

Teoría y Método

# Revista de Derecho Público

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

Volumen 8 | 2023

© **MARCIAL PONS**  
**EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.**  
**San Sotero, 6 - 28037 MADRID**  
☎ (91) 304 33 03  
*[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)*  
*<http://www.revistamarcialpons.es/revistaderechopublico/>*  
ISSN: 2695-7191  
DOI: 10.37417/RPD/vol\_8\_2023  
Fotocomposición: Ene Estudio

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

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

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

## COMITÉ DE DIRECCIÓN

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

Juli Ponce Solé  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

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

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

## COMITÉ EDITORIAL

Raúl Letelier Wartenberg  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad de Chile

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

Héctor Santaella Quintero  
Profesor de Derecho Administrativo  
Universidad Externado de Colombia

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

Elisenda Malaret i García  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Claudia Tubertini  
Professoressa Associata di Diritto Amministrativo  
Università di Bologna

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

## COMITÉ ASESOR

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

Benoît Delaunay  
Professeur en Droit Public  
Université Paris II

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

José Esteve Pardo  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona

Pedro Costa Gonçalves  
Professor de Direito  
Universidade de Coimbra

Laurie Reynolds  
Research Professor  
University of Illinois. College of Law

Pedro Cruz Villalón  
Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad Autónoma de Madrid

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

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

## ÍNDICE

Filipe Brito Bastos, <i>Metodología doctrinal en el derecho administrativo de la UE: reaccionar frente a la “impronta estatal”</i> .....	7
Francisco Velasco, <i>Complejidad competencial y diversidad de formas normativas: el caso de la Ley por el Derecho a la vivienda</i> .....	61
Nicoletta Rangone, <i>Artificial intelligence challenging core State functions: A focus on law-making and rule-making</i> .....	95
Jorge Del Coso Mateo, <i>Organización, procedimiento y normas de control de la revisión de las calificaciones universitarias: Un estudio del Derecho Administrativo de la ciencia</i> .....	127



## METODOLOGÍA DOCTRINAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UE: REACCIONAR FRENTE A LA “IMPRONTA ESTATAL”

Filipe Brito Bastos\*

Professor Auxiliar, NOVA School of Law  
CEDIS (Centro de Investigação em Direito e Sociedade),  
Lisboa, Portugal  
filipe.bastos@novalaw.unl.pt

**RESUMEN:** Desde su origen, el estudio académico del derecho administrativo de la UE se ha basado en gran medida en categorías, conceptos y principios doctrinales procedentes del derecho administrativo de los Estados miembros. Ese estudio ha optado preferentemente por programas de investigación como la europeización del derecho administrativo nacional o el desarrollo de principios europeos comunes derivados de los ordenamientos administrativos internos. Asimismo, la doctrina ha adoptado una postura crítica frente al derecho administrativo de la UE cuando no se ajusta a los criterios y estándares normativos que normalmente rigen el derecho administrativo nacional. Pese a su relevancia, estos programas de investigación reproducen de forma particularmente clara una paradoja que nos resulta familiar. Aunque a estas alturas nadie puede cuestionar seriamente la existencia de una administración europea y de un derecho administrativo europeo más allá del

---

\* Estoy profundamente agradecido a muchos colegas por sus aportaciones y comentarios sobre versiones anteriores de este manuscrito. El artículo también mejoró mucho con las sugerencias del revisor anónimo. Además de a mis colegas en el Amsterdam Centre for European Law and Governance (y particularmente, Marta Morvillo), querría dar las gracias a Luis Arroyo Jiménez, Michael Bauer, Marcin Barański, Lukas van den Berge, Martijn van den Brink, Francisco Pereira Coutinho, James Dennison, Massimo Fichera, Cristina Fraenkel-Haerberle, Michał Krajewski, Rui Lanceiro, Lucía López Zurita, Yseult Marique, Joana Mendes, Przemysław Pałka, Martinho Lucas Pires, Sofia Ranchordás, Ulrich Stelkens, y Karl-Peter Sommermann. También estoy muy agradecido al profesor Eberhard Schmidt-Aßmann por sus valiosas observaciones sobre un borrador anterior. No obstante, me hago responsable de cuantos errores y defectos pudiera contener este texto.

[Nota de la revista] Este artículo, que ahora se publica en español gracias a la gentileza de Cambridge University Press, fue publicado originalmente como “Doctrinal Methodology in EU Administrative Law: Confronting the “Touch of Stateness”, *German Law Journal* (2021) 22, pp. 593-624.

marco estatal, la doctrina tiende a analizarlos —implícita o explícitamente— desde la perspectiva jurídica del Estado-nación. Esta —impronta estatal— (*touch of Stateness*) ha condicionado el derecho administrativo de la UE a pesar de que este último presenta ciertas peculiaridades sin precedentes en los ordenamientos nacionales. Este artículo explora y propone un enfoque metodológico para responder a las preconcepciones y expectativas normativas procedentes del derecho nacional y que han condicionado —hasta el punto de impedir— un desarrollo doctrinal más profundo del derecho administrativo de la UE.

**PALABRAS CLAVE:** derecho administrativo de la UE; doctrina jurídica; metodología; paradoja de la entidad política europea (*paradox of the European polity*); impronta estatal (*touch of Stateness*); interdisciplinariedad.

**SUMARIO:** 1. ANTE EL ESPEJO DE NUESTRO PASADO.—2. CULTURA JURÍDICA E “IMPRONTA ESTATAL” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UE.—3. ELEMENTOS COMUNES Y RUPTURA: DOS NARRATIVAS GEOGRÁFICAS PARA LA DISCIPLINA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (DE LA UE): 3.1. La vieja pelea por la afirmación de la disciplina; 3.2. La obra fundacional de Schwarze; 3.3. El alcance de la “impronta estatal” en el derecho administrativo de la UE; 3.4. El porqué del interés predominante en el derecho administrativo nacional.—4. UN DOBLE SESGO: 4.1. Sesgo de familiaridad temática: 4.1.1. ¿Un sistema administrativo propio, pero sin principios propios?: 4.1.2. ¿Ausencia de un lenguaje propio?: 4.1.2.1 La importación de conceptos nacionales; 4.1.2.2. El olvido de los conceptos propios de la UE; 4.2. Sesgo normativo.—5. CORTAR EL CORDÓN UMBILICAL: 5.1. Diálogo interdisciplinar; 5.2. Diálogo intradisciplinar: 5.2.1. Análisis doctrinal inductivo; 5.2.2. “El contexto constitucional del análisis doctrinal”.—6. CONCLUSIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE LA SINGULARIDAD ADMINISTRATIVA.—7. BIBLIOGRAFIA.

## 1. ANTE EL ESPEJO DE NUESTRO PASADO

La integración europea ha traído consigo la creación de una administración pública más allá del Estado nación. Sin embargo, no se ha desarrollado una disciplina académica del derecho administrativo de la UE plenamente separada de la tradición conceptual y metodológica propia del derecho administrativo nacional. En este sentido, la experiencia nacional del derecho administrativo ha trascendido al propio Estado, llegando a colonizar el derecho administrativo de la UE, en el que sigue desempeñando un papel central. Este artículo analiza cómo la influencia continuada de las preconcepciones y expectativas normativas procedentes del derecho administrativo nacional ha condicionado —hasta el punto de impedir— un desarrollo doctrinal más profundo del derecho administrativo de la UE. También propone un posible enfoque metodológico para contrarrestar el peso excesivo de dicha influencia.

El apartado 2 plantea la cuestión en el marco más amplio de la doctrina jurídica de la UE. La doctrina del derecho administrativo de la UE comparte el mismo problema de la “impronta estatal” (*touch of Stateness*) que Jo Shaw y Antje Wiener han diagnosticado en otras disciplinas dedicadas al estudio del derecho y la gobernanza europeos. La literatura no discute la existencia del poder público y del derecho más allá del Estado, pero su análisis a menudo está condicionado —o más bien, sesga-

do— por analogías y preconcepciones que asumen el marco estatal como referencia implícita, incluso en contextos en los que el derecho y la gobernanza de la UE plantean cuestiones históricamente ajenas a los Estados. Paradójicamente, pese a que el derecho administrativo de la UE goza de amplio reconocimiento como forma de derecho público que trasciende al Estado, su estudio se ha mantenido en gran medida centrado en las influencias que ejerce y que recibe de los ordenamientos nacionales.

El apartado 3 investiga la causa endémica de esa “impronta estatal” en la doctrina del derecho administrativo de la UE. La explicación radica en la influencia tan determinante que los estudios fundacionales del derecho administrativo de la UE han ejercido sobre la disciplina, construida a partir de los programas de investigación planteados por esos primeros autores, y en particular por Jürgen Schwarze. Dichos programas de investigación se centraban en dos temas fundamentales: la importación al ordenamiento europeo de los principios generales del derecho administrativo comunes a los Estados miembros y la europeización del derecho administrativo nacional. Ambos temas se centraban en la cuestión de en qué medida el derecho de la UE reflejaba o condicionaba el derecho administrativo de los Estados miembros, de tal modo que la experiencia de los ordenamientos nacionales se convertía en la referencia que determinaba la relevancia de las cuestiones relativas al derecho administrativo de la UE. Tal y como se explica en el apartado C, esta situación no es del todo nueva. Efectivamente, existe un llamativo paralelismo entre la relación que se establece entre la doctrina del derecho administrativo de la UE y el derecho administrativo nacional, por una parte, y, por otra, la posición que adoptó la primera doctrina administrativista nacional con respecto a la dogmática del derecho privado hace ya un siglo.

El apartado 4 sostiene que, al remitirse excesivamente a su equivalente nacional, la doctrina europea deja de lado algunos aspectos jurídicos específicos del derecho administrativo de la UE. Por un lado, esa referencia produce un sesgo de familiaridad. Implícitamente, lo que consideramos una cuestión relevante en el marco del derecho administrativo de la UE viene en gran medida determinado por la posibilidad de plantear dicha cuestión en los términos y el vocabulario habituales del ordenamiento administrativo interno. Así, el desarrollo doctrinal del derecho administrativo de la UE ha recurrido a los mismos conceptos y principios elaborados en el marco nacional. La consecuencia, en el mejor de los casos, ha sido que los conceptos y principios específicos del derecho administrativo de la UE han quedado sin una definición adecuada; en el peor, simplemente han sido ignorados. Por otra parte, al analizar las cuestiones relativas al derecho administrativo de la UE, a los juristas les cuesta desprenderse plenamente de las expectativas de justicia que han adquirido en su cultura jurídica de origen. Esto genera lo que podemos llamar un sesgo normativo: la tendencia a evaluar implícitamente (y en ocasiones también explícitamente) el derecho administrativo de la UE conforme a los criterios que normalmente rigen las decisiones de los ordenamientos internos.

El apartado 5 sugiere dos estrategias metodológicas para mitigar la influencia de esa “impronta estatal”. Para superar las preconcepciones jurídicas heredadas de las culturas estatales y nacionales, debemos prestar la máxima atención a los aspectos

jurídicos e institucionales específicos del sistema administrativo de la UE. Por una parte, esto requiere una exploración interdisciplinar de otros campos que han estudiado empíricamente las prácticas y las dinámicas de dicho sistema. Por otra parte, la doctrina del derecho administrativo de la UE debe tratar de entablar un diálogo *intradisciplinar* más profundo basado en el análisis de las cuestiones de derecho administrativo más recurrentes en distintos ámbitos sectoriales, contextualizando los problemas de derecho administrativo a nivel europeo exclusivamente en el marco constitucional de la propia Unión.

Resulta prácticamente inevitable trasladar las expectativas derivadas de las tradiciones doctrinales nacionales al estudio del derecho administrativo de la UE. Los juristas europeos son herederos y valedores de las grandes construcciones del derecho administrativo, que persiguen intereses colectivos al mismo tiempo que garantizan la protección de los derechos individuales. El pasado nacional de la doctrina administrativista de la UE es también *nuestro* pasado. Sin embargo, a medida que el derecho administrativo adopta formas transnacionales y supranacionales, la doctrina también debe adaptarse y evolucionar en consecuencia.

## 2. CULTURA JURÍDICA E “IMPRONTA ESTATAL” EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UE

El término “doctrina” o “doctrina jurídica” puede referirse a tres cosas. Primero, a una propuesta interpretativa planteada por académicos con el objetivo de reformular, aclarar o sistematizar fuentes del derecho positivo en bloques o categorías de conceptos y principios organizados de forma coherente.<sup>1</sup> También puede hacer referencia a la literatura que se ocupa de desarrollar dichas propuestas. De hecho, ese enfoque ha sido tan dominante en Europa —especialmente en la tradición continental— que “doctrina” (*die Lehre, la dottrina, la doctrine*) a menudo se utiliza en un tercer sentido, más abstracto, como sinónimo de literatura o investigación académica en general. Dado que gran parte de la literatura jurídica europea contemporánea se dedica a proyectos teóricos, empíricos o propuestas de reforma normativa (sin limitarse al enfoque estrictamente “doctrinal”), este artículo utiliza el término “doctrina” únicamente en los dos primeros sentidos. Cuando aparece como sustantivo contable que admite forma plural (“doctrinas”), remite a la primera acepción. En su forma no contable, invariable en singular (por ejemplo, “doctrina administrativista europea”), el término se refiere al cuerpo de textos que tratan de determinar el contenido de las fuentes del derecho de la UE y las relaciones entre ellas.

La tesis que plantea este artículo no remite a ninguna doctrina del derecho administrativo de la UE en particular. Más bien, se refiere a la propia doctrina admi-

---

<sup>1</sup> *Vid.*, en general, Jan Smits, “What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research”, en Rob van GESTEL, Hans MICKLITZ y Edward RUBIN, *Rethinking Legal Scholarship: a Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, 2017, pp. 207, p. 210; Aleksander PECZENIK, “A Theory of Legal Doctrine”, *Ratio Juris*, núm. 14, 2001, pp. 75.

nistrativista de la UE; es decir, al estudio doctrinal del derecho administrativo de la UE y su dependencia histórica de la doctrina nacional. Tal y como se explicará más adelante, algunas razones de esa dependencia son endógenas al derecho administrativo de la UE. Otras, sin embargo, tienen un carácter más sistémico y afectan a la doctrina jurídica europea en general.

Resulta significativo que después de más de medio siglo de evolución jurídica en el marco de la integración europea, se siga considerando que la doctrina europea está todavía en una fase relativamente temprana de madurez. Hay quien ha lamentado que, en cuanto que “lenguaje común del derecho europeo”, la doctrina jurídica europea “parezca todavía una especie de esperanto básico: sus términos proceden de muchos ordenamientos nacionales, su gramática no es suficientemente compleja y muchos de sus conceptos son vagos”.<sup>2</sup> Es más, podría cuestionarse incluso que la doctrina jurídica europea constituya en la práctica un “lenguaje común”. La realidad es que todavía no existe una literatura jurídica común del derecho europeo, con un vocabulario compartido y un mínimo consenso metodológico para la crítica de las propuestas interpretativas.<sup>3</sup>

Para entender esta situación, probablemente sea útil recordar una característica de las doctrinas jurídicas que a menudo se pasa por alto. La reformulación doctrinal de las fuentes del derecho no se produce en un universo jurídico aislado, abstracto y puro, sino en el contexto de una comunidad interpretativa concreta.<sup>4</sup> Los confines del discurso doctrinal vienen definidos por una red de convenciones sociales tácitas entre los intérpretes sobre cómo atribuir significado a las fuentes jurídicas y sobre la naturaleza de las realidades extrajurídicas que se pretenden regular. Las doctrinas son un producto tanto de las fuentes jurídicas que tratan de reformular como de las concepciones implícitas relativas a las instituciones sociales y políticas, las convicciones normativas compartidas y las prácticas argumentativas de quienes participan en este proceso.<sup>5</sup> Dicho de otro modo, las doctrinas —como los autores que las elaboran— se enmarcan necesariamente en una cultura jurídica concreta.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Nils JANSEN, *Making Doctrine for European Law*, en en Rob van GESTEL, Hans MICKLITZ y Edward RUBIN, *Rethinking Legal Scholarship: a Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, 2017, pp. 224, p. 224. Las observaciones de Jansen se refieren a la doctrina iusprivatista europea, pero pueden aplicarse literalmente a la doctrina del derecho de la UE en general y del derecho administrativo de la UE en particular.

<sup>3</sup> *Vid.*, en general, Armin von BOGDANDY, “National Legal Scholarship in the European Legal Area: A Manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, 2012, 614.

<sup>4</sup> Para la noción de comunidad interpretativa, *vid.*, en general, Stanley FISH, *Is there a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, 1980.

<sup>5</sup> Kaarlo TUORI, *Critical Legal Positivism*, Routledge, 2002, pp. 300–03; Aulis AARNIO, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer, 2011, p. 178.

<sup>6</sup> El papel de la cultura jurídica en este sentido ha sido estudiado con mucha más profundidad teórica en la literatura. Por ejemplo, la corriente relativamente heterogénea denominada “*law and culture movement*” se ha nutrido de aportaciones procedentes de la semiótica, la antropología y la sociología (incluida la referencia a la noción de *habitus* en el proceso de socialización de los individuos con respecto a prácticas comunes. Para una perspectiva general, *vid.* Menachem Mautner, “Three Approaches to Law and Culture”, *Cornell Law Review*, núm. 96, 2011, pp. 839.

He aquí la dificultad ineludible a la que se enfrena el desarrollo doctrinal del derecho de la UE. La doctrina nacional tiene un marco cultural compartido y relativamente estable que sirve de referencia para cualquiera que participe en el debate jurídico. Pero esto es algo de lo que carece la doctrina europea. De hecho, algunos autores como Haltern consideran que este es el rasgo definitorio que distingue el derecho nacional del derecho de la UE: mientras que el primero goza de una “base compleja de referencias culturales”, las fuentes del derecho de la UE son “meros textos, caparazones vacíos y sin raíces”.<sup>7</sup>

La situación quizá sea distinta para un pequeño grupo de “eurojuristas”, élites tecnocráticas unidas por una convicción federalista sobre la naturaleza y el destino político de la integración europea. Son ellos quienes históricamente han ocupado los puestos jurídicos de las instituciones, haciendo avanzar el proceso de integración.<sup>8</sup> Sin embargo, la inmensa mayoría de los juristas europeos no se han socializado en esa subcultura. Así, al carecer de una cultura jurídica común y consolidada, resulta inevitable que los juristas trasladen las preconcepciones doctrinales derivadas de sus propias culturas de origen al derecho de la UE. Algunos como Armin Hatje y Peter Mankowski hablan incluso de “derechos nacionales de la Unión” (*nationale Unionsrechte*) para describir lo que perciben como una característica del derecho de la UE: el hecho de que, pese a su pretensión de uniformidad para todos los Estados miembros, se interprete de forma divergente como consecuencia de algunas diferencias fundamentales entre las respectivas culturas jurídicas nacionales.<sup>9</sup>

Este problema no se limita a la literatura académica. El peso de las preconcepciones nacionales se refleja desde hace mucho tiempo en la práctica jurídica de la UE. Los escritos de Andreas Donner, el influyente presidente neerlandés del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), son un buen testimonio en este sentido:

Cada uno de [los jueces del TJUE] tiene que pasar por un proceso de desencanto. Empezará consultando los textos y los encontrará razonablemente claros. Tal vez identifique alguna alegación que, en principio, le parezca manifiestamente errónea. Pero después, en el debate interno, uno o dos de sus colegas retoman ese argumento, y nuestro juez descubre que ellos han hecho otra lectura de la norma. Entonces, en función de su personalidad y de su bagaje nacional, tardará más o menos tiempo en admitir que su interpretación puede estar condicionada por alguna preconcepción nacional que no debería aplicarse al derecho comunitario.

El problema [...] no es que todos defendamos de forma chovinista nuestras soluciones nacionales [...] como testimonio de la superioridad intelectual de nuestro propio ordenamiento. Se trata simplemente de que todos nos hemos educado en un determinado sistema que nuestros profesores presentaban como el resultado equilibrado y lógico de la razón y la justicia natural.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Ulrich HALTERN, “The Dawn of the Political: Rethinking the Meaning of Law in European Integration”, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, núm. 5, 2004, 585, 608–09.

<sup>8</sup> *Vid.*, en general, Antoine VAUCHEZ, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge University Press, 2015.

<sup>9</sup> *Vid.*, en general, Armin HATJE y Peter MANKOWSKI, „Nationale Unionsrechte: Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen“, *Europarecht*, núm 49, 2014, 155.

<sup>10</sup> Andreas DONNER, *The Role of the Lawyer in the European Communities*, Edinburgh University Press, 1968, 43–44.

No en vano, el verdadero sentido de una buena educación jurídica consiste no tanto en aprender el contenido de la ley, sino en que los aspirantes a juristas se empañen de su tradición doctrinal nacional e internalicen su forma particular de abordar las fuentes. Dicho de otro modo, la educación jurídica es lo que permite a los juristas aprender a “pensar como un jurista” en su jurisdicción concreta. Y “pensar como un jurista” significa algo distinto en cada país. Este es uno de los factores clave a la hora de explicar por qué el estudio del derecho de la UE sigue siendo una disciplina fragmentada por las fronteras nacionales.<sup>11</sup> A diferencia de los jueces del TJUE que describe Donner, los académicos dedicados al derecho de la UE están repartidos geográficamente y, salvo quizá una minoría en instituciones genuinamente transnacionales como el Instituto Universitario Europeo, no se enfrentan habitualmente a sus propias preconcepciones domésticas.

Al analizar cuestiones propias del derecho de la UE, los juristas recurren inevitablemente a instituciones y referencias que han adquirido en su marco nacional, ya que la cultura jurídica define el enfoque interpretativo frente a cualquier fuente.<sup>12</sup> Esto es cierto para cualquier ámbito del derecho de la UE, incluido el derecho administrativo. Igual que es imposible olvidar por completo la lengua materna al aprender un nuevo idioma, también es imposible hacer *tabula rasa* del derecho administrativo de la UE, prescindiendo de cualquier conocimiento anterior del derecho administrativo aprendido en un proceso de educación nacional.

El estudio del derecho administrativo de la UE es particularmente proclive a un fenómeno que Shaw y Wiener han identificado lúcidamente en relación con el derecho y la gobernanza europeos, y que denominan la “paradoja de la entidad política europea” (*paradox of the European polity*). La paradoja reside en el hecho de que, aunque no cabe duda de que en la UE existe una forma de gobernanza que trasciende al Estado, las teorías que analizan sus dimensiones jurídicas y políticas recurren sistemáticamente al Estado como punto de referencia fundamental. Se trata de una tendencia que Shaw y Wiener han llamado la “impronta estatal” (*touch of Stateness*). En sus palabras, “el riesgo de la gobernanza europea radica en estudiar una entidad política no estatal en el marco del Estado, con todas las implicaciones teóricas y metodológicas que ello conlleva”.<sup>13</sup> Para ilustrar esta cuestión, los dos autores señalan que los debates clásicos sobre el déficit democrático de la UE han girado implícitamente en torno a los estándares de democracia nacionales como término de comparación.

La “impronta estatal” tiene el mismo alcance —si no superior— en el ámbito del derecho administrativo, que nació y se desarrolló a la sombra del Estado. Si hay un elemento común a las tradiciones nacionales más influyentes en el estudio del

---

<sup>11</sup> *Vid.*, en general, Bruno de WITTE, “European Union Law: A Unified Academic Discipline?”, en Antoine VAUCHEZ y Bruno de WITTE, *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Cambridge University Press, 2013, pp. 101.

<sup>12</sup> *Cf.* Joxerramón BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford University Press, 1993, p. 132.

<sup>13</sup> Jo SHAW y Antje WIENER, “The Paradox of the ‘European Polity’”, en Maria Green COWLES y Michael SMITH, *Risks, Reform, Resistance, and Revival*, Oxford University Press, 2000, pp. 64, p. 65.

derecho administrativo en Europa es precisamente que todas ellas hunden sus raíces en la idea del Estado. Aunque podría sostenerse que el Reino Unido constituye una excepción,<sup>14</sup> incluso allí algunos autores como Carol Harlow y Richard Rawlings admiten que “a cualquier teoría del derecho administrativo subyace una teoría del Estado”.<sup>15</sup> No puede sorprendernos, pues, que los especialistas en derecho administrativo de la UE reconozcan el surgimiento de un ordenamiento administrativo más allá del Estado y, al mismo tiempo, incorporen las preconcepciones que han internalizado en el marco de sus respectivas culturas nacionales y, con ellas, el legado intelectual de más de un siglo vinculado al Estado y a su derecho administrativo.

Esa “impronta estatal” predominante en el conjunto de la literatura jurídica europea bastaría para explicar por qué los temas relativos al Estado y sus expectativas de justicia han seguido monopolizando la doctrina administrativista de la UE. Sin embargo, tal y como trata de explicar el siguiente apartado, hay motivos por los que la “impronta estatal” es particularmente marcada en el ámbito del derecho administrativo de la UE, y que tienen que ver con el modo en que la discusión académica quedó en gran medida conformada por los escritos pioneros en esta disciplina.

### **3. ELEMENTOS COMUNES Y RUPTURA: DOS NARRATIVAS GEOGRÁFICAS PARA LA DISCIPLINA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (DE LA UE)**

Cualquier disciplina jurídica nueva tiene que hacer frente a un desafío concreto: necesita justificar su valor añadido y obtener el reconocimiento de otras disciplinas equivalentes y potencialmente escépticas. Esto requiere necesariamente construir alguna forma de narrativa sobre cómo la nueva disciplina se ubica en el conjunto de los estudios jurídicos; es decir, cómo define su posición frente a otros campos más consolidados.

En este sentido, las narrativas elaboradas por los primeros académicos dedicados al derecho administrativo  *europeo*  muestran unas semejanzas notables con las de los primeros cultivadores del derecho administrativo  *nacional* . Tales narrativas subrayaban, bien su analogía, bien su ruptura, con respecto a las disciplinas jurídicas preexistentes. Mientras que los administrativistas nacionales plantearon ambas narrativas frente al derecho privado, los estudios pioneros a nivel europeo (que han determinado la evolución de la disciplina durante décadas) construyeron sus narrativas frente al derecho administrativo nacional.

---

<sup>14</sup> Andrew LE SUEUR, “‘Tradition’ in English Administrative Law”, en Matthias Ruffert, *Administrative Law in Europe: between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishings, 2013, pp. 19, p. 30.

<sup>15</sup> Carol HARLOW y Richard RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 3.<sup>a</sup> ed., 2009, p.1.

### 3.1 La vieja pelea por la afirmación de la disciplina

Un estudio comparado de las culturas jurídicas administrativas europeas muestra que, históricamente, han existido dos construcciones doctrinales que han influido en cómo el derecho administrativo se posicionó con respecto a la disciplina dominante (el derecho privado) en el momento de su aparición. A grandes rasgos, pueden describirse como las narrativas de los elementos comunes y de la ruptura.

Algunos de los primeros autores del derecho administrativo adoptaron una narrativa centrada en los elementos comunes. Subrayaban el hecho de que su disciplina compartía y daba continuidad a muchos de los principios y doctrinas del derecho privado. Una versión radical de este enfoque, relativamente extendida a finales del siglo XIX entre los iuspublicistas italianos, consideraba al derecho administrativo simplemente como parte integrante del derecho privado.<sup>16</sup> Una versión más moderada —y que gozó de más predicamento— reconocía al derecho administrativo como disciplina autónoma, pero planteaba su desarrollo doctrinal mediante la elaboración de conceptos y principios análogos a los del derecho privado,<sup>17</sup> cuya dogmática se consideraba “más precisa y completa”.<sup>18</sup> Así, el derecho administrativo se “fundó sobre principios o dogmas intemporales derivados del derecho privado”; los escritos de los gigantes del derecho privado como Friedrich Carl von Savigny se “dieron por hecho y se importaron” a la doctrina administrativista.<sup>19</sup> Dado el predominio histórico de la doctrina iusprivatista en la academia, los primeros administrativistas tuvieron que apoyarse en ella para garantizar la credibilidad de su propia disciplina. Durante un periodo de tiempo considerable, la doctrina del derecho administrativo trató de destacar la simetría de su marco conceptual con respecto al derecho privado.<sup>20</sup> Carl Friedrich von Gerber teorizó los derechos en el ordenamiento público basándose en su contexto anterior en el ámbito del derecho privado.<sup>21</sup> Otto Mayer, uno de los fundadores del derecho administrativo alemán, conceptualizó el “hecho administrativo” por referencia a las decisiones judiciales en litigios civiles.<sup>22</sup> No solo eso: Mayer insistió en que el derecho administrativo no venía a reemplazar al derecho privado, sino que operaba por asimilación de las antiguas instituciones del Antiguo Régimen, basadas precisamente en el derecho privado, y que ahora pasaban a calificarse como

<sup>16</sup> Sabino CASSESE, *Diritto Amministrativo: Storia e Prospettive*, Il Mulino, 2010, p. 265.

