sup>. Una fórmula como la reproducida se basa y pretende avanzar, al menos implícitamente, sobre un consenso tradicional: el Derecho constitucional representa en todo momento el parámetro de justificación decisivo de la acción estatal; la política no se desvincula del marco diseñado por la Ley Fundamental, sino que se conecta con sus prescripciones<sup>17</sup>. Consecuentemente, se ha subrayado y

<sup>13</sup> Uno de los resultados centrales del grupo de investigación de Dresden “Institucionalidad e historicidad”; cfr. *Hans Vorländer*, *Integration durch Verfassung?*, en: *Vorländer* (Hrsg.), *Integration durch Verfassung*, pp. 23 y ss.; en el mismo sentido, *vid.* los razonamientos de *André Brodacz*, *Die symbolische Dimension der Verfassung*, 2003.

<sup>14</sup> *Vid.* la entrevista a *Wolfgang Schäuble* en Tagesspiel de 26 de abril de 2020, <https://www.tagesspiel.de/politik/bundestagspraesident-zur-corona-krise-schauble-will-dem-schutz-des-lebens-nicht-alles-unterordnen/25770466.html>.

<sup>15</sup> *Rüdiger Soldt*, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/soeder-und-kretschmann-gegen-fruehe-lockerungen-bei-corona-16738743.html>.

<sup>16</sup> Declaraciones del Presidente del Consejo de Ministros *Winfried Kretschmann* de 23 de abril de 2020 en Ulm, cfr. *Rüdiger Soldt*, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/soeder-und-kretschmann-gegen-fruehe-lockerungen-bei-corona-16738743.html>.

<sup>17</sup> La fórmula de *Carl Schmitt* (“La soberanía la ostenta quien decide en las situaciones excepcionales”; *vid. supra*, nota al pie 2) ha tenido hasta nuestros días en Alemania un efecto fundamental y

se subraya con frecuencia que el restablecimiento de la protección de los derechos fundamentales es incontrovertible<sup>18</sup>. De todos modos, debe darse aún respuesta a la cuestión relativa a si la hipótesis *material* de la primacía absoluta o al menos temporal de determinados bienes jurídicos —concretamente, la vida y la integridad física— es correcta o si la misma puede o no sostenerse seriamente con aplicación de los estándares jurídico-constitucionales vigentes hasta hoy. Y, desde una perspectiva más amplia, debe también reflexionarse sobre si es convincente la comprensión de que los derechos de libertad pueden verse, en la práctica, suspendidos sin consecuencias, para ser posteriormente recuperados.

En este sentido, debe identificarse, en primer lugar, el fin último de la lucha contra la pandemia: al comienzo de la crisis, sobre todo las imágenes que llegaban de Bérgamo y de Nueva York fueron utilizadas como demostración de que en los Estados industrializados (es decir, “entre nosotros”) podría asistirse a un colapso del sistema sanitario, incluso de que el mismo sería, como consecuencia de la rapidísima propagación del virus, inevitable<sup>19</sup>. De esta forma, los hospitales del país se adaptaron preventivamente a una situación de emergencia; se instalaron nuevas unidades de cuidados intensivos en hangares de aeropuertos; se adquirió material higiénico-sanitario de toda clase en un mercado internacional despiadado. A la vista de que los datos relativos a los síntomas y fallecimientos causados por la enfermedad se mantenían bajos en comparación con los de otros países, se abrió paso con fuerza otro argumento: en la medida en que en el Estado constitucional liberal debe protegerse siempre la posición jurídica del individuo, se acuñó la ofensiva fórmula “¡un solo contagio, una sola muerte es inaceptable!”<sup>20</sup>. A tal fin se parte, desde la perspectiva de la dogmática jurídico-constitucional, de que vida y salud no son tan solo *derechos fundamentales de defensa*, sino que, en relación con los mismos, al Estado se impone un correlativo *deber de protección*: el Estado, por lo tanto, no solo tendría vedado lesionar la vida y la salud de los ciudadanos, sino que debería, asimismo, garantizar la inexistencia de riesgos para las mismas. Este salto de la visión global a la perspectiva del individuo supone un cambio decisivo, por cuanto por definición es imposible alcanzar el objetivo de la lucha contra la pandemia, entendido como erradicación total del virus, y consecuentemente al mismo se atribuye, con carácter ilimitado, desde una perspectiva tanto temporal como material, no solo la condición de criterio de validez, sino también la de fundamento de la obligatoriedad de la adopción de determinadas medidas.

---

duradero. Para una lectura crítica de la misma, cfr. *Hasso Hofmann*, *Der Staat* 44, 2005, pp. 171 y ss., especialmente pp. 187 y ss.

<sup>18</sup> También en este punto es representativa la declaración gubernamental de 9 de abril de 2020 de *Winfried Kretschmann*: “Todo esto es temporal. Cuando se supere la crisis, la Constitución será puesta a prueba, porque en ese momento habremos de maximizar nuevamente los derechos con la misma radicalidad con que ahora los limitamos”.

<sup>19</sup> Esta finalidad es subrayada igualmente por *Hase*, *JZ* 2020, p. 698.

<sup>20</sup> Ya el 29 de marzo de 2020 se pronunció en estos términos el primer ministro *Markus Söder*: <https://www.idowa.de/inhalt.bayern-soeder-laedt-zu-pressekonzferenz-weitere-beschaerungen.30b2d0e7-45cf-465b-9dc2-c3d8c777ac07.html>.

La cuestión relativa a si el referido deber estatal de protección de cada vida, así definido, encuentra o no límites constitucionales depende, en primer término, de los bienes jurídico-constitucionales que se le opongan: estos abarcan desde los *derechos de libertad* o de primera generación, literalmente suspendidos con carácter temporal (libertad de reunión, libertad religiosa, libre desarrollo de la personalidad, libertad de circulación), pasando por las garantías “legales” del empleo y de la propiedad, que se han visto muy intensamente afectadas por razón de *las prohibiciones y las limitaciones al desarrollo de actividades comerciales*, hasta los propios derechos a *la salud y a la vida*, sacrificados por la paralización de tratamientos médicos a gran escala, como consecuencia, por ejemplo, de la cancelación de intervenciones quirúrgicas o de medidas de rehabilitación, así como de la limitación de los cuidados a las personas mayores y con discapacidad. Junto a ello, se adoptaron *medidas limitativas de derechos legales* en los ámbitos educativo y de formación profesional, que el Estado había reconocido en los últimos años, entre otros motivos, con el objetivo de obtener mejoras en materia de *igualdad entre mujeres y hombres*. El parón radical de toda la actividad social ha tenido un *coste económico* al que han sucedido, tras escasas semanas, un discurso propio de tiempos de guerra, relativo a la necesaria “reconstrucción de Europa”, y los correspondientes programas de deuda.

Debe destacarse que, en la primera fase de la crisis del coronavirus, brilló por su ausencia toda ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. La muerte con infección de coronavirus se convirtió en un tabú cuya erradicación no solo justificaría, sino incluso exigiría el pago de cualquier precio. Tal interpretación, no obstante, se aparta de la dogmática iusfundamental actual. *El derecho a la vida no es un “superderecho fundamental”*, toda vez que es incluso susceptible de limitación como resultado de intervenciones estatales<sup>21</sup>. En primer lugar, el Estado no se encuentra obligado a perseguir una determinada política por razón del deber de protección de la vida del individuo; de hecho, se puede llegar a admitir jurídicamente que una persona muera a manos de otra<sup>22</sup>. El derecho a la salud y a la vida forma parte de un amplio conjunto de derechos y garantías para los que la Ley Fundamental exige el máximo nivel posible de protección. Dicho nivel de protección es, en todo caso, el resultado de un proceso permanente, debatible y revisable de ordenación, limitación, maximización y restablecimiento.

---

<sup>21</sup> Art. 2, apdo. 2, inciso 3 de la Ley Fundamental. Para un repaso detallado sobre las limitaciones estatales, véase *Jarass/Pieroth*, GG, 16.<sup>a</sup> ed., 2020, Art. 2 Rn. 86 ff.; en particular, sobre las medidas susceptibles de adopción en el momento final de la vida, Rn. 96, 98.

<sup>22</sup> Sobre el tremendo dilema del secuestro de Schleyer, BVerfG, 16.10.1977 – 1 BvQ = BVerfGE 46, 160 = JZ 1977, 150. Sobre la tesis de la obligatoriedad de la protección, cfr. la exposición de *Ralf Müller-Terpitz*, en: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, 3.<sup>a</sup> ed., 2009, § 147 Rn. 71 y ss. Más concretamente, debería precisarse que, en una situación de pandemia, por regla general las dudas no se plantean desde la perspectiva de la necesidad de protección frente a una actuación de terceros a la que cabe imputar la lesión de un bien jurídico, sino en relación con la (más específica) cuestión relativa a la posible exigibilidad de una actuación estatal; sobre esta diferenciación, cfr. *Helmuth Schulze-Fielitz*, en: *Dreier* (Hrsg.), GG I, 3.<sup>a</sup> ed., 2013, Art. 2 II, Rn. 96.

Como principio constitucional, la protección de la vida disfruta de una posición especial por razón del hecho de que la vida no puede ser lesionada ni sometida a consideraciones utilitaristas<sup>23</sup>. *La supremacía de la salud frente a la libertad* que pretende deducirse a partir de lo anterior tiene, sin embargo, un efecto devastador sobre la teoría tradicional de los derechos fundamentales: nuevamente los ciudadanos de todo el mundo se ven obligados a defender o a luchar por su propia libertad para no terminar subyugados. Resulta, en fin, irritante el error de concepto de que *la salud individual depende de la actuación estatal*. A dicha comprensión se oponen tanto los límites de la acción humana como los muy diversos requisitos de eficiencia de las prestaciones sanitarias.

¿Cabe entonces aducir razones de principio para considerar que, en el contexto de la crisis del coronavirus, los parámetros y estándares habituales de ponderación y jerarquización de los bienes jurídicos no han de ser utilizados? Parece claro que, en términos generales, tanto la política como ciertos sectores de la doctrina jurídico-constitucional se han visto influenciados por la fuerza de algunas imágenes perturbadoras<sup>24</sup>. Algo más concretos resultan dos aspectos íntimamente conectados con la estructura de la *dogmática iusfundamental* alemana. Toda vez que el Estado dispone de amplios márgenes de actuación para cumplir con su deber de protección de la vida humana<sup>25</sup>, pareció querer imponerse durante la crisis la errónea conclusión de que aquella amplia capacidad de opción incluía una correlativa libertad para sacrificar o limitar el ejercicio de otros derechos. Esta comprensión debe ser rechazada sin paliativos: la existencia de márgenes de actuación no excluye en modo alguno la sujeción a control de las correspondientes actuaciones ni las dota de una justificación adicional. En este sentido, el error podría resultar de que el problema inicial (“faltan camas de cuidados intensivos”) hubiera terminado por confundirse con el —inalcanzable— objetivo de protección de la salud del individuo (“nadie debería llegar a ser paciente de cuidados intensivos”), y del potencial justificativo del primer motivo para la persecución de este último fin.

Una ulterior cuestión central se refiere al pretendido “restablecimiento” de la dimensión externa de las libertades tras la superación de la crisis. Frente a tal reduccionismo, debe advertirse sobre *la intensa conexión entre las manifestaciones exterior e interior de la libertad en la Ley Fundamental*. El ejercicio exterior o social de la libertad —por ejemplo, la libertad de reunión, o los mismos derechos de propiedad y al empleo— es consustancial a la libre formación de *posiciones* (internas) propias, con lo que la vigencia de la libertad misma requiere de su expresión o ejercicio externo. El derecho al “libre desarrollo de la personalidad” ha sido interpretado como liber-

<sup>23</sup> Vgl. *Udo Di Fabio*, en: Maunz/Dürig, GG, 2004, Art. 2 II Rn. 9.

<sup>24</sup> Frente al “argumento de Bérnago”, debe señalarse que a diario nos enfrentamos a imágenes de fallecimientos horribles en todo el mundo en relación con los que somos igual de culpables que en el contexto de la pandemia. La limitación de la inquietud al ámbito de la salud pública alemana dota al discurso iusfundamental relativo a la vida y a la salud de un nuevo y amargo regusto, desde la perspectiva del silencio que se mantiene en lo relativo a la estrechez política de miras.

<sup>25</sup> Por todos, *Thorsten Kingreenl Ralf Poscher*, Grundrechte, 36.ª ed., 2020, Rn. 488 y ss.

tad general de actuación, de forma que comprende, entre nosotros —a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los Estados constitucionales—, la dimensión exterior de las libertades ciudadanas<sup>26</sup>. Sobre la base de esta interpretación, ha de plantearse, desde una perspectiva tanto política como jurídica, si el núcleo esencial de nuestro ordenamiento liberal no resulta lesionado mientras continúe vigente la libertad interna de pensamiento —toda vez que sus expresiones externas, como la libertad de reunión, de acuerdo con dicha lógica, deviene en un derecho inferior, que debe sacrificarse, en todo caso, en situaciones de incertidumbre—. Tal atribución de un *valor creciente a la dimensión interna de los derechos fundamentales, en detrimento de su expresión social o exterior*, se traduce, sin embargo, en una confusión esencial en relación con el núcleo de la libertad, puesto que el exterior y el interior se encuentran íntimamente ligados y constituyen una sola entidad: la fe se construye a partir del culto religioso en comunidad; la libertad ideológica, por medio del intercambio de experiencias con nuestros semejantes; el “derecho a la educación”, a partir del encuentro en las aulas escolares y universitarias; etc. Por consiguiente, tan solo a través de su ejercicio exterior puede desarrollarse en su plenitud la libertad interior. Cualquier otra lectura conduce a la perversa fórmula de Biedermeier —“(tan solo) el pensamiento es libre”—, *dañando así la esencia misma de los derechos fundamentales*. En último término, se antoja poco realista considerar que la compleja conexión que se establece entre libertad y responsabilidad no solo puede resultar desactivada, sino también restablecida, sin mayores dificultades.

### 3. SOBRE LA EFICIENCIA POLÍTICA DE LAS PERSPECTIVAS IUSFUNDAMENTALES

Por otro lado, debe subrayarse que los derechos fundamentales no despliegan únicamente sus efectos *a posteriori*, en la fase de control judicial (a la que sucede la de análisis científico-jurídico). Muy al contrario, *los derechos fundamentales y su específico potencial racionalizador* vinculan, en primer término, al legislador y al Ejecutivo —también en situaciones de crisis; de hecho, el art. 1.3 de la Ley Fundamental parte del presupuesto que aquí se defiende—. El Estado de Derecho no funciona tan solo en los casos en que se emite una decisión judicial<sup>27</sup>. ¿Qué sería del mismo si la plenitud de las libertades quedara tan solo garantizada por los mecanismos de protección jurisdiccional?<sup>28</sup> Esta depende, *de facto*, de las posibilidades del recurrente:

<sup>26</sup> BVerfG, 6.6.1989 – 1 BvR 921/85 = BVerfGE 80, 137, 152 y ss., con el conocido voto particular en sentido contrario de *Dieter Grimm*, 164 y ss. Los fundamentos de esta decisión se encuentran en BVerfG, 16.1.1957 – 1 BvR 253/56 = BVerfGE 6, 32, 36-37 = JZ 1957, 167.

<sup>27</sup> El hecho de que los jueces decidan es, sin embargo, para algunos autores justificación suficiente de que “los mecanismos de protección y los patrones de pensamiento” funcionan; en este sentido, *Rixen*, *Recht und Politik* 2/2000, apdo. II.3.

<sup>28</sup> El ejercicio del derecho de manifestación terminó dependiendo, a comienzos de 2020, de la activación del procedimiento sumario para la protección de los derechos, puesto que las manifestaciones se consideraron como situaciones en las que resultaba imposible la garantía de unas condiciones de

sus medios financieros, su perseverancia, sus conocimientos sobre el Derecho y la praxis judicial. Centrar exclusivamente la atención en la tutela judicial individual de los derechos fundamentales conduce, de hecho, a una comprensión restrictiva de esos mismos derechos. Un ordenamiento jurídico liberal exige, sin embargo, la aplicación de los derechos fundamentales en la adopción de decisiones por parte de los poderes legislativo y ejecutivo, resultando insuficiente que su eficacia se manifieste en primer lugar a través de la vía ofrecida por el art. 19.4 de la Ley Fundamental<sup>29</sup>. Frente a los diversos poderes, los derechos fundamentales operan en planos diferentes: en el caso del legislativo, en una dimensión general y abstracta; en el del ejecutivo, en una dimensión individual y concreta. El legislador no solo se ve vinculado por los derechos fundamentales desde la perspectiva de la protección de las minorías y de la libertad, sino que se encuentra, además, habilitado para la configuración normativa de esta última. La reserva de ley en materia iusfundamental no alcanza tan solo a la concreción de las respectivas habilitaciones, sino que se extiende también a la conformación de la normativa legal, en pro de un ordenamiento jurídico liberal<sup>30</sup>. Las leyes son, en este sentido, aliadas de la libertad; y los usuales conflictos entre libertades deben abordarse, resolverse y ponderarse en un plano general y abstracto. Por el contrario, la Administración debe observar los derechos fundamentales desde una perspectiva individual y concreta. Toda vez que el conflicto general/abstracto entre derechos fundamentales es afrontado por la Ley, el Ejecutivo puede y debe concentrarse en la resolución del caso concreto, es decir, en alcanzar un equilibrio que tome en consideración el contexto en el que se enfrentan los diferentes intereses dotados de relevancia iusfundamental<sup>31</sup>.

El decisivo *canon de proporcionalidad* se erige, en este sentido, no solo en instrumento de control de las intervenciones estatales en términos de justicia, sino también en elemento constitucionalmente vinculante de las decisiones, en deber de actuación<sup>32</sup>. Su empleo como parámetro de validez admite, sin embargo, diversas variantes, en función de que sea objeto de control una disposición general/abstrac-

---

seguridad sanitaria adecuadas y resultaron prohibidas *de facto*. Al respecto, cfr. los pronunciamientos del BVerfG de 15.4.2020 – 1 BvR 828/20; del VG Münster, 25.4.2020 – 5 L 361/20; y del VGH B-W, 23.5.2020 – 1 S 1586/20.

<sup>29</sup> Tal vez nos hayamos limitado excesivamente en la ciencia jurídica y en la formación de los juristas a la perspectiva del control jurisdiccional, y, con respecto a la dimensión de los otros dos poderes, algunos han podido afirmar que la perspectiva de la dirección política ha sido descuidada. Esta era, de hecho, la fuerza motriz de la “nueva ciencia jurídica administrativa”, crítica con el “método jurídico” de una dogmática centrada en el control; al respecto, cfr. *Ivo Appel y Martin Eifert*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 67 (2008), pp. 226 y ss. y 286 y ss.

<sup>30</sup> En palabras de *Matthias Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, p. 30: “La vinculación de la ley con respecto a los derechos fundamentales se encuentra, por su parte, dirigida en términos iusfundamentales”. Véase, asimismo, *Peter Lerche*, en: Handbuch des Staatsrechts, vol. V, 1992, § 121.

<sup>31</sup> A esta cuestión se refirieron ya *Konrad Hesse* y *Peter Lerche* con sus fórmulas relativas a la concordancia práctica o al equilibrio justo.

<sup>32</sup> En relación con esta última caracterización, cfr. *Matthias Jestaedt*, Verhältnismäßigkeit als Verhaltensmaß, en: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, pp. 293-302.

ta o una decisión individual/concreta<sup>33</sup>. En el primer caso, se trataría de conflictos entre normas sobre la base de *legislative facts* (supuestos de hecho susceptibles de agregación estadística o de generalización con base en hipótesis, pero que no pueden ser probados). En el segundo caso, se trata de conflictos entre bienes jurídicos, planteados a partir de la imposición individualizada de límites a la libertad. La crítica de la ponderación como elemento del juicio de proporcionalidad en garantía de los derechos fundamentales implica una confusión de los dos ámbitos. En unos casos se trata de problemas normativos; en otros, de cuestiones de hecho. En el recurso de amparo, el juicio de proporcionalidad se encuentra vinculado en mayor medida por las circunstancias del caso concreto que en el control de constitucionalidad de las leyes: en el supuesto de fiscalización de una intervención específica, la ponderación de bienes jurídicos conduce a la adopción de una decisión puntual, mientras que, en el contexto del control normativo abstracto, subsiste siempre un cierto margen de apreciación, que halla su razón de ser tanto en las características del objeto de enjuiciamiento (la Ley, disposición jurídica general y abstracta) como en la naturaleza del poder controlado (Parlamento). Particularmente, el principio de adecuación se ha caracterizado siempre como una categoría jurídica, con todo lo que ello supone (desde el punto de vista de la ética, la experiencia, la eficiencia, la creatividad, el juego de las mayorías, la garantía de aplicabilidad). La ciencia jurídica tampoco se limita al reducido ámbito jurisdiccional, en el que se resuelven casos concretos, en el que se desarrolla una praxis probatoria y en el que las demás cuestiones se reconducen a la propia responsabilidad de los jueces en cuanto a la interpretación de las normas. Considerar que tan solo las declaraciones basadas en hechos son susceptibles de justificación científica sería demostrativo de una estrecha comprensión de la ciencia. Algunas disciplinas formulan incluso pronósticos con respecto al futuro. En este sentido, durante la pandemia, los virólogos han disputado el terreno a los economistas.

La ciencia jurídica alemana ha experimentado una notable pérdida de influencia social, consecuencia de la limitación de su intervención al debate en torno a la validez o invalidez de las medidas, perdiendo así de vista cuestiones tales como el principio de adecuación, la ética, la experiencia de las instituciones y sus parámetros regulatorios, e incluso la crítica ideológica, y optando por un enfoque pretendidamente teórico y accesorio. El hecho de que la doctrina constitucional alemana se haya centrado en la teoría de los derechos fundamentales se explica también porque, de esta forma, cualquier aspecto que se descuidase podría mantenerse dentro de los contornos de una ciencia jurídica de corte dogmático, basada en el control.

Desde esta perspectiva, debe asimismo subrayarse que los juristas ofrecen *criterios de actuación* para la adopción de decisiones “correctas”, ponderadas y responsables; reclamar la aplicación de estándares iusfundamentales y el desarrollo de actuaciones respetuosas del principio de proporcionalidad supone, ante todo, el empleo de parámetros jurídicos. Por regla general, la acción política busca encontrar una justifica-

---

<sup>33</sup> Sobre esta cuestión, en profundidad, *Oliver Lepsius*, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, en: *Jestaedt/Lepsius* (nota al pie 32), pp. 19 y ss.

ción en criterios científicos, toda vez que estos dotan a las decisiones especialmente relevantes de un grado de legitimidad y acierto que los razonamientos exclusivamente políticos (esto es, el juicio de adecuación apoyado en una mayoría y, consiguientemente, no precisado de justificación material) no les pueden proporcionar. Este papel relativo de la Ciencia ha sido, por lo demás, igualmente destacado por los virólogos, los “auténticos” científicos. Es de lamentar que, en el contexto de la pandemia, la perspectiva científico-jurídica no haya sido apenas tomada en consideración por la clase política. Las causas de dicho fenómeno son variadas. Un temor auspiciado por los medios de masas empujó a los políticos a un grado de exageración del que resultaría difícil liberarse (“están en juego la vida y la muerte”). El conocimiento sustancial a la Ciencia se reconoció tan solo a virólogos y epidemiólogos; incluso los médicos, cuya visión con respecto a la protección de la salud es más amplia, se vieron en determinadas fases relegados a un papel secundario. No alcanza a comprenderse, sin embargo, por qué en un contexto de incertidumbre médica, con un extraordinario impacto social, económico y psicológico, los juristas habrían de considerar que su contribución a la sociedad debía limitarse a mostrarse respetuosos ante los responsables políticos, a adoptar una actitud tímida. Precisamente el ideal es el contrario —y, en este sentido, la pandemia del coronavirus representa un extraordinario ejemplo: el cuestionamiento de la identificación de los bienes jurídicos a proteger supone una contribución a la motivación de las actuaciones—. No estaban en juego la vida y la muerte, sino la protección de la salud, es decir, un bien jurídico relacional, cuya defensa no puede articularse a partir de opciones excluyentes, sino desde puntos de partida flexibles, a fin de resolver los conflictos de intereses y de definir las prioridades. En este sentido, deben tenerse presentes todos los bienes jurídicos en conflicto, puesto que, de otra forma, se termina por atribuir a la protección de la salud un valor absoluto, contrario a su propia naturaleza<sup>34</sup>. Si el foco se pone tan solo en la virología o si se presta en primer término atención a los análisis de riesgo del Instituto Robert Koch (RKI), se pierden de vista los restantes bienes jurídicos. En este sentido, al RKI le resulta prácticamente imposible valorar los riesgos para la salud desde una perspectiva económica, social, cultural o psicológica.