<sup>17</sup> Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Civitas, 1960, p. 39.

<sup>18</sup> Santi ROMANO, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Libreria, 1906, pp. 15-16.

<sup>19</sup> Sabino CASSESE, “New Paths for Administrative Law”, *International Journal of Constitutional Law*, núm 10, 2012, p. 603, p. 604.

<sup>20</sup> *Vid.* Heinrich de WALL, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 1999, p. 14.

<sup>21</sup> Eberhard SCHMIDT-ARMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck, 2013, p. 11; Michael STOLLEIS, *Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte*, C. H. Beck, 2014, p. 69.

<sup>22</sup> Otto MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Duncker & Humblot, 1895, p. 94.

“públicas”: “propiedad pública”, “servidumbres públicas” o “contratos públicos”, entre otras.<sup>23</sup> Ya en la segunda mitad del siglo xx, algunos de los tratados más relevantes del derecho administrativo neerlandés seguían reproduciendo las subdivisiones del derecho privado y hablaban de un derecho de propiedad administrativa o de un derecho administrativo de obligaciones.<sup>24</sup> El tratado de Kranenburg incluso se ajustaba al antiguo modelo romano tripartito de *personae, res y actiones*,<sup>25</sup> distinguiendo entre un derecho administrativo de personas (servicios y funcionarios), cosas (propiedad pública) y recursos.<sup>26</sup>

Frente a esta tendencia que reivindicaba las similitudes entre el derecho administrativo y el derecho privado, otros académicos trataron de demostrar precisamente lo contrario: la profunda quiebra que existía entre ambas disciplinas. Podría ser que muchos administrativistas neerlandeses se esforzaran en encontrar una simetría conceptual entre su ámbito y el derecho privado precisamente porque concebían el derecho administrativo como una “excepción artificial”.<sup>27</sup> Esta postura era relativamente común en Europa. Así, una segunda narrativa sobre el posicionamiento del derecho administrativo en el marco de los estudios jurídicos lo consideraba una desviación (de hecho, una *ruptura* o *derogación*) con respecto al derecho privado. La aparición del derecho administrativo en el siglo xix, con su énfasis en el ejercicio de autoridad sobre los individuos, se percibió como un elemento disruptivo del marco jurídico existente, donde el derecho privado y sus instituciones igualitarias ocupaban una posición central. Muchos autores,<sup>28</sup> incluido el influyente Hauriou, consideraban el derecho administrativo como una *lex specialis* frente al derecho privado.<sup>29</sup> Esta postura, dominante en Francia, es la que inspiró la famosa afirmación de Dicey sobre la imposibilidad de que existiese nada parecido al derecho administrativo en Inglaterra, ya que la idea de que la “relación entre los individuos y el Estado se rige por principios esencialmente diferentes a los del derecho privado, que regula los derechos de los particulares frente a sus vecinos”, era “absolutamente ajena al derecho inglés”.<sup>30</sup>

Con el paso del tiempo, en las distintas culturas jurídicas nacionales, el debate sobre la relación entre el derecho administrativo y el derecho privado ha ido ganando

<sup>23</sup> *Id.*, 134, 136.

<sup>24</sup> Herman van den BRINK, *Niederlande*, en *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, Erk Volkmar Heyen, 1982, pp. 117, p. 126.

<sup>25</sup> Emperador Justiniano I, Justinian’s Institutes 1.2.12 (Grant McLeod y Peter Birks trad., Cornell Univ. Press 1987): „omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones”.

<sup>26</sup> Roelof KRANENBURG, *Inleiding in het Nederlandsch Administratief Recht: Algemeen Deel*, Tjeenk Willink, 1941, pp. 11-12.

<sup>27</sup> En este sentido, y afirmando que esta percepción todavía condiciona el debate jurídico-administrativo en los Países Bajos. *Vid.* Lukas van den BERGE, “The Relational Turn in Dutch Administrative Law”, *Utrecht Law Review*, núm. 13, 2017, p. 99, p. 103.

<sup>28</sup> *Vid.*, por ejemplo, Fernando GARRIDO-FALLA, “Sobre el Derecho Administrativo y sus Ideas Cardinales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 7, p. 11, pp. 25.

<sup>29</sup> Maurice HAURIOU, *Principes de Droit Public*, 2.<sup>a</sup> ed., Silbey, 1916.

<sup>30</sup> Albert VENN DICEY, *An Introduction to the Study of the Constitution*, Macmillan, 1885 (reimpresión 1979), pp. 336–37, 388

do matices y sofisticación. La descripción de las dos narrativas adoptadas por los administrativistas tiene un carácter heurístico, con el fin de ofrecer una perspectiva simplificada de la percepción que la disciplina tenía de sí misma en su origen histórico. A primera vista, esas dos narrativas basadas respectivamente en los elementos comunes y en la ruptura no podrían ser más opuestas. Una se centra en la estabilidad y las semejanzas, mientras que la otra subraya la diferencia y el carácter de excepción de la nueva disciplina. Sin embargo, aunque pueda resultar irónico, a un nivel más profundo ambas comparten el hecho de definir la posición del derecho administrativo en el conjunto del ordenamiento por referencia al derecho privado (ya fuera de en términos positivos, por sus similitudes; o en términos negativos, por sus diferencias).

Esas mismas narrativas de los elementos comunes y la ruptura (con respecto al derecho privado) que habían vertebrado la primera doctrina administrativista reaparecieron a principios de la década de 1990, casi un siglo después. En este caso, se refieren al posicionamiento de la doctrina del derecho administrativo de la UE con respecto al derecho administrativo nacional. No obstante, más allá de alumbrar una discusión sobre el papel de una nueva disciplina, como había ocurrido con los primeros administrativistas (nacionales), las similitudes entre el derecho administrativo de la UE y el nacional, junto con el efecto disruptivo del primero sobre los ordenamientos internos, han centrado el foco temático de la doctrina administrativa en la UE durante décadas. Esa “impronta estatal” que atraviesa la literatura jurídica en el marco de la UE en general se siente con particular fuerza en el ámbito del derecho administrativo, donde la experiencia nacional resulta absolutamente central. Para entender cómo se ha llegado a esta situación, conviene revisar la génesis doctrinal del derecho administrativo de la UE.

### 3.2. La obra fundacional de Schwarze

De entre todas las obras pioneras en este ámbito, el tratado de Jürgen Schwarze *Europäisches Verwaltungsrecht*, publicado hace treinta años, resultó ser el más influyente.<sup>31</sup> Junto con los escritos de Sabino Cassese,<sup>32</sup> el tratado fundacional de Schwarze marca el inicio de lo que se ha descrito como la “época dorada” del derecho administrativo de la UE.<sup>33</sup>

El análisis de Schwarze se centra en demostrar la convergencia de los ordenamientos administrativos en Europa a través de la influencia del derecho de la UE. El autor alemán apunta al desarrollo gradual de un *ius commune* europeo. El principal vehículo para dicha evolución reside en el mecanismo por el que el TJUE ha recurri-

---

<sup>31</sup> Jürgen SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, 1988.

<sup>32</sup> *Vid.*, en general, Sabino CASSESE, “La Signoria Comunitaria del Diritto Amministrativo”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, p. 291.

<sup>33</sup> Aldo SANDULLI, *Il Ruolo della Scienza Giuridica nella Costruzione del Diritto Amministrativo Europeo*, en Luca de LUCIA y Barbara MARCHETTI, *L’Amministrazione Europea e le sue Regole*, Il Mulino, 2015, pp. 273, p. 289.

do al derecho público comparado para elaborar principios generales comunes a los ordenamientos administrativos de los Estados miembros. Algunos ejemplos clásicos de este proceso son la sentencia *Algera*,<sup>34</sup> donde el Tribunal acuñó un principio general según el cual la administración de la UE puede revisar y revocar sus propias decisiones cuando sean ilegales, o *Transocean Marine Paint*,<sup>35</sup> que estableció como principio general el derecho a ser oído.

Schwarze analiza meticulosamente una serie de principios generales de derecho administrativo como los de legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima y los derechos de defensa. Al examinar cada uno de esos principios, empieza comparando su configuración en los ordenamientos de los Estados miembros. A continuación, comprueba cómo los ha formulado el TJUE en el marco de distintos ámbitos sustantivos del derecho de la UE como el derecho de la competencia, la unión aduanera, la política agrícola común o la coordinación de la seguridad social.

En sus propias palabras, el interés fundamental de Schwarze consiste en “exponer las múltiples formas que adoptan las interconexiones entre el derecho administrativo de la Comunidad Europea y los ordenamientos administrativos de los Estados miembros”.<sup>36</sup> El estudio de esas interconexiones se traduce básicamente en dos cuestiones.<sup>37</sup> Primero, la relevancia del derecho administrativo nacional en el desarrollo de principios comunes por parte del TJUE mediante un proceso de análisis de derecho comparado. Segundo, la influencia del derecho de la UE en el derecho administrativo general de los Estados miembros. Algunos autores se han referido a estos dos vectores como los aspectos “ascendentes” y “descendentes” del desarrollo del derecho administrativo de la UE.<sup>38</sup> Con ello se pretende evocar el proceso por el que los materiales jurídicos procedentes de los sistemas domésticos se sintetizan a nivel de la UE hasta cristalizar como principios del derecho europeo que, posteriormente, influyen sobre los propios ordenamientos nacionales.

Además de una obra maestra, el tratado de Schwarze es de un volumen descomunal. En sus más de 1.500 páginas, su razonamiento hace gala de una fluidez insuperable tanto en el derecho administrativo comparado de los Estados miembros como en aspectos centrales del derecho de la UE. Especialmente después de su traducción al francés y al inglés, el enfoque de la obra de Schwarze en las influencias mutuas entre el derecho administrativo nacional y el de la UE marcó la pauta de los programas de investigación en la década siguiente.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> TJUE, asuntos acumulados 7/56 y 3-7/57, *Algera*, ECLI:EU:C:1957:7, sentencia de 12 de julio de 1957.

<sup>35</sup> TJUE, 17-74, *Transocean Marine Paint Ass'n c. Comisión*, ECLI:EU:C:1974:91, 23 de octubre de 1974.

<sup>36</sup> SCHWARZE, nota 31, 1434.

<sup>37</sup> *Id.*, 1434-39.

<sup>38</sup> SANDULLI, nota 33, 281.

<sup>39</sup> *Vid.*, en general, Edoardo CHITI, “The Relationship Between National Administrative Law and European Administrative Law in Administrative Procedures”, en Jacques Ziller, *What's New in*

Sin embargo, la inestimable contribución de Schwarze sigue reflejando en última instancia una paradoja familiar. Pese a su empeño por exponer el surgimiento de un derecho administrativo más allá del Estado, el tratado de Schwarze —como los estudios posteriores a los que dio lugar— se guía por un programa de investigación que empieza y acaba en el derecho administrativo nacional. Ese programa de investigación se guía por el mismo interés general en la convergencia jurídica entre el derecho administrativo nacional y el de la UE, y más específicamente por las mismas dos cuestiones de la influencia “ascendente” y “descendente” que marcan el tratado de Schwarze. El foco se pone en los mecanismos por los que el derecho administrativo de la UE toma prestado y reproduce el derecho administrativo nacional, así como en el efecto transformador del derecho administrativo de la UE sobre los ordenamientos domésticos. Es decir, estaríamos ante la reaparición de las narrativas de los elementos comunes y de ruptura.

Schwarze insistía en el papel fundamental de la jurisprudencia en el desarrollo de los principios no escritos del derecho administrativo de la UE, y en cómo esa jurisprudencia reflejaba el origen jurisprudencial de los ordenamientos administrativos nacionales.<sup>40</sup> Además, la conclusión general de su tratado podría resumirse en que la “Comunidad ahora tiene acceso a una estructura de normas de derecho administrativo que es *plenamente comparable* a la de los Estados miembros”.<sup>41</sup> Es decir, nos remite a los elementos comunes: el derecho administrativo de la UE da continuidad a los principios del derecho administrativo nacional a nivel de la UE, de tal forma que dichos principios pasan a ser compartidos entre la UE y los propios Estados miembros. Los principios generales no escritos del derecho administrativo de la UE —y, en particular, su inspiración a partir de las tradiciones nacionales— pasaron a considerarse factores potenciales de convergencia hacia un *ius commune* administrativo europeo. Entre muchos otros, cabría citar en este sentido a autores como Walter van Gerven,<sup>42</sup> Roberto Caranta,<sup>43</sup> Claudio Franchini,<sup>44</sup> Giacinto della Cananea,<sup>45</sup>

---

*European Administrative Law/ Quoi de Neuf en Droit Administratif Européen*, 2005, pp. 7–10; Rob WIDDERSHOVEN, “Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?”, *Review of European Administrative Law*, núm. 7, 2014, p. 5.

<sup>40</sup> SCHWARZE, nota 31, clxiv.

<sup>41</sup> *Id.*, 1433 (énfasis añadido).

<sup>42</sup> *Vid.*, en general, Walter van GERVEN, “Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?”, *Common Market Law Review*, núm. 32, 1995, pp. 679.

<sup>43</sup> *Vid.*, en general, Roberto CARANTA, “Judicial Protection Against Member States: A New Jus Commune Takes Shape”, *Common Market Law Review*, núm. 32, 1995, pp. 703.

<sup>44</sup> *Vid.*, en general, Claudio FRANCHINI, “I Principi Applicabili ai Procedimenti Amministrativi Europei”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2003, pp. 1037.

<sup>45</sup> *Vid.*, en general, Giacinto DELLA CANANEA, “Ius Publicum Europeaeum: Divergent National Traditions or Common Legal Patrimony”, en Matthias Ruffert, *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishing, 2013, pp. 125.

Stephan Neidhardt<sup>46</sup> o el influyente libro de Hans Peter Nehl sobre principios del procedimiento administrativo en la UE.<sup>47</sup>

La segunda gran cuestión que analiza Schwarze en su obra (el efecto del derecho de la UE sobre la legislación que regula las administraciones de los Estados miembros) pasó a constituir un programa de investigación en sí mismo en relación con la europeización de los ordenamientos administrativos nacionales.<sup>48</sup> En este punto, el interés de la doctrina administrativista de la UE se centra en cómo el derecho de la UE, y especialmente la jurisprudencia del TJUE, ha “afectado”,<sup>49</sup> “transformado”<sup>50</sup> o “modificado”<sup>51</sup> el derecho administrativo nacional, sobre el que ha tenido un “efecto profundo e indiscutible”.<sup>52</sup> Dicho de otro modo, la investigación sobre europeización viene determinada por el interés en las implicaciones disruptivas del derecho administrativo de la UE para las instituciones y los principios del derecho administrativo nacional. Desde este punto de vista, se analiza cómo los ordenamientos de los Estados miembros deben adaptarse a las demandas particulares que el derecho de la UE plantea para su propia aplicación. La aplicación a nivel interno de las normas y políticas de la UE puede requerir excepciones frente a las soluciones convencionalmente consagradas en el derecho administrativo nacional “ordinario”. Son muchas y muy sofisticadas las obras dedicadas a este proceso en el marco de la doctrina administrativista europea:<sup>53</sup> por ejemplo, la monografía de Kadelbach publicada en alemán en 1999 bajo el título *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*,<sup>54</sup> o las influyentes contribuciones de Michael Dougan y Diana-Urania Galetta sobre los efectos transformadores del derecho de la UE en relación con los recursos nacionales y el derecho administrativo en términos de autonomía procesal nacional.<sup>55</sup> En

<sup>46</sup> *Vid.*, en general, Stephan NEIDHARDT, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, 2008.

<sup>47</sup> Hanns Peter NEHL, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart, 1999, p. 78.

<sup>48</sup> *Vid.*, por ejemplo, Mariolina ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice?: The Influence of the ECJ's Case Law in Italy, Germany and England*, Europa Law Publishing, 2009.

<sup>49</sup> *Vid.*, en general, Jean-Bernard AUBY, “About Europeanization of Domestic Judicial Review”, *Review of European Administrative Law*, núm. 7, 2014, p. 19.

<sup>50</sup> *Vid.*, en general, Friedrich SCHOCH, „Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts“ *Juridica International*, núm. 21, 2014, p. 102.

<sup>51</sup> *Vid.*, en general, Stefan KADELBACH, *European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration*, en Christian JOERGES y Renaud DEHOUSSE, *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, pp. 167.

<sup>52</sup> *Vid.*, en general, Rob WIDDERSHOVEN y Milan REMAC, “General Principles of Law in Administrative Law under European Influence”, *European Review of Private Law*, núm. 2, 2012, pp. 381.

<sup>53</sup> *Vid.*, en general, Susana DE LA SIERRA, *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo: Un Estudio Normativo y Jurisprudencial*, Aranzadi 2004; Jan JANS, Sacha PRECHAL y Rob WIDDERSHOVEN (Eds.), *Europeanisation of Public Law*, 2.ª ed., Europa Law Publishing, 2015; Attila VINCZE, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Rezeption des Unionsrechts*, Nomos, 2016; ELIANTONIO, nota 48.

<sup>54</sup> *Vid.*, en general, Stefan KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Mohr Siebeck, 1999.

<sup>55</sup> *Vid.*, en general, Michael DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, Hart, 2004; Diana-Urania GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, 2010.

algunos casos, los debates nacionales relativos a la europeización adquirieron una particular relevancia, como en el caso de Italia, donde se planteó si el derecho de la UE exigía incluir excepciones a la regulación nacional en materia de revisión de los actos administrativos cuando estos fueran contrarios al derecho de la UE.<sup>56</sup>

### 3.3. El alcance de la “impronta estatal” en el derecho administrativo de la UE

Para ilustrar el carácter predominante de las dos narrativas (la de los elementos comunes y la de la ruptura) en el marco del derecho administrativo europeo, este artículo recoge una muestra de trabajos académicos escritos en los treinta años siguientes a la publicación del tratado de Schwarze en 1988, y que aparecieron en revistas académicas relevantes en la disciplina. He elegido seis revistas representativas: *The Common Market Law Review*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, *European Public Law*, *European Law Journal*, *Review of European Administrative Law*, y *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (RIDPC). Pese a publicarse mayoritariamente en italiano, he incluido la RIDPC porque fue fundada por dos administrativistas muy influyentes en el ámbito de la UE (Mario Chiti y Guido Greco) y porque publica habitualmente artículos de expertos internacionales de reconocido prestigio. Junto a *Cahiers de Droit Européen* y *Europarecht*, la RIDPC es probablemente una de las publicaciones de derecho de la UE en idioma no inglés con mayor reconocimiento, al menos en el sur de Europa.

He considerado que los artículos se referían al derecho administrativo de la UE siempre que tuvieran que ver con el análisis del cuerpo de normas y principios de derecho de la UE que rigen su aplicación por parte de las administraciones de los Estados miembros y de la propia Unión, así como con el control de dichas administraciones en ese proceso de aplicación.<sup>57</sup> A partir de esta definición amplia, y excluyendo las contribuciones limitadas al análisis de cuestiones administrativas en ámbitos de políticas concretas, he identificado 464 artículos publicados en esas seis revistas durante el periodo entre 1988 y 2018.

Basándome en el contenido de los resúmenes, los títulos y las secciones de introducción y conclusiones, los artículos se pueden dividir en quince temas asociados al derecho administrativo de la UE: 1) la europeización del derecho administrativo nacional; 2) el estudio de los principios generales del derecho administrativo de la

---

<sup>56</sup> *Vid.*, en general, Giovanni COCCO, “Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi: Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 447; Guido GRECO, “Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2006, pp. 513; Mario CHITI, “La peculiarità dell’invalidità amministrativa per anticomunitarietà”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, pp. 477.

<sup>57</sup> Para una definición similar, *vid.*, en general, Rob WIDDERSHOVEN, “European Administrative Law”, en René Seerden, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Intersentia, 2012, pp. 245.

UE comunes a y derivados de los ordenamientos de los Estados miembros, como los principios sobre derechos procesales o la protección de la confianza legítima; 3) el derecho de la UE en materia de contratación pública; 4) las formas de administración mixta, entendida como cooperación administrativa multinivel, ya sea mediante el intercambio de información, la creación de “organismos mixtos” o de procedimientos de decisión conjunta;<sup>58</sup> 5) cuestiones estructurales o institucionales de transparencia, rendición de cuentas, buena administración y participación; 6) los recursos judiciales directos frente a autoridades de la UE y el papel de los dos principales tribunales administrativos de la UE, el Tribunal de la Función Pública y el Tribunal General; 7) las agencias de la UE; 8) la codificación del derecho administrativo de la UE; 9) la toma de decisiones y la aprobación de normas por la administración de la UE en forma de actos delegados y de ejecución; 10) el Método Abierto de Coordinación y otras técnicas no vinculantes de gobernanza administrativa, como el uso de *soft-law*; 11) el Defensor del pueblo europeo; 12) la Directiva de servicios;<sup>59</sup> 13) la estandarización; 14) los recursos extrajudiciales frente a la administración de la UE, como la revisión administrativa o las salas de recurso; y 15) otras cuestiones que no se corresponden con ninguna de las categorías anteriores, como los estudios históricos o metodológicos de derecho administrativo de la UE.

Muchos artículos se refieren a más de uno de los temas enumerados y así lo he contabilizado. En cualquier caso, los resultados son francamente llamativos. De los 464 artículos de la muestra para el periodo comprendido entre 1988 y 2018, más del 33% (171 artículos) abordan cuestiones de europeización del derecho administrativo nacional, y más del 20% (98 artículos) analizan principios de derecho administrativo de la UE que son, en sus orígenes, principios de derecho administrativo nacional. Aproximadamente el 15% (67 artículos) analizan el derecho en materia de contratación pública. En la medida en que este tema pueda considerarse dentro del derecho administrativo de la UE (no todos los autores coinciden en que sea así), constituye un ejemplo de europeización de los ordenamientos nacionales en la materia. Sin embargo, todas las demás categorías palidecen ante las dos primeras: la influencia del derecho de la UE en el derecho administrativo nacional y los principios generales del derecho administrativo de la UE que reproducen los principios previamente establecidos en los ordenamientos nacionales (*vid.* figura 1). No es descabellado suponer que la proporción relativa de estos dos temas sería incluso mayor si contabilizáramos las publicaciones en otras revistas dirigidas principalmente a una audiencia doméstica.

<sup>58</sup> Para la distinción entre cooperación informal, procesal y organizativa como formas de administración compuesta o mixta, *vid.*, en general, Eberhard SCHMIDT-ARSMANN, “Introduction: European Composite Administration and the Role of European Administrative Law”, en Oswald JANSEN y Bettina SCHÖNDORF-HAUBOLD, *The European Composite Administration*, Intersentia, 2011, pp. 1.

<sup>59</sup> Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2006, DO (L 326) 36 (UE).

**Figura 1. Frecuencia de los temas seleccionados de derecho administrativo de la UE en 464 artículos publicados entre 1988-2018**

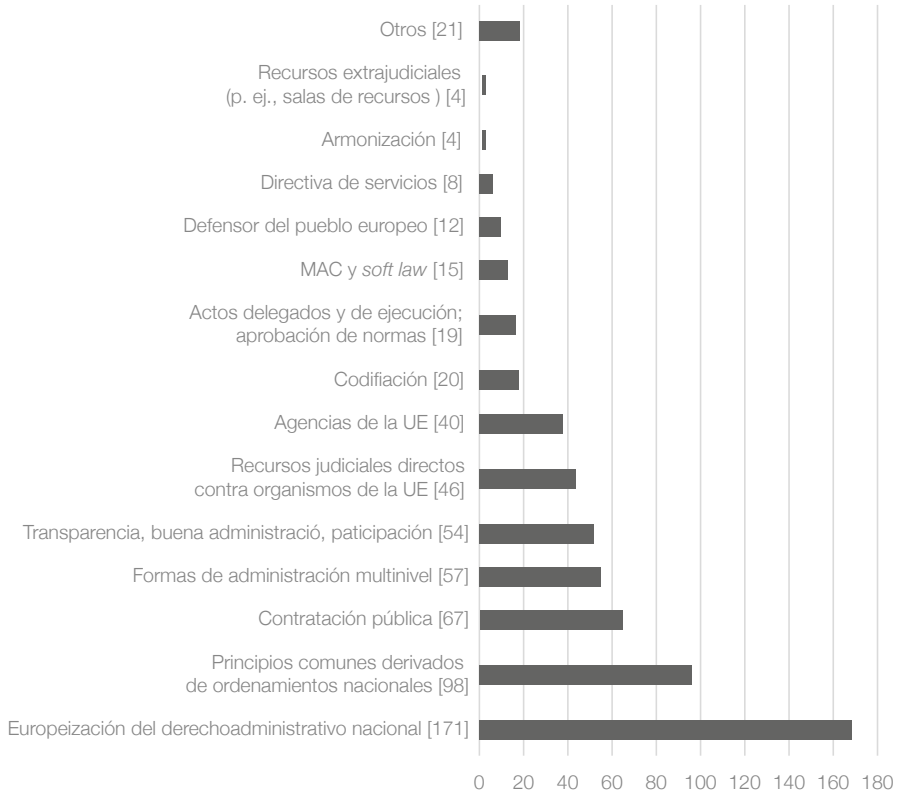


Figura 1. Infografía sobre la frecuencia de los temas seleccionados de derecho administrativo de la UE en 464 artículos publicados en revistas académicas entre 1998-2018.

### 3.4. El porqué del interés predominante en el derecho administrativo nacional

Hay varias explicaciones posibles para ese interés mayoritario en cuestiones vinculadas a los principios generales del derecho de la UE procedentes de los ordenamientos nacionales y a la europeización del derecho administrativo nacional. Como ya he mencionado anteriormente, un factor es la influencia de la obra pionera de Schwarze. Por su amplitud y profundidad, su tratado se convirtió en una referencia indispensable. Al ser la primera obra de carácter exhaustivo sobre el derecho administrativo de la UE, definió los propios contornos de la disciplina y orientó los términos de la discusión durante muchos años. Esos cimientos han influido directa o indirectamente a todos los investigadores posteriores especializados en el derecho administrativo de la UE.

¿Por qué esas obras fundacionales se centraron tanto en la influencia del derecho administrativo nacional sobre el derecho administrativo de la UE y viceversa? Un

motivo es la incuestionable relevancia de ambos temas. No cabe duda de que la integración europea depende en gran medida de las maquinarias administrativas y los tribunales de los Estados miembros, a los que a su vez condiciona de forma considerable. Del mismo modo, resulta evidente que el TJUE se inspira en los ordenamientos nacionales. De hecho, el juez Andreas Donner (a la sazón profesor de derecho administrativo) publicó un artículo en *Common Market Law Review* donde ponía de manifiesto hasta qué punto el TJUE se había apoyado en los sistemas domésticos ya desde su origen. También señalaba que los escritos y las alegaciones invocaban el derecho administrativo nacional con mucha más frecuencia que los precedentes de derecho internacional, de tal forma que el TJUE podía describirse más bien como “un tribunal administrativo y, en ocasiones, constitucional”.<sup>60</sup> Parte del éxito que tuvo la obra de Schwarze reside en su intuición metodológica implícita, consistente en proponer un enfoque doctrinal que daba continuidad al papel preponderante que el propio TJUE atribuía a las doctrinas administrativistas nacionales.

No obstante, por lo que respecta al TJUE, la relevancia de las interdependencias entre el derecho administrativo nacional y el de la UE no basta por sí sola para explicar la absoluta preponderancia de dichos temas. Sobre todo si se tiene en cuenta que en las décadas de 1980 y 1990 existía ya abundante jurisprudencia y legislación sobre cuestiones típicamente europeas de derecho administrativo (como los procedimientos de comitología y las redes administrativas multinivel), y que sin embargo seguían siendo relativamente ignoradas por la literatura.

Una explicación de esta sobrerrepresentación histórica de los temas vinculados al derecho administrativo nacional podría ser la tendencia favorable a la integración de la mayoría de los académicos especializados en derecho administrativo de la UE. Basta con citar, por ejemplo, las acendradas críticas que tanto Schwarze como Casese dedicaron al Tribunal Constitucional alemán por su sentencia sobre el Tratado de Lisboa; críticas que no solo se centraron en cuestiones jurídicas, sino también en sus implicaciones políticas por el hecho de limitar una mayor integración europea.<sup>61</sup> Para alguien con profundas convicciones europeístas, resulta del todo natural emplear el lenguaje habitual del derecho administrativo nacional para describir el derecho de la UE. Con ello se subraya la cercanía del derecho de la UE al derecho público de un Estado, distinguiéndolo así del “mero” derecho internacional.<sup>62</sup> Al

---

<sup>60</sup> Andreas DONNER, “National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Common Market Law Review*, núm. 1, 1963, pp. 8.

<sup>61</sup> Schwarze, por ejemplo, sugería que la interpretación del BVerfG en el sentido de que la constitución (*Grundgesetz*) podía dificultar la unificación europea habría resultado inconcebible para sus redactores. Jürgen SCHWARZE, “Die verordnete Demokratie”, *Europarecht*, 2010, pp. 108, 111-112. Cf. CASSESE, *L’Unione europea e il guinzaglio tedesco*, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, pp. 1003, p. 1005 (tachando la sentencia del BVerfG de “manifiesto político” para la “glorificación del Estado-nación”); Sabino CASSESE, “L’Unione europea e il guinzaglio tedesco”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, pp. 1003, p. 1005.

<sup>62</sup> Podría argumentarse, en sentido contrario, que el lenguaje nacional del derecho administrativo también se emplea para describir fenómenos de derecho internacional en la literatura dedicada al derecho administrativo global. Entre las primeras obras de gran relevancia, *vid.* Benedict KINGSBURY,

mismo tiempo, afirmar que la UE cuenta con un *ius commune* administrativo sugiere que, independientemente del ritmo de la integración política, el derecho público ya está alcanzando un grado avanzado de unificación.

No obstante, las razones principales por las que la primera ola de estudios sobre el derecho administrativo de la UE se centró en sus similitudes y diferencias con respecto al derecho administrativo interno evocan, irónicamente, algunos de los desafíos a los que se enfrentaron los primeros administrativistas a nivel nacional. En primer lugar, igual que esos primeros estudiosos del derecho administrativo nacional estaban necesariamente condicionados por preconcepciones procedentes de la doctrina iusprivatista entonces dominante, la doctrina administrativa de la UE tuvo que partir del conocimiento previo adquirido en el marco de los ordenamientos nacionales. En segundo lugar, si los primeros administrativistas tuvieron que pelear para obtener el reconocimiento de sus colegas iusprivatistas, los primeros especialistas en derecho administrativo de la UE afrontaron una tarea similar con respecto a sus homólogos nacionales. Muchos autores de derecho público albergaban cierto escepticismo ante la idea de un derecho administrativo europeo más allá del Estado.<sup>63</sup> De hecho, algunos negaban su viabilidad conceptual.<sup>64</sup> Schwarze y otros académicos pioneros sabían que debían convencer a sus colegas administrativistas centrados en los ordenamientos nacionales, lo que quizá espoleó su afán por demostrar que la nueva disciplina no solo se parecía a la que ellos estudiaban y enseñaban, sino que además ejercía influencia sobre ella.

Esos primeros desafíos determinaron el recorrido futuro del derecho administrativo de la UE. El estudio de los principios comunes derivados de los Estados miembros, por una parte, y la europeización, por otra, asumían —directa o indirectamente— el derecho administrativo nacional como umbral y referencia para la propia “naturaleza administrativa” de su materia a nivel de la UE. En consecuencia, ambos programas de investigación reprodujeron las antiguas narrativas basadas en los elementos comunes y la ruptura desarrolladas en primera instancia por los administrativistas nacionales frente al derecho privado. Y así fue como esas dos narrativas han dominado la literatura académica del derecho administrativo de la UE desde entonces.

---

Nico KRISCH, y Richard STEWART, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, pp. 15. Sin embargo, ese argumento subestima la profundidad de la influencia (si no el dominio) que el compromiso político favorable a la integración ha tenido históricamente en la doctrina del derecho de la UE. Por todos, *vid.* Francis SNYDER, *New Directions in European Community Law*, Northwestern University Press, 1990, pp. 1, 10. Las preconcepciones procedentes de los ordenamientos nacionales también pueden afectar al derecho administrativo global como proyecto intelectual, pero no puedo abordar esta cuestión en profundidad en este artículo.

<sup>63</sup> SANDULLI, nota 33, 289.

<sup>64</sup> Massimo Severo GIANNINI, “Profil di un diritto amministrativo delle Comunità europee”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2003, p. 979, 985..

#### 4. UN DOBLE SESGO

A raíz de la contribución fundacional de Jürgen Schwarze, la doctrina europea siguió centrada en el estudio de cómo el derecho administrativo de la UE replica o influye (o debería replicar o influir) en los principios y conceptos preexistentes de derecho administrativo nacional. En cualquier caso, el predominio de las dos cuestiones antes señaladas no es más que una parte de una tendencia mucho más amplia y difícil de cuantificar. Los sesgos nacionales condicionan el razonamiento de los especialistas de formas muy diversas. Estos sesgos pueden afectar a su producción de modo sutil. Lo hacen, por ejemplo, a través de la asunción tácita de que los conceptos y principios de derecho administrativo pueden discutirse de forma intercambiable en un contexto nacional y en el de la UE; o de la expectativa implícita de que el derecho administrativo de la UE debería guiarse por los mismos valores que el derecho administrativo nacional a la hora de proteger los derechos individuales frente al poder público.

La experiencia del derecho administrativo de los Estados nación se convirtió de forma más o menos explícita en el criterio para determinar la “naturaleza administrativa” del derecho de la UE. Incluso encontramos algún estudio que se centra en el papel de las tradiciones doctrinales nacionales en la configuración del derecho administrativo de la UE, más que analizar en qué medida la propia doctrina administrativista de la UE ha dotado de contenido a la jurisprudencia del TJUE o a la legislación europea.<sup>65</sup>

Resultan llamativas las diferencias con la trayectoria de una disciplina tan próxima como es el derecho constitucional de la UE. Durante ese mismo periodo, en las décadas de 1990 y 2000, su proyecto central siempre fue formular las características constitucionales específicas de la UE. La contribución de Maduro a la teoría del pluralismo constitucional y el principio de tolerancia constitucional acuñado por Joseph Weiler son dos ejemplos de esa corriente.<sup>66</sup>

Este apartado analiza dos manifestaciones particularmente intensas de la “impronta estatal” en el derecho administrativo de la UE. La creatividad doctrinal se ve inevitablemente constreñida por su pasado estatal, proyectando así las expectativas adquiridas a nivel doméstico sobre lo que es o debería ser el derecho administrativo en el marco de la UE. A su vez, esto ha generado un doble sesgo en la literatura. Primero, un sesgo de *familiaridad temática*, que se manifiesta en la prioridad que la investigación académica da a las cuestiones de derecho administrativo de la UE vinculadas al conocimiento previo derivado del contexto nacional.<sup>67</sup> Esto se traduce de forma particularmente clara en el escaso interés de la doctrina en identificar principios específicos del derecho administrativo de la UE, así como en sus intentos

---

<sup>65</sup> SANDULLI, nota 33.

<sup>66</sup> *Vid.*, en general, Miguel POIARES MADURO, *We the Court*, Hart, 1999; Joseph WEILER, en Joseph WEILER y Marlene WIND, *European Constitutionalism beyond the State*, Oxford University Press, 2003, pp. 7

<sup>67</sup> *Vid. supra*, apartado 4.1.

ocasionales por ampliar su propio marco conceptual adoptando conceptos de los ordenamientos internos ajenos al derecho de la UE, en lugar de desarrollar un vocabulario conceptual para cuestiones propias del derecho administrativo de la UE. El segundo sesgo, de carácter *normativo*, se manifiesta en los valores que se incorporan a las fuentes del derecho administrativo de la UE, que a menudo toman como referencia los criterios de justicia establecidos en los ordenamientos nacionales.<sup>68</sup>

#### 4.1. Sesgo de familiaridad temática

Cuando los primeros administrativistas empezaron a sentar las bases de su disciplina, recurrieron en gran medida (excesivamente, según algunos) a las aportaciones doctrinales del derecho privado. Hauriou, por ejemplo, advirtió a sus coetáneos de que una referencia excesiva a los principios y conceptos derivados del derecho privado había desviado a los académicos de los “verdaderos fundamentos” del derecho público.<sup>69</sup> Este problema se hizo sentir hasta bien entrada la década de 1950 en gran parte de la doctrina iuspublicista italiana, que “al basarse casi exclusivamente en categorías tomadas de la tradición del derecho privado (...), quedó despojada de un aparato conceptual capaz de captar las complejidades particulares del Estado y su organización”.<sup>70</sup> Por poner un ejemplo, la doctrina solía obviar la obligación de motivación en la toma de decisiones por parte de la administración, precisamente porque resultaba ajena a la teoría canónica de los contratos en el derecho privado.<sup>71</sup>

La doctrina administrativista en el marco de la UE se enfrentó a un problema parecido muchas décadas después. En la medida en que la literatura sigue centrando su atención en temas propios del derecho administrativo en el plano nacional, la doctrina europea sigue sin desarrollar un marco conceptual claro para identificar las cuestiones específicas de su disciplina.

Hay excepciones notables a este sesgo. Son cada vez más los autores que han llevado a cabo un análisis doctrinal de los aspectos propios del derecho administrativo de la UE como problemas de derecho administrativo en sí mismos. Luca de Lucia analizó el régimen jurídico de los actos administrativos transnacionales en la UE.<sup>72</sup> Joana Mendes investigó las particularidades constitucionales de la participación en la toma de decisiones administrativas en la UE.<sup>73</sup> Edoardo Chiti ofreció un análisis

---

<sup>68</sup> *Vid. supra*, apartado 4.2.

<sup>69</sup> HAURIOU, nota 29, 405–406.

<sup>70</sup> Lorenzo CASINI, Sabino CASSESE y Giulio NAPOLITANO, “The New Italian Public Law Scholarship”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 9, 2011, pp. 301, p. 302.

<sup>71</sup> *Vid.* Antonio CASSATELLA, “Il dovere di motivazione nello jus commune europeo”, en Giacinto della CANANEA y Martina CONTICELLI, *I Procedimenti Amministrativi di Adjudication dell’Unione Europea: Principi Generali e Discipline Settoriali*, Giappichelli, 2017, pp. 17, p. 28.

<sup>72</sup> *Vid.*, en general, Luca DE LUCIA, *Amministrazione Transnazionale e Ordinamento Europeo. Saggio sul Pluralismo Amministrativo*, Giappichelli, 2009.

<sup>73</sup> *Vid.*, en general, Joana MENDES, *Participation in EU Rule-Making: a Rights-Based Approach*, Oxford University Press, 2011.

muy valioso de los fundamentos constitucionales y políticos específicos en relación con la creación de agencias en el marco de la UE.<sup>74</sup> Mario Chiti, Herwig Hofmann y Giacinto della Cananea fueron pioneros en el análisis de los problemas planteados por los procedimientos administrativos compuestos o “conjuntos”.<sup>75</sup> El influyente tratado de Paul Craig, por su parte, ha contextualizado con gran profundidad el desarrollo del derecho administrativo de la UE en el marco más amplio del ordenamiento jurídico de la Unión.<sup>76</sup>

No obstante, a pesar de dichas contribuciones sigue faltando un marco doctrinal compartido y estable para el derecho administrativo de la UE. Como consecuencia de este sesgo de familiaridad vinculado a las experiencias nacionales, sigue existiendo un ángulo muerto que impide que la literatura identifique, analice y debata cuestiones inherentes al derecho administrativo de la UE. Los ordenamientos internos no ofrecen un vocabulario apropiado que pueda importarse a tal fin. Esta situación se constata tanto en el nivel de los principios como en el de los conceptos del derecho administrativo de la UE.

#### 4.1.1. ¿Un sistema administrativo propio, pero sin principios propios?

Los principios de derecho administrativo de la UE más estudiados en la literatura desde el tratado de Schwarze (como la confianza legítima o el derecho a ser oído) tienen un equivalente a nivel nacional. Los únicos dos principios específicos de la UE a los que se refiere Schwarze ni siquiera se describen explícitamente en esos términos. Aparecen brevemente citados en la segunda edición del libro: se trata del principio de separación entre la administración nacional y la de la UE, y del principio de cooperación entre ambas administraciones.<sup>77</sup> A día de hoy, al margen de los principios de equivalencia, eficacia y autonomía procesal (cuyo carácter de principio general, en el tercer caso, sigue siendo controvertido),<sup>78</sup> y dejando también de lado el “principio *Meroni*”,<sup>79</sup>

<sup>74</sup> *Vid.*, en general, Edoardo CHITI, *Le Agenzie Europee. Unità e Decentramento nelle Amministrazioni Comunitari*, Cedam, 2002.

<sup>75</sup> *Vid.*, en general, Mario CHITI, “I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno”, en *Quaterni del Consiglio di Stato: Attività Amministrativa e Tutela degli Interessati. L’Influenza del Diritto Comunitario*, 1997, pp. 55; Giacinto DELLA CANANEA, “The European Union’s Mixed Administrative Proceedings”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, pp. 197.; Herwig HOFMANN, “Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law”, en Herwig Hofmann y Alexander TÜRK, *Legal Challenges in EU Administrative Law: towards an Integrated Administration*, Oxford University Press, 2009, pp. 136.

<sup>76</sup> *Vid.*, en general, Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 3.ª ed., 2018.

<sup>77</sup> *Vid.*, en general, Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. clxx–clxxix.

<sup>78</sup> Michal BOBEK, “Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States”, en Hans-Wolfgang MICKLITZ y Bruno de WITTE, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2011, pp. 305.

<sup>79</sup> Paul CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2012, p. 155.

cuesta encontrar en la literatura un análisis explícito de principios de derecho administrativo de la UE que no tengan un equivalente a nivel nacional.<sup>80</sup>

Ciertamente, cabe esperar que el derecho administrativo de la UE se apoye en la herencia de sus Estados miembros y adopte muchos de los principios jurídicos establecidos en sus ordenamientos. Sin embargo, la UE difiere en muchos aspectos fundamentales de un Estado nación. Aparte de que su arquitectura constitucional y política integre elementos federales e intergubernamentales, el derecho administrativo de la UE regula el sistema administrativo multinivel de una Unión de Estados soberanos donde las relaciones entre el derecho nacional y el de la propia Unión siguen siendo objeto de debate; donde la protección que dispensa la Unión a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las administraciones nacionales está limitada por el estricto alcance de sus competencias; y donde el legislador central de la Unión ni siquiera dispone de una competencia general para adoptar normas administrativas. Todos estos aspectos implican que la organización del poder público en la UE y sus relaciones con los ciudadanos y los demás poderes tienen características propias no asimilables a las del Estado. En consecuencia, cabría esperar que los problemas jurídicos derivados de dichas características dieran lugar al desarrollo de, al menos, *algunos* principios jurídicos ajenos al derecho administrativo nacional.

Por último, no solo resulta sorprendente que la literatura apenas haya identificado y estudiado unos pocos principios específicos del derecho administrativo de la UE. Es que, además, algunos de los llamados “principios comunes” pueden resultar engañosos, en la medida en que el derecho administrativo de la UE no solo ha *adoptado* dichos principios, sino que en ocasiones los ha *adaptado*, confiriéndoles un sentido distinto al que tendrían en el ámbito interno. Según se explicará a continuación, algunos de esos principios —como el de proporcionalidad— esconden diferentes versiones en el marco nacional y en el de la UE,<sup>81</sup> mientras que otros —incluso algunos tan consagrados como el de legalidad— tienen un juego muy en el ordenamiento de la UE, al menos si se entienden en el sentido tradicional del derecho administrativo nacional.<sup>82</sup>

#### 4.1.2. ¿Ausencia de un lenguaje propio?

Ese mismo fenómeno del sesgo de familiaridad temática se identifica, si cabe con más claridad, en el desarrollo de los conceptos jurídicos del derecho administrativo de la UE. Los conceptos jurídicos son atajos lingüísticos que representan una pluralidad de circunstancias jurídicamente relevantes en términos abstractos. Constituyen

---

<sup>80</sup> Para un estudio excelente y exhaustivo sobre los principios del derecho administrativo de la UE, *vid.* Giacinto DELLA CANANEA y Claudio FRANCHINI, *I Principi dell'Amministrazione Europea*, Giappichelli, 2017, pp. 57-117. Quizá con la excepción del principio de independencia de las instituciones de la UE, todos los demás principios que analizan los autores pueden encontrarse también en los ordenamientos nacionales.

<sup>81</sup> *Vid. supra*, apartado 4.2.

<sup>82</sup> *Vid. supra*, apartado 5.1.2.

un vocabulario compartido que tiende a encapsular criterios valorativos (por ejemplo, “plazo razonable”), nociones normativas (como “deber” o “competencia”), o descripciones genéricas de realidades fácticas (por ejemplo, “producto alimenticio”). En algunos casos, esos elementos o categorías vendrán constituidos por la propia norma (así ocurre con los conceptos de “tribunal” o “procedimiento”).<sup>83</sup>

Dado que su contenido es necesariamente contingente en función del ordenamiento jurídico al que pertenezcan, así como de las realidades sociales y fácticas que sus fuentes pretenden regular, cabría esperar que la doctrina hubiera configurado conceptos jurídicos específicos del derecho administrativo de la UE. Sin embargo, a menudo se asume que muchos conceptos de derecho administrativo nacional son igualmente relevantes y se pueden importar en el de UE, pese a las diferencias tan significativas que median entre ambos niveles. Son muchos los ejemplos en este sentido, como ilustran los intentos doctrinales por teorizar el concepto de “acto administrativo europeo”. Mientras tanto, se han identificado muy pocos conceptos específicos del derecho administrativo de la UE, y aquellos que sí se han identificado apenas han sido desarrollados. Desgraciadamente, la austeridad conceptual y la falta de determinación han entorpecido algunos de los debates más relevantes en el marco del derecho administrativo de la UE. Me referiré a ello más adelante con el ejemplo de la controversia sobre si la cooperación administrativa ha convertido en obsoleta la distinción entre administración directa e indirecta.

#### 4.1.2.1 La importación de conceptos nacionales

Xavier Arzo es uno de los muchos autores que han abogado enérgicamente por una teoría de los actos administrativos de la UE.<sup>84</sup> Aunque admite que existe un riesgo para cualquier académico que aborde la noción de acto administrativo desde el punto de vista de su propio ordenamiento jurídico, Arzo parte de la asunción “derivada del derecho nacional” de que el concepto de acto administrativo puede desempeñar a nivel de la UE la misma función “estructuradora y racionalizadora” que cumple en los ordenamientos de los Estados miembros. Arzo sugiere que la ausencia de una teoría del acto administrativo en el derecho de la UE refleja su carácter novedoso y su relativa falta de desarrollo. También afirma que el derecho administrativo de la UE “ha de servirse sin duda de la riqueza conceptual alcanzada en el ámbito interno”.<sup>85</sup> Arzo define el acto administrativo de forma amplia, como cualquier medida adoptada por una autoridad de la UE dirigida a regular, de forma vinculante o no, un asunto concreto relativo a un particular o un Estado miembro.

---

<sup>83</sup> Cf. Dietmar VON DER PFORDTEN, *About Concepts in Law*, en Jaap HAGE y Dietmar VON DER PFORDTEN (Eds.), *Concepts in Law* 17, Springer, 2009, pp- 17.

<sup>84</sup> *Vid.*, en general, Xavier ARZO SANTISTEBAN, “El Acto Administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2019, pp. 71. *Vid.* también Luís Filipe MOTA ALMEIDA, “Nótulas Sobre o Conceito de Acto Administrativo da União Europeia”, *e-Pública*, núm. 4, 2018, pp. 96.

<sup>85</sup> Xavier ARZO SANTISTEBAN, nota 84, p. 75.

El planteamiento de Arzoz da lugar a una reserva fundamental. Al contrario que los ordenamientos administrativos de muchos Estados miembros de la UE como Alemania o Portugal, el derecho administrativo de la UE no se ajusta a un modelo basado en la distinción entre formas jurídicas independientes de actuación administrativa (*Handlungsformenlehre*), en el sentido de que la calificación de una determinada actuación administrativa (por ejemplo, un acto administrativo, un contrato o un reglamento) sea esencial para determinar el marco jurídico aplicable a la misma. El primer paso en este sentido, a nivel nacional, es confirmar que una medida administrativa concreta cumple los criterios formales para ser considerada un “acto administrativo”; solo después podrán identificarse los elementos procesales o sustantivos relevantes, o las vías de recurso, en su caso, correspondientes a su régimen jurídico. Tal y como señala Hans-Christian Röhl, esta centralidad de la forma no existe en el derecho administrativo de la UE. El régimen jurídico que rige los aspectos procesales y sustantivos, así como las vías de recurso, con respecto a cualquier medida adoptada por la administración de la UE viene determinado por las características sustantivas de la medida en cuestión, no por sus características formales. Es decir, lo fundamental será determinar si la medida produce efectos jurídicos vinculantes y si afecta directa o individualmente a un particular. Una “decisión”, como forma jurídica en el contexto del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), no equivale a una decisión a los efectos del control jurisdiccional en virtud del artículo 263 TFUE. En la medida en que a nivel de la UE no existe esa función “estructuradora y racionalizadora” que las formas jurídicas (como el acto administrativo) desempeñan en los ordenamientos internos, el derecho positivo de la UE no ofrece ninguna base para desarrollar una teoría de las formas de la actuación administrativa. De hecho, ni siquiera permite elaborar un concepto de acto administrativo de la UE.<sup>86</sup>

Lo que pretendo subrayar con esto es que proponer la adopción de conceptos nacionales no es un error metodológico *per se*, pero resulta incoherente sugerir que el derecho administrativo de la UE deba adoptar un concepto jurídico únicamente porque viene respaldado por una sólida tradición en el ámbito nacional. Desde luego, el análisis doctrinal del derecho administrativo de la UE puede servir de herramientas conceptuales propias de los ordenamientos internos, pero debe justificar su relevancia en el contexto específico del derecho de la UE. El reciente libro de Marta Simoncini sobre la delegación de facultades discrecionales a las agencias de la UE ofrece un ejemplo excelente. Simoncini elabora una noción de discrecionalidad administrativa derivada de un análisis comparado de los ordenamientos de los Estados miembros. Sin embargo, su tesis de que la jurisprudencia *Meroni* permite delegar dicha discrecionalidad a las agencias de la UE no se basa en el hecho de que los ordenamientos nacionales reconozcan una forma típicamente administrativa de discrecionalidad —en contraposición a la discrecionalidad *política*—; su argumento es que

---

<sup>86</sup> *Vid.*, en general, Hans-Christian RÖHL, *Die Anfechtbare Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EGV*, en Eberhard SCHMIDT-AßMANN y BETTINA SCHÖNDORF-HAÜBOLD, *Der Europäischen Verwaltungsverbund*, C. H. Beck, 2005, pp. 309.

la jurisprudencia del TJUE también reconoce implícitamente la distinción entre esas dos formas de discrecionalidad. En ese sentido, Simoncini afirma con acierto que “las taxonomías nacionales de los poderes administrativos pueden ayudar a determinar los límites aplicables a la actuación de las agencias de la UE”, pero únicamente si se “transponen adecuadamente al contexto supranacional”.<sup>87</sup>

#### 4.1.2.2. El olvido de los conceptos propios de la UE

La otra cara del sesgo de familiaridad temática es que el derecho administrativo de la UE ha tenido serias dificultades para desarrollar un lenguaje doctrinal sofisticado y un marco conceptual propio al margen del vocabulario de los ordenamientos nacionales. Sin ese lenguaje, resulta difícil identificar las características específicas del derecho administrativo de la UE y de su sistema administrativo, lo que a su vez supone un problema a la hora de abordar las cuestiones jurídicas que suscitan.

Un ejemplo pertinente es la reciente aparición de una forma de cooperación administrativa que, a falta de una terminología mejor (o, de hecho, de cualquier terminología), podría describirse en términos de “paneles multijurisdiccionales”. En muchas políticas sectoriales, cada vez se producen más reuniones de funcionarios en representación de las autoridades administrativas de distintas jurisdicciones; es decir, autoridades de la UE como las agencias europeas o la Comisión, o autoridades nacionales de varios Estados miembros con un interés particular en un asunto concreto. El objetivo es que estos grupos coordinen a las distintas autoridades implicadas, típicamente conforme a un mandato circunscrito a dar respuesta a determinadas necesidades planteadas por un operador del mercado o dentro de un ámbito geográfico limitado. Estos paneles multinivel no son organismos nacionales ni de la UE. Tampoco pueden asimilarse a los comités de comitología, donde están representados todos los Estados miembros implicados en una determinada política. De hecho, no todos los paneles multinivel pueden describirse convencionalmente como organismos o autoridades administrativas. Muchos tienen un carácter informal y *ad hoc*, lo que quizá explique el término “equipo” con el que normalmente se los designa en la legislación de la UE. Sin ir más lejos, el Banco Central Europeo (BCE) cuenta, para la supervisión de cada banco relevante, con la asistencia de un equipo conjunto de supervisión compuesto por personal del propio BCE y de las autoridades supervisoras de los Estados miembros donde está establecido el banco, sus filiales o sucursales.<sup>88</sup> Hay muchos otros ejemplos, como los equipos de apoyo a la gestión de la migración<sup>89</sup> o

---

<sup>87</sup> Marta SIMONCINI, *Administrative Regulation beyond the Non-Delegation Doctrine: a Study on EU Agencies*, Hart, 2018, pp. 94, 99, p. 106.

<sup>88</sup> Reglamento 468/2014 del Banco Central Europeo, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas, 2014, D.O. (L 141) 3.

<sup>89</sup> Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2016, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, art. 18.

los equipos de apoyo al asilo,<sup>90</sup> similares en cuanto a su composición y su mandato *ad hoc*. Estos “equipos” ofrecen fundamentalmente asistencia técnica y operativa a una o varias autoridades, o contribuyen a sus procedimientos de toma de decisiones mediante la realización de actos preparatorias. Hay otros paneles más formalizados: en el Mecanismo Único de Resolución, los reguladores de las autoridades de resolución nacionales se reúnen en lo que se ha denominado “colegios de autoridades de resolución” con el fin de adoptar un plan de resolución para una entidad de crédito que desempeña actividades transfronterizas; y en el marco de la Cooperación Territorial Europea (Interreg), los Estados miembros crean comités interestatales encargados de responder a las solicitudes de fondos estructurales para la financiación de regiones fronterizas.<sup>91</sup>

Los paneles multinivel, según el término que he propuesto tentativamente, desafiaban cualquier marco conceptual preexistente del derecho administrativo de la UE o del propio derecho administrativo nacional. Comparten muchas similitudes con las agrupaciones de servicios administrativos independientes, como la *conferenza di servizi* en Italia, pero su composición multinivel y transfronteriza, cuyos integrantes pertenecen a diversos ordenamientos jurídicos independientes, plantea algunas cuestiones fundamentales: ¿qué legislación se les aplica?, ¿qué tribunales son competentes para controlar su actuación?, ¿cómo podemos garantizar que dichos paneles, que participan de varias jurisdicciones, no escapan al control de las mismas?, ¿existen varios tipos y subtipos de paneles multinivel que generan distintos problemas jurídicos? Para tratar de responder a estas preguntas, sería de gran ayuda que el derecho administrativo de la UE desarrollara un lenguaje doctrinal propio.