De esta forma, es precisamente obligación de la ciencia jurídica advertir sobre la necesaria toma en consideración de los derechos fundamentales y de la pluralidad de perspectivas relevantes para la adopción de decisiones, así como sobre las relaciones que se establecen entre los derechos de libertad en conflicto. Ello resulta tanto más urgente si se tiene presente que la organización diseñada en el marco de la crisis del coronavirus no proporciona garantías democráticas o procedimentales desde la perspectiva de la toma en consideración del conjunto de intereses afectados. Las decisiones son adoptadas por Ministerios o Gabinetes —estos son ciertamente órganos que, por razón de su especialización funcional, no pueden resolver problemas en los que converge una pluralidad de perspectivas, y que, dada la forma en que se articulan sus procedimientos de toma de decisiones, no estarían en ningún caso en condiciones

---

<sup>34</sup> Cfr. *supra*, apdo. III.

de hacerlo<sup>35</sup>—. Por este motivo, no puede considerarse que el reglamento sea una norma adecuada para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Los límites a la delegación normativa previstos en el art. 80 de la Ley Fundamental exigen una consecuente intervención de la Ley. Durante la pandemia se ha configurado un ordenamiento jurídico paralelo, en el que la vida pública ha sido regulada en todos sus ámbitos por disposiciones reglamentarias<sup>36</sup>. Los procesos de toma de decisiones por parte de los gobiernos han dado lugar, asimismo, a la conformación de “coronagabinetes” o de “*task forces*”, precisamente sin participación de los departamentos en cuyos ámbitos competenciales se han producido los principales errores que hoy se evalúan, particularmente desde la perspectiva de las consecuencias del confinamiento (en los ámbitos económico, social, formativo, cultural y de igualdad de género). La comprensión de acuerdo con la cual la gestión de la incertidumbre ha de partir del empleo de parámetros excepcionales se traduce en una reducción significativa de los criterios a valorar en un contexto caracterizado por la inseguridad. En este sentido, los derechos fundamentales dan la señal de alarma.

Otro tanto ocurre con las *relaciones de causalidad*. Los científicos naturales desconfían de la teoría jurídica de la imputación, que consideran demasiado imprecisa por razón de los elementos valorativos que a la misma se asocian. Sin embargo, precisamente en situaciones de incertidumbre, como la experimentada al comienzo de la pandemia, momento en el que nada concreto se sabía sobre el virus, su forma y velocidad de propagación, la evolución de la enfermedad y las posibles terapias aplicables, la teoría jurídica de la imputación debería haberse erigido en instrumento auxiliar esencial para la adopción de decisiones responsables, puesto que la aplicación de los severos nexos causales propios de las Ciencias naturales obstaculiza la adopción de decisiones. Las medidas de lucha contra el virus se basaron, en cambio, ya en la aplicación de modelos de cálculo diseñados a partir de criterios inciertos, siempre cambiantes (transmisión mediante aerosoles o a través de superficies; en interiores/al aire libre; a través de los niños como vectores de contagio; etc.), ya en la aplicación de la tesis de la equivalencia de condiciones, lo que suponía una burla de los criterios habituales. Estar sentado en el banco de un parque derivó en fuente de peligros no solo para el vecino, sino, en último término, para el entero sistema sanitario; se ordenó el cierre de floristerías y librerías, sin imposición de distancias mínimas o límites de aforo. En este sentido, el principio de proporcionalidad facilita criterios para la clarificación de los nexos causales inciertos. Dicho con otras palabras, si los principales parámetros de decisión no son claros, el principio de proporcionalidad permite hacer frente a la incertidumbre.

Por último, debe hacerse referencia al *elemento temporal*, dotado igualmente de relevancia iusfundamental. La estructura decisoria del principio de proporcionalidad examina los derechos fundamentales desde una perspectiva maximizadora: cuanto

<sup>35</sup> Cfr. *Gärditzl/Abdusalam*, GSZ 2020, p. 108.

<sup>36</sup> Al respecto, *vid. infra*, apdos. V y VI. Sobre las estructuras paralelas, cfr. asimismo *Lepsius*, *Recht und Politik*, 3/2020.

más intensa es la intervención, mayores resultan las exigencias de justificación; cuantas más circunstancias hayan de valorarse, más severo será el juicio de adecuación y necesidad y más precisa y vinculada al resultado final será la ponderación de bienes jurídicos. Los juristas pueden, por consiguiente, servirse de una *dinámica del conocimiento en el tiempo*, puesto que sus parámetros de decisión les permiten tomar simultáneamente en consideración una pluralidad de elementos, valorar los nexos causales y las posibles contingencias, es decir, también los déficits de conocimiento, a lo largo de todo el proceso.

Las categorías iusfundamentales se ponen a prueba, por lo tanto, también en el momento de adopción de decisiones, no solo en la fase de control, y vinculan también en situaciones de incertidumbre, puesto que la interrelación de los elementos de juicio puede compensar los déficits de conocimiento, lo que comporta una mayor o menor flexibilidad en la ponderación de determinados elementos. La postura contraria, de acuerdo con la cual las actuaciones (y los controles) deben desarrollarse en primer término sobre la base de certezas absolutas, tratándose de una situación de riesgo, conduce inevitablemente a la adopción de decisiones erradas, puesto que el conocimiento surge, precisamente, a partir de la experiencia<sup>37</sup>. Para asegurar el acierto de las decisiones que han de adoptarse en ámbitos en los que se reconocen amplios márgenes de apreciación, deviene indispensable la toma en consideración de una pluralidad de perspectivas. Así, junto a los virólogos, deben intervenir tanto médicos sociales como juristas. Es representativa, en este sentido, la Sentencia *Gütersloh* del OVG de Münster, por la que se declaró la nulidad de un reglamento por vulneración del principio de proporcionalidad tan solo unas horas después de su entrada en vigor<sup>38</sup>. Desde la perspectiva de la imbricación del referido principio y de los derechos fundamentales, se aplicaron parámetros decisorios que condicionaban intensamente la actuación política, exigiendo la adopción de medidas más específicas y temporalmente limitadas: en este sentido, se afirmó la necesidad de que las mismas se extendieran a los territorios en los que se hubiera detectado un concreto nivel de transmisión, no a la totalidad de aquellos a los que alcanzarán las correspondientes potestades de intervención, así como el deber de previsión de mecanismos de vigilancia y control. ¿Cómo podría la política garantizar la protección absoluta de la salud y de la vida, cómo podría actuar ante los temores inoculados a la sociedad o ante las expectativas, excesivamente altas, generadas por los medios? ¿Cómo se construye un discurso relativo a los riesgos tolerables? En este sentido, la conexión con los derechos fundamentales proporciona al sistema elementos de juicio, puesto que amplía y orienta cualitativamente los criterios decisorios. Los jueces no pueden, dada la limitación de su actuación, hacer frente a esta problemática por sí solos, toda vez que su intervención se produce una vez que la correspondiente decisión ha sido ya adoptada. Alzar la voz por los derechos fundamentales es aquí un acto obligado para la ciencia jurídica en beneficio del conjunto de la sociedad.

---

<sup>37</sup> Al respecto, véase la clásica exposición de *John Dewey*, *Die Suche nach Gewißheit*, 1998 (1929), pp. 41, 50 y ss., y 72.

<sup>38</sup> OVG Münster, 29.6.2020 – 13 B 940/20.NE.

#### 4. SOBRE LA SITUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PARLAMENTARIA

La vocación normativa de la Constitución en situaciones de incertidumbre alcanza asimismo —y, quizás, especialmente— al Derecho constitucional organizativo, en la medida en que este incorpora las reglas fundamentales sobre la forma y procedimiento de adopción de decisiones políticas. La introducción de modificaciones normativas en este ámbito al amparo de la actual situación excepcional trascendería el contexto presente de crisis.

En marzo de 2020, la “hora del Ejecutivo” incidió directamente sobre la legislación relativa al control de las infecciones. Finalmente, la “hora” terminaría por convertirse en meses. El § 5.2, apdo. 1, de la Ley de protección contra infecciones (IfSG) habilita al Ministerio de Sanidad para, entre otros aspectos, declarar la inaplicación excepcional de la propia Ley de protección contra infecciones (subapdo. 3), de la Ley del medicamento, de la Ley de estupefacientes, de la Ley de farmacias, del Título V del Código de Seguridad Social, de la Ley sobre transfusiones, así como de otras disposiciones no especificadas en materia de producción de medicamentos y protección laboral (subapdo. 4). Asimismo, el Ministerio puede adoptar, mediante reglamento, “medidas para garantizar la continuidad en la prestación de servicios sanitarios en ambulancias de soporte digital avanzado, farmacias, hospitales, laboratorios, instituciones de previsión y de rehabilitación y en otras categorías de centros sanitarios, excepcionando la aplicación de la normativa legal vigente” (subapdo. 7), así como “disposiciones excepcionales” en relación con previsiones no especificadas de la “legislación laboral aplicable a las categorías profesionales de los servicios de salud” (subapdo. 10). De acuerdo con lo establecido en el § 5.4, apdo. 1, de la IfSG, la vigencia de los reglamentos aprobados por esta vía finalizará una vez que el Parlamento declare la superación de la epidemia en el territorio nacional (§ 5.1, apdo. 2, de la IfSG) y, a más tardar, el 31 de marzo de 2021, sin exclusión de la posibilidad de ulteriores prórrogas.

La introducción de “excepciones” o “inaplicaciones puntuales” de leyes parlamentarias no especificadas mediante reglamentos incide directamente sobre los principios constitucionales que disciplinan el sistema de relaciones entre ambos tipos de fuentes normativas. De acuerdo con lo establecido en el art. 80.1, apdo. 1, de la Ley Fundamental, las leyes pueden autorizar deslegalizaciones, esto es, la adopción de reglamentos en los supuestos en los que, de conformidad con lo previsto en el apdo. 2, se determinen el contenido, la finalidad y el alcance de la correspondiente habilitación. El art. 80.1 de la Ley Fundamental se inscribe en el contexto de las “dolorosas experiencias que han jalonado la historia constitucional alemana”<sup>39</sup> y cumple una función de “especificación de los principios de legalidad, de separación de poderes [...] y democrático”<sup>40</sup>. El mismo debería, en palabras de *Fritz Ossenbühl*, “poner fin a la ‘legislación delegada’ y evitar una traslación silenciosa de la potestad

<sup>39</sup> *Fritz Ossenbühl*, en: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 3.ªed., 2007, § 103 Rn. 2.

<sup>40</sup> BVerfG, 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 = BVerfGE 150, 1, 100.

normativa al Ejecutivo, así como la transformación conexas a la misma del sistema constitucional”<sup>41</sup>. Por estos motivos, el Parlamento no puede, de acuerdo con el *BVerfG*, “desprenderse, por medio de una habilitación en blanco al Ejecutivo, de su responsabilidad legislativa, abdicando así de sus funciones”<sup>42</sup>.

El referido parámetro constitucional había permanecido hasta hoy indiscutido, y no parece en modo alguno temerario considerar cubiertas por su ámbito de aplicación disposiciones como el § 5.2, apdo. 1, de la *IfSG*, que habilitan al titular de la potestad reglamentaria para apartarse de las mismas. El *BVerfG*<sup>43</sup> y la doctrina mayoritaria<sup>44</sup> se han posicionado, en principio, a favor de la validez de tales reglamentos sustitutivos de la Ley. Pero el deber de predeterminación normativa que resulta del art. 80.1, apdo. 2, de la Ley Fundamental, establece límites a dicha operación. El legislador parlamentario debe “decidir por sí mismo, mediante la habilitación, qué aspectos deben o pueden ser regulados mediante reglamento”. El *BVerfG* ha delimitado diversas dimensiones del referido requisito: una *reserva de decisión autónoma* del Parlamento, que “[debe] establecer y especificar los límites de tal regulación, así como los fines a cuya consecución la misma debe orientarse”; una *obligación de programación normativa*, de la que resulta el deber del legislador de definir un “programa” que el poder delegado debe hacer efectivo a través del ejercicio de la habilitación; y, en último lugar, el a nuestros efectos particularmente relevante *deber de previsibilidad*, de acuerdo con el cual ya sobre la base de la habilitación debe poder determinarse “en qué casos y con qué objetivos puede hacerse uso de la misma, así como el posible contenido de los reglamentos adoptados con base en la delegación, de manera que los destinatarios de la norma puedan adecuar su comportamiento a la misma”<sup>45</sup>. El *BVerfG* ha llegado incluso a descartar que el reglamento pueda “plasmear la voluntad política *originaria* del Ejecutivo”<sup>46</sup>.

El deber de predeterminación normativa del art. 80.1, apdo. 2, de la Ley Fundamental instituye así no solo un derecho de configuración política, sino también, desde la perspectiva de su posición frente al Ejecutivo, una *obligación* de regulación a cargo del legislador parlamentario. La misma vincula con mayor intensidad la habilitación para la adopción de reglamentos sustitutivos de la Ley, puesto que los mismos pasan a ocupar el lugar de una regulación dictada como expresión de la voluntad legislativa. Este es el razonamiento del *BVerfG* cuando declara que se han excedido los

<sup>41</sup> *Fritz Ossenbühl*, en: *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, 3.ª ed., 2007, § 103 Rn. 2.

<sup>42</sup> *BVerfG*, 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 = *BVerfGE* 150, 1, 100.

<sup>43</sup> *BVerfG*, 6.5.1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 = *BVerfGE* 8, 155, 170-171; y *BVerfG*, 4.5.1977 – 2 BvR 509/96 y 2 BvR 511/96 = *NJW* 1998, p. 670.

<sup>44</sup> *Hartmut Bauer*, en: *Dreier* (Hrsg.), *GG II*, 3.ª ed., 2015, Art. 80 Rn. 11; *Thomas Mann*, en: *Sachs* (Hrsg.), *GG*, 8.ª ed., 2018, Art. 80 Rn. 11; *Barbara Remmert*, en: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *GG*, 2013, Art. 80 rn. 90, 99; *Astrid Wallrabenstein*, en: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), *GG II*, Ar. 80 Rn. 10. En contra de la referida doctrina, véase *Arnd Uhle*, *Parlament und Rechtsverordnung*, 1999, pp. 420 y ss.

<sup>45</sup> *BVerfG*, 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15 = *BVerfGE* 150, 1, 101; en el mismo sentido, *Michael Brenner*, en: *von Mangoldt/Klein/Starck GG*, 7.ª ed., 2018, Art. 80 Rn. 40; *Jarass/Pieroth*, *GG.*, 15.ª ed., 2018, Art. 80 Rn. 13.

<sup>46</sup> *BVerfG*, 8.6.1988 – 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86 = *BVerfGE* 78, 249, 273; cursiva en el original.

límites para considerar que un reglamento sustitutivo de la Ley es válido, “en la medida en que el legislador atribuye carácter subsidiario a disposiciones dotadas de una significación y de un alcance tales que suponen, dentro de la estructura del Estado, una redistribución del peso específico del poder legislativo y de la Administración”<sup>47</sup>. Consiguientemente, hasta hoy la jurisprudencia ha admitido las deslegalizaciones, esto es, la validez de las habilitaciones legales para la adopción de reglamentos sustitutivos de las leyes únicamente si tales deslegalizaciones especificaban cuáles habían de ser las disposiciones legales afectadas por las correspondientes derogaciones<sup>48</sup>. La limitación a previsiones normativas concretas en las habilitaciones legales es necesaria para garantizar la primacía de la configuración política del legislador. La misma se orienta igualmente a la preservación de la claridad como exigencia conexas al Estado de Derecho: sin embargo, el § 5.2, apdo. 1, de la IfSG introduce una licenciosa “legislación paralela”<sup>49</sup>, que imposibilita determinar con claridad si la regulación prevista en la “ley principal” se encuentra realmente vigente.

Frente a la crítica de tales desplazamientos se esgrime la existencia de reconocidas cláusulas experimentales<sup>50</sup>. No obstante, ni la existencia de disposiciones legales ni expresiones vacías, pretendidamente tecnocráticas (como, por ejemplo, “ámbitos sociales complejos, accidentados y fragmentarios”<sup>51</sup>), satisfacen los parámetros constitucionales. Las mismas pierden de vista que en este caso nos encontramos ante un fenómeno diferente, desde una perspectiva conceptual, de las cláusulas experimentales. Las habilitaciones reglamentarias incorporadas por el § 5.2, apdo. 1, de la IfSG facultan, sin diferenciación alguna, para la introducción de excepciones y derogaciones con respecto a todas las normas de las leyes sanitarias allí referidas. Toda vez que la propia Ley de protección contra infecciones es mencionada expresamente en el precepto citado, la misma podría resultar igualmente suspendida. A la vista de las normas de rango legal cuya modificación se admite por medio de reglamentos, nos encontramos ante una habilitación en blanco que puede afectar a más de un millar de disposiciones. De lo anterior resulta que las habilitaciones reglamentarias referidas bien incumplen los requisitos para la introducción de “excepciones” o “inaplicaciones” de las leyes (subapdo. 4, letra a; subapdos. 7, 8 y 10), o bien son definidas con una amplitud tal (subapdo. 3: “para garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria y el abastecimiento de la población”) que ya no es posible reconocer en qué supuestos y bajo qué condiciones cabe su activación. Una ley susceptible no solo de

<sup>47</sup> BVerfG, 6.5.1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 = BVerfGE 8, 155, 171.

<sup>48</sup> BVerfG, 6.5.1958 – 2 BvL 37/56, 2 BvL 11/57 = BVerfGE 8, 155, 171.

<sup>49</sup> Véase la recopilación de los reglamentos adoptados sobre la base del § 5.2, apdo. 1, de la IfSG en la página web del Ministerio de Sanidad: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html>.

<sup>50</sup> Hase, JZ 2020, p. 700. El trabajo, citado por Hase en este artículo, de Volker Maa, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre rechtlichen Grenzen, 2001, considera, en contra de la conclusión alcanzada por Hase, que no cabe aceptar en términos generales la constitucionalidad de tales cláusulas experimentales; cfr. la exposición desarrollada en las pp. 131 y 137 y ss. con respecto al § 11.4 GO LSA.

<sup>51</sup> Hase, JZ 2020, p. 703.

concreción, sino también de suspensión por parte de un Ministerio sin sujeción a límite alguno, se sitúa inequívocamente extramuros del deber de predeterminación resultante del art. 80.1, apdo. 2, de la Ley Fundamental<sup>52</sup>.

El referido desplazamiento de potestades decisorias esenciales en materia de derechos fundamentales hacia un Ejecutivo al que no se dota de una orientación legal ha pesado, sin embargo, mucho menos que las restricciones de derechos fundamentales impuestas en forma de toques de queda y limitación de los contactos sociales. La adopción de estas medidas al amparo de habilitaciones reglamentarias ha afectado notablemente al equilibrio horizontal de poderes configurado sobre la base de los principios del Estado democrático de Derecho. Las mismas han debilitado particularmente la acción de la oposición en el Parlamento, excluida por la legislación de la crisis. Desconocer, o incluso ocultar que la crítica, dirigida por vez primera ante los medios, al § 5.2, apdo. 1, de la IfSG, no fue solo formulada por los primeros autores que escribieron sobre el particular<sup>53</sup>, sino también por los servicios jurídicos del Parlamento<sup>54</sup>, es la mejor prueba de la necesidad de que la ciencia jurídica constitucional incorpore al debate público, precisamente durante la crisis, los elementos organizativos constitucionales, así como, al igual que en relación con el art. 80.1 de la Ley Fundamental, su contexto histórico y su esencial funcionalidad para el Estado. Se plantea, en este contexto, el riesgo de una petrificación de las “horas” del Ejecutivo. La evidencia de dicho riesgo ha sido puesta de manifiesto por un reciente proyecto de ley del Gobierno de coalición. La propuesta consiste en la inclusión de un nuevo § 52.4 en la Ley electoral federal (BWahlG), que habilitaría al Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda para, en el caso de que se produzca una catástrofe natural o un acontecimiento similar de fuerza mayor, adoptar, sin autorización del Parlamento, una normativa de excepción que permita el nombramiento de los candidatos a las elecciones sin reunión de la asamblea<sup>55</sup>. Parece inevitable la consolidación paulatina de la legislación por medio de reglamentos ministeriales de necesidad. Si bien habría podido decirse que, hasta el momento, el problema afectaba tan solo a aspectos de detalle de la normativa en materia de protección frente a las infecciones (y ni siquiera esto es enteramente correcto, toda vez que se veían igualmente afectadas cuestiones sensibles, acordándose, por ejemplo, una desregulación en el ámbito de las autoriza-

<sup>52</sup> Möllers, <https://verfassungsblog.de>, 26 de marzo de 2020.

<sup>53</sup> Gärditz/Abdusalam, GSZ 2020, pp. 114-115; Mayen, NVwZ 2020, pp. 831 y ss.; Michl, JuS 2020, p. 509; en un sentido particularmente crítico, Rixen, NJW 2020, pp. 1103-1104: “si los límites del artículo 80.1, apdo. 2, de la Ley Fundamental [...] se sobrepasan”; mostrándose, cuando menos, escéptico, Meßling, NZS 2020, pp. 323-324. Hasta el momento no se han alzado voces en la doctrina contrarias a la tesis aquí defendida.

<sup>54</sup> Parlamento alemán, Servicio Jurídico, Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz, WD3-3000-080/20, p. 7.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 19/20596.

(N. del T.) El nuevo texto del § 52.4 de la BWahlG fue definitivamente incorporado por la Ley de 28 de octubre de 2020, de modificación de la Ley electoral federal, así como de la Ley de medidas en materia de Derecho de sociedades, de cooperativas, de asociaciones, de fundaciones y de propiedad de la vivienda para hacer frente a los efectos de la pandemia de COVID-19 (BWahlGuaÄndG).

ciones para la comercialización de medicamentos), en el momento presente se trata, con la reforma de la BWahlG, de la preservación de la democracia. Si la preparación de las elecciones se deja en manos del Ejecutivo, no se satisface la exigencia del *BVerfG* de previsión de una “estricta regulación de la preparación y el desarrollo de la votación”, exigencia que se conecta con el “significado de las elecciones al Parlamento alemán como punto de partida de la entera legitimación democrática y de la garantía de los derechos de sufragio activo y pasivo”<sup>56</sup>.

## 5. SOBRE LA NORMACIÓN EJECUTIVA DE LOS GOBIERNOS DE LOS *LÄNDER*: LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE FACILITACIÓN DE LA DEMOCRACIA

No solo la habilitación normativa incorporada por el § 5.2, apdo. 1, de la IfSG plantea dudas desde la perspectiva jurídico-constitucional: los §§ 28 y ss. y 32 del mismo cuerpo legal han dado igualmente lugar a dificultades en su aplicación práctica. En este sentido, el § 28 de la IfSG incorpora una cláusula general que responde, con ligeras modificaciones que atienden a su ámbito de aplicación, a la lógica propia del Derecho de policía<sup>57</sup>. El Estado se ve así obligado a adoptar medidas de protección y de prevención ante todo tipo de situaciones en un ámbito tan complejo y potencialmente cambiante como el de las enfermedades infecciosas. Consecuentemente, la IfSG prevé, en primer lugar, una amplia habilitación para la adopción de medidas restrictivas a favor de las autoridades competentes en materia de protección frente a las infecciones (§ 28.1, inciso primero, de la IfSG) —por lo tanto, en la lógica de la Ley Fundamental (art. 83), a favor de las administraciones de los *Länder*—. La misma introduce, asimismo, una habilitación para la adopción de reglamentos por parte de los gobiernos de los Estados federados (§ 32 de la IfSG).