No obstante, incluso cuando el derecho administrativo de la UE sí cuenta con un lenguaje doctrinal propio, habitualmente está formado por conceptos mal definidos. Según la célebre formulación de Hohfeld, “en cualquier problema razonado cuidadosamente, ya sea un problema jurídico como de otro tipo, las *palabras camaleón* constituyen un peligro tanto para el pensamiento claro como para la expresión lúcida”.<sup>92</sup> Ese peligro está muy presente en el derecho administrativo de la UE. Allí, un análisis mínimamente detallado revela desacuerdos fundamentales en cuanto al significado y el contenido de los conceptos fundamentales que se utilizan en la argumentación jurídica. Probablemente no haya un ejemplo más claro que el principal debate que la literatura no ha conseguido cerrar en más de una década y media.

Dicho debate plantea la cuestión de si la creciente cooperación entre la administración directa (es decir, a nivel de la UE) y la administración indirecta (es decir, a nivel nacional) ha borrado la distinción entre ambas hasta el punto de volverla obso-

---

<sup>90</sup> Reglamento 439/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, por el que se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo, art. 13.

<sup>91</sup> Como ejemplo de las dudas que plantean estos comités, *vid.* C-562/12, *Liivimaa Libaveis*, ECLI:EU:C:2014:2229, 17 de septiembre de 2014.

<sup>92</sup> Wesley NEWCOMB HOHFELD, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, núm. 23, 1913, pp. 16, p. 29.

leta. La postura mayoritaria responde en sentido afirmativo. Así, muchos especialistas coinciden en que ya se ha abandonado la tradicional división dualista, que “no hace justicia” al grado de imbricación actual entre la administración nacional y la administración de la UE.<sup>93</sup> Sin embargo, al profundizar en dicho argumento, aparecen autores que atribuyen un significado radicalmente distinto a los términos operativos del debate como “administración directa” o, sin ir más lejos, “administración”.

Hofmann, Türk y Rowe, por una parte, y Chiti, por otra, coinciden en que los contornos de la administración directa e indirecta han quedado difuminados.<sup>94</sup> Sin embargo, utilizan dos versiones distintas en cuanto al significado de la “administración directa”. Mientras que los tres primeros la entienden en sentido amplio como los organismos que participan a nivel de la UE en el proceso de aplicación del derecho de la UE,<sup>95</sup> Chiti adopta un enfoque mucho más restrictivo, que limita el concepto de “administración directa” a las competencias administrativas que los tratados atribuyen a la Comisión.<sup>96</sup> La primera postura, refrendada por Craig,<sup>97</sup> incluye la delegación ordinaria de facultades administrativas a la administración de la UE mediante la legislación secundaria. La segunda, sin embargo, excluye dicha delegación. Es decir, los primeros autores conciben la “administración directa” fundamentalmente en clave organizativa, como un conjunto de autoridades a nivel de la UE, institucionalmente independientes de las autoridades nacionales. Al mismo tiempo, reconocen que esa separación institucional coexiste con una profunda imbricación entre los dos niveles en términos funcionales; es decir, en cuanto a las tareas y las competencias desplegadas en la actividad administrativa.<sup>98</sup> La segunda postura, en cambio, considera la “administración directa” en sentido funcional, limitada a la Comisión y a las tareas y competencias que le atribuye el derecho primario. Así, caracteriza a los demás organismos administrativos creados a nivel de la UE (como las agencias o los comités

<sup>93</sup> *Vid.*, en general, Herwig HOFMANN, “Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law”, en Herwig HOFMANN y Alexander TÜRK, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Oxford University Press, 2009, pp. 136, p. 137; Edoardo CHITI, “The Governance of Compliance”, en Marise CREMONA (Ed.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford University Press, 2012, pp. 31; Mariolina ELIANTONIO, “Judicial Review in an Integrated Administration: The Case of ‘Composite Procedures’”, *Review of European Administrative Law*, núm. 7, 2014, pp. 65, 66.

<sup>94</sup> Herwig HOFMANN, Gerard ROWE y Alexander TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011, 262; Edoardo CHITI, “The Administrative Implementation of European Union Law: A Taxonomy and Its Implications”, en Herwig HOFMANN y Alexander TÜRK, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Oxford University Press, 2009, pp. 9, p. 11.

<sup>95</sup> HOFMANN et al., nota 94, 11.

<sup>96</sup> CHITI, nota 94, 26.

<sup>97</sup> Paul CRAIG, *UK, EU, and Global Administrative Law: Foundations and Challenges*, Oxford University Press, 2015, pp. 391, 396.

<sup>98</sup> HOFMANN et al, nota 94, 18. Resulta significativo que Hofmann se refiera en ocasiones a una difuminación no de la administración directa e indirecta, sino de la ejecución. *Vid.*, en general, Herwig HOFMANN y Morgane TIDGHI, “Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks”, *European Public Law*, núm. 20, 2014, pp. 147.

de comitología) como organismos de una administración “compuesta” o “mixta”, no “directa”.<sup>99</sup> Hofmann, Türk, Rowe y Chiti están de acuerdo en que ya no existe una división nítida entre administración directa e indirecta, pero discrepan en cuanto al contenido preciso del concepto de administración directa.

Las diferencias entre ambas concepciones de administración (o ejecución o aplicación) directa no son en absoluto baladíes. Si la distinción entre administración directa e indirecta se refiere a la administración en un sentido funcional —la actividad administrativa—, entonces es prácticamente imposible afirmar que la administración directa e indirecta son independientes en sentido estricto. Sin embargo, si la distinción remite a la administración en sentido organizativo —las autoridades administrativas—, entonces sigue siendo válida en términos *generales*, dado que las entidades administrativas en la UE están creadas por y sometidas a la jurisdicción, bien de la UE, bien de los Estados miembros.

Bajo la apariencia de un marco conceptual compartido y un supuesto consenso en cuanto al significado de la administración directa, existe un problema de comunicación. Jacques Ziller, por ejemplo, utiliza claramente los términos administración directa e indirecta en un sentido estrictamente organizativo. A partir de ahí, concluye que la distinción entre ambas sigue siendo relevante en la medida en que no se ha producido ninguna reforma radical de la jurisdicción del TJUE que haya sometido a la administración nacional a su control.<sup>100</sup> Chiti responde que resulta “fácil refutar” la “reafirmación [de Ziller] de la dicotomía administración directa-indirecta”, ya que “simplifica o sencillamente ignora la evolución de la realidad jurídica”. En concreto, remite a la creciente cooperación entre autoridades nacionales y europeas.<sup>101</sup> No obstante, al responder al planteamiento de Ziller, Chiti aporta ejemplos de esa cooperación que evocan las *actividades* de las autoridades nacionales y de la UE en un marco de apoyo mutuo, o la creación de *entidades administrativas* “mixtas” como las agencias de la UE o los comités de comitología. Esto refleja dos problemas fundamentales de comunicación entre ambos autores.

El primer problema es que cada uno de ellos entiende algo completamente distinto al referirse a la distinción conceptual entre administración directa e indirecta. Chiti la emplea en un sentido funcional, que remite a la *actividad administrativa* de los organismos nacionales y a nivel de la UE, manifestada en sus competencias y tareas encomendadas. Desde ese punto de vista critica la postura de Ziller, ya que considera que no capta la interconexión ni la interdependencia de dicha actividad. En cambio, Ziller concibe la distinción entre administración directa e indirecta en términos organizativos; es decir, por referencia a los distintos niveles de las *autoridades administra-*

---

<sup>99</sup> CHITI, nota 94, p. 36-37.

<sup>100</sup> Jacques ZILLER, «Introduction: Les Concepts D'administration Directe, D'administration Indirecte et de Co-Administration et les Fondements du droit Administrative Européen», en Jean-Bernard AUBY y Jacqueline Dutheil de la ROCHÈRE, *Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2007, pp. 235, pp. 241-43.

<sup>101</sup> CHITI, nota 94, p. 11.

*tivas*. Dicho de otro modo, Ziller no niega que la actividad administrativa de la UE y de las autoridades nacionales esté estrechamente imbricada a la luz de sus crecientes prácticas cooperativas. De hecho, se refiere a esa situación en reiteradas ocasiones. Lo que afirma es que dichas prácticas cooperativas no privan a cada una de esas autoridades de su estatus jurídico como autoridades de la UE o de los Estados miembros.

El segundo problema de comunicación radica en que ambos autores discrepan implícitamente sobre el criterio que permite identificar a un organismo administrativo como parte de la administración directa de la UE. Chiti considera que el criterio debe ser que el organismo y sus competencias cuenten con base jurídica en los tratados, mientras que Ziller apela a que el organismo sea creado por la UE y esté sometido exclusivamente al derecho de la UE y a la jurisdicción de los tribunales de la UE. Para Chiti, un organismo como una agencia o un comité de comitología —cuya creación y competencias no proceden de los tratados— no puede pertenecer a la administración directa o indirecta. En su lugar, constituye un *tertium genus* o una forma de administración “mixta” que trasciende a la división directa-indirecta. Por su parte, Ziller concluye que dichos organismos (creados por el legislador de la UE y sometidos a sus tribunales) forman parte *innegable* de la administración directa de la UE. De hecho, los actos de ese tipo de organismos “se asimilarán plenamente al derecho de la UE”,<sup>102</sup> en el sentido de que se los tratará como cualquier medida adoptada a nivel de la UE. El hecho de que los miembros de los consejos de estas agencias y los comités de comitología procedan de las autoridades de los Estados miembros (a quienes además representan) no les confiere una naturaleza “mixta” en mayor medida que al Consejo, cuyo estatus jurídico como institución legislativa de la UE no admite discusión.

Esto no significa que no haya algunas instancias de cooperación administrativa que resulten incompatibles con la división dualista entre administración directa e indirecta, incluso en un sentido organizativo. Entre esas instancias pueden contarse los “paneles multinivel” a los que me he referido anteriormente, así como los procedimientos administrativos compuestos (donde las administraciones nacionales y la administración de la UE adoptan decisiones conjuntamente como si fueran una sola administración).<sup>103</sup> Pese a todo, incluso el ejercicio de identificar las formas de cooperación administrativa incompatibles con la división entre administración directa e indirecta pasa a ser más complicado a la luz del escaso consenso que existe en cuanto al significado de la propia división.

La ausencia de consenso doctrinal sobre el sentido de los conceptos jurídicos no es un problema en sí mismo. No en vano, gran parte de la literatura académica refleja

---

<sup>102</sup> Robert SCHÜTZE, “From Rome to Lisbon: “Executive Federalism” in the (New) European Union”, *Common Market Law Review*, núm. 47, 2010, pp. 1385, p. 1424.

<sup>103</sup> Muchos autores han señalado que el TJUE tiende a tratar y concebir el derecho nacional y las autoridades de la UE implicadas en procesos decisorios mixtos o compuestos como una administración unitaria. Vid. Sabino CASSESE, “European Administrative Proceedings”, *Law & Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, pp. 2, pp. 31-32. Takis TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed. 2006, p. 388.

la tensión entre distintas versiones de uno o varios conceptos.<sup>104</sup> El problema aparece cuando el desacuerdo con respecto al significado de los conceptos no se articula ni se debate explícitamente. Es decir, cuando los especialistas no son conscientes de que no están asumiendo las versiones de los conceptos propuestas por sus interlocutores. El capítulo de Edoardo Chiti, por lo demás excelente, no explica por qué “al contrario de los planteamientos habituales”, la administración directa no debería entenderse como “una situación en la que la Comisión tiene la responsabilidad exclusiva en materia de (...) ejecución administrativa”.<sup>105</sup> El lector puede no tener claros cuáles son esos “planteamientos habituales” ni cuáles son las implicaciones para las versiones alternativas de “administración directa”. La necesidad de articular un debate transparente es particularmente acuciante en el derecho administrativo de la UE, teniendo en cuenta que son muchos los conceptos básicos —sin equivalente en las tradiciones nacionales— que carecen de un desarrollo y una estabilidad adecuados como para ofrecer un lenguaje que permita exponer con claridad los problemas jurídicos inherentes a la disciplina.

#### 4.2. Sesgo normativo

Los juristas asimilan e internalizan las expectativas de justicia adoptadas por sus propios ordenamientos. Incluso aunque varios de estos ordenamientos compartan algunos “principios comunes” como los que ha estudiado la literatura a partir de Schwarze, el significado preciso de dichos principios puede variar considerablemente entre el derecho nacional y el derecho de la UE, así como entre los distintos Estados miembros.

Por ejemplo, normalmente se considera que el TJUE introdujo el principio de proporcionalidad en el derecho de la UE por influjo del derecho alemán.<sup>106</sup> La concepción clásica de dicho principio en el derecho constitucional y administrativo alemán conlleva cuatro test o requisitos: 1) que la medida persiga un objetivo lícito; 2) que la medida sea adecuada para lograr dicho objetivo; 3) que la medida sea necesaria, en el sentido de constituir la solución menos restrictiva para lograr el objetivo de forma eficaz; y 4) la proporcionalidad en sentido estricto; es decir, el requisito de que el daño que en su caso produzca la medida no sea superior al beneficio. En cambio, la formulación que ha hecho el TJUE del principio de proporcionalidad —y, lo que es más importante, su aplicación práctica— raramente incluye el cuarto test “canónico” de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto que sí está presente en Alemania.<sup>107</sup> Se trata de una diferencia importante en la concepción de la proporcionalidad.

<sup>104</sup> Kaarlo TUORI, *Ratio and Voluntas*, Ashgate, 2011, p. 106.

<sup>105</sup> CHITI, nota 94, p. 26.

<sup>106</sup> Robert THOMAS, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart, 2000, p. 78.

<sup>107</sup> *Vid.*, en general, Toni MARZAL, “From Hercules to Pareto: Of Bathos, Proportionality, and EU Law”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 15, 2017, pp. 621, pp. 632–39. Marzal

lidad que han pasado por alto o minimizado algunos de los artículos más celebrados sobre la influencia alemana en el derecho administrativo de la UE.<sup>108</sup> Esa diferencia es una de las razones fundamentales que subyacen a la reciente sentencia *Weiss* del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG), que califica como acto inconstitucional *ultra vires* la decisión del Programa de Compra del Sector Público (PSPP) adoptada por el Banco Central Europeo. Y todo ello, pese a que el TJUE había confirmado previamente la validez de dicha decisión.<sup>109</sup> El BVerfG empieza subrayando que, en su concepción consolidada de la proporcionalidad, el TJUE se centra exclusivamente en los requisitos de idoneidad y necesidad. A continuación, el tribunal alemán afirma que la ausencia de ponderación o test de proporcionalidad en sentido estricto priva de sentido e impide cumplir su finalidad al control realizado por el TJUE con respecto a la decisión del BCE.<sup>110</sup> Hay quien ha señalado que la actitud tan crítica del BVerfG denota una asunción falsa (o, más bien, localista) en el sentido de que la concepción de la proporcionalidad establecida en el derecho alemán goza de aceptación universal en los demás Estados miembros.<sup>111</sup> Dicho de otro modo, el BVerfG identificó una versión de la proporcionalidad distinta a la que conoce en su ámbito doméstico y concluyó que debía ser errónea. La saga *Weiss* ilustra a la perfección cómo la “impronta estatal” puede provocar serios equívocos y exacerbar el conflicto constitucional entre los tribunales constitucionales nacionales y el TJUE.

Es muy habitual que existan diferencias entre los Estados miembros en cuanto a la interpretación de un determinado principio. Sin ir más lejos, algunos ordenamientos pueden considerar que el requisito de que los particulares insten la revisión de una decisión por la propia administración antes de pretender su anulación judicial resulta incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>112</sup> Del mismo modo,

---

apunta con acierto a la fórmula común que el TJUE utiliza en su jurisprudencia relativa a las libertades del mercado:

[L]as medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado sólo son admisibles a condición de que *persigan un objetivo de interés general*, sean *adecuadas* para garantizar la realización de dicho objetivo y no vayan más allá de lo *necesario* para alcanzar el objetivo perseguido.

TJUE, C-202/11, *Las*, ECLI:EU:C:2013:239, 12 de julio de 2012, apartado 23 (énfasis añadido). Como puede observarse, se incluyen los tres requisitos de la proporcionalidad tal y como se entienden en el derecho alemán, pero falta el cuarto.

<sup>108</sup> Georg NOLTE, “General Principles of German and European Administrative Law: A Historical Perspective”, *Modern Law Review*, núm. 57, 1994, pp. 191, 192-193. De hecho, el autor sugiere que los requisitos de adecuación y necesidad (iguales en el derecho alemán y a nivel de la UE) se derivan del requisito de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

<sup>109</sup> TJUE, C-493/17, *Weiss*, ECLI:EU:C:2018:1000, 11 de diciembre de 2018.

<sup>110</sup> BVerfG, 2 BvR 859/15, 5 de mayo de 2020, apartados 124-125, 138.

<sup>111</sup> Toni MARZAL, Is the BVerfG PSPP Decision “Simply not Comprehensible?”, *Verfassungsblog*, 9 de mayo de 2020, <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>.

<sup>112</sup> En el contexto del derecho administrativo portugués, *vid.*, en general, João MIRANDA, “Em Defesa da Inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico Necessário”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, núm. 9, 1998, pp. 39; Vasco PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, 2003, pp. 667.

otros países pueden ver ese requisito como una característica esencial en la garantía efectiva de ese derecho por parte del sistema nacional de justicia administrativa.<sup>113</sup>

Inevitablemente, las expectativas y sensibilidades en términos de justicia que un jurista adquiere en su propia cultura nacional permean su análisis doctrinal de las fuentes del derecho administrativo de la UE. El riesgo es que ese jurista evalúe el derecho administrativo de la UE conforme a los mismos criterios que regirían sus decisiones en el marco del Estado. Este riesgo remite a un sesgo normativo: la tendencia de los juristas a criticar las soluciones del derecho administrativo de la UE en función de si se adaptan a los criterios y estándares del derecho administrativo nacional, como si el ordenamiento europeo fuera una versión (fallida) del derecho administrativo nacional.

La literatura ofrece muchos ejemplos en este sentido, pero la crítica prácticamente unánime a la sentencia *Borelli* es particularmente ilustrativa. El asunto *Borelli* se refería al control judicial de los procedimientos administrativos en los que la administración de la UE tiene la obligación legal de adoptar una decisión definitiva conforme a las medidas preparatorias de las autoridades nacionales. La cuestión central consistía en dirimir si el TJUE era competente para anular una decisión final adoptada por la administración de la UE por basarse en actos preparatorios nacionales supuestamente ilegales. En esencia, el TJUE rechazó la posibilidad de controlar una decisión definitiva a nivel de la UE si eso conllevaba ejercer un control jurisdiccional sobre los actos preparatorios nacionales vinculantes de los que la primera traía causa. En su lugar, el TJUE consideró que debía exigir a los tribunales nacionales a llevar a cabo dicho control. El motivo fundamental que invocó el TJUE fue su falta de competencia para controlar medidas nacionales. Además, añadió que no cabía dictaminar con carácter automático la ilegalidad de una decisión de la UE simplemente por el hecho de estar basada en un acto preparatorio nacional ilegal.<sup>114</sup>

El razonamiento de la sentencia *Borelli* no era en absoluto evidente, lo que dio lugar a muchas reacciones críticas desde la doctrina. En diferentes publicaciones, Caranta acusó al TJUE de dictar una sentencia “vergonzosa”,<sup>115</sup> subrayando que *todos* los ordenamientos nacionales que había revisado establecían la invalidez de las decisiones administrativas definitivas basadas en medidas preparatorias también inválidas.<sup>116</sup> En una línea similar, Giorgio Gaja consideró que la solución adoptada por

---

<sup>113</sup> Andrzej SKOCZYLAS y Mariusz SWORA, *Administrative Remedies in Polish Administrative Law*, en Dacian DRAGOS y Bogdana NEAMTU, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, 2014, pp. 337, p. 361.

<sup>114</sup> *Vid.*, en general, Filipe BRITO BASTOS, “The Borelli Doctrine Revisited: Three Issues of Coherence in a Landmark Ruling for EU Administrative Justice”, *Review of European Administrative Law*, núm. 8, 2015, pp. 269.

<sup>115</sup> Roberto CARANTA, “Coordinamento e Divisione dei Compiti tra Corte di Giustizia Delle Comunità Europee e Giudizi Nazionali Nelle Ipotesi di Coamministrazione: il Caso Dei Prodotti Modificati Geneticamente”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, pp. 1133, p. 1141.

<sup>116</sup> Roberto CARANTA, “Sull’impugnabilità Degli atti Endoprocedimentali Adottati Dalle Autorità Nazionali Nelle Ipotesi di Coamministrazione”, en *Foro Amministrativo*, 1994, pp. 752, p. 760.

el TJUE en la sentencia *Borelli* era “poco convincente”. En su lugar, debería haber afirmado su competencia “para examinar todas las cuestiones relevantes de cara a determinar la validez del acto comunitario, independientemente de que se tratara de cuestiones de hecho, relativas al derecho de la CE o al derecho nacional”.<sup>117</sup> Por último, Herwig Hofmann fue muy explícito al afirmar que “el control incidental de la legalidad de las medidas nacionales que sirven de fundamento para las decisiones de la UE es fundamental para que los interesados puedan impugnar el proceso decisorio en su totalidad”.<sup>118</sup>

Los enfoques doctrinales resumidos anteriormente persiguen en todo caso un fin encomiable. Reivindican los avances históricos de la justicia administrativa en su objetivo de proporcionar una tutela judicial lo más efectiva posible frente al Estado. No ahorran esfuerzos en su defensa de la máxima protección, incluso ante el problema de la compleja fragmentación del poder en el sistema administrativo de la UE. Estos planteamientos afirman rotundamente la plena competencia para controlar los procedimientos de decisión administrativa *en su totalidad*, ya que de lo contrario no podría hablarse de tutela judicial *efectiva*.

Sin embargo, esta concepción mide la efectividad de la tutela judicial conforme a los elevados estándares que el derecho administrativo nacional ha ido consolidando durante décadas. Según esos criterios tan exigentes, resulta inconcebible negar la competencia de un tribunal para controlar la mayoría (si no la totalidad) de los elementos jurídicos vinculados al procedimiento administrativo.<sup>119</sup> Los autores a los que he hecho referencia critican al TJUE por no forzar los límites de su competencia en el asunto *Borelli*, justificándolo en la necesidad de cumplir con esas exigencias derivadas de la tutela judicial. Esa perspectiva denota una expectativa normativa compartida según la cual el derecho administrativo de la UE debe —y puede— garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva del mismo modo en que lo hacen los ordenamientos nacionales. No obstante, tal y como subraya el Abogado General Bot, la realidad es que el antiguo adagio *iura novit curia* “no se extiende al Derecho nacional, que el juez de la Unión no está necesariamente obligado a conocer”.<sup>120</sup>

Lo que trato de subrayar a este respecto no es que la jurisprudencia *Borelli* no plantee problemas relevantes en cuanto a la tutela judicial efectiva, sino más bien que la crítica doctrinal del derecho administrativo de la UE debería llevarse a cabo

<sup>117</sup> Giorgio GAJA, “Case C-6/99, Association Greenpeace France and Others v. Ministère de l’Agriculture et de la Pêche and Others”, *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pp. 1427, p. 1431.

<sup>118</sup> Herwig HOFMANN, “The Right to an ‘Effective Judicial Remedy’ and the Changing Conditions of Implementing EU Law”, Univ. Luxembourg – Law Working Paper 2013-2, p. 17 (2013).

<sup>119</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también comparte este enfoque. Según el TEDH, el derecho a la tutela judicial efectiva (tal y como se consagra en los artículos 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) requiere que “un tribunal sea competente para analizar todas las cuestiones de hecho y de derecho relevantes para la controversia”. *Vid.* Terra Woningén c. Países Bajos, recurso n° 200641/92, apartado 52. (1996).

<sup>120</sup> *Vid.*, Conclusiones del Abogado General Bot, C-530/12, *P OHIM c. National Lottery Commission*, ECLI:EU:C:2013:782, 27 de marzo de 2014, apartado 71.

exclusivamente en el contexto constitucional propio de la UE, teniendo en cuenta las limitaciones constitucionales específicas de la UE que no operan en los ordenamientos nacionales. La división estricta entre las competencias de los tribunales nacionales y los de la UE es una de esas limitaciones.

## 5. CORTAR EL CORDÓN UMBILICAL

Hasta ahora he tratado de demostrar que, inevitablemente, todos proyectamos sobre el Derecho administrativo de la UE las preconcepciones adquiridas en nuestras propias tradiciones de derecho administrativo. Eso puede llevar a los administrativistas especializados en el primero a priorizar el estudio de las cuestiones jurídicas que afectan o evocan elementos propios del derecho administrativo nacional, dejando sin desarrollar un marco doctrinal para aquellas otras cuestiones que son ajenas a los ordenamientos internos. Por otra parte, las preconcepciones nacionales pueden generar la expectativa de que el derecho administrativo de la UE deba responder a los mismos estándares normativos que el derecho nacional, en lugar de evaluarlo conforme a sus propios criterios.

Aunque muchos de sus fundamentos proceden originariamente de los ordenamientos de los Estados miembros, el derecho administrativo de la UE es autónomo frente a sus homólogos nacionales. Tiene una vida y una identidad propias. En consecuencia, este apartado formula una propuesta metodológica para cortar el cordón umbilical que une la doctrina del derecho administrativo de la UE con el derecho administrativo nacional. La propuesta es solo parcialmente novedosa, ya que bebe del planteamiento metodológico de Shaw y Wiener. Estas autoras instan a tomar conciencia del contexto propio de las normas de la UE a fin de contrarrestar la intensidad de la “impronta estatal” en los estudios jurídicos dedicados a la UE.<sup>121</sup> En resumen, sugiero que, para atender debidamente al contexto y las características específicas del derecho administrativo de la UE, el análisis doctrinal debe partir de dos premisas básicas, una empírica y otra normativa.

La premisa empírica consiste en que el derecho administrativo de la UE no regula el sistema administrativo de un Estado nación, sino de la propia UE. Ese sistema administrativo es el resultado histórico de un orden político propio de la Unión. Su diseño y su funcionamiento cotidiano vienen definidos por dificultades y tensiones políticas específicas, así como por delicados equilibrios de poder inherentes a la integración europea. Así, es fundamental tener una comprensión adecuada del derecho administrativo de la UE —y de sus limitaciones— basada en las características fácticas del sistema administrativo que pretende regular.

La premisa normativa consiste en que el derecho administrativo de la UE es un ámbito localizado dentro del marco más amplio del ordenamiento de la UE. Por tanto, las principales referencias en el desarrollo doctrinal de esa disciplina deberían

---

<sup>121</sup> SHAW y WIENER, nota 13.

ser otros ámbitos del derecho de la UE más que el derecho administrativo nacional. En concreto, el contenido sustantivo del derecho administrativo de la UE debería evaluarse *exclusivamente* en el marco del orden constitucional específico de la UE.

En definitiva, para superar —o al menos mitigar— las preconcepciones nacionales del derecho administrativo, la doctrina europea debe apoyarse en disciplinas extrajurídicas y, al mismo tiempo, situar su análisis en el contexto del ordenamiento de la UE. Es decir, debe abordar con convicción un diálogo inter e intradisciplinar.