Sobre dicha base se impuso el *shutdown* de la vida pública en Alemania a mediados de marzo de 2020. Originariamente, los instrumentos previstos en los §§ 28 y ss. de la IfSG estaban pensados para intervenciones de menor alcance e intensidad. Ciertamente, a comienzos de año, el ordenamiento no preveía otras bases jurídicas o regulaciones de origen parlamentario dotadas de un mayor grado de detalle y amplitud para la adopción de las medidas necesarias a la vista del rápido aumento de casos de infección por COVID-19. De esta forma, en poco tiempo todos los Estados federados introdujeron nuevas obligaciones y prohibiciones de actuación en todos los ámbitos de la vida pública al amparo de los §§ 28 y ss. de la IfSG. Algunos *Länder* optaron, en este contexto, por la adopción de decisiones de alcance general. Sin em-

<sup>56</sup> BVerfG, 20.10.1993 – 2 BvC 2/91 = BVerfGE 89, 243, 250-251.

<sup>57</sup> Para una visión general sobre esta cuestión, cfr., por ejemplo, *Rixen*, NJW 2020, pp. 1097 y ss.

bargo, muy pronto se plantearon dudas en relación con la posibilidad de imposición de obligaciones de actuación de carácter general y abstracto, como las limitaciones de los movimientos, en todo el territorio de los respectivos Estados, por virtud de actos administrativos<sup>58</sup>. De esta forma, el Reglamento devino en instrumento jurídico principal en este contexto. El § 32 de la IfSG habilita, con esta finalidad, a los gobiernos de los Estados federados, que a su vez pueden dotar de subdelegaciones a los departamentos con competencias en el ámbito sanitario. Al respecto, hasta la fecha no se han producido variaciones.

La referida praxis, que se ha mantenido constante, plantea problemas desde la perspectiva jurídico-constitucional; en este sentido, mientras que la inconstitucionalidad de algunas intervenciones resulta manifiesta, en otros casos la cuestión se sitúa en la frontera entre la invalidez y la conformidad con la Ley Fundamental. Lo anterior resulta de que la principal función de la ciencia jurídica constitucional no es la resolución de casos concretos (ello incluso pese a que la formación jurídica se dirija primordialmente a la misma), sino la de proporcionar descripciones y aclaraciones en relación con los problemas jurídicos, la de observar las potenciales mutaciones en la dogmática y la cultura constitucionales y, en definitiva, la de analizar sus consecuencias para el sistema normativo y la integración política.

La reciente praxis en relación con los §§ 32 y 28.1, inciso primero, de la IfSG presenta una extraordinaria relevancia para la doctrina constitucional: los presupuestos jurídico-constitucionales de las habilitaciones normativas a favor del Ejecutivo se orientan a la protección de las prerrogativas del Parlamento —vinculadas a su legitimación democrática, que resulta de la elección directa de sus miembros por el Pueblo— y constituyen al mismo tiempo una manifestación de la teoría de la esencialidad, de base iusfundamental. De esta forma, tanto desde la perspectiva de la legitimación como desde el punto de vista de los derechos fundamentales debe analizarse si y en qué medida la habilitación normativa introducida por el § 32 de la IfSG satisface los requisitos del art. 80.1, apdo. 1, de la Ley Fundamental, a la luz de la praxis reglamentaria tradicional. En el análisis jurídico, ¿debe tal vez establecerse una separación neta de la fase inicial de la pandemia, durante la que existía un elevado grado de incertidumbre en relación con el avance y la propagación del virus, y una posterior fase de consolidación provisional?<sup>59</sup> ¿Rige también en la legislación sobre protección frente a las infecciones el principio general del Derecho de policía de acuerdo con el cual las nuevas medidas estándar exigen, tras una fase de experimentación y de autoevaluación, un fundamento legal específico?<sup>60</sup> Se trata, en este sentido, de cuestiones

---

<sup>58</sup> VG München COVuR, 2020, 163; sobre esta cuestión, *vid. asimismo Gärditz/Abdusalam*, GSZ 2020, p. 111.

<sup>59</sup> Para una reflexión en esta dirección, véase el diálogo entre *Hans Michael Heinig* y *Christian Waldhoff*, en: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), *Stresstest für die Verfassungsordnung*, 2020, pp. 5, 7 y *passim*.

<sup>60</sup> Sobre la relación entre las cláusulas generales y las medidas estándar, *cfr. Friedrich Schoch*, en: Friedrich Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2018, pp. 12, 79-80. En la jurisprudencia, véase, por todas, BVerwG NVwZ 2002, pp. 598, 601-602.

nucleares en relación con la legitimación democrática y la vinculación efectiva de la acción estatal a los derechos fundamentales. Posponer el debate al momento en que la pandemia de la COVID-19 haya sido superada evidencia una extraña comprensión tanto del Derecho constitucional como de su tratamiento científico.

La praxis desarrollada hasta la fecha en relación con la adopción de normas reglamentarias por los *Länder* para combatir la pandemia ofrece, en todo caso, un material de investigación que trasciende los requisitos de las habilitaciones otorgadas sobre la base del art. 80.1 de la Ley Fundamental: la misma posibilita, en primer lugar, un análisis de las fortalezas y debilidades del federalismo alemán. La federalización de la lucha contra la pandemia —que se ha extendido más allá de la ejecución administrativa, en tanto que ha alcanzado a la adopción de disposiciones normativas— ha permitido acompasar la reacción a las diferentes situaciones regionales<sup>61</sup>. La misma, sin embargo, tal y como ha sido implementada, se ha traducido en una desparlamentarización de la producción normativa —y se ha convertido, por razón de la imposición de severas restricciones al ejercicio de determinados derechos fundamentales, de una intensidad y una extensión sin precedentes desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental, en una cuestión vital para la comunidad—<sup>62</sup>.

La referida desparlamentarización respondía a una visión pragmática, comprensible al menos en la fase inicial, en tanto que conexas al objetivo de protección frente a las infecciones de la IfSG. Sin embargo, a medida que avanzaba la propagación del virus y que se profundizaba en el conocimiento científico en relación con su evolución, se hicieron patentes sus “costes” desde la perspectiva constitucional<sup>63</sup>: la lucha estatal contra la pandemia es, en último término, algo más que una mera ejecución tecnocrática de una serie de pautas de actuación epidemiológica. La misma exige el desarrollo de complejas valoraciones que son, además, objeto de un legítimo debate social. La adopción de normas ejecutivas se diferencia en este sentido de manera notable con respecto a la legislación parlamentaria por razón de su procedimiento de elaboración: el proceso legislativo favorece el debate, ofrece otro escenario para dirimir los conflictos y para —sobre la base de la máxima “legitimación a través del procedimiento”<sup>64</sup>— generar aceptación social. El procedimiento legislativo constituye una garantía de calidad normativa, pero, por razón de su lentitud, amenaza con hacer fracasar la producción normativa ejecutiva, particularmente si se somete a un concreto departamento a una fuerte presión temporal<sup>65</sup>. Desde la perspectiva de la separación de poderes, la legislación parlamentaria posibilita la diferenciación fun-

---

<sup>61</sup> *Gärditzl/Abdusalam*, GSZ 2020, p. 110; los autores hacen asimismo referencia a los peligros de una federalización competitiva en términos políticos.

<sup>62</sup> En relación con la posibilidad de una reparlamentarización sobre la base del artículo 80.4 de la Ley Fundamental, véase *Birkner*, ZRP 2020, pp. 157 y ss.

<sup>63</sup> Sorprendentemente ajeno a estas cuestiones, *Hase*, JZ 2020, pp. 697 y ss., cuyas reflexiones, antes que diagnóstico, son expresión de una “crisis del pensamiento constitucional” (p. 703).

<sup>64</sup> *Niklas Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 1969.

<sup>65</sup> *Birkner*, ZRP 2020, pp. 157-158, denuncia, ofreciendo ilustrativos ejemplos, una grave falta de recursos humanos.

cional, característica del Estado de Derecho, entre órganos estatales de producción normativa y de ejecución<sup>66</sup>. Al mismo tiempo, el Parlamento facilita específicamente la posibilidad de toma en consideración de intereses heterogéneos y la consecución de equilibrios adecuados. Por oposición a lo anterior, la praxis reglamentaria desarrollada hasta la fecha en la lucha contra la pandemia amenaza con introducir desequilibrios en la identificación y ponderación de los intereses legítimos, especialmente en los casos en los que una subdelegación actúa en un departamento específico, en sustitución del Gobierno del *Land* como órgano colegiado. La lógica departamental amenaza con desarrollarse de forma escasamente ponderada y equívoca. Los requisitos previstos en el art. 80.1 de la Ley Fundamental en relación con las habilitaciones normativas al Ejecutivo permiten, desde este punto de vista, garantizar, en términos sistemáticos, que la complejidad de las cadenas de impactos y consecuencias de las intervenciones estatales en las sociedades modernas sea objeto de una reflexión satisfactoria. Recordar tales “servicios” del Derecho constitucional es la misión principal de su tratamiento científico —también, precisamente, en el contexto de una crisis sanitaria, que afecta directa o indirectamente a todos los ámbitos de la sociedad—.

## 6. SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS FORMAS Y PROCEDIMIENTOS DEMOCRÁTICOS

En ocasiones, la ciencia jurídica constitucional reniega de sus propias bases y se orienta a la búsqueda de soluciones a problemas ficticios. La crisis del coronavirus invita al desarrollo de la referida estrategia, en absoluto novedosa y, bajo diversas formas, extendida: partiendo de la diferenciación, cara al realismo jurídico, entre *law in the books* y *law in action*<sup>67</sup>, pasando por la invocación de la realidad en los debates de Weimar y en fases posteriores<sup>68</sup>, la búsqueda del “ordenamiento” tras la Constitución<sup>69</sup> llevaría a concluir que las reglas de procedimiento cumplen, en el Derecho público, una finalidad meramente “accesoria”<sup>70</sup>. En este sentido, ¿qué motivo habría para no renunciar a las formalidades con el fin de salvar vidas?

Sin embargo, la diferenciación entre forma y contenido, o incluso entre forma jurídica y realidad política, induce a error. Las formas jurídicas no son neutras con respecto al fondo, y el poder político debe, en el Estado constitucional, reconducirse siempre a las formas. El ministro es ministro por haber alcanzado tal condición a través de un procedimiento constitucional. Precisamente por este motivo, la pretendida necesidad de una acción rápida y decidida, que prescindiera de todo formalismo, para la superación de la crisis, no es solo jurídicamente indiscutible, sino que exige un con-

<sup>66</sup> Christoph Möllers, *Die drei Gewalten*, 2008.

<sup>67</sup> Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, *American Law Review* 44, 1910, pp. 12-36.

<sup>68</sup> Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994.

<sup>69</sup> Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1922; Hase, *JZ* 2020, pp. 697, 698 y ss.

<sup>70</sup> Christian Quabeck, *Dienende Funktion des Verwaltungsverfahrens und Prozeduralisierung*, 2010.

trol tanto desde la perspectiva de los hechos como desde un punto de vista práctico. A los ojos del mundo, la amenaza del virus se ha intensificado desde finales de febrero de 2020, sin que se tuviera la impresión, en un momento concreto, de que una determinada medida no habría podido ser adoptada, por razón de su urgencia, a través de un procedimiento parlamentario. Muy al contrario, las decisiones adoptadas en la República Federal fueron el resultado de un procedimiento informal y, sin embargo, no especialmente rápido, de votación de los jefes de gobierno de la Federación y de los *Länder*. El hecho de que el debate parlamentario pudiera completarse a través de procesos de negociación federal con intervención de los respectivos ejecutivos es ciertamente significativo desde la perspectiva de la estructura del sistema político de la República Federal<sup>71</sup>, pero relativiza, al mismo tiempo, la pretendida necesidad de agilidad en la adopción de decisiones en el contexto de crisis extremas.

La observancia de las formas, procedimientos y requisitos constitucionales, tales como la reserva de ley y los límites a la delegación, deviene especialmente importante precisamente en un momento en el que la política, como consecuencia de la inseguridad general, debe inspirar confianza a la ciudadanía. De esta forma, la cuestión decisiva no es si el Estado debe o puede actuar con mayor intensidad que habitualmente. Tal “intensificación” no está permitida en un Estado de Derecho; el mismo, en palabras de *Luhmann*, prohíbe la identificación del fin con los medios<sup>72</sup>. La cuestión esencial es más bien la de si el Estado, obligado a acomodar su actuación a la ley y, en el marco de dicha legalidad, a adoptar una normación exhaustiva, y la bondad de cuyas intenciones se da por supuesta, se encuentra, precisamente sobre la base del razonamiento expuesto, vinculado por el deber de respetar las exigencias de forma y procedimiento de manera cualificada. Este rigor persigue garantizar la integridad normativa del sistema político; y sirve igualmente a la consecución de los propios fines, puesto que el Ejecutivo precisa de la confianza ciudadana para poder alcanzar aquellos.

Que las reflexiones expuestas trascienden la mera elucubración académica lo demuestran fenómenos diversos. En este sentido, cabe preguntarse si las protestas actuales contra las medidas estatales de lucha frente a la pandemia se han vuelto tan vehementes e irracionales justamente porque los procedimientos parlamentarios para la adopción de decisiones han resultado decepcionantes en los últimos meses. Precisamente allá donde los mismos eran factibles han contado poco, puesto que la capacidad de decisión se ha desplazado hacia el Ejecutivo. Tal especulación cumple, en todo caso, una función jurídico-constitucional central desde la perspectiva de los procedimientos parlamentarios: los mismos responden, en último término, a la necesidad de proporcionar a la minoría una plataforma institucional e integrarla así en el sistema. Lo anterior exige, claro está, que las decisiones se adopten en el ámbito parlamentario. De nuevo como recordatorio: en los últimos meses, no se ha celebra-

---

<sup>71</sup> A este respecto, cfr. la inigualable exposición de *Gehrad Lehbruch*, *Parteienwettbewerb im Bundesstaat*, 3.<sup>a</sup> ed., 2000; *vid. asimismo Florian Meinel*, *Vertrauensfrage*, 2019.

<sup>72</sup> *Luhmann*, *VerwArch* 56 (1965), pp. 301, 308.

do un solo debate en el Parlamento sobre los fundamentos jurídicos materiales de las medidas adoptadas en el marco de la lucha contra la pandemia. El Parlamento, por el contrario, asumió la interpretación de que la modificación de las habilitaciones previstas en la IfSG habría sido introducida “para dotar a la normativa de una mayor claridad”<sup>73</sup>.

Con mayor evidencia se manifiesta la conexión existente entre la necesaria confianza de la ciudadanía y los límites a la protección de datos personales. Si se consideran válidas las extralimitaciones en el tratamiento de datos generados a partir de la lucha contra la pandemia —por ejemplo, en el ámbito de la gastronomía— para la persecución general de los delitos, no pueden sorprender las declaraciones falsas<sup>74</sup>. En este contexto convergen la inobservancia del marco legal y la falta de clarividencia política. La regulación en materia de protección de datos refuerza, precisamente, la fiabilidad de las bases de datos estatales, lo que no sorprende a los concededores de la literatura sociológico-jurídica<sup>75</sup>.

La referida conexión resulta jurídicamente tangible, en fin, si se considera la forma en que los Estados federados han procedido a la adopción de medidas restrictivas. Los ejecutivos de algunos *Länder* han desarrollado, en primer lugar, intervenciones de alcance general mediante la aprobación de actos administrativos cuyos potenciales destinatarios se contaban por millones, lo que desembocó en el recurso al Reglamento como forma estándar de actuación. Estos reglamentos comparten, sin embargo, con los actos administrativos de alcance general su incidencia directa sobre los derechos de los destinatarios y la innecesariedad de ulteriores trámites administrativos. Ciertamente, desde una perspectiva material, son auténticos actos administrativos agregados. Esto no deja de resultar problemático, por cuanto el ordenamiento impone exigencias procedimentales y de motivación diferentes en función del tipo de actuación. En este sentido, el deber de motivación de los actos administrativos tan solo se excepciona en los supuestos en que los mismos despliegan efectos jurídicos generales (§ 39.2, apdos. 3 y 5, de la VwVfG – Ley de Procedimiento Administrativo), mientras que la adopción de reglamentos no requiere de motivación en ningún caso<sup>76</sup>. Estos encuentran su justificación, ante todo, en las correspondientes habilitaciones legales, rara vez, en el Derecho alemán, en las especialidades del procedimiento<sup>77</sup>. Las leyes, por lo general, tampoco precisan de motivación; las mismas son el resultado de un procedimiento discursivo, en el que se ponen de manifiesto las diferentes posiciones representadas en el Parlamento, de manera que se posibilita la comprensión de diferentes problemas políticos, conectados entre sí, a través de la Ley.

<sup>73</sup> BT-Drucks. 19/18111, p. 24.

<sup>74</sup> <https://www.sueddeutsche.de/bayern/corona-bayern-gaesteliste-polizei-herrmann-14971971>.

<sup>75</sup> Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 4.ª ed., 1995; Arthur L. Stinchcombe, *When Formality Works*, 2001.

<sup>76</sup> Sobre los motivos de dicha diferenciación, Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, pp. 189 y ss.

<sup>77</sup> Johannes Sauer, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, 2010.

Las medidas adoptadas en el marco de la lucha contra la pandemia constituyen, en la práctica, actos administrativos generales carentes de motivación que incorporan limitaciones de derechos muy intensas, y cuyo único soporte viene representado por las ruedas de prensa en las que los mismos eran anunciados de manera superficial. Paralelamente, de las discusiones centrales planteadas entre los gobiernos de la Federación y de los *Länder* tan solo se ha dado noticia a través de anecdóticas notas de prensa. El que el referido no era tan solo un problema estético quedó evidenciado en la fase de control jurisdiccional de los reglamentos, cuya intensidad aumentó considerablemente, puesto que no resultó tarea fácil a la jurisdicción contencioso-administrativa la fijación de una interpretación constructiva de medidas restrictivas adoptadas sin justificación formal. ¿Hasta qué punto han sido útiles las medidas de contención para la protección de la salud pública? ¿Es suficiente el mantenimiento de la distancia social, o es más efectivo, por el contrario, evitar las aglomeraciones y los lugares en que se incrementan los riesgos de infección?<sup>78</sup> Precisamente en el momento en que la práctica totalidad de limitaciones fueron sustituidas por un complejo régimen de excepción, la falta de motivación trajo consigo problemas desde la perspectiva del principio de igualdad y condujo a la anulación o a la interpretación restrictiva de numerosas disposiciones reglamentarias. También en este punto el rigor procedimental habría sido el medio más eficaz; sin embargo, el mismo solo habría podido alcanzarse a través de la intervención del legislador parlamentario. La crisis, sin embargo, ha provocado una vulgar oposición, solo teórica, entre la observancia de las formas y la efectividad de la regulación.

## 7. CONCLUSIONES

El papel del criterio científico ha sido objeto de discusión pública durante la crisis, puesto que resultaba imposible interpretar una situación desconocida sin recurrir a la pericia de los especialistas. Algunas posiciones, en absoluto novedosas, recuperaron su visibilidad: la Ciencia puede aportar información, pero no puede asumir la responsabilidad derivada de las decisiones políticas adoptadas por recomendación suya. Esta información debía facilitarse a la ciudadanía, no solo a gremios cerrados, y había de transmitirse adecuadamente el carácter provisional e incierto del conocimiento científico actual. Al mismo tiempo, se puso de manifiesto que la Ciencia puede asumir una obligación política de comunicarse con la ciudadanía, de difundir el estado del conocimiento, de exponerlo con claridad y popularizarlo.

Las referidas posturas presentan diversas implicaciones para el Derecho constitucional. En primer lugar, la organización del asesoramiento científico del Estado es un problema recurrente para el Derecho constitucional<sup>79</sup>. Debe aún analizarse qué enseñanzas es posible extraer de la experiencia, también desde la perspectiva del

---

<sup>78</sup> Al respecto, cfr., por ejemplo, VGH Mannheim, 5.6.2020 – 1 S 1623/20, [http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender\\_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw nr=31431](http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw nr=31431).

<sup>79</sup> *Andreas Voßkuhle*, en: *Handbuch des Staatsrechts*, tomo III, 3.ª ed., 2005, § 43.

Derecho (constitucional) comparado. El análisis del sistema de asesoramiento secreto del gobierno británico pone de manifiesto hasta qué punto es posible abusar de la invocación del criterio científico. El ejemplo sueco demuestra que la creación de una estructura administrativa desvinculada de las responsabilidades políticas contribuye a la resolución de tales problemas. Desde otra perspectiva, se plantea la cuestión relativa al papel de la propia Ciencia del Derecho público en el debate. La extraordinaria presencia de constitucionalistas en la prensa diaria fue advertida y, como se ha expuesto, también en ocasiones lamentada, ya por su carácter superfluo, ya por lo neurótico de sus puntos de vista<sup>80</sup>. Esta crítica se confundió con un escepticismo, extendido en la disciplina, en relación con la participación en formatos populares e híbridos, como, por ejemplo, los *blogs* científicos.

Rectamente entendida, esta crítica, particularmente si se basa en los motivos referidos, no puede compartirse, en tanto que el acto de dirigirse a la ciudadanía daba respuesta a la inquietud manifestada por la misma, y fue generalmente recibido con favor. Los autores del presente trabajo son incapaces de recordar cuántas preguntas les dirigieron personas interesadas, periódicos e incluso autoridades públicas durante la primera fase de la pandemia. Las opiniones publicadas en *blogs* fueron rápidamente asumidas y citadas tanto en ensayos científicos como en dictámenes de funcionarios públicos, e incluso en resoluciones judiciales. La valoración que mereció la oferta hizo que la demanda se mantuviera. No explicitar aquellas opiniones en nombre de una pretendida lealtad ciudadana o de la integridad científica habría sido una decisión equivocada, máxime en una época caracterizada por una extraordinaria y general incertidumbre.

Precisamente las entradas de *blog* se presentan hoy como un formato consolidado que se sitúa a caballo entre los ensayos periodísticos y los publicados en revistas científicas<sup>81</sup>, en el que se trabaja con plazos relativamente breves, con limitaciones de espacio menos severas y, en ocasiones, con evidencias científicas. Desde la perspectiva del plan de trabajo, este formato se basa en sus propias normas. El hecho de que los constitucionalistas manifiesten, precisamente, su preocupación por la integridad científica de su disciplina no deja de resultar irónico, toda vez que el Derecho constitucional es susceptible de un tratamiento muy limitado conforme a una lógica estrictamente científica. Autores y destinatarios del Derecho constitucional son todos los ciudadanos. La emancipación del Derecho constitucional como disciplina parece, en el contexto actual, difícilmente evitable; la misma representa, en una democracia, un problema que debe ser combatido a través de un proceso de mediación científica. Lo anterior es especialmente cierto en el caso de la dogmática sobre los derechos fundamentales. Los mismos no son tan solo el producto de un control judicial

---

<sup>80</sup> Hase, JZ 2020, pp. 697 y ss.

<sup>81</sup> Desde la perspectiva de la integridad científica, debe subrayarse que la misma no depende de la forma de difusión por la que se opte. Incluso en una publicación reputada como la JZ pueden detectarse citas descuidadas: así, por ejemplo, Hase, JZ 2020, pp. 697, 700, donde se exponen las tesis de Kingreen mediante una desafortunada comparación con la etapa final de la República de Weimar, aunque el autor, en sus conclusiones, se distancia con respecto a dicha comparación.

de signo transformador. Sus presupuestos son el resultado de una discusión pública que impregna significativamente los parámetros de control. Esto se manifiesta con especial intensidad en la praxis fiscalizadora de los últimos meses, eminentemente descentralizada.

Pero no solo la integridad científica, sino también la lealtad política parece ser la causa del malestar. En una situación de emergencia existiría una suerte de obligación ciudadana, que se impondría con especial rigor a los constitucionalistas, de acuerdo con la cual unos y otros habrían de abstenerse de expresar sus sesgadas reflexiones a fin de no poner en peligro el proyecto común de la lucha contra la pandemia, incluso por consideración a la responsabilidad que corresponde a las instancias decisorias. En relación con tales posicionamientos, es preciso no caer en una ironía precipitada; se debe, por el contrario, reflexionar sobre la posible existencia de contextos en los que aquellos puedan resultar oportunos. Tal conclusión exige, en primer término, considerar la forma en que se manifiesta la crítica científica: con conciencia de la gravedad de la situación y de los dilemas que se plantean en la toma de decisiones, renunciando a toda tentación autoritaria. Por otra parte, adoptar una postura excesivamente tímida sería demostrativo de un inexplicable desdén por las instituciones de la Ley Fundamental, así como por el poder estatal constituido sobre su base. También en los Estados democráticos se ejerce el poder, y toda dominación ha de someterse a crítica. Un escenario en el que las instancias de poder se replegaran en aras de la defensa del orden no sería en modo alguno deseable. La crítica puede ser una forma de lealtad<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> *Klaus Mertes, Widerspruch aus Loyalität, 2009.*

## CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: UNA PROPUESTA AL DEBATE CONCEPTUAL\*

### ECONOMIC CONSTITUTION: A CONTRIBUTION TO THE CONCEPTUAL DEBATE

Daniela Dobre

Investigadora predoctoral FPU

Departamento de Derecho constitucional. Universidad de Granada

**RESUMEN:** A pesar de ser un término comúnmente empleado en la doctrina jurídica actual, el concepto de “Constitución económica” permite interpretaciones muy variadas, incluso contrapuestas. La presente contribución pretende esbozar las características esenciales de este concepto. Tras recorrer teóricamente la evolución de la Constitución económica (en especial, su origen ordoliberal y las definiciones alternativas más significativas en el nivel europeo), se proponen tres rasgos fundamentales que otorgarían a esta norma una estabilidad vital. Se trata de un concepto jurídico, autónomo, que se intersecta constantemente con la Constitución política en dos ámbitos básicos (ámbito social y ámbito axiológico). La interconexión vital de las dos normas justificaría la existencia de un criterio de legitimidad común en las dos Constituciones (el principio de la dignidad humana). Por último, se proponen dos posibles funciones de la Constitución económica, definidas como efectos de la regulación jurídica: la función constitutiva (reconocimiento del mercado como herramienta de

---

\* Este trabajo fue finalizado el 10 abril de 2021. Se inició en el marco de la estancia de investigación en el *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg, Alemania (02.03.2020-01.12.2020). La estancia ha sido parcialmente financiada por el Ministerio de Universidades, España (ayudas de movilidad para estancias breves en otros centros extranjeros a beneficiarios del Subprograma de Formación del Profesorado Universitario, Orden Ministerial de 15 de junio de 2020). Este artículo se ha beneficiado de los comentarios y críticas constructivas de Miguel Azpitarte Sánchez, Kanad Bagchi, Angelo Jr Golia y Michael Ioannidis. Todos los errores restantes son exclusivamente míos. En el trabajo se emplearán estas abreviaturas: a) coord. o coords.: coordinador o coordinadores; b) cfr.: *confer* («compara»); c) ed. o eds.: edición, editor o editores; d) esp.: especialmente; e) *et al.*: *et alii* («y otros»); f) *ibid.*: *ibidem* («en el mismo lugar»); g) núm.: número; h) *op. cit.*: *opus citatum* («obra citada»); i) p. o pp.: página o páginas; j) ss.: siguientes; k): trad.: traducción.

protección de la libertad económica en sentido estricto) y la función potenciadora (garantía de la libertad económica sustantiva y su armonización con el resto de vertientes de la libertad humana).

**PALABRAS CLAVE:** Constitución económica; ordoliberalismo; legitimidad; dignidad humana.

**ABSTRACT:** Although it is a commonly used term in contemporary legal doctrine, the concept of “Economic Constitution” allows for widely varying, even conflicting, interpretations. The present contribution aims to outline the essential characteristics of this concept. Following a theoretical overview of the evolution of the Economic Constitution (especially its ordoliberal origins and the most significant alternative definitions at the European level), three basic features are proposed in order to ensure the vital stability of this norm. It is a legal and autonomous concept that consistently overlaps with the Political Constitution on two core areas (social and axiological). The vital interconnection of the two norms could justify the existence of a common criterion of legitimacy within the two Constitutions (the principle of human dignity). Lastly, two possible functions of the Economic Constitution are suggested: foundational (recognition of the market as a tool for the protection of economic freedom in a narrow sense) and enforcement (protection of substantive economic freedom and its harmonization with the other dimensions of human freedom).

**KEYWORDS:** Economic Constitution; ordoliberalism; legitimacy; human dignity.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. GÉNESIS. LA ESCUELA DE FRIBURGO. 2.1. Primeros intentos conceptuales: Constitución económica como Constitución del trabajo (*Arbeitsverfassung*). 2.2. La Constitución económica ordoliberal (*Wirtschaftsverfassung*). 2.2.1. Premisa básica: La democracia tiene efectos nocivos sobre el mercado. 2.2.2 Constitución económica ordoliberal: Definición y características. 2.2.2.1. *Fuerza normativa de la Constitución económica: el mercado como medio intrínsecamente democrático y justo*. 2.2.2.2. *Defensa constitucional del mercado*. 2.2.2.3. *Constitución económica y Constitución política*.—3. HACIA UN CONCEPTO FUNCIONAL CONSTRUIDO SOBRE LA BASE DE LA LIBERTAD. 3.1. Coexistencia de definiciones. 3.1.1. Autonomía conceptual reducida: constitución económica y pluralismo político. 3.1.2. Autonomía conceptual reforzada: la economía social de mercado. 3.2. Rasgos esenciales de un concepto en continua transformación 3.2.1. Un concepto que trasciende el ámbito temporal e ideológico de las definiciones concretas. 3.2.2. Un concepto jurídico. 3.2.3. Constitución política y Constitución económica: ámbitos de intersección. 3.2.4. Un concepto orientado hacia la protección de la libertad humana: funciones de la Constitución económica. 3.2.4.1. *Función constitutiva*. 3.2.4.2. *Función potenciadora*.—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

“Constitución económica” es un concepto ampliamente debatido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional.<sup>1</sup> No obstante, se observa la existencia de dos problemas fundamentales que subyacen a estos debates y que parecen imposibilitar la construcción de un concepto apto para responder a los retos pre-

<sup>1</sup> Sobre las distintas posiciones doctrinales existentes, véanse *infra* notas 3 y ss.

sentes. Por un lado, su origen ordoliberal —elemento incontrovertido— mantiene todavía una influencia considerable, adquiriendo aún mayor intensidad tras la crisis económica surgida en el 2008. Por otro, el espacio normativo nacional (alemán) al que inicialmente se aplicó el concepto (ordoliberal) resulta hoy indiscutiblemente superado por una compleja “constelación constitucional post-unitaria”.<sup>2</sup>

Así pues, algunas de las reflexiones académicas se centran exclusivamente en el contenido contemporáneo de la Constitución económica, con el fin de demostrar —o rechazar— la existencia de influencias ordoliberales y su pertinencia en las circunstancias presentes.<sup>3</sup> Otras aportaciones doctrinales enfocan las lentes teóricas sobre las presuntas colisiones entre Constituciones económicas en un marco transnacional, abogando por un “constitucionalismo sin Estado” (*societal constitutionalism*).<sup>4</sup> Por último, numerosos análisis jurídicos evidencian el impacto de la Constitución económica de la Unión Europea sobre los ordenamientos nacionales, predominando las consideraciones críticas acerca de las transformaciones observadas a raíz de la crisis financiera.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Matthias GOLDMANN, “Discretion, Not Rules: Post-Unitary Constitutional Pluralism in the Economic and Monetary Union”, *Social Science Research Network*, 30.11.2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3103641> (última consulta: 10.04.2021). A pesar de la variedad de metodologías empleadas en la doctrina jurídica, la insuficiencia de una óptica nacional para la resolución de conflictos contemporáneos es un elemento comúnmente aceptado. Por otro lado, el conflicto entre el respecto de las reglas jurídicas y la discrecionalidad económica (modulada por el principio de proporcionalidad) ha quedado plasmado también en el diálogo judicial existente entre el *Bundesverfassungsgericht* y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: asuntos *Gauweiler*, de 16 de junio de 2015 (EU:C:2015:400), y *Weiss*, de 11 de diciembre de 2018 (EU:C:2018:1000).

<sup>3</sup> Términos como *ordoliberal Europe* [Mark BLYTH, *Austerity. The history of a dangerous idea*, Oxford University Press, Oxford, 2015 (p. 141)] u *ordoliberalization of Europe* [Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), “Introduction”, *The birth of austerity. German ordoliberalism and contemporary neoliberalism*, Rowman Littlefield International, London–New York, 2017 (p. 9)] ponen de manifiesto el objeto de análisis mencionado. En oposición, y defendiendo una progresiva deslegalización de la gobernanza económica tras la crisis (contrario a los postulados ordoliberales), véase Josef HIEN; Christian JOERGES, “Dead man walking? Current European interest in the ordoliberal tradition”, *European Law Journal*, núm. 24, 2018, pp. 142-162 (esp. pp. 155 y ss). En la misma línea, argumentando una actitud basada en el egoísmo nacional y no específicamente en postulados ordoliberales, cfr. Brigitte YOUNG, “Is Germany’s and Europe’s Crisis Politics Ordoliberal and/or Neoliberal?”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.* (esp. pp. 222 y 229). Véase, también, en defensa de un pragmatismo político incongruente con los principios ordoliberales en la gestión de la crisis: Lars P. FELD; Ekkehard A. KÖHLER; Daniel NIENTIEDT, “Ordoliberalism, pragmatism and the eurozone crisis: How the German tradition shaped economic policy in Europe”, *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungökonomik*, núm. 4, 2015. Disponible en: <https://www.econstor.eu/handle/10419/111262> (última consulta: 10.04.2021).

<sup>4</sup> Gunther TEUBNER, “Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism”, *The Italian Law Journal*, núm. 1, 2015; *Idem*, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Para un análisis revelador sobre la teoría del constitucionalismo social (en el sentido aquí empleado), cfr. Angelo Jr. GOLIA, “Costituzionalismo sociale (teoría del)”, en Rodolfo SACCO (dir.), Raffaele BIFULCO; Alfonso CELOTTO; Marco OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg. VII, UTET, Milano, 2017 (esp. pp. 238 y ss.).

<sup>5</sup> En este punto, la bibliografía es inabarcable. Cfr., sobre todo: Kaarlo TUORI; Klaus TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Michael

Admitiendo la evidente relevancia de las cuestiones mencionadas, se considera, sin embargo, que los diferentes enfoques ponen de manifiesto una circunstancia que condiciona la propia definición conceptual de la Constitución económica. Concretamente, esta se encuentra en la intersección de diferentes disciplinas científicas (entre las cuales destacan la Economía y el Derecho) y de ordenamientos jurídicos autónomos pero interrelacionados (como mínimo, el nacional y el supranacional). A su vez, la Constitución económica supranacional es el epicentro integrativo de la soñada “unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos”. En este contexto, el alcance actual del concepto analizado debería responder simultáneamente a retos de distinta naturaleza; además, sin producir menoscabos irreversibles en la función social de cada uno de los elementos entrecruzados y sin perder ella misma su función integradora.

Como más adelante se verá, la presunta vocación integradora de la Constitución económica apareció ya incorporada en el programa ordoliberal. Pero la misma dependía de la aplicación sistemática del mismo, en cuya base fácilmente se entrevén los ecos ya familiares del “*there is no alternative*”. En pocas palabras, el ordoliberalismo se encuentra en el origen del concepto de Constitución económica; por esta sola razón, debería merecer cierta atención en el estudio jurídico. Si se trata de postulados que han influido en la construcción europea, y hasta qué punto, todavía se debe demostrar.<sup>6</sup> Pero lo fundamental para este trabajo es determinar qué rasgos del concepto inicial pueden servir para la reconstrucción actual, desde la óptica del constitucionalismo entendido como herramienta de resolución de conflictos (sociales, políticos o económicos<sup>7</sup>), con el fin último de garantizar la libertad.

---

IOANNIDIS, “Europe’s New Transformations: How the EU Economic Constitution changed during the eurozone crisis”, *Common Market Law Review*, núm. 53, 2016, pp. 1237-1282; Agustín J. MENÉNDEZ, “La mutación constitucional de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, septiembre-diciembre 2012, pp. 41-98; Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, “El capitalismo sin mercado financiero y sus consecuencias sobre el Estado constitucional. Crónica política y legislativa del año 2012”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril, 2014, pp. 151-179; Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, pp. 91-107.

<sup>6</sup> Contrario a la opinión general respecto de la influencia ordoliberal en la Constitución económica positiva de la Unión, se ha sostenido que su configuración actual respondería a postulados neoliberales que se enmarcan en el debate internacional de finales de años sesenta entre keynesianismo y monetarismo: Brigitte YOUNG, *op. cit.*; Lars P. FELD *et al.*, *op. cit.* En el mismo sentido, cfr. Josef HIEN; Christian JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

<sup>7</sup> Sobre la vocación aplicativa de la Constitución y la función de resolución de conflictos como condición de su normatividad, véase Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, “Constitución del pluralismo y método jurídico”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 447-459 (esp. pp. 449-450). Cfr., asimismo, Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, “Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización”, en Miguel Á. PRESNO LINERA (coord.), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos, núm. 8, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014 (esp. p. 72). Por último, para una propuesta de constitucionalismo social específicamente construida sobre el “Pacto entre Capital y el Trabajo” (dada su “contradicción básica”), cfr. Carlos DE CABO MARTÍN, “El Tratado Constitucional Europeo y el Constitucionalismo del Estado social”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 199-213 (esp. p. 201).

El presente trabajo se compone de dos partes teóricas: en la primera, esencialmente descriptiva, se analizan los orígenes conceptuales de la Constitución económica (2.) y las dos principales interpretaciones existentes a nivel europeo (3.1.). En la segunda parte del trabajo se reflexionará —bajo la fórmula de una contribución prescriptiva conceptual— acerca de las posibles características esenciales de la Constitución económica, desde la perspectiva de la garantía de la libertad; incidiéndose sobre la relación entre la Constitución económica y la Constitución política y sus respectivas esferas de autonomía (3.2).

## 2. GÉNESIS. LA ESCUELA DE FRIBURGO

### 2.1. Primeros intentos conceptuales: Constitución económica como Constitución del trabajo (*Arbeitsverfassung*)

El término aquí estudiado surgió en la Europa occidental de los inicios de siglo XX; concretamente en 1919, en Weimar. Su mera formulación permite identificar una voluntad de resolución de convulsiones socioeconómicas propias de aquel tiempo. En este sentido, la propuesta intelectual del positivismo jurídico se reducía a un concepto de validez de la Constitución, rechazándose la necesidad de incluir el sistema económico en el programa metodológico de la época. En cambio, en el terreno de las ciencias económicas se negaba cualquier papel del Estado en la organización y funcionamiento del mercado.<sup>8</sup>

Con la Constitución de Weimar, sin embargo, se empieza a construir una vía conceptual novedosa sobre los terrenos movedizos del “problema social”, hasta entonces en profunda desconexión con el positivismo jurídico del momento. Desde la perspectiva económica liberal-clásica, se intentaba dar respuesta al conflicto entre el capital y el trabajo<sup>9</sup>, con el propósito último de defender la autonomía del mercado. Desde la óptica jurídica, se iniciaba la búsqueda de fórmulas garantizadoras de la efectividad del Estado frente a los retos de la economía capitalista (especialmente el fenómeno de la técnica) y de resolución de tensiones inherentes entre la libertad y el mercado.<sup>10</sup> En otras palabras, se sometía a juicio la suficiencia de la igualdad formal para la garantía de la libertad en la democracia capitalista.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Knut WOLFGANG NÖRR, “«Economic constitution»: On the roots of a legal concept”, *Journal of Law and Religion*, vol. 11, núm. 1, 1994-1995 (p. 345).

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> En particular, sobre la expansión de la técnica como fenómeno incontrolable y su efecto desestabilizador para el Estado, véase Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. J. Nicolás Muñiz y L. López Guerra, CEPC, Madrid, 2013 (esp. pp. 51, 54-55).

<sup>11</sup> En cuanto a la oposición inherente entre capitalismo y libertad, véase: Fernando DE LOS RÍOS, *El sentido humanista del socialismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006. Especialmente ilustrativa resulta la caracterización del capitalismo como “Némesis” de “lo humano”, “por su indiferencia, cuando no hostilidad” (p. 116).

En este sentido, las disposiciones contenidas en la Constitución de Weimar son un buen reflejo de los nuevos retos del constitucionalismo de principios de siglo xx. A pesar de su fatídico desenlace histórico en la penumbra nacionalsocialista, la experiencia de Weimar deja constancia escrita de un primer intento conceptual de “Constitución económica”. Concretamente, su Capítulo V, dedicado a la “vida económica”, señalaba una primera toma de conciencia constitucional acerca del problema social y su relación con el sector económico.

Partiendo del principio genérico de libertad en la vida económica (art. 151), se formulaban limitaciones a la cosmovisión individualista de la sociedad; limitaciones que derivarían de “los principios de justicia, con el objetivo de garantizar a todos la procura de una existencia humanamente digna”.<sup>12</sup> Pero el verdadero germen de la “Constitución económica” aparecía en el art. 165, en el que se anclaba un sistema de Consejos. En concreto, se plasmaba la creación de Consejos de obreros de empresa y económicos de circunscripción, a través de los cuales se perseguía la tutela de intereses colectivos. Lo fundamental de esta construcción era, pues, que, a través de la participación conjunta con los trabajadores, los empresarios dejaban de ser “los dueños exclusivos de la economía”.<sup>13</sup>

Este sistema culminaba con un Consejo Supremo de Economía del *Reich*, estructurado “de manera que [tuvieran] representación en su seno todos los grupos profesionales importantes de acuerdo con su significación económica y social” (art. 165). Con ello, se introducía —al menos teóricamente— un contrapeso político a las decisiones de la mayoría coyuntural, pues el Gobierno del *Reich* debía someter a informe de este Consejo “todos los proyectos de leyes político-sociales y político-económicas de importancia fundamental, [...] antes de presentarlos” (art. 165). Además, se le reconocía el derecho de iniciativa legislativa y defensa del proyecto ante el *Reichstag* aun cuando el Gobierno del *Reich* estuviera en disconformidad.

A pesar de su reducida relevancia práctica y la inferior posición constitucional respecto de otras propuestas planteadas en la asamblea constituyente (reconocimiento del derecho de veto, facultad de convocar referéndum en caso de desacuerdo con el *Reichstag*, o, incluso, la plena paridad política con el Parlamento)<sup>14</sup>, su mero reconocimiento en la Constitución textual permite encontrar el primer rastro conceptual de “Constitución económica”.

La positivización constitucional del sistema de consejos aparecía impregnada de un determinado significado teórico, formulado por el jurista alemán Hugo Sinzheimer en el intento de armonizar la democracia liberal con el socialismo. Bajo esta visión, la economía debía integrar a ambos factores (capital y traba-

---

<sup>12</sup> Ottmar BÜHLER, “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos” [1929], trad. J. Rovira Armengol, en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010 (pp. 313-314).

<sup>13</sup> Costantino MORTATI, “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar” [1946], trad. J. L. Aja Sánchez, en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010 (p. 61).

<sup>14</sup> *Ibid.* (pp. 37-38).

jo); una integración que tendría como objetivo último el bien común en materia socioeconómica.<sup>15</sup>

La materialización de esta idea se debía realizar a través del Derecho. Así, empresarios y trabajadores convergerían en un cuerpo común de regulaciones autoimpuestas. De este modo, la clase trabajadora se liberaría de la subordinación al capital, al aparecer igualadas sus posiciones en la toma de decisiones en materia económico-social.<sup>16</sup> La Constitución económica formulada de este modo cumpliría la función de limitar el poder de los empresarios en la economía capitalista y garantizar la protección de la clase más vulnerable. Se produciría con ello una democratización del sector económico, al estar formado ahora el sujeto decisorio por los dos grupos mencionados.<sup>17</sup>

Resulta llamativo, sobre todo, el lugar que la Constitución económica de Sinzheimer ocupaba en la clásica jerarquía normativa del positivismo jurídico. En concreto, la normatividad de la *Arbeitsverfassung* descansaba sobre una base autónoma, desvinculada de la Constitución política.<sup>18</sup> No obstante, su mecánica originaria sería similar al nacimiento de las Constituciones civiles: el sujeto colectivo (en este caso, empresarios y trabajadores) se someten democráticamente al pacto constitutivo, en la búsqueda del bien común en materia económico-social. Por ello, los individuos estarían, a la vez, vinculados por dos Constituciones paralelas y tendrían la simultánea consideración de “ciudadanos económicos” y “ciudadanos del Estado”.<sup>19</sup>

La construcción conceptual aquí descrita fue inédita no solo por la introducción de un término novedoso —que, a partir de ese momento sería sometido a debates doctrinales y políticos incesantes hasta hoy—, sino también por su paradójico destino. En efecto, aunque el concepto de Constitución económica apareció con la fallida Constitución de Weimar, desde su propio nacimiento habría tenido la vocación de desvincularse de la Constitución política.

La clave del asunto reside en el hecho de que, una vez desvinculadas desde el punto de vista teórico, la Constitución económica se liberaría también de los problemas de normatividad de la Constitución política, tan vehementemente criticados en la época y que finalmente llevaron a su derrumbe.<sup>20</sup> Tal separación podría explicar, entonces, que la posterior gestación ordoliberal del concepto aquí analizado hubiese

<sup>15</sup> Hugo SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Fischer Verlag, Jena, 1927 (p. 208).

<sup>16</sup> Ruth DUKES, “A Global Labour Constitution?”, *Queen’s University Belfast School of Law, Enlighten: Publications*, 2014 (p. 4). Disponible en: <http://eprints.gla.ac.uk/76158/1/76158.pdf> (última consulta: 10.04.2021).

<sup>17</sup> *Ibid.* (p. 1).

<sup>18</sup> Gunther TEUBNER, “Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism”, *cit.* (p. 6).

<sup>19</sup> *Ibid.* (p. 7).

<sup>20</sup> La recepción del concepto de Constitución económica definido según el impulso socialista quedó ilustrada, por ejemplo, en el art. 1 de la Constitución española de 1931: “España es una República democrática de trabajadores de toda la clase”; en Italia: “*L’Italia e’ una Repubblica [...], fondata sul lavoro*” (art. 1. Const. italiana, 1947); y más tarde en las Constituciones soviéticas, por ejemplo, Rumania: “*Republica Socialistă România este stat al oamenilor muncii*” (art. 1. Const. rumana, 1965).

encontrado menores obstáculos durante el período nacionalsocialista, hasta el punto de generarse suspicacias sobre la posible cooperación de algunos de los representantes de la Escuela de Friburgo con el régimen totalitario.<sup>21</sup>

## 2.2. La Constitución económica ordoliberal (*Wirtschaftsverfassung*)

La ciudad de Friburgo fue el terreno que acogió la “combustión intelectual espontánea”<sup>22</sup> de tres científicos identificados con la primera generación ordoliberal: Walter Eucken, Franz Böhm y Großmann-Doerth. La figura central de la Escuela de Friburgo fue Eucken, profesor de Economía política e hijo del reconocido filósofo Rudolf Eucken. En cambio, Böhm y Großmann-Doerth eran ambos juristas, resultando especialmente relevante el trabajo empleado por Böhm en el Ministerio de Economía a partir de 1925 (hasta la llegada del régimen totalitario), tratando de forma específica la problemática de los cárteles económicos.