### 5.1. Diálogo interdisciplinar

Con el objetivo de reforzar la credibilidad de su disciplina, los primeros administrativistas trataron de emular las prácticas metodológicas del derecho privado. Esto incluía el rechazo del enfoque interdisciplinar. Así ocurrió en Francia,<sup>122</sup> pero también en Italia y en Alemania. En estos dos últimos países, Vittorio Emanuele Orlando y Fritz Fleiner fueron los primeros en adoptar el mismo método “estrictamente jurídico” propio de los civilistas. Con ello pretendían superar la consideración del derecho administrativo como “disciplina híbrida” que “amalgamaba” filosofía, economía, sociología y política.<sup>123</sup> El influyente iuspublicista alemán Paul Laband advirtió incluso de que las consideraciones extrajurídicas no solo eran irrelevantes para la doctrina jurídica, sino que *oscurecían* el trabajo de los juristas.<sup>124</sup>

Sin embargo, nunca ha existido un administrativista “puro”.<sup>125</sup> Muchas de las cuestiones que se plantean en el marco del derecho administrativo resultan incomprensibles si la lectura de las disposiciones normativas no tiene lugar a la luz de su contexto social y político. En la literatura alemana contemporánea, el movimiento de la “nueva ciencia del derecho administrativo” ha abogado por la integración —junto a un análisis doctrinal más clásico— de las aportaciones procedentes de disciplinas extrajurídicas, como la ciencia de la administración, la ciencia política o la sociología. La idea es que dichas contribuciones pueden ayudar al derecho administrativo a mejorar la eficacia de la administración pública en la resolución de problemas prácticos reales.<sup>126</sup>

<sup>122</sup> Georges LANGROD, „France“, en Erk Volkmar Heyen, *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, Klostermann, 1982, pp. 67, p. 71–72.

<sup>123</sup> Vid. Giulio CIANFEROTTI, *Il Pensiero di V. E. Orlando e la Giuspubblicistica Italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, 1980, p. 99; Sabino CASSESE, *Cultura e Politica del Diritto Amministrativo*, Il Mulino, 1972, pp. 21–25; Michael STOLLEIS, “Die Entstehung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts (1850–1900)”, *Juridica International*, núm. 21, 2014, p. 21.

<sup>124</sup> Walter WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, De Gruyter, 1958, p. 9.

<sup>125</sup> SCHMIDT-AßMANN, nota 18, p. 13.

<sup>126</sup> Andreas VOßKUHLE, „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard SCHMIDT-AßMANN y Andreas VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2ª ed., C. H. Beck, 2012, pp. 24, p. 58. Vid., en general, Wolfgang KAHL, “What Is ‘New’ about the ‘New Administrative Law Science’ in Germany?”, *European Public Law*, núm. 16, 2010, pp. 105.

En todo caso, la reivindicación de la interdisciplinariedad en el derecho administrativo es relativamente reciente. Es significativo que no adquiriera verdadera relevancia hasta *después* del periodo fundacional de la doctrina administrativista de la UE a finales de la década de 1980. Quizá ese es el motivo por el que el tratado de Schwarze, que analiza el *derecho administrativo* europeo en profundidad, apenas explora la práctica real de la propia estructura administrativa europea.

En la última década, el estudio del derecho administrativo de la UE ha empezado a revertir el tradicional escepticismo frente a la interdisciplinariedad administrativa. La monografía publicada por Deirdre Curtin en 2009, *Executive Power of the European Union*, ilustra a la perfección cómo los enfoques interdisciplinares pueden arrojar luz sobre muchas cuestiones jurídicas derivadas del ordenamiento administrativo de la UE.<sup>127</sup> Apoyándose en numerosos estudios empíricos de ciencia política, Curtin presenta las cuestiones relativas a la transparencia ejecutiva y a la rendición de cuentas en el marco de la UE desde una perspectiva claramente distinta, antes de analizarlas en términos jurídicos más convencionales. En un libro reciente, Marijn Chamon analiza de forma complementaria los límites políticos y jurídicos del proceso de multiplicación de agencias europeas. Así, concluye que el control jurídico —relativamente laxo— debe compensarse con un control político de dichas agencias si queremos garantizar su legitimidad y responsabilidad.<sup>128</sup> Por último, Hofmann, Türk y Rowe han subrayado el “fundamento interdisciplinar” del derecho administrativo de la UE, apelando precisamente a la ayuda que pueden prestar las perspectivas no jurídicas para entender muchos aspectos de la administración de la UE que no aparecen adecuadamente reflejados en el aparato conceptual del derecho administrativo nacional.<sup>129</sup>

Cuando las realidades que el derecho trata de regular no son accesibles desde la mera intuición, o cuando los juristas no experimentan una realidad práctica en persona, puede resultar conveniente que la investigación jurídica acuda a la literatura desarrollada en ámbitos no jurídicos. A diferencia de lo que creían los antiguos “puristas”, la autonomía de la doctrina jurídica no se ve comprometida por incorporar aportaciones de otras disciplinas próximas. La investigación jurídica interdisciplinar adopta muchas formas distintas y admite muchas combinaciones entre perspectivas doctrinales y extrajurídicas. Algunas de ellas exploran el derecho simplemente como contexto en el que se ubican cuestiones más amplias de tipo económico, social o filosófico. Otras constituyen lo que Matthias Siems describe como “interdisciplinariedad básica”, otorgando a las disciplinas extrajurídicas un papel puramente instrumental y subordinado al estudio doctrinal del derecho.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> *Vid.*, en general, Deirdre CURTIN, *Executive Power in the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press, 2009.

<sup>128</sup> Merijn CHAMON, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, 2016, pp. 369.

<sup>129</sup> HOFMANN et al., nota 94, p. 25.

<sup>130</sup> Matthias SIEMS, “The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way out of the Desert”, *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, núm. 7, 2009, pp. 5, pp. 6-8.

No cabe duda de que analizar el derecho a través de la perspectiva externa de otra disciplina constituye un ejercicio intelectual valioso en sí mismo. Sin embargo, desde el punto de vista del enfoque doctrinal (centrado, como ha de estar, en la reformulación de las fuentes jurídicas), el papel de las perspectivas extrajurídicas no puede ser sino instrumental y subordinado. En este sentido, incorporar una interdisciplinariedad básica al estudio doctrinal del derecho puede ayudar a superar la tendencia que Kaarlo Tuori ha denominado “inercia de serie” (*in-built inertia*). Efectivamente, los estudios jurídicos doctrinales a menudo se fosilizan en torno a determinadas asunciones fácticas sobre la naturaleza de las realidades extrajurídicas que regula el derecho. Las disciplinas no jurídicas pueden ayudar a los juristas a reevaluar esas asunciones y a cuestionar su validez y vigencia.<sup>131</sup>

En el derecho administrativo, y especialmente en el de la UE, es importante familiarizarse con los estudios de la ciencia política y de la administración, que permiten entender el diseño y el funcionamiento de la administración pública. Debido precisamente a la relativa falta de experimentación en el ejercicio multinivel de facultades y funciones que suele caracterizar al derecho administrativo nacional, los estudios empíricos desarrollados por los politólogos pueden ser esenciales de cara a entender la gobernanza administrativa de la UE. Cabe citar, en este sentido, la omnipresencia de la gobernanza administrativa indirecta, por la que las autoridades de la UE recurren a estrategias informales para coordinar a las autoridades nacionales en lugar de adoptar directamente decisiones en relación con los ciudadanos y las empresas.<sup>132</sup> También destaca a este respecto el hecho de que, pese a que las redes administrativas descentralizadas y multinivel tratan de responder al deseo de los Estados miembros de preservar su “soberanía administrativa”, en la práctica muchas conducen a una cierta concentración del poder a nivel de la UE.<sup>133</sup>

Realidades empíricas como estas, propias de la UE, plantean numerosas cuestiones jurídicas que sin embargo no se han identificado ni estudiado desde la perspectiva del derecho. Las ciencias empíricas sociales y políticas pueden resultar extraordinariamente valiosas a la hora de documentar y explicar cómo operan distintos intereses (en ocasiones, contrapuestos) en la conformación de mecanismos y prácticas institucionales típicas del sistema administrativo de la UE. Y ello sin perjuicio de que corresponderá a la doctrina jurídica determinar si dichos intereses merecen una protección legal y si los mecanismos y prácticas de la UE respetan adecuadamente las exigencias legales y constitucionales del ordenamiento europeo.

<sup>131</sup> TUORI, nota 104, p. 23–24.

<sup>132</sup> Vid., en general, Kenneth ABBOTT, David LEVI-FAUR y Duncan SNIDAL, “Theorizing Regulatory Intermediaries: The RIT Model”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 14, 2017, pp. 670.

<sup>133</sup> Vid., en general, Miroslava SCHOLTEN, “Mind the Trend! Enforcement of EU Law has been Moving to ‘Brussels’”, *Journal of European Public Policy*, núm. 29, 2017, pp. 1348.; Tobias BACH y Eva RUFFING, “The Transformative Effects of Transnational Administrative Coordination in the European Multi-level System”, en Edoardo ONGARO y Sandra van THIEL, *The Palgrave Handbook of Public Administration and management in Europe*, Palgrave, 2018, pp. 747, p. 758.

## 5.2. Diálogo intradisciplinar

En relación con el diálogo intradisciplinar, podríamos empezar por señalar una cuestión evidente: los juristas especializados en el derecho administrativo de la UE no podrían hacer frente a sus propios sesgos nacionales si no conocen el trabajo de otros juristas procedentes de diferentes culturas jurídicas. Sin embargo, hace falta ir más allá para superar la “impronta estatal” que caracteriza esta disciplina.

La doctrina administrativista de la UE debe evaluar en qué medida puede beneficiarse de la interlocución con otras disciplinas jurídicas. Normalmente ha tendido a considerar como su interlocutor principal el derecho administrativo nacional. Mi propuesta es que el derecho administrativo de la UE reconsidere su relación con otros ámbitos del ordenamiento de la Unión.

Primero, para explorar las formas específicas que utiliza el derecho de la UE en su regulación de la actividad administrativa, la doctrina debe fijarse en cómo los diferentes sectores de políticas europeas abordan los desafíos políticos, económicos y sociales actuales de la Unión. Segundo, para determinar si un determinado desarrollo legislativo o judicial del derecho administrativo de la UE es correcto en términos constitucionales, la doctrina debe considerar las particularidades del ordenamiento europeo.

### 5.2.1. *Análisis doctrinal inductivo*

Al relacionar cuestiones de derecho administrativo general y sectorial, la doctrina administrativista de la UE quizá arrastra algunos de los viejos hábitos procedentes de los ordenamientos internos. Para ilustrar este aspecto, resulta útil recordar el significado de los conceptos de derecho administrativo “general” y “sectorial”. El derecho administrativo general es el término que designa los instrumentos (principios, reglas de organización, competencias, obligaciones, procedimientos y demás) que se aplican transversalmente a todas las políticas sectoriales. En cambio, el derecho administrativo “sectorial” se refiere al modo en que esos instrumentos se plasman en la legislación para la consecución de determinados objetivos sustantivos (como la seguridad alimentaria, la protección medioambiental o la agricultura productiva). Se trata de una distinción que puede utilizarse sin problema en el derecho administrativo de la UE.<sup>134</sup>

El objetivo fundamental de la literatura académica ha sido elaborar doctrinas generales del derecho administrativo. Su enfoque tradicional con respecto a la relación entre el derecho administrativo general y sectorial se definía por su carácter

---

<sup>134</sup> *Vid.*, en general, Herwig HOFMANN, Gerard ROWE y Alexander TÜRK, “A Conceptual Understanding of EU Sectoral Administrative Law”, en Herwig HOFMANN, Gerard ROWE y Alexander TÜRK, *Specialized Administrative Law of the European Union*, Oxford University Press, 2018, pp. 4-9.

deductivo. Así, el análisis del derecho administrativo sectorial cumplía dos objetivos metodológicos principales.

Primero, operaba como campo de pruebas para las doctrinas generales. La práctica habitual de los académicos consiste en desarrollar doctrinas potencialmente generales para después confirmar su validez aplicándolas a un ámbito concreto del derecho administrativo. El principal problema de este enfoque es que históricamente ha dado lugar a la fosilización de las doctrinas administrativistas. En lugar de considerarse como una oportunidad para reevaluar algunas categorías doctrinales obsoletas del derecho administrativo general, los desarrollos legislativos sectoriales se modulaban artificialmente para ajustarse a esas doctrinas.<sup>135</sup> Incluso algunos autores influyentes como Zanobini presentaron sus propios principios y conceptos como si fueran inmutables e impermeables a los cambios en la legislación sectorial.<sup>136</sup>

El segundo objetivo del derecho administrativo sectorial consistía simplemente en operar como contexto para ilustrar el contenido concreto o la derogación de las disposiciones normativas de derecho administrativo general en ámbitos sectoriales determinados. La codificación del derecho administrativo general (las disposiciones sobre procedimiento, justicia administrativa, o principios generales como el de legalidad o el de confianza legítima) constituía el capital del derecho administrativo, de tal forma que el derecho administrativo sectorial representaba un ámbito secundario de carácter técnico. En cualquier caso, se ha criticado el excesivo énfasis de la doctrina en el derecho administrativo codificado. Algunos autores han señalado el riesgo de osificación de la literatura administrativista, acompañada de un menor interés en avanzar más allá de las disposiciones contenidas en los códigos, lo que ha provocado una exploración insuficiente de la legislación sectorial, en constante evolución.<sup>137</sup>

En gran medida, la doctrina administrativista de la UE sigue asumiendo el antiguo enfoque deductivo. Así, atribuye al derecho sectorial los mismos dos objetivos subordinados que tradicionalmente se le conferían a nivel interno. A falta de una codificación del Derecho administrativo general,<sup>138</sup> la literatura europea se ha centrado en cómo aplicar los principios generales y los conceptos jurídicos (típicamente importados de las tradiciones nacionales) a los diversos ámbitos del Derecho administrativo sectorial de la UE. En relación con la obra de Schwarze *European Administrative Law*, un autor ya señaló con acierto lo siguiente:

El libro es deductivo, más que inductivo (...). El autor tiende a abrir el debate sobre cada tema a nivel conceptual (...). Al referirse a los principios jurídicos, el autor describe en primer lugar su

<sup>135</sup> Christophe MÖLLERS, „Methoden“, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard SCHMIDT-AßMANN y Andreas VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2ª ed., C. H. Beck, 2012, pp. 123, pp. 171–172; Andreas VOßKUHLE, „Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft“, *Die Verwaltung*, núm. 32, 1999, pp. 545, p. 551.

<sup>136</sup> *Vid.* CASSESE, nota 16, p. 368.

<sup>137</sup> *Vid.*, por ejemplo, Hans-Christian RÖHL, „Procedures in the European Composite Administration“, en Javier Barnes, *Transforming Administrative Procedure*, Global Law Press, 2008, pp. 77, p. 80.

<sup>138</sup> Lo más parecido a una codificación que existe en el derecho administrativo de la UE son las normas modelo ReNEUAL, que todavía no han sido referendadas por la Comisión.

naturaleza y sus características generales; solo después de llevar a cabo este ejercicio conceptual, procede a identificar reglas más específicas cubiertas por el principio o derivadas del mismo. Finalmente, el autor desciende progresivamente a la jurisprudencia relevante en la materia.<sup>139</sup>

Son muchas y muy influyentes las contribuciones que han adoptado ese mismo enfoque deductivo. Por ejemplo, el exhaustivo estudio de Nehl sobre los principios del procedimiento administrativo parte de los principios generales (como el derecho a ser oído), mientras que las políticas sectoriales (como la unión aduanera o la política de cohesión) se tratan como contexto para ilustrar la aplicación práctica de dichos principios.<sup>140</sup> Sin embargo, como he explicado anteriormente, al adoptar este tipo de enfoques deductivos se corre el riesgo de alimentar la inercia característica de la doctrina del derecho administrativo general. Si el objetivo de analizar ámbitos sectoriales del derecho administrativo se reduce a ilustrar la validez o la aplicación de los conceptos y principios generales, la doctrina puede pasar por alto algunas tendencias relevantes en la evolución del derecho administrativo que solo pueden identificarse mediante el análisis y la comparación de los cambios operados en esos ámbitos especializados.

Un movimiento reciente en la dogmática administrativista ha propuesto un enfoque metodológico alternativo para atajar este riesgo. Dicho enfoque, conocido como el método de los “ámbitos de referencia”,<sup>141</sup> invierte la relación general entre derecho administrativo general y sectorial que tradicionalmente ha vertebrado la doctrina administrativista.

La principal propuesta del método de los ámbitos de referencia es que la literatura académica no debe tratar de explicar o justificar el derecho administrativo sectorial por referencia a las teorías del derecho administrativo general, ni como manifestaciones de los principios generales codificados. Más bien, la doctrina debe apoyarse en sectores representativos del derecho administrativo sectorial (los ámbitos de referencia) como fuente de la “materia prima” jurídica que puede servir para reformular las doctrinas y principios existentes en el derecho administrativo general. Del mismo modo, esa “materia prima” también puede servir para destilar nuevos principios o doctrinas jurídicas.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Thylen KOOPMANS, „Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law. London and Luxembourg: Sweet & Maxwell and Office for Publications of the EC, 1992. CV and 1547 pages (Book Review)*“, *Common Market Law Review*, núm. 31, 1994, pp. 193, p. 195.

<sup>140</sup> *Vid.*, en general, Hanns Peter NEHL, *Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung: Eine Studie gemeinschaftsrechtlicher Verfahrensgrundsätze unter besonderer Berücksichtigung »mehrstufiger« Verwaltungsverfahren*, Duncker & Humblot, 2002.

<sup>141</sup> “Ámbito de referencia” (*subject of reference*, en inglés) es la traducción propuesta para *Referenzgebieten*. *Vid.* Matthias RUFFERT, „The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project“, en Matthias RUFFERT, *The Transformation of Administrative Law in Europe = La Mutation du Droit Administratif en Europe*, Europa Law Publishings, 2007, pp. 3, pp. 12.

<sup>142</sup> Eberhard SCHMIDT-AßMANN, “Cuestiones Fundamentales Sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la Innovación y Presupuestos Metodológicos”, en Javier Barnes, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2006, pp. 15, pp. 75-76.

El proceso metodológico no es deductivo, sino inductivo. Empieza con las cuestiones jurídicas, los conceptos y los principios que, en principio, parecen específicos de determinados sectores del derecho administrativo. A continuación, se comprueba la posibilidad de generalizarlos a otros sectores. El análisis que resulta del enfoque de los ámbitos de referencia se centra en identificar problemas jurídicos estructuralmente comparables entre distintos ámbitos del derecho administrativo sectorial para poder ampliar los marcos teóricos y doctrinales del derecho administrativo general.<sup>143</sup> Así, el método trata de descubrir las cuestiones verdaderamente actuales y transversales del derecho administrativo mediante el análisis de la evolución y los cambios en el derecho administrativo que regula distintos ámbitos sectoriales.<sup>144</sup> Es decir, trata de “descifrar las características fundamentales de un sector”, al tiempo que “indaga si los elementos que lo componen pueden generalizarse”.<sup>145</sup>

Tal y como han señalado Eberhard Schmidt-Aßmann y Luis Arroyo Jiménez, el método de los ámbitos de referencia puede dar frutos interesantes en el análisis doctrinal del derecho administrativo de la UE.<sup>146</sup> Efectivamente, algunos autores ya abogan por aplicar un enfoque muy similar.<sup>147</sup> Mediante una comparación de los regímenes jurídicos relativos a la regulación de los organismos modificados genéticamente, de los nuevos productos alimenticios y del sector farmacéutico, Luca de Lucia ha identificado características estructurales comunes y ha llevado a cabo una reconstrucción jurídico-doctrinal de los procedimientos administrativos por los que las autoridades de la UE desempeñan funciones arbitrales para resolver controversias entre las agencias reguladoras nacionales.<sup>148</sup> Por otra parte, resulta interesante descubrir que el propio TJUE también parece guiarse en algunos de sus razonamientos por un enfoque similar al de los ámbitos de referencia.

Además de emplear el método “vertical” identificado por Schwarze hace ya décadas (es decir, la incorporación al derecho administrativo de la UE de los estándares comunes procedentes de los ordenamientos nacionales), el TJUE también aplica un

<sup>143</sup> Martin EIFERT, „Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und Steuerungswissenschaftlichem Anspruch“, *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 67, 2008, pp. 288, pp. 298-299.

<sup>144</sup> Andreas VOßKUHLE, „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard SCHMIDT-AßMANN y ANDREAS VOßKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2ª ed., C. H. Beck, 2012, pp. 24.

<sup>145</sup> SCHMIDT-AßMANN, nota 142, p. 76.

<sup>146</sup> Vid. SCHMIDT-AßMANN, nota 21, 9; Luis ARROYO JIMENEZ, „Système et Systématisation du Droit Administratif Européen“, 3 Preprint Series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2019, pp. 9-10. HOFMANN et al., nota 94, 6, también suscriben implícitamente esta postura.

<sup>147</sup> Vid. Carlo María COLOMBO y Mariolina ELIANTONIO, “The Changing Nature of the Public Administration: Innovations and Challenges for Public Lawyers”, *European Public Law*, núm. 24, 2018, pp. 403, p. 405 (reclamando más análisis intersectoriales y multinivel en el derecho administrativo de la UE).

<sup>148</sup> Vid., en general, Luca DE LUCIA, “Conflict and Cooperation within European Composite Administration (Between Philia and Eris)”, *Review of European Administrative Law*, núm. 5, 2012, pp. 49.

método “horizontal” al utilizar pronunciamientos anteriores para resolver cuestiones estructuralmente similares de derecho administrativo en que se suscitan en el marco de otras políticas sectoriales. La reciente sentencia *Berlusconi y Fininvest* constituye un buen ejemplo. Aunque el caso se refería al control de un procedimiento administrativo compuesto en el Mecanismo Único de Supervisión, el TJUE siguió un razonamiento basado en precedentes jurisprudenciales relativos a procedimientos similares en sectores sustantivamente diferentes como el acceso a documentos o la regulación de los organismos modificados genéticamente.<sup>149</sup>

### 5.2.2. *El contexto constitucional del análisis doctrinal*”

Las constituciones deben informar los modos en los que se ejerce el poder público, incluido el administrativo, dentro de una determinada entidad política. Puede decirse que el derecho administrativo es una concreción del derecho constitucional; y ello no solo en el contexto nacional, sino también a nivel de la UE.<sup>150</sup> Así pues, el análisis doctrinal del derecho administrativo de la UE debe examinar si los regímenes legislativos y su interpretación por los tribunales europeos responden adecuadamente a las exigencias del marco constitucional de la Unión.

Prácticamente nadie cuestionaría que el derecho administrativo de la UE debe estar informado por los criterios normativos del derecho constitucional de la Unión. Sin embargo, a menudo se pasa por alto que dichos criterios y estándares no siempre coinciden con los de los ordenamientos nacionales. Es decir, el derecho administrativo de la UE debe ser una concreción del derecho constitucional de la UE, no del de sus Estados miembros. Por tanto, debe atender a las características constitucionales propias de la Unión, aunque resulte contraintuitivo desde el punto de vista estatal del derecho administrativo doméstico.

Una forma sencilla de ilustrar esta cuestión es a través del principio de legalidad de la administración pública, uno de los principios básicos del derecho administrativo generalmente reconocidos. En su concepción más tradicional, el principio de legalidad representaba la exigencia de que la administración pública estuviera sometida a la soberanía popular, expresada en la legislación aprobada por sus representantes parlamentarios.<sup>151</sup> No obstante, como bien han señalado Nicola Lupo y Giovanni Piccirilli, el vínculo conceptual clásico entre legalidad administrativa y democracia tiene difícil acomodo en el derecho constitucional de la UE. A diferencia

<sup>149</sup> TJUE, C-219/17, *Berlusconi c. Banco de Italia*, ECLI:EU:C:2018:1023, 19 de diciembre de 2018.

<sup>150</sup> *Vid.*, en general, Fritz WERNER, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, en *Recht und Geri cht unserer Zeit*, 1971, pp. 212–226. *Vid.* también Thomas von DANWITZ, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, 2008, p. 141 (suscribiendo la misma noción en el contexto del derecho administrativo).

<sup>151</sup> Hans KLECATSKY, “Reflections on the Rule of Law and in Particular the Principle of Legality of Administrative Action”, *International Commission of Jurists*, núm. 4, 1963, pp. 205, p. 209.

de lo que ocurre con la legislación parlamentaria aprobada en el marco nacional, la legislación aprobada por el Parlamento Europeo no refleja la voluntad de un *demos* autoconstituido en el seno de una comunidad política. Por consiguiente, no puede decirse que goce de la misma legitimidad democrática.<sup>152</sup> Es más, resulta francamente complicado describir el marco constitucional de la UE a partir de la teoría convencional tripartita de la separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial); especialmente por lo que se refiere a la delimitación entre el poder legislativo y el poder administrativo-ejecutivo.<sup>153</sup> Así pues, en el derecho administrativo de la UE el principio de legalidad no puede concebirse en el sentido de reclamar la existencia de una organización administrativa sujeta a los mandatos de un poder legislativo independiente, como ocurriría en el contexto nacional, donde los parlamentos ejercen ese poder sobre las administraciones. El principio de legalidad administrativa en la UE exige una reconstrucción que refleje las diferencias constitucionales fundamentales con respecto a los Estados nación.

Otra cuestión importante se refiere al marco constitucional en el que se desarrollan las relaciones entre los ciudadanos y las autoridades de la UE. Tradicionalmente, el derecho administrativo era el cuerpo normativo que regulaba y mediaba la relación bilateral entre la libertad individual y la autoridad de la administración pública.<sup>154</sup> Los parámetros constitucionales relevantes a los efectos de esta relación eran, básicamente, los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, así como las disposiciones constitucionales que delimitaban el poder ejecutivo frente al resto de poderes. En el derecho constitucional de la UE existen parámetros similares, pero deben leerse de forma conjunta con otras exigencias ajenas a los ordenamientos nacionales.

En primer lugar, las constituciones normalmente desempeñan una función restrictiva (entre otras): fijan los límites infranqueables para las instituciones de la entidad política de que se trate. Un aspecto fundamental del constitucionalismo de la UE es que esta función restrictiva no solo se manifiesta en la regulación de los derechos fundamentales, sino también en principios orientados a salvaguardar los poderes de los Estados miembros y sus instituciones frente a cualquier injerencia indebida por parte de la UE.<sup>155</sup> El Estado de derecho en el marco de la UE no solo protege a los individuos frente al poder de los Estados miembros y las instituciones de la Unión, sino que blindas a los Estados miembros frente a la intromisión de las instituciones europeas en sus esferas de poder.<sup>156</sup> Este es el motivo por el que el TJUE exige que la administración de la UE respete las garantías procesales derivadas del Estado de derecho, como el derecho a ser oído, independientemente de que el destinatario de

---

<sup>152</sup> Nicola LUPO y Giovanni PICCIRILI, “The Relocation of the Legality Principle by the European Courts’ Case Law: An Italian Perspective”, *European Constitutional Law Review*, núm. 11, 2015, pp. 67.

<sup>153</sup> *Vid.*, en general, Eoin CAROLAN y Deirdre CURTIN, “In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers”, en Joana MENDES y Ingo VENZKE, *Allocating Authority: who should do what in European and International Law*, Hart, 2018, pp. 53.

<sup>154</sup> *Vid.* CASSESE, nota 123, p. 38.

<sup>155</sup> *Cf.* Kaarlo TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2015, pp. 29–30.

<sup>156</sup> *Id.*, p. 214.

sus decisiones sea un particular o una autoridad nacional.<sup>157</sup> Con todo, la protección constitucional reconocida a los Estados miembros puede chocar con los derechos individuales. El mismo ordenamiento constitucional de la UE que obliga a respetar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva también exige respeto para el principio de atribución de competencias, según el cual las instituciones de la UE —incluido el TJUE— solo pueden actuar dentro de los límites de las competencias que tienen atribuidas.<sup>158</sup> Si el TJUE asumiera el control jurisdiccional de los actos preparatorios nacionales (como los controvertidos en el asunto *Borelli*), ello excedería los límites de su competencia; dicho de otra forma, supondría privar (de hecho, usurpar) el control del procedimiento decisorio nacional que corresponde a los tribunales internos. Los límites jurisdiccionales del TJUE no son una formalidad carente de sentido ni un detalle técnico impuesto por capricho.<sup>159</sup> Constituyen la otra cara de la decisión soberana de los Estados miembros de preservar el equilibrio entre el poder judicial y el administrativo, tal y como dicho equilibrio se establece en los ordenamientos constitucionales nacionales y se desarrolla en la legislación ordinaria de los Estados.

En segundo lugar, conviene señalar que —al contrario de lo que ocurre a nivel nacional—el régimen jurídico de los recursos judiciales frente a la administración de la UE no está regulado en la legislación ordinaria, sino con carácter constitucional en los tratados. El hecho de que el derecho de la UE en materia de recursos solo pueda modificarse mediante una reforma de los tratados (y no a través del procedimiento legislativo) implica que sus deficiencias no permiten una corrección fácil, por ejemplo a través de un cambio interpretativo. La discusión acerca del asunto *Borelli* a la que antes me he referido da buena cuenta de ello. En ese sentido, las objeciones a dicha sentencia parecen sugerir que debería obviarse la falta de competencia del TJUE para controlar medidas nacionales en nombre de la tutela judicial efectiva.

En tercer lugar, el TJUE considera, para bien o para mal, que la protección de los derechos fundamentales individuales debe coexistir —y a menudo ceder ante— diversos principios estructurales del derecho constitucional de la UE, tal y como se ha demostrado de la mano del principio de atribución. La protección individual también puede verse desplazada en casos concretos como consecuencia de la aplicación del principio de confianza mutua, que impone a las autoridades nacionales la presunción de que, salvo en circunstancias excepcionales, las autoridades de los

---

<sup>157</sup> Vid. TJUE, T-157/15, *República de Estonia c. Comisión*, ECLI:EU:T:2017:483, 12 de julio de 2017, apartado 151; TJUE, C-521/15, *Reino de España c. Consejo*, ECLI:EU:C:2017:982, 12 de diciembre de 2017, apartado 90.

<sup>158</sup> Tratado de la Unión Europea, art. 5.2 (1992). Vid., en general, Koen LENAERTS, “The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union”, *Common Market Law Review*, núm. 44, 2007, pp. 1625.

<sup>159</sup> Cf. Conclusiones del Abogado General Bobek en C-557/16, *Astellas*, ECLI:EU:C:2017:957, 14 de marzo de 2018, apartado 87.

demás Estados miembros están respetando los derechos fundamentales.<sup>160</sup> Incluso aunque los ordenamientos constitucionales internos reconocieran un grado superior de protección a los derechos fundamentales con respecto a la Carta de derechos fundamentales, esa protección podría decaer si compromete los principios de primacía y eficacia del derecho de la UE.<sup>161</sup> Los derechos fundamentales, por sí mismos, tampoco pueden derogar el principio de autonomía del ordenamiento jurídico de la UE, y su interpretación debe *ajustarse* a las concretas exigencias institucionales del derecho constitucional europeo. En su dictamen 2/13, el TJUE afirmó que “la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión” y “respetando ese marco constitucional”.<sup>162</sup>

En cuarto lugar, el principio de autonomía del derecho de la UE tiene una implicación particularmente relevante para la doctrina. Conforme a dicho principio, el derecho de la UE es el único habilitado para dictar normas que regulen su propia aplicación, las relaciones con otros ordenamientos y —he aquí lo esencial— su propia *interpretación*.<sup>163</sup> Por definición, el análisis doctrinal es una reconstrucción interpretativa de las fuentes. La coherencia con las características específicas del ordenamiento de la UE exige que el proceso interpretativo sea independiente del derecho nacional. Los conceptos jurídicos del derecho administrativo de la UE pueden apoyarse en el derecho nacional, pero en cualquier caso deben considerarse independientes en cuanto a su significado. Así, la exportación de conceptos jurídicos al derecho administrativo de la UE por el mero hecho de que dichos conceptos existen en el derecho administrativo nacional no solo sería incoherente, como ya he señalado, sino que resultaría incompatible con las implicaciones interpretativas del principio de autonomía. A nivel doctrinal, contravendría la esencia misma de la autonomía del ordenamiento de la UE, que exige que el derecho de la UE se considere como una categoría independiente de los demás sistemas jurídicos, indivisible e igual en todos los Estados miembros y en cualquier circunstancia.<sup>164</sup> Ignorar esas exigencias conllevaría una fragmentación insostenible del derecho administrativo de la UE, que quedaría descompuesto en múltiples versiones nacionales. No hace

---

<sup>160</sup> *Vid.*, por ejemplo, TJUE, C-578/16, *PPU c. K.*, ECLI:EU:C:2017:127, 16 de febrero de 2017, apartado 92; TJUE, C-163/17 *Jawo*, ECLI:EU:C:2019:218, 19 de marzo de 2019, apartado 81.

<sup>161</sup> TJUE, C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, 26 de febrero de 2013, apartados 56-58; TJUE, C-469/17, *Funko Medien*, ECLI:EU:C:2019:623, 29 de julio de 2019, apartados 30-32.

<sup>162</sup> Dictamen 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, 18 de diciembre de 2014, apartados 170 y 177. Bruno DE WITTE, “The Relative Autonomy of the European Union’s Fundamental Rights Regime”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 1, 2019, pp. 65, p. 73 (señalando críticamente, en el razonamiento del TJUE, que “la principal preocupación del TJUE (...) es proteger la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE frente a la influencia “externa”, sin explicitar en ningún momento la preocupación por garantizar una protección óptima de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos”).

<sup>163</sup> Loïc AZOULAI, “The Europeanisation of Legal Concepts”, en Ulla NEERGARD y Ruth NIELSEN, *European Legal Method: in a Multi-Layered EU Legal Order*, DJOF, 2012, pp. 165, p. 170.

<sup>164</sup> René BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, Wolters Kluwer, 2004, pp. 7-8.

falta insistir en el daño que eso generaría tanto a la coherencia del derecho de la UE en todo el territorio de la Unión como a la comunicación entre juristas de distintas nacionalidades.<sup>165</sup>

## 6. CONCLUSIÓN: EL RECONOCIMIENTO DE LA SINGULARIDAD ADMINISTRATIVA

La tesis de este artículo puede resumirse del modo siguiente: tres décadas después de su fundación, y pese al consenso prácticamente unánime sobre que la UE ha generado un sistema administrativo y un derecho administrativo que trascienden al Estado nación, la doctrina administrativista europea sigue dependiendo en gran medida de las preconcepciones derivadas de los ordenamientos nacionales en cuanto a la determinación de lo que es o debería ser el derecho administrativo. A la hora de aproximarse al derecho administrativo de la UE, la doctrina sigue adoptando criterios tomados explícita o implícitamente de las experiencias nacionales. En este artículo he sostenido que esta tendencia responde en parte a la “impronta estatal” que se aprecia con carácter general en toda la literatura relativa al derecho de la UE; un rasgo que además resulta particularmente marcado en el ámbito del derecho administrativo de la UE, dado que esta disciplina se ha centrado históricamente en analizar cómo ella misma reproduce o condiciona a los ordenamientos administrativos nacionales.

En este sentido, he señalado que la doctrina debería alejarse de las preconcepciones nacionales del derecho administrativo, ya que a menudo generan un doble sesgo a nivel de la UE. Primero, el sesgo de familiaridad temática: el derecho administrativo de la UE tiende a analizarse desde el punto de vista de los principios y conceptos procedentes del derecho nacional, con lo que se dedica mucha menos atención al desarrollo de dichos principios y conceptos en relación con los aspectos en los que el derecho administrativo de la UE apenas presenta similitudes con las legislaciones domésticas. El segundo sesgo es de carácter normativo, y se traduce en la expectativa implícita de que el derecho administrativo de la UE debería asumir los mismos valores y mecanismos de garantía previstos en los ordenamientos nacionales. Así, en ocasiones se ha considerado al derecho administrativo de la UE como un derecho administrativo nacional defectuoso, algo que en mi opinión resulta injusto y equivocado.

La doctrina debería evaluar de forma crítica y consciente si no está recurriendo intuitivamente a categorías doctrinales o expectativas normativas nacionales que no resultan aplicables al derecho administrativo de la UE. Con esto no pretendo sugerir que los juristas deban desprenderse *por completo* de cualquier preconcepción internalizada en el estudio de su propio derecho administrativo. Sin embargo, este artículo formula una propuesta metodológica con el objetivo de, al menos, mitigar la influen-

---

<sup>165</sup> Para una primera versión de este aspecto, *vid.* Otto BACHOF, „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, pp. 194, p. 236.

cia de dichas preconcepciones. Con ello se pretende evitar el doble sesgo al que hacía referencia. Mi propuesta metodológica consta de dos elementos.

Primero, la doctrina debe ser plenamente consciente de que existen muchas diferencias entre el sistema administrativo de la UE y el de sus Estados miembros. A tal fin, conviene atender a las investigaciones de otras disciplinas extrajurídicas (especialmente las que tienen una vocación empírica) y avanzar en la comprensión del diseño y la práctica cotidiana específicos del sistema administrativo de la UE.

Segundo, el análisis doctrinal del derecho administrativo de la UE debería llevarse a cabo principalmente en el marco del ordenamiento jurídico al que pertenece, esto es, en el marco del derecho de la UE. Por un lado, esta propuesta metodológica sugiere revisar la tradicional concepción doctrinal de la relación entre el derecho administrativo general y sectorial de la UE. En lugar de tratar los ámbitos sectoriales del derecho de la UE como simples campos de pruebas para la aplicación de los conceptos y principios generales, la doctrina debería asumir un enfoque más inductivo, de abajo hacia arriba, que le permitiera extraer nuevos principios y conceptos a partir de la evolución y de los cambios operados en esos ámbitos sectoriales.

Por otra parte, la crítica normativa del derecho administrativo de la UE debería realizarse exclusivamente a la luz del ordenamiento constitucional de la propia Unión, por mucho que sus exigencias resulten contraintuitivas desde el punto de vista del derecho nacional. En el derecho constitucional de la UE los principios orientados a la protección individual deben coexistir —chocando en ocasiones— con los principios destinados a preservar la integridad de las competencias atribuidas a las instituciones de la UE, a proteger a los Estados miembros y a regular las relaciones entre ambos. En tanto no se opere una reforma radical en los tratados (de hecho, en la naturaleza misma de la UE como entidad política), la doctrina debe aceptar que el derecho constitucional de la UE a veces impone soluciones que resultarían inadmisibles en un contexto puramente nacional. Muchos autores compartimos la idea del derecho administrativo como concreción del derecho constitucional. A nivel europeo, eso supone que el derecho administrativo de la UE solo puede evaluarse conforme a su capacidad para concretar el propio ordenamiento constitucional de la Unión.

Este artículo no pretende negar la importancia de la profunda interdependencia que existe entre el derecho administrativo nacional y el derecho administrativo de la UE. Cuestiones como la europeización y los principios comunes del derecho administrativo siguen siendo un terreno fértil para la investigación y la innovación doctrinal.<sup>166</sup>

A lo que sí aspira este trabajo es a reivindicar la singularidad del derecho administrativo de la UE, que debe asumirse y ser tomada en serio. El derecho administrativo de la UE ha condicionado y se ha visto condicionado a su vez por el derecho admi-

---

<sup>166</sup> Vid., en general, Giacinto DELLA CANANEA y Mauro BUSSANI, “The ‘Common Core’ of Administrative Laws in Europe: A Framework for Analysis”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 26, 2019, pp. 217.

nistrativo nacional, pero también constituye un cuerpo de derecho administrativo independiente. Estamos ante un nuevo horizonte para el derecho administrativo. Queda mucho por explorar más allá de la búsqueda de similitudes con el pasado, que tan decepcionante resulta en ocasiones.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ABOTT, Kenneth, LEVI-FAUR, David y SNIDAL, Duncan, “Theorizing Regulatory Intermediaries: The RIT Model”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, núm. 14, 2017, pp. 670
- ARROYO JIMENEZ, Luis “Système et Systématisation du Droit Administratif Européen”, 3 Preprint Series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, 2019, pp. 9-10
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, “El Acto Administrativo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2019, pp. 71
- AUBY, Jean-Bernard, “About Europeanization of Domestic Judicial Review”, *Review of European Administrative Law*, núm. 7, 2014, p. 19
- AZOULAI, Loïc, “The Europeanisation of Legal Concepts”, en Ulla Neergard y Ruth Nielsen, *European Legal Method: in a Multi-Layered EU Legal Order*, DJOF, 2012, pp. 165
- BACH, Tobias y RUFFING, Eva, “The Transformative Effects of Transnational Administrative Coordination in the European Multi-level System”, en Edoardo Ongaro y Sandra van Thiel, *The Palgrave Handbook of Public Administration and management in Europe*, Palgrave, 2018, pp. 747
- BACHOF, Otto, „Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung“, *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 30, 1972, pp. 194, p. 236
- BARENTS, René, *The Autonomy of Community Law*, Wolters Kluwer, 2004
- BENGOETXEA, Joxerramón, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford University Press, 1993
- BOBEK, Michal, “Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States”, en Hans-Wolfgang Micklitz y Bruno de Witte, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2011, pp. 305
- BRITO BASTOS, Filipe, “The Borelli Doctrine Revisited: Three Issues of Coherence in a Landmark Ruling for EU Administrative Justice”, *Review of European Administrative Law*, núm. 8, 2015, pp. 269
- CARANTA, Roberto, “Coordinamento e Divisione dei Compiti tra Corte di Giustizia Delle Comunità Europee e Giudizi Nazionali Nelle Ipotesi di Coamministrazione: il Caso Dei Prodotti Modificati Geneticamente”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, pp. 1133
- , “Judicial Protection Against Member States: A New Jus Commune Takes Shape”, *Common Market Law Review*, núm. 32, 1995, pp. 703
- , “Sull’impugnabilità Degli atti Endoprocedimentali Adottati Dalle Autorità Nazionali Nelle Ipotesi di Coamministrazione”, en *Foro Amministrativo*, 1994, pp. 752
- CAROLAN, Eoin y CURTIN, Deirdre, “In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers”, en Joana Mendes y Ingo Venzke, *Allocating Authority: who should do what in European and International Law*, Hart, 2018, pp. 53
- CASINI, Lorenzo, CASSESE, Sabino, y NAPOLITANO, Giulio, “The New Italian Public Law Scholarship”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 9, 2011, pp. 301
- CASATELLA, Antonio, “Il dovere di motivazione nello jus commune europeo”, en Giacinto della Cananea y Martina Conticelli, *I Procedimenti Amministrativi di Adjudication dell’Unione Europea: Principi Generali e Discipline Settoriali*, Giappichelli, 2017, pp. 17
- CASSESE, Sabino, *Diritto Amministrativo: Storia e Prospettive*, Il Mulino, 2010
- , “European Administrative Proceedings”, *Law & Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, pp. 2

- , “L’Unione europea e il guinzaglio tedesco”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, pp. 1003
- , “La Signoria Comunitaria del Diritto Amministrativo”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, p. 291
- , “New Paths for Administrative Law”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, 2012, p. 603
- CHAMON, Merijn, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, Oxford University Press, 2016
- CHITI, Edoardo, “The Administrative Implementation of European Union Law: A Taxonomy and Its Implications”, en Herwig Hofmann y Alexander Türk, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Oxford University Press, 2009, pp. 9
- , “The Relationship Between National Administrative Law and European Administrative Law in Administrative Procedures”, en Jacques Ziller, *What’s New in European Administrative Law/ Quoi de Neuf en Droit Administratif Européen*, 2005
- , *Le Agenzie Europee. Unità e Decentramento nelle Amministrazioni Comunitari*, Cedam, 2002
- , *The Governance of Compliance*, en COMPLIANCE AND THE ENFORCEMENT OF EU LAW 31, 36 (Marise Cremona ed., 2012)
- CHITI, Mario, “I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno”, en *Quaderni del Consiglio di Stato: Attività Amministrativa e Tutela degli Interessati. L’Influenza del Diritto Comunitario*, 1997, pp. 55
- , “La peculiarità dell’invalidità amministrativa per anticomunitarietà”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2008, pp. 477
- CIANFEROTTI, Giulio, *Il Pensiero di V. E. Orlando e la Giurisprudenza Italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, 1980, p. 99; Sabino CASSESE, *Cultura e Politica del Diritto Amministrativo*, Il Mulino, 1972, pp. 21–25
- COCCO, Giovanni, “Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi: Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 447
- COLOMBO, Carlo Maria y ELIANTONIO, Mariolina, “The Changing Nature of the Public Administration: Innovations and Challenges for Public Lawyers”, *European Public Law*, núm. 24, 2018, pp. 403
- CRAIG, Paul, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2.<sup>a</sup> ed., 2012
- , *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 3.<sup>a</sup> ed., 2018
- , *UK, EU, and Global Administrative Law: Foundations and Challenges*, Oxford University Press, 2015
- CURTIN, Eirdre, *Executive Power in the European Union: Law, Practices, and the Living Constitution*, Oxford University Press, 2009
- de la SIERRA, Susana, *Tutela Cautelar Contencioso-Administrativa y Derecho Europeo: Un Estudio Normativo y Jurisprudencial*, Aranzadi 2004
- de LUCIA, Luca, *Amministrazione Transnazionale e Ordinamento Europeo. Saggio sul Pluralismo Amministrativo*, Giappichelli, 2009
- de WALL, Heinrich, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, 1999
- de WITTE, Bruno, “European Union Law: A Unified Academic Discipline?”, en Antoine Vauchez y Bruno de Witte, *Lawyering Europe: European Law as a Transnational Social Field*, Cambridge University Press, 2013, pp. 101
- , “The Relative Autonomy of the European Union’s Fundamental Rights Regime”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 1, 2019, pp. 65
- della CANANEA, Giacinto y BUSSANI, Mauro “The ‘Common Core’ of Administrative Laws in Europe: A Framework for Analysis”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 26, 2019, pp. 217
- della CANANEA, Giacinto y FRANCHINI, Claudio, *I Principi dell’Amministrazione Europea*, Giappichelli, 2017
- della CANANEA, Giacinto, “Ius Publicum Europeaeum: Divergent National Traditions or Common Legal Patrimony”, en Matthias Ruffert, *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishing, 2013, pp. 125

- , “The European Union’s Mixed Administrative Proceedings”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, pp. 197
- DONNER, Andreas, “National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Common Market Law Review*, núm. 1, 1963, pp. 8
- , *The Role of the Lawyer in the European Communities*, Edinburgh University Press, 1968
- DOUGAN, Michael, *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, Hart, 2004
- EIFERT, Martin, „Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und Steuerungswissenschaftlichem Anspruch“, *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, núm. 67, 2008, pp. 288
- ELIANTONIO, Mariolina, “Judicial Review in an Integrated Administration: The Case of ‘Composite Procedures’”, *Review of European Administrative Law*, núm. 7, 2014, pp. 65
- , *Europeanisation of Administrative Justice?: The Influence of the ECJ’s Case Law in Italy, Germany and England*, Europa Law Publishing, 2009
- FISH, Stanley, *Is there a Text in this Class? The Authority of Interpretive Communities*, Harvard University Press, 1980
- FRANCHINI, Claudio, “I Principi Applicabili ai Procedimenti Amministrativi Europei”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2003, pp. 1037
- GAJA, Giorgio, “Case C-6/99, Association Greenpeace France and Others v. Ministère de l’Agriculture et de la Pêche and Others”, *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pp. 1427
- GALETTA, Diana-Urania, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Springer, 2010
- GARRIDO-FALLA, Fernando, “Sobre el Derecho Administrativo y sus Ideas Cardinales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 7, p. 11
- GIANNINI, Massimo Severo, “Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2003, p. 979
- GRECO, Guido, “Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2006, pp. 513
- HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 3.<sup>a</sup> ed., 2009
- HATJE, Armin y MANKOWSKI, Peter, „Nationale Unionsrechte: Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen“, *Europarecht*, núm 49, 2014, 155.
- HAURIOU, Maurice, *Principes de Droit Public*, 2.<sup>a</sup> ed., Silbey, 1916
- HOFMANN, Herwig y TIDGHI, Morgane, “Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks”, *European Public Law*, núm. 20, 2014, pp. 147
- HOFMANN, Herwig, “Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law”, en Herwig Hofmann y Alexander Türk, *Legal Challenges in EU Administrative Law: towards an Integrated Administration*, Oxford University Press, 2009, pp. 136
- , “Composite Decision Making Procedures in EU Administrative Law”, en Herwig Hofmann y Alexander Türk, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Oxford University Press, 2009, pp. 136
- , “The Right to an ‘Effective Judicial Remedy’ and the Changing Conditions of Implementing EU Law”, Univ. Luxembourg – Law Working Paper 2013-2, 17 (2013)
- HOFMANN, Herwig, ROWE, Gerard y TÜRK, Alexander, “A Conceptual Understanding of EU Sectoral Administrative Law”, en Herwig HOFMANN, Gerard ROWE y Alexander TÜRK, *Specialized Administrative Law of the European Union*, Oxford University Press, 2018, pp. 4
- HOFMANN, Herwig, ROWE, Gerard y TÜRK, Alexander, *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011
- JANS, Jan, PRECHAL, Sacha WIDDERSHOVEN, Rob (Eds.), *Europeanisation of Public Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Europa Law Publishing, 2015
- JANSEN, Nils, *Making Doctrine for European Law*, en en Rob van Gestel, Hans Micklitz y Edward Rubin, *Rethinking Legal Scholarship: a Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, 2017, pp. 224
- KADELBACH, Stefan, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Mohr Siebeck, 1999

- , *European Administrative Law and the Law of a Europeanized Administration*, en Christian Joerges y Renaud Dehousse, *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, 2002, pp. 167
- KAHL, Wolfgang, “What Is ‘New’ about the ‘New Administrative Law Science’ in Germany?”, *European Public Law*, núm. 16, 2010, pp. 105.
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico y STEWART, Richard, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law & Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, pp. 15
- KLECATSKY, Hans, “Reflections on the Rule of Law and in Particular the Principle of Legality of Administrative Action”, *International Commission of Jurists*, núm. 4, 1963, pp. 205
- KOOPMANS, Thymen, „Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law. London and Luxemburg: Sweet & Maxwell and Office for Publications of the EC, 1992. CV and 1547 pages (Book Review)*“, *Common Market Law Review*, núm. 31, 1994, pp. 193
- KRANENBURG, Roelof, *Inleiding in het Nederlandsch Administratief Recht: Algemeen Deel*, Tjeenk Willink, 1941
- LANGROD, Georges, „France“, en Erk Volkmar Heyen, *Geschichte der Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa*, Klostermann, 1982, pp. 67
- LE SUEUR, Andrew, “‘Tradition’ in English Administrative Law”, en Matthias Ruffert, *Administrative Law in Europe: between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishings, 2013, pp. 19
- LENAERTS, Koen, “The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union”, *Common Market Law Review*, núm. 44, 2007, pp. 1625
- de LUCIA, Luca, “Conflict and Cooperation within European Composite Administration (Between Philia and Eris)”, *Review of European Administrative Law*, núm. 5, 2012, pp. 49
- LUPU, Nicola y PICCIRILI, Giovanni, “The Relocation of the Legality Principle by the European Courts’ Case Law: An Italian Perspective”, *European Constitutional Law Review*, núm. 11, 2015, pp. 67
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones*, Civitas, 1960
- MARZAL, Toni, “From Hercules to Pareto: Of Bathos, Proportionality, and EU Law”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 15, 2017, pp. 621
- , Is the BVerfG PSPP Decision “Simply not Comprehensible?”, *Verfassungsblog*, 9 de mayo de 2020, <https://verfassungsblog.de/is-the-bverfg-pspp-decision-simply-not-comprehensible/>
- MAUTNER, Menachem, “Three Approaches to Law and Culture”, *Cornell Law Review*, núm. 96, 2011, pp. 839.
- MAYER, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Duncker & Humblot, 1895
- MENDES, Joana, *Participation in EU Rule-Making: a Rights-Based Approach*, Oxford University Press, 2011
- MICKLITZ, Hans y RUBIN, Edward *Rethinking Legal Scholarship: a Transatlantic Dialogue*, Cambridge University Press, 2017, pp. 207, p. 210
- MIRANDA, João, “Em Defesa da Inconstitucionalidade do Recurso Hierárquico Necessário”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, núm. 9, 1998, pp. 39
- MÖLLERS, Christophe, „Methoden“, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2ª ed., C. H. Beck, 2012, pp. 123
- MOTA ALMEIDA, Luís Filipe, “Nótulas Sobre o Conceito de Acto Administrativo da União Europeia”, *e-Pública*, núm. 4, 2018, pp. 96
- NEHL, Hanns Peter, *Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung: Eine Studie gemeinschaftsrechtlicher Verfahrensgrundsätze unter besonderer Berücksichtigung »mehrstufiger« Verwaltungsverfahren*, Duncker & Humblot, 2002
- , *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart, 1999
- NEIDHARDT, Stephan, *Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts*, Mohr Siebeck, 2008
- NEWCOMB HOHFELD, Wesley, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, núm. 23, 1913, pp. 16

- NOLTE, Georg, "General Principles of German and European Administrative Law: A Historical Perspective", *Modern Law Review*, núm. 57, 1994, pp. 191
- PECZENIK, Aleksander, "A Theory of Legal Doctrine", *Ratio Juris*, núm. 14, 2001, pp. 75.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, 2003
- POIARES MADURO, Miguel, *We the Court*, Hart, 1999
- RÖHL, Hans-Christian, "Procedures in the European Composite Administration", en Javier Barnes, *Transforming Administrative Procedure*, Global Law Press, 2008, pp. 77
- , *Die Anfechtbare Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EGV*, en Eberhard Schmidt-Aßmann y Bettina Schöndorf-Haubold, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, C. H. Beck, 2005, pp. 309
- ROMANO, Santi, *Principii di Diritto Amministrativo Italiano*, Libreria, 1906
- RUFFERT, Matthias, „The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project“, en Matthias RUFFERT, *The Transformation of Administrative Law in Europe = La Mutation du Droit Administratif en Europe*, Europa Law Publishings, 2007, pp. 3
- SANDULLI, Aldo, *Il Ruolo della Scienza Giuridica nella Costruzione del Diritto Amministrativo Europeo*, en Luca de Lucia y Barbara Marchetti, *L'Amministrazione Europea e le sue Regole*, Il Mulino, 2015, pp. 273
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, "Cuestiones Fundamentales Sobre la Reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la Innovación y Presupuestos Metodológicos", en Javier Barnes, *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2006, pp. 15
- , "Introduction: European Composite Administration and the Role of European Administrative Law", en Oswald Jansen y Bettina Schöndorf-Haubold, *The European Composite Administration*, Intersentia, 2011, pp. 1
- , *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck, 2013
- SCHOCH, Friedrich, „Zur Europäisierung des Verwaltungsrechts“, *Juridica International*, núm. 21, 2014, p. 102
- SCHOLTEN, Miroslava, "Mind the Trend! Enforcement of EU Law has been Moving to 'Brussels'", *Journal of European Public Policy*, núm. 29, 2017, pp. 1348
- SCHÜTZE, Robert, "From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (New) European Union", *Common Market Law Review*, núm. 47, 2010, pp. 1385
- SCHWARZE, Jürgen, "Die verordnete Demokratie", *Europarecht*, 2010, pp. 108, 111-112. Cf. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2009, pp. 1003
- , *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, 1988
- , *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2006
- SHAW, Jo y WIENER, Antje, "The Paradox of the 'European Polity'", en Maria Green Cowles & Michael Smith, *Risks, Reform, Resistance, and Revival*, Oxford University Press, 2000, pp. 64
- SIEMS, Matthias, "The Taxonomy of Interdisciplinary Legal Research: Finding the Way out of the Desert", *Journal of Commonwealth Law and Legal Education*, núm. 7, 2009, pp. 5
- SIMONCINI, Marta, *Administrative Regulation beyond the Non-Delegation Doctrine: a Study on EU Agencies*, Hart, 2018, pp. 94
- SKOCZYLAS, Andrzej y SWORA, Mariusz, *Administrative Remedies in Polish Administrative Law*, en Dacian Dragos & Bogdana Neamtu, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, 2014, pp. 337
- SMITS, Jan, "What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research", en Rob van Gestel,
- SNYDER, Francis, *New Directions in European Community Law*, Northwestern University Press, 1990
- STOLLEIS, Michael, *Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte*, C. H. Beck, 2014
- , "Die Entstehung des Allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts (1850–1900)", *Juridica International*, núm. 21, 2014, pp. 21
- THOMAS, Robert, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart, 2000
- TRIDIMAS, Takis, *The General Principles of EU Law*, 2ª ed. 2006