### 2.2.1. Premisa básica: La democracia tiene efectos nocivos sobre el mercado

Además del documento programático ordoliberal —que más adelante se analizará—, la obra de Walter Eucken resulta reveladora para un primer acercamiento al pensamiento aquí analizado. Más concretamente, se partirá del texto publicado 1932<sup>23</sup> en el que se refleja con claridad una de las premisas básicas de la nueva ideología de germen liberal: la democracia debilitaría la capacidad de funcionamiento y expansión del capitalismo. En este trabajo, Eucken realiza un diagnóstico propio de la crisis del capitalismo evidenciada con la Gran Depresión, desmintiendo la posible pérdida de dinamismo intrínseco del mercado. En cambio, se sostiene que tal crisis se relacionaría con factores externos que alterarían sus bases de funcionamiento eficaz. En particular, a raíz de la apertura moderna del Estado al “poder diabólico

<sup>21</sup> Particularmente en relación con W. Eucken. A pesar de su pertenencia documentada a círculos intelectuales contrarios al régimen, en el período nacionalsocialista no emigró y siguió desarrollando su actividad científica especialmente en el marco de la Academia de Derecho Alemán (*Akademie für Deutsches Recht*) fundada en 1933-1934 y desde la cual se presentaban recomendaciones a los detentadores totalitarios del poder. Cfr. Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.* (p. 42). En sentido contrario, y argumentando la existencia de una “lucha silenciosa” desde Friburgo contra el régimen, cfr. David J. GERBER, “Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the «New Europe»”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, núm. 25, 1994 (p. 30). Disponible en: [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fac\\_schol](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fac_schol) (última consulta: 10.04.2021). Por otro lado, es preciso destacar aquí la preocupación que subyace en la obra de F. Böhm, acerca de la destrucción de la concentración de poder a través de la libre competencia (entendida como garantía de un espacio de libertad para el individuo): Stefan KOLEV, “Ordoliberalism”, en Alain MARCIANO; Giovanni B. RAMELLO (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, New York, 2017, [https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6\\_618-3](https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6_618-3) (pp. 138-139).

<sup>22</sup> David J. GERBER, *op. cit.* (p. 29).

<sup>23</sup> “Structural Transformations of the State and the Crisis of Capitalism”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, trad. K. Tribe (pp. 51-72).

del pueblo”<sup>24</sup> se habría producido una transformación del Estado liberal en “Estado económico”.

En el texto subyace una actitud nostálgica hacia el Estado liberal de finales de siglo XIX, cuya separación de la sociedad civil había creado el espacio adecuado para que el empresario —figura central en la primera ola de expansión del capitalismo— pudiera realizar sus intereses económicos privados. La democratización del Estado a través de la universalización del sufragio y el nivel de industrialización alcanzado durante la época de Weimar habían significado para Eucken una “decadencia” en la organización del Estado y la sociedad.<sup>25</sup>

El espacio requerido para el desarrollo natural de las relaciones económicas orientadas según el mecanismo del precio habría sido ocupado por un Estado económico que ya no actuaría según “la razón de Estado”, sino según los intereses privados que este intentaría complacer para reconstruir su legitimidad. En pocas palabras, con la democracia de masas, el Estado habría perdido su independencia decisional y se encontraría sometido a los requerimientos de los grupos de presión. La crisis del capitalismo se atribuye, por tanto, a la imbricación del Estado con la sociedad o, lo que es lo mismo según Eucken, a la “politización” de la economía.<sup>26</sup>

De ahí que el Estado intervencionista representara no solo un obstáculo para la economía por el ahogamiento de su espacio vital, sino que se traduciría en un sometimiento del mercado a las “fuerzas caóticas de las masas”.<sup>27</sup> Y eso debido, en primer lugar, a la imposibilidad técnica de una autoridad central de conocer las necesidades y recursos en cada mercado específico; en segundo lugar, al efecto nocivo que esta intervención tendría sobre el mecanismo del precio<sup>28</sup>, formado según la dinámica básica de la competencia.

Pero, sobre todo, se observa en la obra de Eucken una objeción de principio en relación con el Estado intervencionista: según él, la desaparición de la religión como fuerza orientadora del individuo crearía en la sociedad un “vacío insoportable” que se perseguiría suplir a través de la creencia casi mística en un Estado como entidad sobrehumana.<sup>29</sup> Según el autor, la expansión capitalista solo se podría realizar en ausencia del Estado, y más concretamente, a través de la conformación de relaciones económicas según el principio básico de la competencia.

---

<sup>24</sup> *Ibid.* (p. 69). Trad. propia.

<sup>25</sup> *Ibid.*, (pp. 55-56).

<sup>26</sup> *Ibid.*, (pp. 61, 63, 66).

<sup>27</sup> *Ibid.*, (p. 63).

<sup>28</sup> Semejanza evidente con el pensamiento neoliberal de la Escuela Austriaca: “*The main point is [...] that nobody knows except in so far the market tells him*”, Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. II, *The Mirage of Social Justice*, 1998, Routledge, London (p. 77).

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 58. El rechazo ordoliberal del Estado intervencionista se puede encontrar con mayor evidencia en la exposición de los dos tipos abstractos de sistemas económicos, en: Walter EUCKEN, “The Different Types of Economic System” [1940], en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, trad. T.W. Hutchison (pp. 73-80).

Todo lo anterior se explicaría, en última instancia, a través de la función metajurídica del principio de libre competencia, siendo esta, en realidad, una herramienta para la materialización de la propia libertad del individuo. Como consecuencia de esta idea, la intervención estatal se traduciría evidentemente en una intromisión en la libertad. De un lado, porque se obstaculizaría la libre realización de planes empresariales guiados en función del precio en el mercado<sup>30</sup>; de otro, porque se imposibilitaría la libre toma de decisiones de los trabajadores acerca de la prestación de sus servicios en las empresas más adecuadas, según su nivel de preparación y expectativas.<sup>31</sup>

En pocas palabras, la politización de la economía a raíz de la democratización del Estado y su consiguiente conversión en “Estado económico” suprimiría el espacio vital del mercado (y de sus participantes) para desarrollarse libremente. Es más, en su búsqueda de legitimidad, el Estado mismo se encontraría sometido a intereses privados, que naturalmente deberían materializarse en el mercado, y no en la política. Según Eucken, el Estado debería reconocer dichos peligros y evitar su imbricación directa con el mercado. La única solución viable para la salvación del Estado (y del mercado) sería, entonces, la liberación pública de la fuerza anárquica de las masas en materia económica.<sup>32</sup>

No obstante, el paradigma del *laissez faire* absoluto también se consideraba incapaz de responder a los nuevos retos del capitalismo avanzado. De este modo, el propio Eucken se plantea la pregunta natural que surge a raíz de esta exposición: ¿Existe una tercera vía?<sup>33</sup> Se llega, así, al objetivo primordial del ordoliberalismo: la construcción de una nueva alternativa, apta para asegurar el libre desenvolvimiento de la economía, pero aceptándose implícitamente una premisa ya explicada. En particular, el entendimiento del mercado como espacio primordial para la realización de la libertad individual, bajo la liberación de las fuerzas destructivas de la democracia de masas. Esta tercera vía ordoliberal apareció oficialmente reconocida por los propios representantes de Friburgo en el documento titulado “Nuestra Tarea” (*Unsere Aufgabe*), publicado el 1936 y firmado por Eucken, Böhm y Großmann-Doerth<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Walter EUCKEN, “What is the Competitive Order”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, trad. M. Everson, pp. 99-107 (p. 103).

<sup>31</sup> Walter EUCKEN, “Competition as the Basic Principle of the Economic Constitution” [1942], en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, trad. K. Tribe, pp. 81-98 (p. 95).

<sup>32</sup> Walter EUCKEN, “Structural Transformations of the State...”, *cit.* (pp. 68-69).

<sup>33</sup> Walter EUCKEN, “Competition as the Basic Principle...”, *cit.* (p. 88).

<sup>34</sup> En la traducción inglesa se conoce como *The Ordo Manifesto of 1936*. En adelante, se encontrará referido como “el *Manifesto Ordo*”, o simplemente “el *Manifesto*”.

## 2.2.2. Constitución económica ordoliberal: Definición y características

### 2.2.2.1. Fuerza normativa de la Constitución económica: el mercado como medio intrínsecamente democrático y justo

La Constitución económica ordoliberal se define como “una decisión política general” acerca de “cómo se debe estructurar la vida económica de la nación”.<sup>35</sup> Se trata de una “decisión jurídicamente vinculante”<sup>36</sup> que crea un orden económico determinado, yuxtapuesto al orden político existente. Un primer acercamiento a la definición ordoliberal de la Constitución económica pone de relieve la semejanza entre las finalidades de esta con la teoría clásica de la Constitución, en la cual la norma suprema está destinada asimismo a la ordenación y limitación del poder.

Sin embargo, esta vez se trataría de una materia presuntamente separable de los objetivos constitucionales tradicionales. A pesar de esta distinción, la justificación de la Constitución económica como instrumento jurídico de equilibrio contra exacerbadas acumulaciones de capital o poder —en particular, los monopolios o los cárteles económicos desfigurarían la “justa” estructuración del precio en el mercado— no residiría meramente en la lógica propia del mercado. Al contrario; se trataría, según F. Böhm, de una exigencia derivada de la propia idea de libertad política y, como tal, debería enmarcarse en las preocupaciones de todo ciudadano, y no solo en los “círculos de expertos”.<sup>37</sup>

Esta idea podría explicar, a la luz de la construcción ordoliberal, la insuficiencia de la Constitución económica ideada por Hugo Sinzheimer. La inserción de los “grupos afectados” (empresarios y trabajadores) como “poder constituyente” en la Constitución económica produciría, en realidad, un mayor perjuicio a la libertad que la propia salvación de la opresión capitalista que se perseguía. La reducción del círculo de decisión parlamentaria a las clases mencionadas evidenciaría una debilidad de la clase política, que además abriría las puertas al temido sometimiento del Estado al interés privado.<sup>38</sup>

La presunta afectación de la libertad política a consecuencia de la concentración del poder económico se sustenta en una argumentación más amplia, que ilustra la cosmovisión ordoliberal. En concreto, el sistema capitalista contendría una “fuerza” intrínseca —el mecanismo de formación del precio— que garantizaría el máximo grado de libertad posible para el ciudadano (sea este empresario, trabajador o consumidor). Por su articulación conforme a los principios de necesidad, justicia y razo-

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Franz BÖHM, “Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution”, trad. M. Everson, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, pp. 115-120 (pp. 115-116).

<sup>37</sup> Franz BÖHM, “Decartelisation and De-concentration. A Problem for Specialists or a Fateful Question?”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, trad. M. Everson, pp. 121-135 (p. 122).

<sup>38</sup> *Ibid.* (p. 123).

nabilidad, este mecanismo convertiría al mercado en un espacio “libre de cualquier arbitrariedad”, en el que la posición inicial de sus participantes sería la de ausencia de poder generalizada.<sup>39</sup>

En particular, el sistema de precios articulado según la lógica de la competencia se define en los textos ordoliberales como una carga necesaria para todo participante en el mercado. Sin embargo, sería una carga ausente de coerción, en tanto que empresarios y consumidores aceptan libremente el precio establecido. La clave del asunto reside en que dicha aceptación no se fundamenta en última instancia en consideraciones metajurídicas (como en la Constitución política), sino en razones de utilidad y razonabilidad: las compras y las ventas se realizan a un determinado precio simplemente porque no existe una alternativa económicamente más satisfactoria. Y, en todo caso, en una *reductio ad absurdum*, cualquier participante en el mercado que debiera decidir por sí solo sobre el precio “justo”, se decantaría sobre la ausencia de onerosidad.<sup>40</sup>

La libre formación del precio representaría, pues, “un continuo procedimiento de otorgación de votos”, convirtiendo al mercado en la “expresión más perfecta de la democracia de masas”.<sup>41</sup> Su dinámica basada en la competencia garantizaría la confianza y suficiente previsibilidad para que los actores económicos realicen y desarrollen —con menor y mayor éxito— sus planes, reiterando así su aceptación continuada en el tiempo. De este modo, la configuración ordoliberal de la Constitución económica, al ser intrínsecamente democrática, lograría despojar el nuevo orden de las tan debatidas precondiciones de normatividad de la Constitución política —en particular, la existencia de un pueblo como entidad homogénea sobre el que descansa el principio jurídico de soberanía popular—. <sup>42</sup>

La ausencia de coerción inherente a la fuerza del mercado extinguiría, así, las necesidades de argumentación referidas a la legitimidad. La Constitución económica se configura, entonces, como un contralímite jurídico permanente a los centros de poder formados artificialmente, esto es, actores que se sustraen intencionadamente a la dinámica natural del mercado. Pero la lógica de tal limitación constitucional reside en una presunción ordoliberal de justicia del mercado, en cuanto espacio vital para el desarrollo libre del individuo, con base en el principio de competencia perfecta.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> *Ibid.* (p. 128).

<sup>40</sup> *Ibid.* (p. 127).

<sup>41</sup> *Ibid.* (p. 128).

<sup>42</sup> Véase, en este punto, especialmente Ernst W. BÖKENFÖRDE, “La democracia como principio constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

<sup>43</sup> La competencia perfecta es un tipo ideal de mercado en el que todos los actores económicos aceptan los precios como un dato, sin posibilidad de monopolizar algún sector económico. Al existir, sin embargo, tal posibilidad en la realidad, la regulación estatal deberá suplir esta imperfección en cada caso concreto “como si” se tratara de una competencia perfecta. Esta pretensión básica del ordoliberalismo ha sido uno de los puntos esenciales de objeción en el pensamiento crítico de M. Foucault, para el cual el principio de competencia perfecta sería la manifestación por excelencia de una ideología del poder. Michel FOUCAULT, *The Birth of Biopolitics*, Picador, New York, 2008 (esp. p. 120).

Lo anterior pone de manifiesto la existencia de un vínculo indirecto entre la ordenación constitucional económica y la libertad individual. A diferencia de la Constitución política, la Constitución ordoliberal crea un orden económico nuevo alrededor de un mercado que por naturaleza se presenta como democrático y justo, y, por ende, externo *per se* a debates morales aptos de disminuir su legitimidad.<sup>44</sup> Al introducir un blindaje jurídico de “justicia” del precio, la Constitución económica nacería con una garantía intrínseca de aceptación por parte de los actores económicos.

#### 2.2.2.2. Defensa constitucional del mercado

La presunción analizada hasta aquí explica también el resto de las características que delimitan el concepto ordoliberal de Constitución económica. Sus finalidades se podrían reformular en términos de defensa constitucional del mecanismo de formación del precio. A diferencia del *laissez faire*, la autonomía del mercado se protege no a través de una deferencia política hacia sus dinámicas espontáneas, sino por medio de un reconocimiento constitucionalizado de sus virtudes. Como consecuencia, el Estado “enemigo” de la economía se convierte, con el ordoliberalismo, en cooperador necesario. En un primer momento, actúa como sujeto decisorio sobre el cómo de la ordenación económica del país (fase constitutiva); posteriormente, será el garante de la Constitución económica (fase constituida).

La división temporal en dos fases resulta conveniente para el entendimiento de los principios constitutivos del nuevo orden económico y de la *Ordnungspolitik*. En la primera etapa, se identifica el origen de un criterio de legitimidad al margen de consideraciones morales, basado en el conocimiento técnico y la funcionalidad práctica.<sup>45</sup> Evidentemente, en la toma de la decisión política acerca del *cómo*, serían los científicos de la Economía los responsables de informar sobre las alternativas; más concretamente, sobre la necesidad de su descarte (*laissez faire*; intervencionismo) y la implementación constitucional de instrumentos para luchar contra cualquier amenaza de distorsión del precio: privada (ej., principio de libre competencia) o pública (ej., principio de estabilidad monetaria). En ausencia de tales instrumentos, la economía se encontraría, pues, en un temido estado anárquico.

Es más, partiendo de la presunta debilidad moderna del Estado a causa de su democratización, la Constitución económica sería asimismo un instrumento de salvación pública, extrayéndose de las manos estatales las herramientas de politización de la Economía (ej. estabilidad monetaria garantizada por una autoridad independiente). Por otro lado, queda también excluida una posible protección constitucional de la clase más vulnerable (trabajadores) defendida por los argumentos del Estado intervencionista clásico. Al partir todo actor económico de una posición generalizada de vulnerabilidad —ya que no se puede planear más allá de lo que dicta la información

---

<sup>44</sup> Franz BÖHM, “Economic Ordering as a Problem of Economic Policy... *cit.*” (p. 118).

<sup>45</sup> *Ibid.*

ofrecida por el precio, igual para todos—, la presunta desprotección del trabajador sería, en todo caso, el mal menor entre las alternativas existentes.<sup>46</sup>

La fase de instauración de la Constitución económica plantea la pregunta esencial sobre su relación con la Constitución política. A pesar del sustento legitimador primordialmente práctico y técnico de la primera, la intervención estatal en asegurar el mantenimiento del orden económico establecido crea un vínculo directo con la Constitución política. A fin de no poner en peligro la obediencia ciudadana, la Constitución económica encontraría también sus límites en las reglas y principios básicos de convivencia establecidos en la Constitución política. De esta última se pueden extraer las fronteras del orden económico; el orden político indicaría, pues, las orientaciones que no se pueden seguir en el ámbito económico.<sup>47</sup>

Sin embargo, la Constitución (política) sería insuficiente, según la visión ordoliberal, para determinar todos los principios que deben ordenar el ámbito económico. De este modo, aparece un requisito adicional de precisión en el concepto aquí estudiado. Sin la Constitución económica, la norma suprema de ordenación de la comunidad política quedaría incompleta. Pero, sin la concreción mencionada, la Constitución económica sería un concepto vacío.

### 2.2.2.3. Constitución económica y Constitución política

La relación entre las dos Constituciones se definiría, entonces, a través de una secuencia de decisiones políticas: la primera crea la comunidad política, con su propia lógica (siendo necesario acudir también a consideraciones de naturaleza moral para fundamentar su legitimidad); la segunda crea el sistema económico más favorable a los requisitos de libertad (en este caso, el blindaje del mercado capitalista, con su mecanismo de formación del precio).

La idea central de impedir cualquier opacidad en el mercado (más concretamente, de la información suministrada por el precio) permite el desarrollo teórico de las dos fases de la Constitución económica mencionadas. En la primera etapa aparecerían, entonces, los “principios constitutivos”<sup>48</sup>, esto es, las líneas estructurales que instauran y explican el funcionamiento del orden económico; además, tendrán la función de guiar la actuación estatal en la protección del mercado constitucionalizado. Entre estos principios se encuentran, en orden de importancia: el correcto funcionamiento del sistema del precio; la primacía de la política monetaria (estabilidad monetaria); el libre mercado; la garantía de la propiedad privada; la libertad contractual; la responsabilidad (jurídica de los propios actos) y la continuidad de la política económica (evitar cambios frecuentes en la política económica).<sup>49</sup>

<sup>46</sup> *Ibid.* (p. 131).

<sup>47</sup> Por ejemplo, la “autodeterminación” del pueblo en sentido comunista nunca sería compatible con una economía basada en la libre competencia.

<sup>48</sup> Walter EUCKEN, “What is the Competitive Order”, *cit.* (pp. 104-106).

<sup>49</sup> David J. GERBER, *op. cit.*, pp. 47-48. Lars P. FELD *et al.*: *op. cit.* (pp. 13-14).

La segunda fase se refiere al reconocimiento de “principios de regulación” (*regulative principles*), que tienen la misión de garantizar la aplicación de los principios constitutivos.<sup>50</sup> En realidad, la segunda etapa se refiere al cumplimiento eficaz de la norma orientadora de la economía y proyecta como actor esencial al Estado, a través del *Ordnungspolitik* (“la política del orden”). Esta última se implementa mediante la regulación de soluciones concretas y es necesaria para asegurar la coherencia sistemática de la actividad económica a lo largo del tiempo.

En este sentido, la Constitución monetaria ordoliberal se construye como otro pilar sustentador del sistema ordoliberal en su conjunto. Al existir una interdependencia entre todos los elementos que influyen en la implementación de la decisión política en materia económica, el valor de la moneda (como unidad de intercambio en el mercado libre) también tendría el potencial de afectar, primero, al cálculo individual de los planes económicos y, después, como parte del sistema, a la coordinación en sentido amplio de la economía.<sup>51</sup>

Se observa, por tanto, que la primacía de la estabilidad de precios y la sustracción de su aseguramiento de las manos políticas son principios ordoliberales que persiguen primordialmente la construcción de una base económico-constitucional de defensa de la información suministrada por el precio. La estabilidad de la moneda se configura, en definitiva, como “una precondition vital” para el funcionamiento adecuado del orden competitivo, y se define, según los representantes de Friburgo, en términos de ausencia de inflación o deflación significativas.<sup>52</sup>

Todo lo anterior demuestra que el concepto ordoliberal de Constitución económica introduce, en realidad, un programa constitucional basado en la presunción de justicia, necesidad y razonabilidad del precio en un mercado libre. Su protección justifica la existencia de los principios constitucionales estudiados y la proyección de un Estado “fuerte”, liberado de las fuerzas anárquicas del pluralismo político. Su papel de garante del orden económico a través del *Ordnungspolitik* le salva de su antigua posición de “enemigo” de la economía, pues su actuación no puede ir más allá de lo constitucionalmente permitido. Tal salvación se extiende en el tiempo debido a la vocación de permanencia de la Constitución económica; de manera que este concepto no representa solo una garantía de la economía capitalista, sino también, un instrumento de prevención para futuras “amenazas” de la misma (ej. expectativas ciudadanas de un Estado prestacional).

---

<sup>50</sup> Entre estos principios se encuentran, por ejemplo, el principio de libre competencia, la prohibición de la competencia desleal...

<sup>51</sup> Walter EUCKEN, “The Different Types of Economic System”, *cit.*, (p. 79).

<sup>52</sup> Walter EUCKEN, “Competition as the Basic Principle...”, *cit.* (p. 94). No obstante, la positivización del principio de estabilidad monetaria en el orden jurídico alemán no se produjo hasta el 1957, con el *Bundesbankgesetz (BBankG)*, de 26 de julio (art. 3); siendo posteriormente elevado a rango constitucional (art. 88 de la Ley Fundamental) a raíz de las disposiciones acordadas en el Tratado de Maastricht de 1993 (estabilidad monetaria como objetivo primordial de los bancos centrales nacionales, art. 105; caracterizados por su independencia técnica, art. 107).

A pesar de insertar un paralelismo teórico en cuanto a los criterios de legitimidad de las Constituciones económica y política, la interdependencia de las dos decisiones políticas es evidente. En particular, la específica posición ordoliberal del Estado en la economía impide el desarrollo de políticas sociales, imposibilitando a largo plazo una respuesta constitucional distinta al conflicto capital-trabajo, más allá de asumir la vulnerabilidad del trabajador como “un mal menor”. En realidad, la positivización de los principios ordoliberales implica para la comunidad política de referencia la aceptación de la igualdad formal como elemento característico, pues las medidas prestacionales requeridas por la igualdad en sentido material entrarían en conflicto con las premisas de la Constitución económica.

Se puede percibir, entonces, que las expectativas ciudadanas de libertad aparecen condicionadas por la necesidad teórica de mantener la correcta formación del mecanismo del precio. Y, en todo caso, según la óptica ordoliberal, habían sido estas propias exigencias de igualdad material las que llevaron a la transformación del “Estado económico” y, con ello, a la destrucción de las condiciones de funcionamiento del mercado.

Es cierto que la diferenciación entre los criterios de legitimidad y la existencia de dos órdenes (económico y político) logra salvar al mercado de los problemas de normatividad de la Constitución política. Sin embargo, se crea un problema adicional para esta última, al quedar vedada cualquier actuación pública que busque asegurar la libertad en su vertiente material. Con ello, se produce un traspaso tácito de la cosmovisión ordoliberal al ámbito político, en relación con la presunción de justicia, necesidad y razonabilidad del mercado. A pesar de la fundamentación primordial de esta premisa en el argumento de ausencia de consideraciones morales, la realización del principio constitucional del Estado social (que sí requiere algunas reflexiones relativas a la justicia redistributiva) queda permanentemente imposibilitada. En definitiva, la definición ordoliberal de la Constitución económica depende de la existencia de una comunidad política autodefinida según la cosmovisión ordoliberal.

Aparece, en este punto, la consecuencia de una ciencia transformadora de la sociedad, defendida por los representantes de Friburgo. Con ello, la Constitución económica de la época de Weimar —que perseguía la organización del mercado según “los principios de justicia”<sup>53</sup>— queda reducida a la idea de justicia en el mercado. La garantía de una “existencia humanamente digna” se materializa, con el ordoliberalismo, en el mero reconocimiento constitucional del mercado como medio idóneo para su búsqueda.