- TUORI, Kaarlo, *Critical Legal Positivism*, Routledge, 2002, pp. 300–03; Aulis AARNIO, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Springer, 2011
- , *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2015
- , *Ratio and Voluntas*, Ashgate, 2011
- HALTERN, Ulrich, “The Dawn of the Political: Rethinking the Meaning of Law in European Integration”, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, núm. 5, 2004, 585
- van den BERGE, Lukas, “The Relational Turn in Dutch Administrative Law”, *Utrecht Law Review*, núm. 13, 2017, p. 99
- van den BRINK, Herman, *Niederlande*, en *Geschichte der Verwaltungswissenschaft in Europa*, Erk Volkmar Heyen, 1982, pp. 117
- van GERVEN, Walter, “Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?”, *Common Market Law Review*, núm. 32, 1995, pp. 679
- VAUCHEZ, Antoine, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge University Press, 2015
- VENN DICEY, Albert, *An Introduction to the Study of the Constitution*, Macmillan, 1885 (reimpresión 1979)
- VINCZE, Attila, *Unionsrecht und Verwaltungsrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Rezeption des Unionsrechts*, Nomos, 2016
- von BOGDANDY, “National Legal Scholarship in the European Legal Area: A Manifesto”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 10, 2012, 614
- von DANWITZ, Thomas, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, 2008, p. 141
- von der PFORDTEN, Dietmar, *About Concepts in Law*, en CONCEPTS IN LAW 17, 18–19
- VORKUHLE, Andreas, „Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft“, *Die Verwaltung*, núm. 32, 1999, pp. 545, p. 551.
- VORKUHLE, Andreas, „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2ª ed., C. H. Beck, 2012, pp. 24.
- VORKUHLE, Andreas, „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“, en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, 2ª ed., C. H. Beck, 2012, pp. 24
- WEILER, Joseph, en Joseph Weiler y Marlene Wind, *European Constitutionalism beyond the State*, Oxford University Press, 2003, pp. 7
- WERNER, Fritz, „Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“, en *Recht und Gericht unserer Zeit*, 1971
- WIDDERSHOVEN, Rob y REMAC, Milan, “General Principles of Law in Administrative Law under European Influence”, *European Review of Private Law*, núm. 2, 2012, pp. 381
- WIDDERSHOVEN, Rob, “Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?”, *Review of European Administrative Law*, núm. 7, 2014, p. 5
- , “European Administrative Law”, en René Seerden, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, Intersentia, 2012, pp. 245
- WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, De Gruyter, 1958
- ZILLER, Jacques, «Introduction: Les Concepts D’administration Directe, D’administration Indirecte et de Co-Administration et les Fondements du droit Administrative Européen», en Jean-Bernard Auby y Jacqueline Dutheil de la Rochère, *Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2007, pp. 235, pp. 241–43 (eds., 2007)

7/56 y 3–7/57, *Algera*, ECLI:EU:C:1957:7, sentencia de 12 de julio de 1957

7-74, *Transocean Marine Paint Ass’n c. Comisi3n*, ECLI:EU:C:1974:91, 23 de octubre de 1974

## COMPLEJIDAD COMPETENCIAL Y DIVERSIDAD DE FORMAS NORMATIVAS: EL CASO DE LA LEY POR EL DERECHO A LA VIVIENDA

### JURISDICTIONAL COMPLEXITY AND DIVERSITY OF LEGAL RULES: THE CASE OF THE LAW FOR THE RIGHT TO HOUSING

Francisco Velasco Caballero  
Catedrático de Derecho administrativo  
Instituto de Derecho Local  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID ID: 0000-0003-1055-3939

**RESUMEN:** La reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, contiene normas muy diversas en su intensidad, alcance y efectos. Esto es directa consecuencia de la fragmentariedad y debilidad de las competencias estatales sobre vivienda. En un Estado federal o descentralizado, la regulación completa o general de una materia corresponde naturalmente al titular de la competencia principal o directa sobre esa materia, aunque esto no impide que otras entidades territoriales puedan condicionar o completar la regulación principal. A la inversa, resulta muy difícil regular con carácter general una materia a partir de títulos competenciales no principales o directos, sino transversales, concurrentes y/o de alcance limitado. Cuando esto último ocurre, los déficits competenciales dan lugar a que las normas de una misma ley presenten formas y efectos muy diversos: normas sólo “orientadoras”, principales, incompletas, desplazables por otras normas, etc. En este estudio se comprueba la diversidad de tipos normativos que contiene la mencionada Ley 12/2023 y tal diversidad se pone en relación con el también diferente alcance de los títulos competenciales estatales sobre los que descansa el conjunto de la ley.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la vivienda; comunidades autónomas; vivienda; derechos constitucionales; competencias estatales.

**ABSTRACT:** The recent State Law 12/2023, of May 24, on the right to housing, contains very diverse norms in its intensity, scope, and effects. This is a direct consequence of the fragmentary and weak State competences related to housing, as this is a jurisdictional field directly allocated to the

Autonomous Communities. In a federal or decentralized State, general legislation on a specific matter naturally belongs to the holder of the main or direct competence over that field, although this does not prevent other jurisdictions from conditioning or completing the main legislation. Conversely, it is very difficult to pass general legislation without principal or direct competences, but rather transversal, concurrent and/or of limited scope. When the latter occurs, the lack of clear and principal competences results in the rules of the same law having very different forms and effects: not binding, only basic, incomplete, replaceable by rules passed by other jurisdictions, etc. In this article, the diversity of rules contained in the aforementioned Law 12/2023 is verified and is clearly related to the constrained State competencies on housing.

**KEYWORDS:** Housing rights; autonomous communities; housing; constitutional rights; state competences.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO.— 2. COMPETENCIAS ESTATALES PARA INCIDIR SOBRE LA VIVIENDA: 2.1. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; 2.2. Competencia de igualdad básica en el disfrute de derechos constitucionales: 2.2.1. Derecho de propiedad inmobiliaria; 2.2.2. Derecho de propiedad de vivienda; 2.2.3. Derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; 2.2.4. Límites de la competencia estatal *ex art.* 149.1.1 CE; 2.3. Legislación civil; 2.4. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.— 3. TIPOLOGÍA DE NORMAS DE VIVIENDA: 3.1. Mandatos a la Administración General del Estado; 3.2. Mandatos de actuación cooperativa o coordinada a la Administración General del Estado; 3.3. Normas sugerentes y orientativas; 3.4. Normas supletorias; 3.5. Normas subjetivadoras de normas autonómicas; 3.6. Normas autorizatorias; 3.7. Mandatos a comunidades autónomas y municipios; 3.8. Normas excluyentes de la actuación autonómica o local.— 4. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PLANTEAMIENTO<sup>1</sup>

1. Una consecuencia natural de la distribución territorial de competencias es que, con frecuencia, para *una concreta política pública* no hay una única entidad pública competente, sino varias. Esto ocurre, incluso, cuando estamos ante competencias exclusivas, pues sobre estas inciden múltiples competencias concurrentes y transversales, que condicionan el alcance y ejercicio de la competencia exclusiva. Así, como se va a ver en este estudio, la competencia autonómica exclusiva sobre vivienda no permite el completo diseño de las políticas de vivienda. También el Estado, mediante diversos títulos competenciales concurrentes y transversales participa en la política de vivienda. En este caso (como en general en todos en los que no hay simetría entre la política pública idónea para un problema o necesidad y la distribución

<sup>1</sup> El presente estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional “Políticas públicas y servicios locales contra la despoblación” (PID2019-105799RB100), del Ministerio de Ciencia e Innovación, dirigido por Carmen Navarro y Francisco Velasco.

Abreviaturas utilizadas: AGE: Administración General del Estado; CE: Constitución española; DF: Disposición final; DT: Disposición transitoria; DA: Disposición adicional; FJ: Fundamento jurídico; LDV: Ley por el derecho a la vivienda; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TRLSRU: Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana; ZMRT: zona de mercado residencial tensionado.

de competencias) las leyes que regulan la correspondiente materia han de amoldarse al troceamiento competencial. Y así se produce un efecto que, por común, no es menos llamativo: las distintas normas de una misma ley presentan *texturas muy diversas*, tanto por su contenido como por sus efectos. Cada norma de la ley, aunque responda a una finalidad o política pública única, cuenta con un título competencial diferente (básico, de condiciones básicas, compartido, exclusivo), que además, ha de ejercerse con *distintos niveles de intensidad*, en función de los títulos competenciales concurrentes de otras entidades territoriales. Esto es precisamente lo que ocurre en la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV). El Estado, aunque carece de una competencia expresa e inmediata sobre vivienda, de hecho ha aprobado una ley general de vivienda, apoyada sobre títulos competenciales transversales o concurrentes. La diversidad de títulos competenciales estatales (tanto por la materia a la que se refieren como por la intensidad regulatoria que permiten) ha dado lugar a *normas de muy diversa estructura, alcance y eficacia*. El objeto central de este estudio es, precisamente, poner de manifiesto que la falta de un título competencial principal para la regulación de una materia (en nuestro caso, la vivienda) no impide por sí una regulación tendencialmente completa o general de la materia. Pero sí exige múltiples grados de *intensidad* regulatoria; y que cada norma presente una *eficacia* peculiar y diferenciada (a la medida del título competencial sobre el que descansa). Tal y como muestra la LDV, la falta de un título competencial principal sobre una materia naturalmente da lugar a leyes de estructura normativa muy compleja. Tan compleja que, a la postre, no resulte conveniente la intervención legislativa del Estado; y que resulte más recomendable alguna forma alternativa de cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas.

2. Por principio, la vivienda es una materia competencial eminentemente *autonómica*. No es una materia atribuida al Estado por el art. 149.1 CE y, en cambio, sí está atribuida expresamente y en exclusiva a las diversas comunidades autónomas por sus respectivos estatutos de autonomía<sup>2</sup>. Así lo recuerda expresamente la DF 7ª 4 b) de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV). En consecuencia, y como punto de partida, una comunidad autónoma puede aprobar cualquier norma que tenga por objeto favorecer el acceso a la vivienda<sup>3</sup>, si bien esta competencia exclusiva autonómica *tiene por límite las competencias estatales*, de dos formas: la actuación autonómica sobre vivienda no puede impedir el pleno despliegue de las competencias estatales en otras materias<sup>4</sup>; y además el Estado dispone de

---

<sup>2</sup> Por ejemplo: art. 26.1.4 del Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; art. 137 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 56.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 70.1.6 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

<sup>3</sup> Un catálogo completo de las leyes autonómicas de vivienda, en Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm.59 (2022), pp. 35-64 (p. 41).

<sup>4</sup> SSTC 93/2015, FJ 18; 16/2018, FJ 13; 32/2018, FJ 5; 43/2018, FJ 4; 80/2018, FJ 3; 97/2018, FJ 5; 106/2018, FJ 2 c).

algunos títulos competenciales con los que desarrollar políticas propias de vivienda, que condicionan a las políticas autonómicas sobre vivienda.

3. En primer lugar, la intervención autonómica sobre vivienda *no puede impedir el legítimo ejercicio de competencias estatales*. Por ejemplo, cualquier comunidad autónoma puede tipificar e imponer sanciones por la tenencia de viviendas vacías, aunque esas posibles infracciones deben respetar el régimen general de las sanciones administrativas (STC 152/1988, FJ 14). También, una comunidad autónoma puede crear un registro (administrativo) de viviendas vacías (STC 16/2019, FJ 9), aunque esa competencia debe respetar el régimen jurídico general de los registros administrativos (amparado en el art. 149.1.18 CE). Igualmente, una comunidad autónoma puede regular medidas de intermediación en el mercado del alquiler, o sobre el aseguramiento de rentas (STC 93/2015, FJ 13), siempre que ello no contradiga la regulación estatal sobre los contratos de alquiler (al amparo del art. 149.1.8 CE: *infra* § 40) o sobre las acciones procesales para la tutela de los derechos de los arrendadores (*ex* art. 149.1.6 CE). En cambio, no actúa como límite al ejercicio de las competencias autonómicas la competencia estatal *ex* art. 149.1.1 CE para fijar las condiciones básicas de igualdad en el disfrute de derechos constitucionales (como el de vivienda, según se matizará más adelante: *infra* § 39), porque esa competencia estatal no acota ningún ámbito de regulación reservado al Estado, sino que simplemente autoriza al Estado para limitar, mitigar o acotar las desigualdades en derechos constitucionales que naturalmente pueden resultar de la diversidad de leyes autonómicas reguladoras de la vivienda (STC 16/2018, FJ 8).

4. La incontestable competencia exclusiva autonómica sobre vivienda no impide que el Estado, a través de diversos títulos competenciales, desarrolle también una actividad que *favorezca directamente* el acceso de todos los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada (principio rector de la política social y económica del conjunto del Estado, conforme al art. 47 CE), si bien esta actuación estatal ha de encontrar cobertura en algún título competencial específico del Estado, de los enunciados en el art. 149.1 CE. Proyectando sobre la vivienda lo ya dicho por la jurisprudencia constitucional en torno al urbanismo (que también es una competencia exclusiva de todas las comunidades autónomas)<sup>5</sup>, si bien la vivienda es una materia de competencia exclusiva de las comunidades autónomas, el Estado puede “incidir” sobre la vivienda<sup>6</sup> siempre y cuando se cumplan dos requisitos: que la “incidencia” se base en otros títulos competenciales estatales, concurrentes con el autonómico de “vivienda”; y que la “incidencia” estatal no sea desproporcionada (esto es, que no sacrifique la competencia autonómica sobre vivienda más que en lo imprescindible). En suma, en el ejercicio de sus competencias concurrentes, el Estado ha de *evitar no solo el*

---

<sup>5</sup> SSTC 61/1997, FJ 5; 164/2001, FJ 4; 148/2012; 141/2014; 143/2017. Los criterios expresados en las citadas sentencias, que son las más relevantes, se repiten en otros procesos menos importantes: SSTC 170/2012, FJ 8; 233/2012, FJ 4; 94/2013, FJ 4; 5/2016, FJ 4.

<sup>6</sup> Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, cit., p. 47; Berta BASTÚS RUÍZ, *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*. Atelier, Barcelona, 2023.

*vaciamiento* de las competencias autonómicas de vivienda<sup>7</sup>, sino también cualquier *sacrificio desproporcionado* de dichas competencias autonómicas<sup>8</sup>.

5. Aunque la competencia autonómica sobre vivienda tenga límites derivados de las competencias estatales, y aunque el Estado pueda legítimamente condicionar u orientar las políticas autonómicas de vivienda, la competencia autonómica sobre vivienda es indiscutiblemente exclusiva, *no de desarrollo de bases* estatales. Por eso, aunque es posible que el Estado incida sobre la vivienda a partir de otros títulos competenciales, esa incidencia no puede ser de tal extensión e intensidad que *de facto* convierta la competencia autonómica sobre vivienda en una competencia compartida con el Estado, de desarrollo de unas hipotéticas bases estatales. Así, por ejemplo, si bien para la aplicación de las medidas limitativas de las rentas de alquiler previstas por en la DF 1ª LDV para las “zonas de mercado residencial tensionado” (ZMRT) cada comunidad autónoma puede dictar normas propias (sobre la declaración de ZMRT o sobre el “índice de referencia” de los alquileres), tales normas no son propiamente un desarrollo de la LDV, sino expresión de la competencia autonómica *exclusiva* sobre vivienda, que concurre con las competencias básicas o plenas del Estado para la regulación de los contratos de alquiler (*infra* § 64). Esto explica, entre otras cosas, que de acuerdo con el art. 3 k) LDV las leyes autonómicas pueden no limitarse a complementar o detallar la regulación estatal sobre las ZMRT, sino que también pueden introducir *adaptaciones o modulaciones* sobre el procedimiento y requisitos para la declaración de una ZMRT<sup>9</sup>.

6. El alcance de las distintas competencias mediante las que el Estado puede *incidir* sobre las políticas autonómicas de vivienda se ha ido perfilando de forma asistemática por el *Tribunal Constitucional*. En un primer momento, esta jurisprudencia constitucional se ha enunciado respecto de normas o actos estatales referidos a la financiación de las viviendas de protección pública, mediante los *planes estatales de vivienda*. Esta jurisprudencia, enunciada inicialmente en la STC 152/1988, reconoce al Estado una competencia acotada para aquella actividad subvencional, apoyada en el art. 149.1.13 CE (“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”). Un segundo grupo de sentencias constitucionales se ha dictado en relación con leyes de suelo del Estado que contenían algunas *normas urbanísticas* dirigidas a facilitar la construcción de vivienda protegida; de nuevo estas normas estatales se han apoyado en la competencia estatal *ex* art. 149.1.13 CE. Finalmente, en la última década la jurisprudencia constitucional sobre vivienda se ha enunciado

---

<sup>7</sup> En general: Carles VIVER I PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989.

<sup>8</sup> La aplicación del principio de proporcionalidad al funcionamiento del sistema competencial, en: Francisco VELASCO CABALLERO, “La ponderación y el sistema competencial”, en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA (Coord.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, pp. 135-158 (p.156).

<sup>9</sup> Andrei QUINTIÁ, “Más allá del art. 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 6 (2022), pp. 1156-157 (p. 142).

en relación con *leyes autonómicas específicas sobre vivienda*, trascendentes respecto del tradicional enfoque subvencional de los planes de vivienda<sup>10</sup>. Estas leyes autonómicas se ocupaban también de los desahucios de personas vulnerables, del deber de los propietarios de mantener ocupadas las viviendas, de las expropiaciones de uso de la vivienda, de las rentas máximas por el alquiler de vivienda, de la vivienda de servicio público o de los deberes de información de los propietarios de inmuebles residenciales. Al enjuiciar estas leyes autonómicas, el Tribunal Constitucional ha considerado que algunas normas *excedían de la competencia autonómica*: bien porque ocupaban espacios competenciales estatales (incluso aunque el Estado aún no hubiera legislado al respecto), bien porque contradecían previas leyes estatales dictadas al amparo de diversos títulos competenciales concurrentes con la competencia autonómica sobre vivienda. Esta jurisprudencia se ha apoyado, en especial, en la competencia estatal *ex art. 149.1.13 CE*, pero también de forma creciente, en otras competencias estatales, como la exclusiva de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), en relación con la ejecución de desahucios, o como la competencia estatal sobre legislación civil (art. 149.1.8 CE), en relación con las rentas de los alquileres de vivienda y de las garantías de los adquirentes de vivienda. Las diversas capas de toda esta doctrina constitucional *no son por completo coherentes*, lo que provoca dudas sobre la legitimidad constitucional de diversos preceptos de la LDV, tal y como se irá analizando a través de este estudio.

7. Con frecuencia, las inseguridades competenciales en torno a numerosos preceptos de la LDV se han intentado paliar mediante numerosas *remisiones* de la propia LDV a las leyes autonómicas, estableciendo normas sólo de mínimos o principales, o aceptando la aplicación preferente de las normas autonómicas. De esta manera, y por razones competenciales, los preceptos de la LDV presentan una *textura normativa bien diversa*, en paralelo a la mayor o menor fortaleza de los títulos competenciales del Estado en cada ámbito de regulación. Estos diversos tipos normativos se analizan en la segunda parte de este estudio (*infra* §§ 47-69).

<sup>10</sup> Se incluyen en este grupo: STC 93/2015, sobre el Decreto-ley andaluz 6/2013, de 9 de abril; STC 32/2018, sobre la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; STC 43/2018, sobre la Ley canaria 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley de vivienda de Canarias y de medidas para garantizar el derecho a la vivienda; STC 80/2018, sobre la Ley valenciana 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda; STC 16/2018, sobre la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda; STC 97/2018, sobre la Ley vasca 3/2015, de 18 de junio, de vivienda; STC 102/2018, sobre la Ley murciana 10/2016, de 7 de junio, de reforma de la Ley de vivienda y el estatuto de los consumidores y usuarios; STC 106/2018, sobre la Ley extremeña 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda; STC 8/2019, sobre la Ley catalana 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial; STC 5/2019, sobre el Decreto-ley aragonés 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda; STC 16/2021, sobre los Decretos-leyes catalanes 17/2019, 1/2020 y su acuerdo de convalidación; STC 21/2019, sobre la Ley aragonesa 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del sistema público de servicios sociales y con el acceso a la vivienda; y STC 37/2022, sobre la Ley del catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016.

8. La compleja legitimación competencial que afecta al conjunto de la LDV se expresa, de forma ejemplar, en la reiterada alusión de la ley a que sus diversas normas se dictan “*sin perjuicio*” de la legislación autonómica sobre vivienda o urbanismo. Con carácter general, la DF 7ª. 4 LDV declara que “[l]o dispuesto en esta ley se aplicará sin perjuicio de [las competencias autonómicas]”. El significado de esta locución no es claro, pese a su muy corriente uso en todo tipo de leyes. En la STC 206/2001, en relación con la legislación básica estatal sobre cámaras de comercio, dijo el Tribunal que la cláusula “sin perjuicio”, presente en muchos títulos competenciales autonómicos y también en algunos estatales, no define espacios competenciales concretos, sino que simplemente ordena que las competencias que se conectan mediante esa cláusula “sin perjuicio” se interpreten de una forma compatible, acomodando recíprocamente sus contornos (FJ 5). Sin embargo, nada permite afirmar que este sea el único significado jurídico de esa cláusula normativa. Por lo que se refiere específicamente a la LDV, se comprueba que el significado jurídico de esta locución no es uniforme:

a) A veces, la cláusula “sin perjuicio” significa que la *regulación estatal fija mínimos* superables por la legislación autonómica. Así, por ejemplo, el art. 31.1 LDV establece la información mínima que pueden exigir las personas interesadas en la compra o arrendamiento de una vivienda. Esta información obligatoria se entiende “sin perjuicio (...) de la normativa autonómica de aplicación y con carácter mínimo”. En este sentido, la norma estatal es vinculante, pero *desplazable por reglas autonómicas más exigentes*. Obviamente, este tipo de regulación solo es operativa cuando se regula mediante estándares tendencialmente cuantitativos, pues para otro tipo de reglas resulta difícil determinar la relación de menos a más.

b) Otras veces, la cláusula “sin perjuicio” significa que la norma estatal es *plenamente desplazable* por una norma autonómica. Así ocurre, por ejemplo, en el art. 28.1 LDV, que establece reglas sobre los parques públicos de vivienda “sin perjuicio de los criterios específicos [autonómicos]”.

## 2. COMPETENCIAS ESTATALES PARA INCIDIR SOBRE LA VIVIENDA

9. Dado que este estudio se refiere directamente a una ley estatal, la reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda (LDV), el centro de atención va a ser, precisamente, el *catálogo de competencias* que permiten al Estado incidir sobre la vivienda.

10. La *Disposición Final 7ª LDV* enuncia los diversos títulos competenciales sobre los que, a juicio de las Cortes, descansa la LDV. El listado de títulos competenciales que ahí se expresa no coincide plenamente con el enunciado en el apartado II del preámbulo de la ley, que incluye materias competenciales estatales, como la legislación mercantil (art. 149.1.6), las bases del crédito y de la banca (art. 149.1.11 CE) o la protección básica del medio ambiente (art. 149.1.23 CE) que luego no se mencionan en la DF 7ª LDV, pese a que alguno de dichos títulos competenciales

guarda conexión directa con concretos preceptos sustantivos de la LDV. Con todo, esta incoherencia parcial entre el preámbulo y la DF 7ª LDV no es en sí un problema constitucional. Pues es reiterada la jurisprudencia constitucional según la cual la errónea identificación de un título competencial por parte de la ley no hace por sí inconstitucional su contenido, siempre que haya otro título competencial (identificable de oficio por el Tribunal Constitucional) que ampare la regulación en cuestión.

11. Con carácter general, la DF 7ª.1 LDV ampara el conjunto de la ley en las competencias estatales para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1 CE) y para establecer las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13 CE). De esa cobertura competencial general se exceptúan algunos concretos preceptos de la ley, que se amparan en títulos competenciales más específicos: legislación civil (art. 149.1.8 CE); legislación procesal (art. 149.1.6 CE); y hacienda general (art. 149.1.14 CE). Aunque la DF 7ª LDV no menciona expresamente más competencias estatales, hay que entender que algunas normas de la ley descansan sobre otros títulos competenciales estatales. Así, por ejemplo, la regulación de los créditos hipotecarios para la adquisición de vivienda se puede considerar más directamente amparada por la competencia estatal sobre las bases del crédito y la banca (art. 149.1.11 CE). Y varias normas sobre las relaciones interadministrativas, así como sobre las actuaciones y los procedimientos administrativos en relación con la vivienda, pueden encontrar mejor acomodo en la competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas o sobre el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE) (*infra* § 64).

12. Según expresa la propia DF 7ª LDV, el Estado carece de una competencia específica sobre vivienda. Tan sólo puede “incidir” sobre la vivienda de forma indirecta, mediante otros títulos competenciales más o menos relacionados con la morada. Para los efectos analíticos que siguen, se pueden distinguir ahora dos grandes grupos de títulos competenciales estatales. Están, de un lado, aquellos títulos competenciales que definen un *ámbito preciso y tendencialmente pleno* para la regulación estatal. Ahí la incidencia estatal sobre la vivienda puede ser intensa. Y están, de otro lado, los títulos estatales *incompletos, parciales o de carácter principal o básico*, que permiten al Estado una incidencia muy limitada sobre las competencias autonómicas exclusivas sobre vivienda y urbanismo. Esta distinción resulta relevante porque permite explicar las *diferentes texturas normativas* presentes en la LDV (*infra* §§ 47-69). Como se verá más adelante, en la LDV hay normas que regulan de forma precisa, imperativa, detallada y acabada determinadas cuestiones (como el desahucio de moradores de vivienda sin título: DT 3ª y DF 5ª LDV). Estas normas se apoyan en competencias estatales muy definidas y plenas. Y hay otras normas que contienen continuas remisiones a la legislación de vivienda y urbanismo (autonómica), que disponen la aplicación supletoria de las propias normas estatales, o que se limitan a “orientar” las políticas de vivienda de las comunidades autónomas y los municipios. Estas normas se apoyan en competencias estatales básicas o de “condiciones básicas” que concurren con las competencias autonómicas sobre vivienda y urbanismo.

13. Aunque este estudio se refiere al conjunto de la LDV, de entrada hay que subrayar que una parte importante de la ley no presenta *ninguna duda o complejidad competencial*. En la misma medida, esa parte de la LDV recaba poca atención en este estudio, que en cambio se va a centrar en las normas que ofrecen mayores dificultades competenciales. En efecto, ninguna duda cabe de que la regulación procesal del desahucio y lanzamiento de moradores de viviendas (DT 3ª y DF 5ª LDV) es “legislación procesal” del art. 149.1.6 CE. Tampoco cabe duda alguna de que los recargos sobre viviendas vacías, en la liquidación del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (DF 3ª LDV), responde a la competencia exclusiva del Estado sobre hacienda general (art. 149.1.14 CE)<sup>11</sup>, si bien con anterioridad a la LDV el art. 72.4 de la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo) remitía a la “normativa sectorial de vivienda, autonómica o estatal”<sup>12</sup>, siendo así que ahora es la LDV quien directamente regula el concepto de “inmueble desocupado con carácter permanente”, aparentemente sin dejar espacio normativo propio para las leyes autonómicas de vivienda. La competencia exclusiva estatal *ex* art. 149.1.14 CE también rige para los incentivos fiscales al alquiler de vivienda en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (DF 2ª LDV).

14. Como ya se ha dicho antes, la DF 7ª 1 LDV identifica expresamente los títulos competenciales de las distintas partes de la ley. Seguidamente se van a analizar aquellas competencias estatales que, siendo centrales para la regulación legal, ofrecen algunas dudas sobre su alcance real.

## 2.1. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica

15. La DF 7ª.1 LDV identifica al art. 149.1.13 CE (“bases y coordinación de la planificación general de la economía”) como uno de los dos títulos competenciales (junto al art. 149.1.1 CE) sobre los que descansa el conjunto de la ley. Hasta hoy, desde la STC 152/1988, FJ 2, este ha sido el título competencial en el que el Estado ha apoyado su política de vivienda, lo que es congruente con el enfoque claramente *economicista* de la política estatal de vivienda<sup>13</sup>. Muy tempranamente, y en relación con los planes de vivienda del Estado, el Tribunal Constitucional declaró que, aun siendo la vivienda una materia indiscutiblemente autonómica, también presenta una

---

<sup>11</sup> Antes de la aprobación de la LDV: Germán ORÓN MORATAL, “Las viviendas desocupadas como objeto de medidas constrictivas”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9 (2016), pp. 175-2000 (p. 185).