En este sentido, la responsabilidad del Estado para procurar tal vida digna se limita también al *Ordnungspolitik*, produciéndose una liberación en dos sentidos. De un lado, el Estado queda desvinculado de la economía y, en realidad, de sus obligaciones positivas de redistribución social. De otro, el ciudadano tiene constitucionalmente

---

<sup>53</sup> “[c]on el objetivo de garantizar a todos la procura de una existencia humanamente digna” (art. 151 de la Constitución de Weimar).

asegurado un espacio idóneo para desenvolverse según sus planes individuales, que se podrán llevar a cabo sin la invasión del Estado y sin falseamientos de la información necesaria a raíz de concentraciones de poder privado.

No obstante, tal liberación presenta una manifestación adicional, referida a la responsabilidad individual en la consecución de una existencia humanamente digna. Con ello, se pone de manifiesto una vez más la extensión de los principios ordoliberales de la Constitución económica a las bases de ordenación política de la comunidad. La idea de responsabilidad individual no es meramente una consecuencia lógica del programa ordoliberal, sino que se trata de una obligación básica de los participantes en el mercado: la minimización de la responsabilidad personal transformaría fundamentalmente la evaluación de los costes y riesgos, con lo cual se disminuiría la diligencia necesaria en la planificación individual<sup>54</sup>. El resultado de lo anterior sería la vulneración del propio motor del capitalismo: un mercado basado justamente en la capacidad innovadora y planificadora de sus agentes.

La imposición de la responsabilidad individual en la gestión de los planes empresariales se encuentra, pues, en máxima coherencia con un mercado altamente competitivo y la abstención estatal. Se pone de manifiesto que una de las ideas de base en la construcción ordoliberal consiste en la prevalencia de la lógica de la competencia (y no del gasto) como clave de la prosperidad económica. En particular, la lucha contra las concentraciones de poder privado y la atribución de la garantía de la estabilidad de precios a una autoridad independiente consolidarían el marco de actuación idóneo para que las empresas centraran los esfuerzos en la mejora de sus productos. Así, el fomento constitucional de una dinámica altamente competitiva produciría, a largo plazo, un aumento en la calidad de los productos nacionales y, con ello, una alta demanda a nivel internacional.<sup>55</sup>

Uniendo esta idea a la obligación de responsabilidad individual ya explicada, se observa que la Constitución económica ordoliberal abre la puerta intelectual al posible reproche de culpabilidad resultada de una supuesta falta de diligencia; dado que los esfuerzos personales deben dirigirse a la mejora de los productos y, en definitiva, a mejorar la propia posición en el mercado, creando finalmente una oferta nacional altamente demandada y aumentando el nivel de prosperidad económica del país. Se explica, con ello, la necesidad de aplicar los principios ordoliberales de manera sistemática, pues el fallo de cualquiera de sus partes llevaría al derrumbe del edificio teórico. En adición, la íntima vinculación entre las Constituciones política y económica transforma al mercado en un factor de integración de la sociedad civil, buscándose suplir con su lógica presuntamente justa la ausencia de un Estado social.

Así, en vez de pagar el precio de un Estado débil guiado por intereses privados, la Constitución política solamente tendría que crear el espacio normativo para la Constitución económica, nutriéndose posteriormente de sus efectos benéficos sobre

---

<sup>54</sup> Lars P. FELD *et al.*, *op. cit.* (p. 14).

<sup>55</sup> Mark BLYTH, *Austerity... cit.* (p. 137).

la sociedad. En particular porque, al introducirse la obligación implícita de responsabilidad individual a través de la lógica altamente competitiva ya presentada, se salvan también los posibles problemas de normatividad de la Constitución política ligados al Estado social: será el reproche personal, y no la intervención estatal, la respuesta hacia las desigualdades derivadas del mercado capitalista. Al instalarse con el concepto ordoliberal la expectativa de “diligencia personal”, tales desigualdades serían en todo caso consecuencias de la falta de esta diligencia, pues los fallos del mercado ya habrían recibido una respuesta constitucional. Por ende, su gestión también debería corresponder al responsable del error, desapareciendo así la creencia en un Estado “místico” salvador.

### **3. HACIA UN CONCEPTO FUNCIONAL CONSTRUIDO SOBRE LA BASE DE LA LIBERTAD**

#### **3.1. Coexistencia de definiciones**

Hasta aquí se ha visto que el concepto de Constitución económica ha ido adquiriendo, desde sus orígenes, distintos rasgos, que en ciertos extremos han resultado hasta opuestos. Mientras que en la definición ordoliberal, este concepto aparecía como una herramienta de garantía perpetua de un mercado por naturaleza democrático, la Constitución económica de Hugo Sinzheimer se construía justamente sobre la necesidad de democratización del mercado a través de la integración del factor trabajo en la toma de decisiones. A pesar de las distintas características, se observa un denominador común referido a las funciones básicas de la Constitución económica, propias del constitucionalismo: la ordenación y limitación del poder.

Las diferentes ópticas sacan a luz la necesidad de reflexionar sobre las premisas desde las cuales el concepto estudiado se dota de contenido, y también sobre el objetivo perseguido por este. Pues, como se ha visto, una misma función (ej., limitación del poder) puede encontrarse positivizada de distintas maneras, en relación con el bien jurídico que se busca proteger. En el caso ordoliberal, el propio mercado es objeto de protección constitucional, derivándose la necesidad de limitar tanto el poder privado como el público, proyectando esto las consecuencias ya analizadas sobre el principio constitucional del Estado social. En cambio, las disposiciones de la Constitución de Weimar referidas al sistema económico buscaban garantizar la igualdad material, reconociendo la voz decisoria de los trabajadores junto a los empresarios y orientando la garantía de la propiedad privada a una función social.

Las consideraciones realizadas en relación con la génesis del concepto de Constitución económica ponen de manifiesto la complejidad originaria del mismo y su heterogénea concreción en el Derecho positivo. No obstante, su posterior desarrollo diversifica aún más las posibilidades interpretativas de este concepto. En el siguiente epígrafe se presentarán algunas de las más importantes concreciones teóricas, incidiendo sobre sus virtudes e insuficiencias a la luz del constitucionalismo.

### 3.1.1. *Autonomía conceptual reducida: Constitución económica y pluralismo político*

Existe un acuerdo generalizado en la doctrina jurídica y la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de definir el concepto aquí analizado en un sentido meramente descriptivo o formal. Así, la Constitución económica se definiría como la totalidad de disposiciones jurídicas destinadas a regular el comportamiento económico en un determinado ámbito territorial.<sup>56</sup> Sin embargo, una observación más atenta permite desvelar la mera superficialidad de la definición mencionada, pues el carácter presuntamente descriptivo conlleva también la aceptación de ciertas premisas implícitas. La primera de ellas se refiere a la pertinencia de la intervención —sea esta mínima— del Estado en la economía; la segunda, a la función limitadora de la Constitución económica y su eficacia sobre ámbitos territoriales concretos.<sup>57</sup>

A pesar de que el empleo en sentido formal de la definición se realiza en la doctrina jurídica con el objetivo de sacar a luz su insuficiencia —y la correspondiente necesidad de dotarla de componentes ideológicos—, la presunta vaciedad del concepto no resulta en absoluto evidente. En realidad, la consecuencia automática de una definición en sentido formal no es la imposibilidad, sino simplemente la dificultad considerable para extraer su contenido. Una dificultad que se podría traducir en la existencia de un principio de neutralidad ideológica en la Constitución económica, *i.e.* una deferencia constitucionalizada hacia el legislador democrático en la organización de la economía.<sup>58</sup>

Es evidente que esta interpretación requeriría, entonces, el alejamiento teórico de las premisas ordoliberales ya estudiadas. En particular porque —como se ha explicado— una apertura de la Constitución económica hacia la democracia significaría, desde la perspectiva ordoliberal, una apertura al peligro de las masas; observándose de este modo una tendencia de la Constitución económica intrínseca al caos. Por ende, si se acepta en abstracto la procedencia de un principio de neutralidad ideológica, el concepto aquí estudiado deberá desprenderse de sus raíces ordoliberales en lo que a su esencia antidemocrática se refiere.

<sup>56</sup> Cfr., sobre todo, Armin HATJE, “The Economic Constitution within the Internal Market”, en Armin VON BOGDANDY; Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oregon, 2010 (p. 591). Tony PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford University Press, New York, 2014 (pp. 7-8); Manfred E. STREIT; Werner MUSSLER, “The Economic Constitution of the European Community: From ‘Rome’ to ‘Maastricht’”, *European Law Journal*, vol. 1, núm. 1, marzo 1995, pp. 5-30.

<sup>57</sup> No obstante, téngase presente la oposición estructural a las premisas mencionadas de la teoría del constitucionalismo social. Cfr., Gunther TEUBNER, *Constitutional Fragments... cit.* (esp. pp. 5-14, 43).

<sup>58</sup> Al menos hasta la reforma constitucional del art. 135 [BOE, núm. 233, de 27 de septiembre de 2011, pp. 101931 a 101941; BOE-A-2011-15210], esta ha sido la interpretación sostenida por Tribunal Constitucional español. En realidad, la mención explícita del término “Constitución económica” se ha empleado por primera vez en la jurisprudencia española en el Voto Particular formulado por el Magistrado don Luis Díez-Picazo, a la STC 37/1981, de 16 de noviembre (BOE, núm. 285, de 28 de noviembre de 1981), en el que se introduce con claridad el principio fundamental de neutralidad ideológica.

Admitiendo, pues, la interpretación propuesta, se plantearían a continuación dos interrogantes: ¿qué utilidad tiene una Constitución económica que no aclara sobre los objetivos deseados en el sistema económico?<sup>59</sup>; y ¿qué argumentos de teoría constitucional podrían justificar tal neutralidad ideológica? Existen como mínimo dos razones que evidencian la utilidad de una Constitución económica ideológicamente neutral.

En primer lugar, la mera regulación de los elementos estructurales de la economía a nivel constitucional pone de manifiesto la existencia de un interés público hacia las dinámicas del mercado. En este sentido, la Constitución económica —sea esta formal— se diferencia desde su propia base teórica del *laissez faire* absoluto, para el cual el máximo nivel de intervención estatal aceptable se refiere a la garantía de la propiedad privada.<sup>60</sup> En otras palabras, la identificación del mercado como objeto de interés constitucional manifiesta el reconocimiento de una posible tensión inherente entre la libertad individual y los elementos estructurales de la economía. Se identifica en la norma constitucional una función potencialmente correctora del poder público sobre los desequilibrios observados en el mercado; la decisión sobre cómo atenuar esta tensión le corresponderá, sin embargo, al legislador democrático.

Es cierto que podría decidirse una intervención mínima, coincidente con los postulados del *laissez faire*. La diferencia consiste en que, al reconocerse la existencia de un interés constitucional en la regulación de la economía, se impone también al legislador un deber de actuación en el sentido más oportuno para la garantía de la libertad, y no una obligación de abstención ligada a los requisitos de libertad en sen-

---

<sup>59</sup> En cuanto al debate doctrinal en España, en el contexto inmediatamente posterior a la Transición: defendiéndose la variedad de modelos económicos posibles dentro del marco general diseñado en la Constitución española cfr. Manuel GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979 (p. 46). Acerca de la relación de la Constitución económica española con los principios rectores del Estado social, Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, *Hacienda Pública Española*, núm. 94, 1985. Definiendo la Constitución económica como el conjunto de principios ordenadores de la actividad económica de los poderes públicos y agentes privados, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, La Ley, Madrid, 1991. Más recientemente, sobre la ausencia de un modelo económico constitucional, conllevando a una definición de Constitución económica “formal y abierta”: Enoch ALBERTÍ ROVIRA, “La Constitución Económica de 1978. Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto, 2004, pp. 123-159 (p. 125). Véanse, también, acerca del concepto aquí estudiado: Luis I. GORDILLO PÉREZ, “Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. De un derecho económico nacional a uno europeo”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, pp. 249-283; Gabriel MORENO GONZÁLEZ, “Más allá de la Regla de Oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 205-227.

<sup>60</sup> “*The minimal state is the most extensive state that can be justified. Any state more extensive violates people’s rights*”, Robert NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA, 1999, p. 149. Siguiendo, en este sentido, la línea del liberalismo clásico para el cual la propia fundación teórica del Estado giraba en torno a la garantía de los derechos de contenido económico. John LOCKE, *Second Treatise of Government*, cap. IX, en Richard H. COX (ed.), *E-book*, Wiley-Blackwell (para.123-124).

tido negativo.<sup>61</sup> Es más, la decisión sobre una intervención mínima sería, esta vez, sometida a la fiscalización de los ciudadanos, a los efectos de la responsabilidad política.

En segundo lugar, la ausencia de precisión acerca de los objetivos de la economía nacional obliga a volver la mirada sobre la relación entre la Constitución económica y la Constitución política, pues según su configuración inicial (ordoliberal), sería esta última la que articularía los límites de la actuación democrática en materia económica. La relevancia de esta idea se pone de manifiesto especialmente en el contexto actual, dominado por un poder económico globalizado frente al cual el Estado se ve incapaz de dar respuestas satisfactorias y en cual la normatividad de la Constitución política depende específicamente de la eficacia de tales respuestas. La posibilidad de una Constitución económica en sentido ideológicamente neutral ayuda a reflexionar con más intensidad sobre los límites genéricos de actuación que se imponen al legislador; destacando, entre ellos, la protección efectiva de los derechos fundamentales.<sup>62</sup>

Pero, además, al ser los derechos fundamentales una frontera genérica de prohibido traspaso para el legislador, se abre una vía teórica adicional que ayuda a reflexionar nuevamente sobre los criterios primordiales de legitimidad del poder político. En efecto, se observa la posibilidad de que la democracia no sea el único —o el último— fundamento de normatividad de la Constitución política. Esta idea resulta esencial para entender también la relación conceptual entre la Constitución económica y la Constitución política; la coherencia estructural del análisis aconseja, sin embargo, volver sobre esta reflexión más adelante.

Más allá de los argumentos referidos a la posible utilidad de una definición formal, existe una razón adicional apta para combatir la presunta vaciedad del concepto aquí estudiado. En particular, el principio de neutralidad ideológica se podría conformar como un punto de armonización entre la Constitución política y la Constitución económica, a la luz del principio democrático.

Esta idea requiere partir del significado constitucional de la democracia como método de canalización y resolución de conflictos basado en el pluralismo político y la posibilidad de alternancia.<sup>63</sup> En este sentido, resulta de especial relevancia para este trabajo la manifestación de la alternancia como “oferta plural” de soluciones recaídas sobre un mismo conflicto, con la finalidad de dotar de significado real el

---

<sup>61</sup> Según la clásica distinción realizada por Isaiah BERLIN, “Two concepts of liberty”, en Henry HARDY (ed.), *Liberty*, Oxford University Press, New York, 2002 (pp. 169-170).

<sup>62</sup> En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Federal Constitucional Alemán en la *BVerfGE* 50, 290 (asunto *Mitbestimmung*), de 1979, al reconocer el principio de neutralidad ideológica en la Constitución económica alemana (esp. para. 140). Más concretamente, “se trata de unir la libertad fundamental de configuración de la política económica y social, que debe preservarse para el legislador, con la protección de la libertad, a la que el ciudadano individual tiene un derecho constitucional, en particular frente al legislador” (para. 142, trad. propia).

<sup>63</sup> Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, “Alternancia y reconstrucción de la Constitución económica. Crónica política y legislativa del año 2011”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril, 2012, pp. 183-208.

voto del elector, decidido sobre una base amplia de posibilidades.<sup>64</sup> Así interpretada, la incorporación del principio de neutralidad política en la Constitución económica se traduciría en el sometimiento de esta última a la dinámica decisoria clásica, diferenciándose conceptualmente de la Constitución política simplemente en razón de su especificidad material (política socioeconómica).

Con ello, se produciría asimismo una transformación del criterio de legitimidad propio de la Constitución económica (la justicia inherente a la lógica económica), en tanto que el objeto de su regulación —el mercado— se encontraría ahora sometido a la modulación de las fuerzas políticas democráticamente designadas. En definitiva, a los efectos de su normatividad, el concepto aquí analizado tomaría un punto de referencia común con la Constitución política: el proceso electoral.

Todo lo anterior demuestra que, a pesar de su origen ordoliberal, una definición formal de la Constitución económica no sería, de entrada, insuficiente. En el presente epígrafe se ha propuesto su interpretación en el sentido de una deferencia constitucionalizada hacia el legislador democrático. Pero ¿qué valor añadido suministra tal interpretación al debate actual referido a la Constitución económica?

En primer lugar, se observa que, en realidad, no existe un requisito inherente de precisión en el concepto de “Constitución económica”. La tarea de encontrar razones adicionales a la luz del constitucionalismo para fundamentar la presunta insuficiencia de una definición formal se encuentra todavía pendiente. En segundo lugar, la posibilidad de interpretar la Constitución económica en sentido meramente formal advierte sobre su carácter abierto en el tiempo, aumentándose de forma considerable “lo [constitucionalmente] posible” según las preferencias de la mayoría coyuntural. Sin embargo, “lo posible” deberá someterse a los límites diseñados por “lo necesario”, destacando en este punto la protección de la libertad individual (la garantía de los derechos fundamentales).<sup>65</sup>

Por último, la presunta existencia de un criterio legitimador específico en la Constitución económica —eficacia y conocimiento técnico, según los postulados de la Escuela de Friburgo— plantea la necesidad de reflexionar sobre la propia función legitimadora de la democracia y, más concretamente, sobre los argumentos que recomiendan o desaconsejan integrarla con carácter exclusivo en la teoría de la Constitución económica. En definitiva, hasta aquí se ha visto que el concepto de Constitución económica permitiría tanto la defensa de la neutralidad ideológica como la limitación sustancial del poder legislativo en materia económica. Si en sus orígenes, tal limitación se argumentaba en relación con el miedo al “poder diabólico de las masas”, en la Constitución económica de posguerra se instala la presunción de legitimidad exclusivamente democrática del poder.

---

<sup>64</sup> *Ibid.* (pp. 190-191).

<sup>65</sup> Sobre la democracia como “principio constitucional legitimador específico y abierto hacia el futuro” y la integración de “lo posible” y “lo necesario” (normativo) en la Constitución, cfr. Peter HÄBERLE, *Tiempo y Constitución*, trad. J. L. León Vásquez, Palestra Editores, Lima, 2017 (particularmente pp. 29-32).

A pesar de la discrepancia extrema entre las dos versiones, se puede observar la existencia de un elemento común en el discurso teórico: la paradoja de proteger la libertad (los derechos fundamentales en sentido amplio), sin vulnerar la libertad (derechos y libertades económicas).<sup>66</sup> La interpretación de esta paradoja bajo la óptica del constitucionalismo indicaría la posibilidad teórica de imponer límites a la mayoría democráticamente legitimada, siempre que esta limitación produzca un aumento considerable del nivel de libertad (política y económica) de los ciudadanos, y sin que ello suponga un perjuicio desproporcionado para la democracia.

### 3.1.2. *Autonomía conceptual reforzada: la economía social de mercado*

A raíz del epígrafe anterior se extrae la idea de que toda definición en sentido sustantivo de la Constitución económica implicaría una modulación restrictiva del principio de neutralidad ideológica y, por ende, una limitación de la actuación del legislador democrático. Pero, como ya se ha visto, estas limitaciones no se deben interpretar, sin al menos una reflexión crítica, como antidemocráticas. Pues limitar al legislador no significa poner cuestión la trascendencia constitucional de la democracia; al contrario, se puede defender la idea de que ciertas limitaciones —constitucionalmente justificadas— a la mayoría coyuntural potencian la propia democracia.

Realizar un análisis exhaustivo de las definiciones existentes en la literatura jurídica sería una tarea que supera el propósito de este trabajo. Sin embargo, cabe incidir sobre una de las concretizaciones más significativas del concepto aquí analizado, debido a su impacto actual en la interpretación de la Constitución económica supranacional. Se trata, en particular, de la definición de la Constitución económica en el sentido de una economía social de mercado (*die Soziale Marktwirtschaft*), propuesta por una nueva generación de ordoliberales en el contexto alemán de posguerra.<sup>67</sup>

En este contexto histórico —definido por una profunda inestabilidad política y económica<sup>68</sup>— la intervención de una “ciencia fuerte” capaz de ofrecer soluciones rápidas resultaba especialmente oportuna. A diferencia de lo ocurrido en la época de Weimar, la urgencia de eliminar la pobreza extrema y la necesidad de reconstrucción económica y política abrieron las puertas a la aceptación de una “tercera vía” que había nacido —ya antes de la Segunda Guerra Mundial— específicamente con

<sup>66</sup> Sobre el dilema liberal *Can't live with it, can't live without it* (referido a la relación entre la Economía y el poder público), véase Mark BLYTH, *op. cit.* (pp. 106-115).

<sup>67</sup> La referencia a una “segunda generación” se realiza solamente a efectos de simplificación y énfasis en la nueva orientación social de la Constitución económica. Figuras representantes: Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke y Alexander Rüstow. Especialmente relevante para el estudio de la economía social de mercado resulta Müller-Armack, siendo este el propio impulsor del término.

<sup>68</sup> “Todos y todo, con la notable excepción de las bien alimentadas fuerzas de ocupación aliadas, parecen acabados, sin recursos, exhaustos”, Tony JUDT, *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, trad. J. Cuellár y V. E. Gordo del Rey, Taurus, Madrid, 2005 (p. 35).

la misión de reconstruir, sobre la base del caos. Y es que, esta vez, el orden político estaba dispuesto a integrar los postulados de la Constitución económica ordoliberal, pues la nueva legitimidad del orden político aparecía desde orígenes minada; entre otros aspectos, debido a la imposición externa (por parte de los poderes Aliados) de sus fundamentos básicos.

Sin enumerar las complejas circunstancias políticas, sociales y económicas de la Alemania Occidental de posguerra, es evidente que la consecución de un rápido crecimiento económico se configuraba como elemento determinante para legitimar el poder político. En este sentido, la propuesta ordoliberal ya estudiada parecía ofrecer la receta del éxito; la notoria reforma monetaria de Ludwig Edhard<sup>69</sup> y la restauración de los principios de economía de mercado supusieron, a largo plazo, un triunfo político del *Erst Sparen, Dann Kaufen!*<sup>70</sup> Sin embargo, dada la precariedad de las condiciones económicas y sociales y la importancia crítica del momento histórico, la reconstrucción económica debía integrar, esta vez, una promesa específica de estabilización sociopolítica.

La Constitución económica definida como economía social de mercado implicaría, entonces, la instauración de los principios ordoliberales ya estudiados, integrando además un nuevo objetivo referido al “progreso social”<sup>71</sup>. La diferencia con un Estado intervencionista clásico se observaría —según los autores ordoliberales— no en los objetivos (pues el sistema económico se orientaría ahora hacia la consecución de “fines de interés social”) sino en los instrumentos empleados. La clave consiste en que serán los principios de la Constitución económica —y no los de la Constitución política— los que determinarán la validez de estos instrumentos. Más concretamente, se trataría del criterio del *marktkonform* (conformidad con el mercado). De este modo, la consecución de los fines sociales será posible siempre que el normal funcionamiento del mercado quede preservado; pues en caso contrario se vulneraría de forma directa la libertad individual definida (desde la óptica ordoliberal) como la igual oportunidad de realización de planes individuales de acuerdo con el principio básico de la competencia.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Edhard había escrito su tesis doctoral bajo la supervisión del economista Franz Oppenheimer, creador de la expresión clave de la ideología ordoliberal, “La Tercera Vía” (*Der dritte Weg*, 1933). Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.* (p. 137). Durante el período de reconstrucción, W. Eucken y F. Böhm, entre otros, fueron miembros del Consejo Asesor de su Ministerio. Además, en 1952, Edhard nombró a Alfred Müller-Armack como director del departamento central de política económica de este mismo Ministerio.

<sup>70</sup> “Ahorrar primero, consumir después”. Para una explicación detallada del *Erst Sparen, Dann Kaufen* y su paralelismo con las ideas keynesianas, cfr. Mark BLYTH, *op. cit.* (esp. pp. 38-43). En cuanto a la importancia del perfil histórico exportador de Alemania para la consecución del “milagro económico alemán”, cfr., *ibid.* (pp. 133-138).

<sup>71</sup> Alfred MÜLLER-ARMACK, “The meaning of the social market economy”, en Alan T. PEACOCK; Hans WILLGERODT (eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Palgrave Macmillan, New York, 1989 (pp. 82-83).

<sup>72</sup> Alexander von RÜSTOW, “General Sociological Causes of the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *op. cit.*, trad. D. Steuer (p. 152).

De este modo, a la vez que integra un componente social, la nueva definición de la Constitución económica introduce un condicionante para la libertad en sentido material: las políticas sociales se deberán someter al juicio de compatibilidad con el mercado. Igual que el principio de neutralidad ideológica, la economía social de mercado requeriría la ponderación casuística de la actividad del legislador democrático. Sin embargo, la modulación de su margen de actuación se realizará no en función de los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, sino en función de las reglas básicas del mercado.<sup>73</sup>

En pocas palabras, la definición de la Constitución económica en el sentido de una economía social de mercado, especialmente influida por su contexto de origen, implica un giro teórico en la relación Estado-sociedad, mediada por las virtudes del mercado fundamentado en la dinámica básica de la competencia. En un primer momento, se produciría la propia atribución de legitimidad al poder político, a través de la eliminación de las condiciones de pobreza extrema; posteriormente, el Estado se limitaría a la protección de esta dinámica económica, interviniendo en la sociedad tan solo para reasegurar su legitimidad en momentos puntuales, pero sin perturbar la promesa de crecimiento económico del país.

Se trata, en definitiva, de una Constitución económica que vuelve a tener al mercado como objeto primordial de protección, pero “destapando”, esta vez, sus ojos hacia los problemas de la sociedad, permitiendo de esta forma la realización puntual de políticas destinadas a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Sin embargo, tal realización puntual deberá tener en consideración de modo específico el riesgo al que esto podría conllevar; concretamente, permitir que ciertos grupos de la sociedad se “nutran” del Estado, convirtiéndolo automáticamente en un “Estado económico”, profundamente criticado en la primera generación ordoliberal.

### **3.2. Rasgos esenciales de un concepto en continua transformación**

En el presente trabajo se ha puesto de manifiesto la variedad de interpretaciones existentes acerca del concepto de Constitución económica. El análisis desarrollado hasta aquí ha mantenido una perspectiva descriptiva enfocada específicamente sobre los elementos teóricos originarios del término (ordoliberalismo), estudiándose asimismo la posible aportación teórica de una definición en sentido formal, así como la interpretación sustantiva predominante a nivel europeo (economía social de mercado). En los epígrafes que siguen se desarrollará la segunda parte teórica del trabajo, esbozándose una propuesta conceptual referida a la dignidad humana como principio esencial de legitimidad, incardinado en la Constitución económica.

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, una congelación del precio del alquiler independientemente de la capacidad de pago de los inquilinos sería *marktinkonform* (en disconformidad con el mercado) por afectar a todo el mercado de vivienda, mientras que un sistema de ayuda para la renta de los pobres sería *marktconform* (de conformidad con el mercado), Alfred MÜLLER-ARMACK, *op. cit.* (p. 84).

Desde esta perspectiva, el concepto aquí analizado contendría tres rasgos fundamentales: una estabilidad vital que permitiría el acomodo jurídico positivo al tiempo y al espacio de referencia; autonomía derivada del específico mecanismo de protección de la libertad económica en sentido estricto (el mercado) y, por último, una interconexión inherente con la Constitución política, al existir dos ámbitos materiales de intersección (la sociedad civil y la especial naturaleza axiológica de las normas constitucionales). Toda esta construcción permitiría delimitar, finalmente, las dos funciones primordiales de la Constitución económica. La primera (constitutiva) se refiere estrictamente al mercado como herramienta de garantía y expansión de la libertad económica; la segunda (potenciadora) persigue armonizar y reforzar las vertientes complementarias de la libertad humana (económica, política y privada). Por último, cabe mencionar que las funciones identificadas no evolucionan de modo causal-temporal, sino de manera dinámica e imprevisible; por lo que su distinción se realiza solamente a efectos analíticos.

### *3.2.1. Un concepto que trasciende el ámbito temporal e ideológico de las definiciones concretas*

La diversidad de definiciones existentes acerca del alcance teórico de la Constitución económica pone de manifiesto la necesidad de formular un concepto apto para permanecer estable a los cambios ideológicos y fácticos que condicionan en cada momento histórico su significado concreto. De este modo, la atribución de un sentido invariable se podría realizar mediante la extracción teórica de un posible núcleo de la Constitución económica, una esencia que permita su identificación, independientemente de la configuración textual otorgada en el Derecho positivo.

El requisito intrínseco de traspasar los factores ideológicos y fácticos momentáneos no implica una indiferencia hacia los mismos; la propia identificación de un sentido esencial de la Constitución económica debe mantener la capacidad de responder a los cambios naturales de la realidad material. En otras palabras, se trata de un concepto cuyo núcleo inmune al paso del tiempo debe integrar una flexibilidad suficiente para responder a retos futuros. En efecto, la virtud conceptual de la Constitución económica se manifiesta no tanto en su significado concreto en un momento dado, sino en su característica de estabilidad vital, con vocación de adaptación a las circunstancias externas.

### *3.2.2. Un concepto jurídico*

El requerimiento de estabilidad de la Constitución económica resulta coherente con su configuración como concepto jurídico, destinado a regular las relaciones económicas y el proceso de producción en un determinado espacio geográfico. Desde esta perspectiva, la fuerza vinculante de las normas ordenadoras de la realidad económica derivaría, en primer lugar y según un criterio positivista, de la aprobación de las

normas de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución política. En este sentido, el criterio legitimador fundamental que otorgaría fuerza normativa a la Constitución económica residiría en su vocación de resolución de controversias —función clásica del Derecho— de naturaleza socioeconómica.

Sin embargo, como toda norma, la Constitución económica tampoco puede escaparse a consideraciones que vayan más allá de la mera obligatoriedad jurídica.<sup>74</sup> En efecto, el presente trabajo parte de la premisa metodológica según la cual la fuerza normativa de la Constitución económica no se agota en su sentido positivista; ni siquiera en su vocación de solución de conflictos. La compleja realidad sobre la cual esta norma proyecta su pretensión orientadora requiere integrar en el discurso jurídico también las consideraciones de naturaleza substantiva, fundamentándose de este modo su normatividad en la aceptación social<sup>75</sup>, que deriva, entre otras, también de la adecuación moral de la Constitución económica a los requisitos de una “ordenación buena y justa” de la sociedad<sup>76</sup>, en su concreta esfera de regulación jurídica.

En pocas palabras, la normatividad de la Constitución económica no puede reducirse a un carácter formal de obligatoriedad. Pues, de inmediato se observará que la pretensión de vigencia de esta norma depende directamente de su capacidad estructuradora y orientadora de la realidad económica. Resulta esencial destacar, en este punto, que tal realidad no se encuentra en aislamiento absoluto respecto del resto de vertientes de la realidad humana —política, individual— y que, además, todas ellas se interrelacionan de manera imprevisible, y se desarrollan autónomamente con igual imprevisibilidad. De este modo, sería simplemente ilusorio atribuir una consecuencia de independencia normativa a las Constituciones económica y política, dado que sus realidades constitucionales se intersectan constantemente, condicionando de modo recíproco la consecución de los objetivos que justifican la propia existencia de estas normas.

---

<sup>74</sup> “No hay norma que pueda garantizarse a sí misma”, Uwe VOLKMANN, *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*, trad. I. Gutiérrez Gutiérrez, Marcial Pons, Madrid, 2019 (p. 311). En igual sentido, Richard H. Jr. FALLON, “Legitimacy and the Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 118, núm. 6, abril, 2005, pp. 1787-1853 (esp. pp. 1794-1813). Disponible en: [https://www.jstor.org/stable/4093285?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/4093285?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents) (última consulta: 10.04.202). Sobre la “humanidad” como fundamento último de la soberanía Anne PETERS, “Humanity as the A and  $\Omega$  of Sovereignty”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 513-544: “State sovereignty is not only – as in the meanwhile canonical view – limited by human rights, but is from the outset determined and qualified by humanity, and has a legal value only to the extent that it respects human rights, interests, and needs. It has thus been humanized” (p. 514).

<sup>75</sup> Entre los positivistas que retrotraen la vinculatoriedad jurídica a la aceptación social: Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 3ª ed., 2012.

<sup>76</sup> En palabras de Hesse, solo es orden jurídico aquél “de un contenido determinado, recto, y por ello legítimo”, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón/M. Azpitarte Sánchez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012 (p. 43). Como toda consideración metodológica, la presente también revela y condiciona los rasgos teóricos del concepto aquí estudiado, pues “los métodos [...] desvelan sin saberlo conclusiones que a veces pretenden no conocer aún. Las últimas páginas de un libro están ya en las primeras, por ejemplo. Este nudo es inevitable”, Albert CAMUS, *El mito de Sísifo*, Alianza Editorial, E-book, Apple Distribution International Ltd, 2015 (p. 28).

Lo anterior permite ofrecer una interpretación armoniosa de las premisas teóricas del concepto aquí estudiado, en sus dos vertientes aparentemente contrapuestas. Ya se ha visto que, en la construcción ordoliberal, la autonomía conceptual de la Constitución económica se fundamentaba en la separación de las esferas económica y política; mientras que el principio de neutralidad ideológica permitía identificar la Constitución económica de acuerdo con un criterio de especificidad material (política socioeconómica), rechazándose con ello —o como mínimo, disminuyéndose— la autonomía de este concepto respecto de la esfera estrictamente política. Reconocer que la normatividad de la Constitución económica depende también de su adecuación a consideraciones de justicia social<sup>77</sup>, y que la realidad sobre la que despliega su eficacia se encuentra en permanente intersección —aunque no en plena identidad— con la realidad constitucional de la Constitución política, permite admitir que autonomía no significa separación; o, lo que es lo mismo, la autonomía no excluye la interconexión.

De este modo, es posible entender simultáneamente que, a pesar de su autonomía conceptual, la propia pretensión de normatividad de la Constitución económica integra condicionantes referidos a la justicia social. Además, la permanente interrelación entre las realidades económica y política despliega también efectos sobre la normatividad de la Constitución política, influyendo externamente sobre su capacidad interna de vincular. Autonomía significa, entonces, reconocer que cada Constitución mantiene una fórmula propia de protección de la libertad humana (el mercado, de un lado, y la organización política, de otro), en función de la esfera primordial de garantía y desenvolvimiento de esta libertad (libertad económica en el mercado; libertad política en la Comunidad).

Sin embargo, también significa admitir que todas las vertientes de la libertad humana se interrelacionan, se condicionan, y se refuerzan recíprocamente. De ahí que lo esencial de las Constituciones no sea el medio, sino el objetivo perseguido (la garantía de la libertad).<sup>78</sup> O, mejor dicho, es el propio objetivo el que justifica la constitucionalización de los medios; de modo que el mercado se convierte en un simple instrumento de protección de la libertad, reconocido en la Constitución económica. A la vez que la garantía de ese medio es fundamental para la consecución del objetivo, se pone de manifiesto la necesidad de re-identificar el bien jurídico primordialmente protegido en la Constitución económica, sometiénndose el mercado a los requerimientos de la libertad humana a través del Derecho (constitucional).

---

<sup>77</sup> Sobre la relevancia de la justicia derivada primordialmente del consenso (de los destinatarios de las normas), y —solo en un segundo momento— de su dimensión axiológica: Geoffrey BRENNAN; James M. BUCHANAN, *The reason of rules. Constitutional political economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985 (pp. 97- 98).

<sup>78</sup> “Las Constituciones, esencialmente, han surgido de la experiencia, el abuso del poder en detrimento de los ciudadanos. Las formas de abusar del poder cambian; la Constitución debe responder y “dirigir” de nuevo adecuadamente [...] como Constitución de la libertad”, Peter HÄBERLE, *Tiempo y Constitución*, cit. (pp. 29-32). Sobre la libertad como fundamento último en la propuesta de una *Autoridad Pública Internacional*, Armin VON BOGDANDY; Matthias GOLDMANN; Ingo VENZKE, “From Public International To International Public Law: Translating World Public Opinion Into International Public Authority”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2, 2016 (p. 32).

### 3.2.3. *Constitución política y Constitución económica: ámbitos de intersección*

A pesar de tratarse de vertientes distintas de la libertad (y de la realidad), la Constitución económica se vincula de manera directa con la Constitución política si se tiene en cuenta que los factores socioeconómicos son un pilar central del contexto fáctico subyacente a la Constitución (política). Esta idea se deriva de una comprensión metodológica en relación con el concepto de Constitución, que, más allá del texto formal, engloba también el contexto social sobre el cual esta norma pretende desplegar su eficacia, transformándose en “la ordenación de la justicia en el contexto político”.<sup>79</sup>

Tal premisa metodológica obliga explicar sus implicaciones más relevantes para el concepto aquí estudiado. En efecto, son dos las ideas esenciales que permiten identificar con mayor eficiencia los ámbitos de intersección de las Constituciones política y económica: de un lado, la real extensión del espacio de irradiación normativa de la Constitución política (ámbito social); de otro, la especial naturaleza de su contenido (ámbito axiológico). La identificación de estos ámbitos de intersección es fundamental para entender cómo, a pesar de su autonomía, cada una de las dos Constituciones condiciona profundamente la fuerza normativa de la otra.

Para un mejor entendimiento de estas consideraciones, conviene realizar a continuación dos reflexiones complementarias. En primer lugar, la Constitución (política) se puede delimitar en función de su relación (intrínseca y dinámica) con la Constitución positiva: “*neither as a field of extra-juridic knowledge, nor as a straightforward conveyor-belt of legal norms but as internally and dynamically related to the formal constitution*”.<sup>80</sup> En segundo lugar y en adición a lo primero, este mismo concepto se define por la existencia de cuatro factores que componen, alimentan y se retroalimentan a su vez del orden constitucional: la unidad política; un conjunto de instituciones (políticas); las relaciones sociales y los objetivos políticos fundamentales.<sup>81</sup>

La adopción de una definición más amplia acerca del concepto de Constitución no solo permite superar la insuficiencia del texto constitucional a los efectos de su interpretación (dada su clásica formulación abierta), sino que tiene también un alto potencial explicativo respecto de las fronteras imprecisas que diferencian los conceptos de Constitución (política) y Constitución económica. En este sentido, la irradiación normativa de la Constitución política sobre los cuatro elementos antes mencionados demuestra cómo el carácter vinculante de la norma fundamental no depende y no se proyecta de forma autorreferencial meramente sobre el texto. Al contrario, se requiere una interpretación holística apta para justificar la fuerza normativa de la Constitución política, a la luz de su capacidad de garantizar —simultáneamente— la unidad política, la estabilidad de sus instituciones fundamentales, los objetivos po-

<sup>79</sup> Uwe VOLKMANN, *op. cit.* (p. 28 y *passim*).

<sup>80</sup> Marco GOLDONI; Michael A. WILKINSON, “The Material Constitution”, *The Modern Law Review*, vol. 81, núm. 4, 2018 (julio), pp. 567-597 (p. 569).

<sup>81</sup> *Ibid.*

líticos esenciales y, sobre todo (en lo que aquí interesa), la existencia de un contexto social favorable sobre el cual pueda desplegarse tal normatividad.

En pocas palabras, el orden constitucional comprende e irradia también la realidad socioeconómica subyacente al Derecho positivo. Sin embargo, la integración del contexto social como factor esencial en el concepto de Constitución (política) no se traduce en un cambio cualitativo de la sociedad en factor predominantemente político; del mismo modo que la dependencia de la Constitución política de las circunstancias económicas no transforma automáticamente la naturaleza política de la Constitución en carácter económico.<sup>82</sup>

Reflexionar sobre la real extensión de la Constitución (política) significa reconocer que la ordenación política de la sociedad por medio de la norma fundamental debe tomar en consideración, como factor decisivo, a la propia sociedad. Supone, en definitiva, volver la mirada sobre una de las preguntas clásicas del constitucionalismo, referida a la relación entre el Estado y la sociedad, y admitir que la Constitución política es solo una de las respuestas posibles a la “pregunta decisiva [acerca del] modo de vincular al Estado y la Sociedad”.<sup>83</sup> La Constitución económica puede ser, a su vez, una respuesta adicional a esta pregunta decisiva, en tanto en cuanto se admita la existencia de esferas autónomas de la realidad vitalmente interconectadas, pero no por ello idénticas; autónomas, pero no por ello mutuamente excluyentes. Todo lo anterior permitiría identificar, finalmente, el primer ámbito material de intersección entre las Constituciones política y económica, esto es, la sociedad civil.

Se define este ámbito por su carácter híbrido público-privado, al ser la sociedad una esfera necesaria de la realidad que permite la transición del individuo desde el espacio subjetivo (privado) hacia el ámbito público (político). En este sentido, la sociedad cobra existencia en forma de realidad objetiva a través de la puesta en común de intereses privados; siendo así una apariencia común de la supervivencia humana individual. La esfera social se convierte, de este modo, en el pilar objetivo (como realidad compartida) que sostiene la promesa mutua de la autoorganización política.<sup>84</sup>

Pero esta esfera social como realidad compartida (o pre-política) no es solo una base material para la Constitución política, sino también para la Constitución económica. En efecto, el mercado es una fórmula específica de conformación común de la realidad, en tanto que el dinero —medio esencial de la vida económica— solo puede adquirir valor determinado en presencia de otros participantes de la vida humana.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> “Although study of political economy is essential for understanding the material formation and reproduction of society (its metaphorical ‘backbone’), the structure and content of the material constitution is not economically determined”, Marco GOLDONI; Michael A. WILKINSON, *op. cit.* (p. 587).

<sup>83</sup> Konrad HESSE, *op. cit.* (p. 130).

<sup>84</sup> Hannah ARENDT, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 2ª ed., 2018 (pp. 33, 46, 50).

<sup>85</sup> *Ibid.* (p. 164).

Como ya se ha mencionado, existe un segundo ámbito de interacción entre la Constitución política y la económica, esta vez derivado de la especial naturaleza del contenido de la Constitución política. Se trata de un contenido con notable carga moral, al residir la normatividad de la Constitución, en última instancia, en su capacidad de orientar y ordenar políticamente la sociedad según una concepción básica de justicia.<sup>86</sup> Esta idea se pone de manifiesto en los múltiples preceptos de contenido ideal de la Constitución positiva, que finalmente se pueden interpretar como “concretizaciones del principio de la dignidad humana en ámbitos específicos”.<sup>87</sup>

Pero la extracción o la existencia de este contenido de especial naturaleza no se debe a su pertenencia a la organización política, sino a su importancia vital para la convivencia humana, al ser un criterio ético superior que legitima la juridificación del poder político. En otras palabras, el valor de la dignidad humana no es típico primordialmente de las Constituciones políticas, sino que es un valor necesario para la propia supervivencia en común de las personas. Siendo cierto, no obstante, que es la propia inserción de este valor en la ordenación política de la sociedad la que justifica también la normatividad de la Constitución política. Al ser el principio de la dignidad humana un criterio de ordenación de lo común (y posteriormente de lo público), y al ser el mercado solo una parte de lo común, su regulación jurídico-constitucional requiere, a los efectos de su validez axiológica, el acomodo del mercado a este principio.

### 3.2.4. *Un concepto orientado hacia la protección de la libertad humana: funciones de la Constitución económica*

Las características fundamentales de la Constitución económica anteriormente explicadas permiten avanzar en el recorrido conceptual, siendo necesario reflexionar, en adelante, acerca de las funciones que desarrollan de manera concreta el criterio último de normatividad ya identificado. En particular, se propone la identificación del esqueleto funcional básico de la Constitución económica, desde la perspectiva de la protección de la libertad.

El enfoque teórico sobre las funciones de la Constitución con el fin de determinar su alcance normativo no representa una innovación metodológica.<sup>88</sup> Más bien, es la

---

<sup>86</sup> Uwe VOLKMANN, *op. cit.* (esp. pp. 241 y ss).

<sup>87</sup> *Ibid.* (p. 248). Clásicamente sobre la dignidad humana como principio legitimador supremo, Günther DÜRIG, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81, núm. 2, 1956 (pp. 117-157). Disponible en: [https://www.jstor.org/stable/44303797?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/44303797?seq=1#metadata_info_tab_contents) (última consulta: 10.04.2021).

<sup>88</sup> Véase el texto clásico de Rudolf SMEND, “Constitución y Derecho Constitucional” [1928], en: *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar*, trad. J.M. Beneyto/J.A. García Amado, Tecnos, Madrid, 2019 [identificando los tres tipos de integración: personal, funcional y material (pp. 29-59)]. En el ámbito anglosajón se puede consultar, más recientemente, Ernest A. YOUNG, “The Constitution Outside the Constitution”, *The Yale Law*

propia variedad de sentidos del término “función” la que requiere aclarar la definición aquí empleada, *i.e.* tareas cuyo cumplimiento está encomendado a la Constitución de acuerdo con las expectativas (de justicia) de la sociedad.<sup>89</sup> Esta interpretación resulta especialmente congruente con la premisa básica de este trabajo, pues permite incidir, de entrada, sobre la dimensión axiológica de la Constitución económica, esbozándose meramente el mapa conceptual respecto de los concretos elementos de Derecho positivo. En este sentido, el análisis relativo a la adecuación y congruencia de tales elementos respecto del esqueleto conceptual de la Constitución económica se configura como objetivo esencial de futuras investigaciones doctrinales.

La delimitación funcional del concepto aquí analizado se puede llevar a cabo mediante el estudio de los efectos esenciales<sup>90</sup> de la regulación jurídica. Partiendo del principio de base en el que se fundamenta la normatividad de la Constitución económica (la dignidad humana), se pueden distinguir analíticamente dos funciones básicas mediante las cuales se lleva a cabo el objetivo esencial de protección de la libertad: la función constitutiva y la función potenciadora o armonizadora. Estas funciones proyectan, a su vez, manifestaciones adicionales referidas, de un lado, a la integración económica en sentido estricto (libertad como posibilidad jurídica) y de otro, la integración sustantiva (libertad como capacidad).

### 3.2.5. *Función constitutiva*

El primer efecto esencial de la regulación se refiere a la constitución jurídica del mercado como herramienta de garantía de la libertad económica, mediante la identificación y la protección de sus piezas básicas.<sup>91</sup> En este aspecto, lo fundamental reside en que la Constitución económica reconoce el papel protector del mercado; ya que su ausencia se traduciría en una negación de posibilidades para el desenvolvimiento autónomo del individuo, en el ámbito económico de lo común. Como se puede observar, el centro de interés de la Constitución económica se mantiene sobre la libertad económica como un fin en sí misma, sin que sea necesario tomar en consideración aquí su interrelación con el resto de vertientes de la libertad humana.

La función constitutiva se vincula a la idea liberal clásica según la cual, independientemente del nivel de eficiencia del mercado para asegurar la realización de los planes individuales, la mera existencia de un ámbito libre de intercambio, produc-

---

*Journal*, núm. 117, 2007, pp. 408-473, que emplea la perspectiva funcional para identificar las normas “ordinarias” de contenido constitucional.

<sup>89</sup> Uwe VOLKMANN, *op. cit.* (pp. 63-64).

<sup>90</sup> *Ibid.* (p. 331), hablándose de “dimensiones de la normatividad” de la Constitución.

<sup>91</sup> Fundamentalmente, los principios de libre empresa y de economía de mercado (art. 38 CE), la garantía de la propiedad privada (art. 33 CE); así como los derechos económicos reconocidos en el Derecho de la Unión Europea, en la modalidad de principios generales del Derecho (art. 6.3 TUE) o como derechos explícitamente recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE).

ción, inversión y consumo representa el presupuesto de hecho de la libertad económica. El significado axiológico de la función constitutiva se reduce a la identificación de la libertad económica como valor en sí mismo para la vida humana<sup>92</sup>, dotando también de autonomía al mercado.

Dando un paso más, la expansión cuantitativa de las opciones reales de los agentes para entablar relaciones económicas mediante la apertura y la integración de los mercados también se traduciría en un refuerzo de la libertad económica. En efecto, la vocación integradora de la Constitución económica se manifiesta de forma específica en el contexto europeo, al ser la construcción del mercado único un objetivo primordial reconocido en los Tratados fundacionales de la Unión.<sup>93</sup> Sin considerar aquí las fórmulas precisas de integración<sup>94</sup>, es posible afirmar que la expansión del horizonte jurídico de posibilidades económicas aumenta de forma incontestable el ejercicio de la libertad económica, en cuanto que multiplica y diversifica las opciones existentes en el mercado.

Se observa, por tanto, que la configuración conceptual de la Constitución económica de acuerdo con la idea esencial de protección de la libertad económica engloba también una alta compatibilidad con el proceso de integración europea y con la característica de unidad del mercado<sup>95</sup>. Especialmente propicias para dar respuesta a las

---

<sup>92</sup> “The point at issue is [...] the availability of freedom (no matter whether the freedom is aimed at self-interest or at some other objective)”, Amartya SEN, *Development as Freedom*, Knopf Doubleday Publishing Group, Kindle Edition (p. 118).

<sup>93</sup> Art. 3.3 del TUE LISBOA. La expansión y apertura de los mercados nacionales son características esenciales del fenómeno de globalización económica; el sueño de construir un “mundo del comercio sin muros” se ha venido impulsando ya desde los inicios de siglo xx, siendo de especial relevancia en este sentido la creación de la Cámara Internacional del Comercio (ICC, por sus siglas en inglés) en París, 1920. Este fenómeno se ha consolidado a nivel internacional especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, a través de las políticas conocidas como “El Consenso de Washington”. Sobre la globalización económica como proyecto político neoliberal impulsado a través de las instituciones internacionales (y que hacen uso del Estado para llevarlo a cabo): Quinn SLOBODIAN, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London-England, 2018 (p. 49).

<sup>94</sup> Según la clásica definición de Fritz W. SCHARPF, *Gobernar en Europa. ¿Eficaz y democráticamente?*, trad. J. Alborés, Alianza Editorial, 2000 (esp. pp. 59 y ss.), se trataría de mecanismos de integración negativa positiva.

<sup>95</sup> Determinar la existencia de compatibilidad no explica también el nivel admisible de compatibilidad. En este sentido, una parte relevante de la doctrina defiende la existencia de una Constitución económica “compuesta” por la Constitución económica nacional y la Constitución económica de la Unión. Armin HATJE, *op. cit.* (p. 593). Las diversas interpretaciones se extraen a la luz de la metodología de base empleada para definir la propia Unión Europea. En cuanto al constitucionalismo multinivel (*Verfassungsverbund*), Armin VON BOGDANDY; Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, *cit.*; Ingolf PERNICE, “Does Europe Need a Constitution? Achievements and Challenges after Lisbon”, en Anthony ARNULL; Catherine BARNARD; Michael DOUGAN; Eleanor SPAVENTA (eds.): *A Constitutional Order of States?*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011 (pp. 75-98). En defensa de una homogeneidad ideal-sustantiva que mantiene intactos, sin embargo, los distintos espacios jurídicos (“Derecho común europeo”), Peter HÄBERLE, *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, trad. M. Azpitarte Sánchez, Fundación El Monte, Sevilla, 2004.

expectativas de aumento de la libertad económica resultarían, entonces, las libertades fundamentales del mercado único (mercancías, personas, servicios y capitales<sup>96</sup>) y la prohibición de las prácticas empresariales<sup>97</sup> y ayudas estatales<sup>98</sup> que falsean la competencia; derivando todas ellas del principio básico de igualdad en el ejercicio de la actividad económica<sup>99</sup>.

Las consideraciones anteriores no equivalen, sin embargo, a una pretensión de abandono absoluto de la libertad económica al mercado; y, especialmente, la virtud instrumental del mercado respecto de la libertad económica no debe llevar a una prevalencia económica sobre el resto de vertientes de la libertad humana. Pues, como ya se ha indicado, es precisamente la interrelación armónica de todas estas facetas la que otorga, en última instancia, fuerza normativa a las Constituciones económica y política.

Retomando la justificación originaria (ordoliberal) acerca de la vinculatoriedad jurídica de la Constitución económica, y aun reconociendo la importancia y la autonomía del mercado, las esferas de intersección (social y axiológica) requieren superar las consideraciones referidas estrictamente al mercado (justicia derivada de la necesidad, utilidad y razonabilidad), con el objetivo de acomodar la libertad económica a sus facetas adicionales. Este acomodo no solo tiene la capacidad de reforzar la libertad económica en sentido estricto (ofreciéndole una sustancia adicional), sino también de potenciar el resto de vertientes de la libertad humana; de modo que la Constitución política no encuentre obstáculos externos que disminuyan su fuerza normativa.

### 3.2.6. *Función potenciadora*

La función potenciadora de la Constitución económica pretende superar la definición de la libertad económica en sentido estricto (como posibilidad jurídicamente garantizada para el desenvolvimiento en el mercado), centrándose en su aspecto sustantivo, definido como capacidad, *i.e.* las condiciones materiales que hacen posible la existencia humana digna.<sup>100</sup> La diferencia analítica entre la función constitutiva y la función potenciadora consiste en que la segunda desvela una idoneidad específica para reforzar y garantizar tanto la esfera económica de la libertad, como el resto de sus vertientes; siendo de especial interés aquí, la libertad política.

---

<sup>96</sup> Art. 26.2 TFUE.

<sup>97</sup> Art. 101 TFUE.

<sup>98</sup> Art. 107 TFUE.

<sup>99</sup> En igual sentido se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional español, en reiterada jurisprudencia a partir de la STC 88/1986, de 1 de julio (*BOE*, núm. 174, de 22 de julio), FJ 4.

<sup>100</sup> Sin estas “condiciones materiales externas del cuerpo y la vida”, “el hombre como tal no tiene lo que constituye su dignidad, es decir, la capacidad de elevarse por encima del entorno impersonal en libre decisión”, Günther DÜRIG, *op. cit.* (p. 131).

La importancia real de esta función de la Constitución económica solo se puede comprender a través de reflexiones concretas sobre los modos de mutua condicionabilidad. En este sentido, un primer ejemplo podría ser la ausencia de ingresos mínimos (pobreza). Mientras que este factor condiciona la propia realización de la libertad económica (participación libre en el mercado, siquiera bajo la figura del consumidor), produce asimismo consecuencias fundamentales sobre los derechos básicos de la esfera política (entre otros, el acceso a los medios de comunicación, correspondiente a la libertad de recibir información).

Dando un paso más, se podría afirmar que la intensidad de las necesidades económicas aumenta, en lugar de disminuir, la urgencia de las libertades políticas. Ello porque, a través de los derechos fundamentales políticos, no solo se consolida el debate público —de obligada existencia en el Estado constitucional democrático—, o se reclaman respuestas políticas en relación con las necesidades económicas de los ciudadanos, sino que también se hace posible la propia conceptualización y comprensión de estas necesidades económicas básicas: “[i]t can indeed be argued that a proper understanding of what economic needs are — their content and their force — requires discussion and exchange”.<sup>101</sup>

De igual manera, las oportunidades sociales (por ejemplo, la sanidad o la educación<sup>102</sup>) son factores de creación y consolidación de todas las esferas de la libertad (económica, política, privada). A modo de ejemplo, se podría pensar en la relevancia de una vida sana para la libertad privada; pero, a la vez, una baja tasa de mortalidad y morbilidad otorgarían un mayor nivel de normatividad a la Constitución política, en tanto que aumentan la seguridad del individuo sobre la vida misma y con ello, la confianza en la autoridad política. De forma análoga, la educación refuerza a la vez, la capacidad para participar en el mercado (teniendo en cuenta de forma específica el aumento de la técnica y su importancia en un mundo cada vez más interconectado) pero también la capacidad de participación política (por ejemplo, leer y comprender la información presentada en los medios de comunicación).<sup>103</sup>

Desde esta perspectiva, además de ser un fin en sí mismo de la Constitución económica, la libertad económica se presenta simultáneamente como instrumento de potenciación del resto de libertades que, sin definirse propiamente como económicas, son relevantes a su vez para consolidar la capacidad de ejercer la libertad económica. De este modo, la Constitución económica se desprende, en su esencia conceptual, de la premisa liberal clásica (y ordoliberal) relativa a una presunta hostilidad inherente entre la economía y la política.<sup>104</sup>

El mutuo refuerzo de libertades observado en el nivel máximo de intersección de los ámbitos social y axiológico requiere integrar en la Constitución económica una función apta para dar respuesta jurídica a las necesidades sociales y expectati-

---

<sup>101</sup> Amartya SEN, *op. cit.* (p. 153).

<sup>102</sup> *Ibid.* (p. 39).

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.* (p. 3).

vas de justicia que fundamentan su fuerza normativa. La función potenciadora aquí mencionada proyecta un efecto de compensación respecto de la libertad económica en sentido estricto (respondiendo a las privaciones de libertad derivadas del propio funcionamiento del mercado); a la vez que armoniza y refuerza externamente los requisitos de normatividad de la Constitución política. De este modo, la función potenciadora respondería, por analogía, al principio constitucional del Estado social; siendo este un principio esencial del constitucionalismo como instrumento para garantizar y compensar la fragilidad de la libertad humana.<sup>105</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

En este texto se ha formulado una propuesta conceptual de Constitución económica, distinta de las principales definiciones existentes en la literatura jurídica europea. Los rasgos que la diferencian se deben, sobre todo, a la propia ontología jurídica desde la cual estos se formulan. En concreto, el trabajo se adhiere a una visión del Derecho como “orden justo” de la sociedad. Esta idea determina los dos elementos esenciales de la Constitución económica: de un lado, su legitimidad; de otro, la segunda función, denominada “potenciadora”.

Al considerarse que la vertiente axiológica —vinculada al principio de la dignidad humana— pertenece de forma intrínseca a la disciplina jurídica, y por ende a la Constitución económica, se rechazan las propuestas teóricas puramente positivistas. Sin embargo, la autonomía conceptual de la Constitución económica requiere excluir también las propuestas alternativas que se basen exclusivamente en el principio democrático. Se demuestra, asimismo, que la superación de una visión formalista del Derecho no requiere automáticamente aceptar como carácter distintivo de las normas jurídicas, la esencia política; pero sí su relación con la realidad social que pretenden regular.

Por un lado, la definición de la Constitución económica en el sentido de un conjunto de normas que regulan la actividad económica en un determinado territorio resulta insatisfactoria para justificar la propia existencia del concepto estudiado. En términos de legitimidad, esta descripción presenta los déficits bien conocidos de la teoría de la Constitución desarrollada a finales de siglo XIX y principios de siglo XX. Más concretamente, a los efectos de legitimar la Constitución económica desde la perspectiva mencionada, sería necesario recurrir a la propia Constitución política o, si se quiere buscar más allá, a una norma hipotética. En cualquiera de los casos, la normatividad de la Constitución económica mantendría un carácter exclusivamente imperativo, desplegando, pues, su vinculatoriedad independientemente de la aceptación social. En términos funcionales, la Constitución económica definida exclusiva-

---

<sup>105</sup> Una propuesta de “constitucionalismo global social” que presenta el principio constitucional del Estado social como una “herencia constitucional compartida”, no necesariamente vinculado a la organización política estatal, Anne PETERS, “Global Constitutionalism: The Social Dimension”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 25, 2017, p. 37.

mente desde un punto de vista formal se traduciría en la mera ordenación de factores económicos, sin desvelar, no obstante, un sentido concreto de esta ordenación, más allá del objetivo de conseguir una cierta unidad regulatoria.

Por otro lado, el rechazo de la Constitución económica interpretada como deferencia constitucionalizada hacia el legislador democrático se debe a la consiguiente pérdida de autonomía conceptual de la Constitución económica. Además, al ser el Estado la única organización política que presenta —según la teoría constitucional clásica— el “máximo” nivel de legitimidad democrática posible, se introduciría una dependencia forzada del Derecho (y más concretamente, de la Constitución económica) respecto del legislador estatal, a la vez que un hiper-protagonismo del Estado en la producción jurídica. Se trataría, sin embargo, de una narrativa que difícilmente se pueda sostener en la actualidad, aun reconociéndose la relevante presencia del Estado como actor en la escena internacional.

La ventaja de una Constitución económica interpretada como deferencia constitucionalizada hacia el legislador consistiría en que, frente a la visión ordoliberal, esta favorecería una mayor garantía de la igualdad material —elemento clave de una existencia humanamente digna—. Sin embargo, la Constitución económica así definida se identificaría con una mera parcela específica de la Constitución política. Como consecuencia de lo anterior, el concepto de Constitución económica debería incorporar las ficciones más debatidas —y quizás más problemáticas para un Derecho público que pretenda superar las fronteras nacionales— de la teoría moderna del Estado: el pueblo y su presunta homogeneidad.

Por último, en el trabajo se defiende la desvinculación conceptual de las Constituciones económica y política, lo que implica aceptar una separación funcional entre el mercado y la política. En particular, esta diferenciación presenta la ventaja de una mayor apertura y congruencia de la Constitución económica con los ordenamientos jurídicos supranacional e internacional, a la vez que una garantía más eficiente de los derechos fundamentales de carácter económico. Sin embargo, esto no debe llevar a la preeminencia absoluta del mercado sobre la democracia. Pues en el Estado constitucional no puede tener cabida una Constitución económica que ponga en peligro a la democracia o, como en el caso ordoliberal de primera generación, justifique su autonomía conceptual justamente a través de elementos antidemocráticos. En efecto, “la democracia no lo es todo, pero tampoco resulta renunciabile”.<sup>106</sup>

Alcanzar un equilibrio entre el principio democrático y el mercado libre representa uno de los retos más importantes del Derecho constitucional en la actualidad. En este trabajo se ha intentado dar cuenta de la compleja relación que siempre ha existido entre estos dos elementos. La definición aquí propuesta ha pretendido incorporar al Derecho constitucional económico el principio de la dignidad humana:

---

<sup>106</sup> Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, “Estado de Derecho y democracia más allá del Estado”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ; Isaac MARTÍN DELGADO; Pablo MEIX CERECEDA (dirs.), *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020 (p. 49).

como criterio de legitimidad, pero también como criterio de resolución de posibles conflictos entre la Constitución económica y la Constitución política.

También tiene el constitucionalismo que huir de totalitarismos axiológicos. Sin embargo, en el marco de las construcciones conceptuales, el principio de la dignidad humana sea quizás el único para el cual merecería la pena arriesgar este reproche teórico, pues su irradiación queda plasmada sobre todas las vertientes de la realidad humana, independientemente del espacio geográfico, del avance técnico, de los cambios de ideología y de la sucesión de las generaciones.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Enoch ALBERTÍ ROVIRA, “La Constitución Económica de 1978. Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto, 2004, pp. 123-159.
- Hannah ARENDT, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 2ª ed., 2018.
- Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, “Alternancia y reconstrucción de la Constitución económica. Crónica política y legislativa del año 2011”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril, 2012.
- , “Constitución del pluralismo y método jurídico”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 447-459.
- , “El capitalismo sin mercado financiero y sus consecuencias sobre el Estado constitucional. Crónica política y legislativa del año 2012”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 100, enero-abril, 2014, pp. 151-179.
- Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, pp. 91-107.
- Isaiah BERLIN, “Two concepts of liberty”, en Henry HARDY (ed): *Liberty*, Oxford University Press, New York, 2002.
- Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.): “Introduction”, *The birth of austerity. German ordoliberalism and contemporary neoliberalism*, Rowman Littlefield International, London–New York, 2017.
- Mark BLYTH: *Austerity. The history of a dangerous idea*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- Franz BÖHM, “Decartelisation and De-concentration. A Problem for Specialists or a Fateful Question?”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017, trad. M. Everson.
- , “Economic Ordering as a Problem of Economic Policy and a Problem of the Economic Constitution”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017, trad. M. Everson.
- Ernst W. BÖKENFÖRDE, “La democracia como principio constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Geoffrey BRENNAN; James M. BUCHANAN, *The reason of rules. Constitutional political economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.
- Ottmar BÜHLER, “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y comentario sistemático a sus preceptos” [1929], trad. J. Rovira Armengol, en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010.
- Albert CAMUS, *El mito de Sísifo*, Alianza Editorial, E-book, Apple Distribution International Ltd, 2015.
- Carlos DE CABO MARTÍN, “El Tratado Constitucional Europeo y el Constitucionalismo del Estado social”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 199-213.

- Fernando DE LOS RÍOS, *El sentido humanista del socialismo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006.
- Ruth DUKES, “A Global Labour Constitution?”, *Queen’s University Belfast School of Law, Enlighten: Publications*, 2014, p. 4. Disponible en: <http://eprints.gla.ac.uk/76158/1/76158.pdf>
- Günter DÜRIG, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81, núm. 2, 1956, pp. 117-157. Disponible en: [https://www.jstor.org/stable/44303797?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/44303797?seq=1#metadata_info_tab_contents)
- Walter EUCKEN, “Competition as the Basic Principle of the Economic Constitution” [1942], en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017, trad. K. Tribe.
- , “Structural Transformations of the State and the Crisis of Capitalism”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017, trad. K. Tribe.
- , “The Different Types of Economic System” [1940], en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017, trad. T.W. Hutchison.
- Richard H. Jr. FALLON, “Legitimacy and the Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. 118, núm. 6, abril, 2005, pp. 1787-1853. Disponible en: [https://www.jstor.org/stable/4093285?seq=1&cid=pdf-reference#references\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/4093285?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents)
- Lars P. FELD; Ekkehard A. KÖHLER; Daniel NIENTIEDT, “Ordoliberalism, pragmatism and the eurozone crisis: How the German tradition shaped economic policy in Europe”, *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, núm. 4, 2015. Disponible en: <https://www.econstor.eu/handle/10419/111262>
- Ernst FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, trad. J. Nicolás Muñiz y L. López Guerra, CEPC, Madrid, 2013.
- Michel FOUCAULT, *The Birth of Biopolitics*, Picador, New York, 2008.
- Manuel GARCÍA PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1979.
- David J. GERBER, “Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the «New Europe»”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, núm. 25, 1994. Disponible en: [https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fac\\_schol](https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fac_schol)
- Matthias GOLDMANN, “Discretion, Not Rules: Post-Unitary Constitutional Pluralism in the Economic and Monetary Union”, *Social Science Research Network*, 30 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3103641>
- Marco GOLDONI; Michael A. WILKINSON, “The Material Constitution”, *The Modern Law Review*, vol. 81, núm. 4, 2018 (julio), pp. 567-597.
- Angelo Jr. GOLIA, “Costituzionalismo sociale (teoria del)”, en Rodolfo SACCO (dir.), Raffaele BIFULCO; Alfonso CELOTTO; Marco OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg. VII, UTET, Milano, 2017.
- Luis I. GORDILLO PÉREZ, “Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. De un derecho económico nacional a uno europeo”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 23, 2018, pp. 249-283.
- Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, “Debates sobre la metodología del Derecho público con la perspectiva de la multiculturalidad y la globalización”, en Miguel Á. PRESNO LINERA (coord.), *La metamorfosis del Estado y del Derecho*, Fundamentos núm. 8, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2014.
- , “Estado de Derecho y democracia más allá del Estado”, en Luis ARROYO JIMÉNEZ; Isaac MARTÍN DELGADO; Pablo MEIX CERECEDA (dirs.), *Derecho Público Global. Fundamentos, actores y procesos*, Iustel, Madrid, 2020.
- Peter HÄBERLE, *¿Tienen España y Europa una Constitución?*, trad. M. Azpitarte Sánchez, Fundación El Monte, Sevilla, 2004.
- , *Tiempo y Constitución*, trad. J. L. León Vásquez, Palestra Editores, Lima, 2017.

- Herbert L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 3ª ed., 2012.
- Armin HATJE, “The Economic Constitution within the Internal Market”, en Armin VON BOGDANDY; Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oregon, 2010.
- Friedrich A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. II, *The Mirage of Social Justice*, Routledge, London, 1998.
- Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. P. Cruz Villalón/M. Azpitarte Sánchez, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Josef HIEN; Christian JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- Josef HIEN; Christian JOERGES, “Dead man walking? Current European interest in the ordoliberal tradition”, *European Law Journal*, núm. 24, 2018, pp. 142-162.
- Michael IOANNIDIS, “Europe’s New Transformations: How the EU Economic Constitution changed during the eurozone crisis”, *Common Market Law Review*, núm. 53, 2016, pp. 1237-1282.
- Tony JUDT, *Postguerra. Una historia de Europa desde 1945*, trad. J. Cuellar y V. E. Gordo del Rey, Taurus, Madrid, 2005.
- Stefan KOLEV, “Ordoliberalism”, en Alain MARCIANO, Giovanni B. RAMELLO (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, New York, 2017, [https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6\\_618-3](https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6_618-3)
- John LOCKE, *Second Treatise of Government*, cap. IX, en Richard H. COX (ed.), *E-book*, Wiley-Blackwell.
- Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Madrid, La Ley, 1991.
- Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, *Hacienda Pública Española*, núm. 94, 1985.
- Agustín J. MENÉNDEZ, “La mutación constitucional de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 96, septiembre-diciembre 2012, pp. 41-98.
- Gabriel MORENO GONZÁLEZ, “Más allá de la Regla de Oro: las otras restricciones constitucionales al poder fiscal y presupuestario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, 2019, pp. 205-227.
- Costantino MORTATI, “Una valoración de conjunto sobre la experiencia de la Constitución de Weimar” [1946], trad. J. L. Aja Sánchez, en *La Constitución de Weimar*, Tecnos, Madrid, 2010.
- Alfred MÜLLER-ARMACK, “The meaning of the social market economy”, en Alan T. PEACOCK; Hans WILLGERODT (eds.) *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*, Palgrave Macmillan, New York, 1989.
- Robert NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA, 1999.
- Ingolf PERNICE, “Does Europe Need a Constitution? Achievements and Challenges after Lisbon”, en Anthony ARNULL; Catherine BARNARD; Michael DOUGAN; Eleanor SPAVENTA (eds.), *A Constitutional Order of States?*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011.
- Anne PETERS, “Humanity as the  $\Lambda$  and  $\Omega$  of Sovereignty”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 513-544.
- , “Global Constitutionalism: The Social Dimension”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 25, 2017.
- Tony PROSSER, *The Economic Constitution*, Oxford University Press, New York, 2014.
- Alexander von RÜSTOW, “General Sociological Causes of the Economic Disintegration and Possibilities of Reconstruction”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.) *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017, trad. D. Steuer.
- Fritz W. SCHARPF, *Gobernar en Europa. ¿Eficaz y democráticamente?*, trad. J. Alborés, Alianza Editorial, 2000.
- Amartya SEN, *Development as Freedom*, Knopf Doubleday Publishing Group, Kindle Edition.
- Hugo SINZHEIMER, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Fischer Verlag, Jena, 1927.
- Quinn SLOBODIAN, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts-London-England, 2018.
- Rudolf SMEND, “Constitución y Derecho Constitucional” [1928], en *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar*, trad. J.M. Beneyto/J.A. García Amado, Tecnos, Madrid, 2019.

- Manfred E. STREIT; Werner MUSSLER, “The Economic Constitution of the European Community: From ‘Rome’ to ‘Maastricht’”, *European Law Journal*, vol. 1, núm. 1, marzo 1995, pp. 5-30.
- Gunther TEUBNER, “Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism”, *The Italian Law Journal*, núm. 1, 2015.
- , *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Kaarlo TUORI; Klaus TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Uwe VOLKMANN, *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*, trad. I. Gutiérrez Gutiérrez, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- Armin VON BOGDANDY; Jürgen BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oregon, 2010.
- Armin VON BOGDANDY; Matthias GOLDMANN; Ingo VENZKE, “From Public International To International Public Law: Translating World Public Opinion Into International Public Authority”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2, 2016.
- Knut WOLFANG NÖRR, “«Economic constitution»: On the roots of a legal concept”, *Journal of Law and Religion*, vol. 11, núm. 1, 1994-1995.
- Brigitte YOUNG, “Is Germany’s and Europe’s Crisis Politics Ordoliberal and/or Neoliberal?”, en Thomas BIEBRICHER; Frieder VOGELMANN (eds.), *The birth of austerity*. Rowman Littlefield International, London–New York, 2017.
- Ernest A. YOUNG, “The Constitution Outside the Constitution”, *The Yale Law Journal*, núm. 117, 2007, pp. 408-47.



Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

[www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/](http://www.revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/)