<sup>12</sup> Diego MARÍN-BARNUEVO FABO, “Ingresos locales”, en Francisco VELASCO CABALLERO, *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 356-387 (p. 371 § 60).

<sup>13</sup> Crítico: Andrei QUINTIÁ, “Más allá del art. 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables”, *cit.*, pp. 129 y 137.

dimensión económica que activa la competencia estatal sobre “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (art. 149.1.13 CE). Consideró el Tribunal Constitucional en aquella ocasión que la *vivienda de protección pública* es un subsector económico de gran relevancia, razón por la cual es susceptible de alguna forma de intervención estatal, al amparo del art. 149.1.13 CE. Esta jurisprudencia explica que, desde entonces, el Estado haya aprobado sucesivos planes de vivienda. En ellos se identifican las modalidades de vivienda protegida para cuyo efectivo despliegue las comunidades autónomas (e indirectamente los municipios) pueden contar con financiación estatal. A esta regulación financiera los planes estatales de vivienda normalmente añaden normas reguladoras de la propiedad (de la vivienda privada protegida) difícilmente reconducibles a la competencia estatal *ex art.* 149.1.13 CE<sup>14</sup>.

16. El señalamiento del art. 149.1.13 CE como título competencial general de la LDV resulta problemática, por la interacción de dos factores: porque la extensa regulación de la LDV va hoy mucho más allá de la tradicional actuación subvencional o de fomento propia de los planes de vivienda estatales; y porque la jurisprudencia constitucional tradicionalmente ha expresado una *comprensión estricta* de esta competencia estatal, por el notorio riesgo que presenta para el vaciamiento de las competencias autonómicas<sup>15</sup>.

17. Es hoy un lugar común en la doctrina que la *necesidad de estimular la economía* en general —y la constructiva o rehabilitadora de viviendas en particular— no puede hacerse a costa de las competencias autonómicas sobre urbanismo y vivienda, sino precisamente a través del sistema constitucional de distribución territorial del poder<sup>16</sup>. Esta doctrina embrida la *vis* expansiva del art. 149.1.13 CE. En este sentido, ya en una materia tan próxima a la vivienda como es el urbanismo y la edificación, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional la regulación estatal de la inspección de edificios para asegurar el cumplimiento del deber de conservación, por no encontrar cobertura en el art. 149.1.13 CE (STC 5/2016, FJ 4). En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha negado que la competencia estatal *ex art.* 149.1.13 CE permita al Estado intervenir en el medio urbano consolidado (STC 143/2017, FJ 2.B.b). En consecuencia, si bien la jurisprudencia constitucional desde la STC 152/1988 acepta expresa y abiertamente que los planes estatales de vivienda tienen amparo en el art. 149.1.13 CE (siempre que no contengan regulaciones de detalle, permitan algunas modulaciones autonómicas y territorialicen la gestión de las ayudas financieras a los promotores de vivienda) es dudoso que esa misma competencia estatal pueda dar cobertura a otras normas —*distintas de las subvencionales*—

<sup>14</sup> Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, cit., p. 39.

<sup>15</sup> SSTC 29/1986, FJ 4; 61/1997, FJ 4; 21/1999, FJ 5; 164/2001, FJ 9; 34/2013, FJ 4; 140/2014, FJ 5. Javier GUILLÉN CARAMÉS, “Comentario al art. 149.1.13 CE”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II, BOE y Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 1331-1340 (p. 1332).

<sup>16</sup> Judith GIFREU y FONT, “Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 33 (2013), pp. 30-55 (p. 35).

contenidas en la LDV<sup>17</sup>. Hay que recordar que la competencia estatal sobre bases y coordinación de la economía tiene como finalidad característica garantizar la *unidad de mercado*<sup>18</sup>, y parece claro que buena parte de las normas de la LDV no persiguen ese objetivo económico (tal es el caso de las normas dirigidas a garantizar residencia digna a personas vulnerables). Estas normas difícilmente afectan a la unidad de mercado (STC 80/2018, FJ 3) y por tanto, difícilmente se pueden encuadrar en la competencia estatal *ex art.* 149.1.13.

18. Ello no obstante, hay que reconocer que la mencionada interpretación estricta o incluso restrictiva del art. 149.1.13 CE es hoy *oscilante*<sup>19</sup>. De forma algo imprecisa, la jurisprudencia constitucional acepta que los mandatos legales (estatales) de reservar suelo en los planes urbanísticos para vivienda de protección pública tienen amparo en el art. 149.1.13 CE<sup>20</sup>. También, el Tribunal Constitucional ha considerado que la regulación de los fines del patrimonio municipal de suelo contenida en los actuales arts. 51 y 52 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLRU) tiene cobertura en la competencia estatal enunciada en el art. 149.1.13 CE (STC 17/2016, FJ 2).

19. En todo caso, y más allá de las imprecisiones jurisprudenciales en torno al art. 149.1.13 CE, resulta claro que la notoria orientación del art. 149.1.13 CE hacia la actividad económica *de los particulares* sólo permite al Estado actuaciones de fomento o incentivadoras del *mercado privado* (protegido) de vivienda. No ampara actuaciones promotoras o gestoras directas del propio Estado<sup>21</sup>. Esta advertencia es relevante si tenemos en cuenta que la LDV ya no sólo contempla la vivienda de protección pública, sino también los *parques públicos de vivienda* (art. 27 LDV), que notoriamente caen fuera de la competencia estatal *ex art.* 149.1.13 CE.

20. Vistas las limitaciones de la competencia estatal *ex art.* 149.1.13 CE para financiar iniciativas de *vivienda pública* en sentido estricto (esto es, de vivienda de titularidad pública, distinta de la vivienda privada con protección o subvención pública)

---

<sup>17</sup> Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, cit., p. 55.

<sup>18</sup> Javier GUILLÉN CARAMÉS, “Comentario al art. 149.1.13 CE”, cit., p. 1331.

<sup>19</sup> Críticos con la comprensión extensiva del art. 149.1.13 CE: María Antonia ARIAS MARTINEZ, “Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11 (2019), pp. 106-121 (p. 112); Juli PONCE SOLÉ, “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 8 (2008), pp. 145-195 (p. 162).

<sup>20</sup> STC 141/2014, frente a una previa comprensión más restrictiva, expresada en las SSTC 61/1997, FJ 24 d) y 164/2001, FJ 9.

<sup>21</sup> Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, *Administración pública y vivienda*, Revista de Derecho Urbanístico, Madrid, 2000, p. 323; Juli PONCE SOLÉ, “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, cit., p. 167.

puede cobrar aquí sentido el “poder de gasto” o competencia subvencional general de Estado, perfilada en la STC 13/1992, FJ 7. De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, la soberanía financiera del Estado le permite subvencionar cualesquiera actuaciones de particulares o de otras Administraciones públicas, incluso en materias por completo ajenas a los títulos competenciales estatales. Ocurre, sin embargo, que el Estado sólo puede *condicionar o determinar* el destino concreto de esas subvenciones al amparo de un título competencial material o sustantivo, incluso uno que sea meramente básico. En otras palabras: la soberanía financiera del Estado le permite subvencionar o transferir recursos estatales para fines ajenos a sus competencias, pero el destino de esos recursos sólo podrá fijarlo el Estado en la misma medida en que sea competente sobre la materia en cuestión. Traslada esta doctrina al ámbito de la vivienda, esto significa que el Estado puede financiar con recursos propios la formación de *parques públicos de vivienda*. Pero, dado que el Estado no es directamente competente sobre la materia de vivienda, el ejercicio de su competencia financiera general no le permite por sí imponer a las comunidades autónomas (y en su caso, a los ayuntamientos) condiciones o prioridades para la creación de vivienda pública. Esto sólo será posible en la medida en que, junto a su potestad financiera general, el Estado cuente también con un título competencial específico y suficiente (dentro de los enunciados en el art. 149.1 CE) que ampare la fijación de condiciones, tipologías o prioridades de vivienda pública. Si, como ya se ha dicho, para la vivienda pública ese título competencial difícilmente puede ser el del art. 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), la cobertura competencial estatal para dirigir o condicionar la vivienda pública autonómica y local podría encontrarse, en hipótesis, en el art. 149.1.1 CE (en relación con el art. 47 CE). Esto es, en la competencia del Estado para fijar las “condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. La posibilidad de que el Estado subvencione la vivienda al amparo de varios títulos competenciales, y no sólo a través de la competencia económica estatal *ex art.* 149.1.13 CE, libera al Estado de los notorios límites específicos de esa competencia, que tradicionalmente ha sido interpretada de forma estricta o restrictiva por el Tribunal Constitucional. Puede así el Estado liberarse de la perspectiva evidentemente económica y edificatoria (construcción privada de vivienda subvencionada) que es propia de la competencia estatal *ex art.* 149.1.13 CE. Pero en el ejercicio de su soberanía financiera, el Estado sólo podrá *dirigir o condicionar* la formación de parques públicos de vivienda autonómicos o locales en la medida en que cuente con otro *título competencial suficiente*. Como en seguida se explica, el art. 149.1.1 CE presenta importantes limitaciones para ser ese otro título competencial.

21. Más allá de la posible actividad promocional del Estado, el art. 149.1.13 CE también da cobertura a diversos *deberes*, de muy diverso alcance, impuestos por la LDV. Por ejemplo, la obligación de que los arrendadores informen a los arrendatarios y a la Administración sobre el precio de los alquileres (art. 31 LDV) se ampara en este título competencial. La jurisprudencia constitucional ha admitido este encuadre competencial de los mencionados deberes (STC 16/2019, FJ 7).

## 2.2. Competencia de igualación básica en el disfrute de derechos constitucionales

22. Según la DF 7ª 1 LDV, el art. 149.1.1 CE ampara de forma general —junto al art. 149.1.13 CE— el conjunto de la LDV. La notable expansión reguladora del Estado, respecto de los tradicionales planes estatales de vivienda, ha hecho necesaria la búsqueda de anclajes competenciales más allá de la tradicional competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), que hasta hoy era suficiente para una intervención del Estado sólo dirigida a la promoción financiera del mercado privado de vivienda (vivienda de protección pública).

23. Como veremos más adelante, cuando la LDV regula los derechos de los arrendatarios o adquirentes de vivienda, el título competencial central es el de “legislación civil” (art. 149.1.8 CE) (*infra* § 64). Pero este no cubre otros muchos preceptos de la LDV referidos a la creación de parques públicos de vivienda o a la gestión pública de vivienda (social o dotacional). Y ya hemos visto antes que tampoco el art. 149.1.13 CE es una base competencial sólida para la regulación de la producción o gestión pública de vivienda. Así es como se explica que la DF 7ª.1 LDV identifique genéricamente al art. 149.1.1 CE como sustento competencial de todos aquellos preceptos que no cuentan con un título competencial más específico<sup>22</sup>. Sentada esta premisa, el análisis siguiente se dirige a precisar si, y en qué medida, el art. 149.1.1 CE puede cumplir la función legitimadora que le asigna la DF 7ª.1 LDV.

24. Conforme al art. 149.1.1 CE, el Estado es competente para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha sido muy prudente en la comprensión de esta competencia, por el riesgo evidente de vaciamiento de las competencias autonómicas (STC 18/2017, FJ 4)<sup>23</sup>. Esta prudencia se concretó, inicialmente, en el *listado de derechos constitucionales* susceptibles de ser igualados por el Estado y en el alcance mismo de la igualación. Tal cautela se expresa, precisamente en el ámbito de la vivienda, en la STC 152/1988, FJ 2, donde el Tribunal Constitucional excluyó, sin apenas fundamentación, que los planes estatales de vivienda, por mucho que estuvieran dirigidos a la realización efectiva del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), pudieran ampararse en la competencia estatal de condiciones básicas del art. 149.1.1. CE.

---

<sup>22</sup> Crítico con la expansión competencial del Estado *ex* art. 149.1.1 CE: Juli PONCE SOLÉ, “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, cit., p.177.

<sup>23</sup> Juan PEMÁN GAVÍN, “Comentario al art. 149.1.1 CE”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II, BOE y Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 1212-1224 (p. 1220).

25. Pero la LDV ya no responde a la tradicional jurisprudencia constitucional en torno al art. 149.1.1 CE. El art. 1 LDV expresamente identifica, como objeto mismo de la ley, la regulación de dos derechos, ambos constitucionales: el de propiedad (art. 33.1 CE) y el de acceso a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). En principio, según el criterio de la LDV, ambos derechos pueden activar la competencia estatal para establecer “condiciones básicas” que garanticen la igualdad en el disfrute de estos derechos (art. 149.1.1 CE). Sin embargo, el distinto significado y reconocimiento constitucional de esos dos derechos explica también el distinto margen de regulación que, para cada uno de ellos, le corresponde al Estado.

26. En cuanto a los *derechos constitucionales susceptibles de igualación básica* por el Estado, desde el principio está claro que los derechos fundamentales en sentido estricto, los enunciados en la sección 1ª del capítulo 2º del Título I de la Constitución (arts. 14 a 29), pueden ser objeto de regulación igualadora estatal. Esta competencia estatal es incuestionable, toda vez que el desarrollo de esos mismos derechos fundamentales está sometidos a reserva de ley orgánica (art. 81 CE CE), tipo o forma de ley que sólo puede aprobar el Estado. Y aunque es cierto que no toda regulación igualadora de un derecho fundamental es “desarrollo” legislativo de ese derecho, lo cierto es que la conexión entre el art. 149.1.1 CE y el art. 81 CE han hecho incuestionable la competencia legislativa estatal en relación con estos derechos fundamentales. Más dudas iniciales había en torno a los derechos constitucionales contenidos en la sección 2ª del capítulo 2º del Título I CE (arts. 30 a 38 CE). Aquí se encuentran, entre otros, el derecho de propiedad (art. 33.1 CE), el derecho al trabajo (art. 35 CE) y el derecho de libre empresa (art. 38 CE). Tal y como es normal en otras constituciones europeas contemporáneas, estos derechos también son materialmente fundamentales, por mucho que no estén directamente protegidos por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Esto explica que ya en la STC 61/1997, sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, el Tribunal Constitucional considerara que el Estado puede dictar normas que iguallen el disfrute del derecho de propiedad (urbana) en toda España, definiendo al efecto varias clases de suelo y los correspondientes estatutos básicos de la propiedad urbana: suelo urbano, suelo urbanizable, suelo no urbanizable (FJ 15 a).

### 2.2.1. *Derecho de propiedad inmobiliaria*

27. En principio, una ley estatal de vivienda podría ampararse en la competencia estatal para garantizar la igualación básica del *derecho de propiedad* sobre inmuebles residenciales (art. 149.1.1, en relación con el art. 33.1 CE). Según esto, determinadas medidas para promover el acceso a la vivienda (aquellas que impusieran deberes patrimoniales a los dueños de inmuebles) serían reconducibles a la competencia estatal para fijar condiciones básicas para la igualación del derecho de propiedad residencial en toda España (art. 149.1.1 CE). Ello no obstante, no está claro que la LDV establezca deberes patrimoniales sobre los inmuebles destinados a vivienda. Desde luego, no se prevé en la LDV la expropiación de uso de las vivien-

das vacías (para destinarlas a arrendamientos accesibles). Se puede considerar que la posible fijación de *rentas máximas de alquiler* afecta al derecho de propiedad (limita las facultades de disposición económica de su titular)<sup>24</sup>, lo que permitiría reconducir la regulación de los alquileres en zonas de mercados residenciales tensionados (DF 6ª LDV) a la competencia estatal *ex art.* 149.1.1 CE (en relación con el derecho de propiedad del art. 33.1 CE). Ello no obstante, la DF 7ª LDV, donde se enuncian los títulos competenciales estatales, adscribe los arts. 10 y 11 LDV, donde se regulan expresamente las facultades, deberes y cargas de la propiedad de la vivienda, a la competencia estatal *ex art.* 149.1.8 CE (legislación civil) y no a la competencia enunciada por el art. 149.1.1 CE. Parece que las Cortes han optado por ampararse en un título competencial seguro (pues fue el considerado principalmente en la STC 37/2022, sobre la Ley catalana 11/2020) y tendencialmente amplio (pues no es sólo de “condiciones básicas”, como el del art. 149.1.1 CE), si bien la regulación concreta de la LDV es tendencialmente deferente con las competencias autonómicas sobre vivienda. Según lo dicho, la regulación de las rentas del alquiler, si bien se ampara en un título competencial pleno del Estado (art. 149.1.8 CE), podría también encuadrarse en la competencia de igualdad básica del derecho de propiedad en toda España (art. 149.1.1 CE). Como es sabido, la identificación expresa de los títulos competenciales que normalmente contienen las leyes no vincula al Tribunal Constitucional. Y por eso sería posible que el Tribunal Constitucional encuadrara la regulación de las rentas máximas de alquiler en el art. 149.1.1 CE.

28. Aunque ya se ha dicho que la DF 7ª.1 LDV identifica los títulos competenciales del Estado de forma imprecisa, hay que entender que el art. 149.1.1 CE, puesto en relación con el art. 33.1 CE (derecho de propiedad), ampara las normas directamente relacionadas con la *ordenación urbana*. Es el caso, por ejemplo, de la DF 4ª LDV, que modifica el art. 20.1 b) TRLSRU para imponer a la planificación urbanística municipal nuevas *reservas de suelo* para vivienda de protección pública. Hasta hoy, la jurisprudencia constitucional ha encontrado un doble fundamento competencial estatal para estas reservas de suelo en favor de la vivienda de protección pública: el del art. 149.1.1 CE (en relación con el art. 33.1 CE) y el del art. 149.1.13 CE (bases y coordinación de la actividad económica)<sup>25</sup>. La referencia a la competencia estatal de igualdad patrimonial (art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 33.1 CE) resulta poco precisa, porque en puridad las reservas de suelo para viviendas de protección pública son mandatos a la planificación urbanística, no definen por sí las facultades patrimoniales. Son los planes urbanísticos quienes deberán integrar las reservas legales de suelo (por ejemplo, la reserva del 40 por 100 del suelo rural transformable con destino residencial, conforme a la DF 4ª LDV) en el conjunto del plan, equilibrando con otros aprovechamientos lucrativos el menor rendimiento económico del uso residencial protegido. De esta manera, bajo unas mismas reservas

---

<sup>24</sup> Fernando GARCÍA RUBIO, “La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquileres de vivienda mediante decreto-ley”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59 (2022), pp. 164-233 (pp. 169 y 178).

<sup>25</sup> SSTC 141/2014, FJ 8 A) b); 75/2018, FJ 6 A), 16/2019, FJ 8.

legales de suelo (para vivienda protegida) puede haber planes urbanísticos que garanticen un alto valor urbanístico a todos los propietarios de suelo (o a los propietarios de una concreta clase o categoría de suelo) y otros que no consigan ese equilibrio patrimonial. Esto muestra que no es directamente la reserva legal de suelo para vivienda protegida, sino el plan urbanístico, quien define las facultades edificatorias. Y por lo mismo, es cuestionable que las mencionadas reservas de suelo se puedan apoyar en la competencia del Estado para fijar las “condiciones básicas” que aseguren el igual disfrute de la propiedad en toda España (art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 33.1 CE). Alternativamente, podría considerarse también que, dado el tenor literal de la DF 7<sup>a</sup> 1. LDV, las reservas de suelo para viviendas de protección pública descansan sobre la competencia estatal *ex art.* 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación económica). Sin embargo, el evidente *objetivo social* de las nuevas reservas (para fomentar el acceso a la vivienda) y no propiamente económico (para fomentar un sector importante de la economía española, cual es la construcción) dificultan esta interpretación.

29. La LDV contiene otras normas de claro significado *urbanístico* que aparentemente descansan sobre la competencia estatal *ex art.* 149.1.1 CE, en relación con el art. 33.1 CE. Conforme al acervo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, habría que distinguir aquí entre aquellas normas de la LDV que fijan “condiciones básicas” genéricas o abstractas de la propiedad inmobiliaria y aquellas otras normas que se sirven de categorías, conceptos o *técnicas urbanísticas* específicas. Según la jurisprudencia constitucional, el Estado carece de competencia para regular la propiedad del suelo mediante conceptos o categorías urbanísticas concretas, que son más propias de la competencia urbanística autonómica<sup>26</sup>. Conforme a este criterio, habría que distinguir entre aquellas normas de la LDV que *condicionan* el urbanismo autonómico (pero no lo regulan), y aquellas otras normas que propiamente *regulan técnicas* o instrumentos urbanísticos.

30. Así, por ejemplo, el art. 15.3 LDV impone a la legislación urbanística autonómica el equilibrio de usos en los entornos residenciales. En puridad, este mandato no difiere en sustancia del ya contenido en el actual art. 3.3 TRLSRU de 2015, y no regula ninguna concreta técnica urbanística. También el art. 15.1 b) LDV impone al planificador urbanístico la diversidad de viviendas y alojamientos adaptadas a las diferentes formas de convivencia. Son todas estas normas principales que no utilizan concretas técnicas urbanísticas y que, por tanto, *afectan* pero no invaden las competencias autonómicas exclusivas sobre urbanismo.

31. Otras veces, la LDV pretende igualar el disfrute del derecho de propiedad mediante *técnicas más propiamente urbanísticas*, pero que la propia LDV no configura o define. Se limita, simplemente, a aparejar determinados efectos (favorecedores de la vivienda) a otras normas urbanísticas de las leyes autonómicas. Así, por ejemplo, el art. 15.1 e) LDV obliga a los ayuntamientos con “zonas de mercado residencial tensionado” (ZMRT) ya declaradas a destinar *sine qua non* las cesiones obligatorias de

---

<sup>26</sup> STC 61/1997, FFJJ 17 c) y 28 e); STC 164/2001, FJ 3.

aprovechamiento urbanístico a vivienda dotacional o social. Aquí la LDV no está definiendo deberes o facultades urbanísticas de los propietarios de suelo (como las cesiones obligatorias de aprovechamiento urbanístico); tampoco está definiendo los usos dotacionales públicos del suelo (frente a los lucrativos). Simplemente está imponiendo que, sean cuales sean las cesiones obligatorias de aprovechamiento urbanístico en cada comunidad autónoma, cuando un municipio contenga ZMRT habrá de dedicar esas cesiones, necesariamente, a vivienda dotacional o social (sea cual sea el régimen del uso dotacional en cada ley urbanística autonómica).

32. Distinto es el caso del art. 15.1 a) 1 LDV, que autoriza a los ayuntamientos para que califiquen en sus planes la *vivienda dotacional pública* como un tipo de uso posible en cualquier suelo dotacional. En este caso se puede considerar que la LDV está configurando el régimen jurídico del uso dotacional público. También, el art. 17.3 LDV permite directamente que los planes urbanísticos municipales *augmenten la edificabilidad de edificios* (o un cambio de uso de estos) para la generación de vivienda asequible en régimen de alquiler temporal. De nuevo la LDV está regulando una categoría propiamente urbanística (la edificabilidad) para el fin promocional de la vivienda. En todos estos casos se puede considerar que el Estado no está sólo “incidiendo”, mediante la fijación de condiciones básicas de disfrute del derecho de propiedad, en la competencia urbanística autonómica. El Estado está, más bien, *regulando urbanísticamente las ciudades*, para cumplir los fines del art. 47 CE. Recuérdese, en este sentido, que el Tribunal Constitucional calificó como nulo un precepto estatal sobre el cómputo de la edificabilidad en relación con estaciones de servicio, precisamente porque al Estado le está vedada “la utilización de técnicas e instrumentos urbanísticos para la consecución de objetivos que se dicen vinculados a las competencias estatales pues, en estos casos, no nos encontramos en el ejercicio de dichas competencias sino en el ámbito propio del urbanismo de competencia exclusiva autonómica y que no puede verse aquí desplazada (...)” (STC 170/2012, FJ 12).

### 2.2.2. Derecho de propiedad de vivienda

33. La competencia estatal para para la igualación del derecho de propiedad puede dar lugar a distintos estatutos sobre la propiedad del *suelo* (SSTC 61/1997, FJ 15 a). Pero también permite un estatuto singular sobre la *propiedad de la vivienda*<sup>27</sup>. Esto es, sobre la propiedad que se proyecta sobre aquellos inmuebles que, por sus características físicas y jurídicas (el uso atribuido por el plan urbanístico), deben servir precisamente, o prioritariamente, a la residencia habitual de personas físicas. Este estatuto patrimonial singular puede divergir respecto del régimen general de la propiedad inmobiliaria, o incluso del régimen específico de la propiedad urbana<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, cit., p. 53.

<sup>28</sup> Crítico con el desdoblamiento del derecho de propiedad: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda*, 27 de enero de 2022, p. 6, § 19.

34. Las diversas leyes autonómicas sobre vivienda, sobre todo las aprobadas en el último decenio, han ido identificando posibles límites y deberes idóneos para conformar ese posible estatuto patrimonial de la vivienda: deberes de utilización efectiva con fines residenciales, deberes de información de los propietarios sobre la ocupación efectiva de sus viviendas, etc. Ello no obstante, la jurisprudencia constitucional insiste en que es el Estado, al amparo de su competencia de igualación patrimonial básica *ex art.* 149.1.1 CE, quien puede definir ese estatuto patrimonial especial de la vivienda (SSTC 93/2015, FJ 13; 16/2019, FJ 13). Así, por ejemplo, queda reservada al Estado, en tanto que competente para la regulación igualadora de la propiedad de viviendas, la posibilidad de desencadenar “reacciones exorbitantes” (tales como multas coercitivas, sanciones, expropiaciones de uso de la vivienda) frente al propietario que incumple la función social de los inmuebles con destino habitacional<sup>29</sup>.

35. Los actuales arts. 10 y 11 LDV enuncian algunas facultades y deberes o cargas específicos de la propiedad de la vivienda, diferenciados respecto de las facultades y deberes de la propiedad del suelo y edificaciones. Se definen así “condiciones básicas” específicas de la propiedad de viviendas (como, por ejemplo, el deber de “evitar la sobreocupación de los inmuebles arrendados”: art. 11.1 c) LDV). Con todo, lo cierto es que en gran medida ese estatuto patrimonial singular de la vivienda apenas si difiere del estatuto de la propiedad del suelo o de los edificios. Pues, en última instancia, es la asignación de un uso residencial al suelo (y a los edificios que sobre él se erijan) lo que determina la condición de vivienda de un inmueble, con lo que es mediante la definición de usos urbanísticos como propiamente se modela la propiedad de las viviendas. A lo sumo, el estatuto patrimonial de la vivienda convierte en deber lo que para la legislación urbanística es facultad del propietario. Así, por ejemplo, cuando el art. 11.1 a) LDV enuncia el deber (de los propietarios de vivienda) de “uso y disfrute propio y efectivo de la vivienda conforme a su calificación (...)” en realidad sólo está reiterando como deber del propietario lo que ya resulta de la legislación urbanística.

### 2.2.3. *Derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*

36. La competencia estatal de igualación básica *ex art.* 149.1.1 CE, que en la STC 61/1997 (FJ 7) se había limitado a los derechos fundamentales o constitucionales del capítulo 2º del Título I de la Constitución (en especial al derecho de propiedad que enuncia el art. 33.1 CE), se ha expandido también, si bien de manera oscilante e imprecisa, hacia otros “derechos” sociales que se enuncian formalmente como “principios rectores de la política social y económica” en el capítulo 3º del Título I<sup>30</sup>. Hay que recordar que si bien el capítulo 3º del Título I CE lleva la rúbrica de “principios

<sup>29</sup> STC 16/2019, FJ 5 (aunque esta STC se refiere en realidad a los límites del decreto-ley autonómico, y entre ellos a la prohibición de afectar al derecho de propiedad [art. 86.1 CE], la doctrina que expresa tiene un claro carácter competencial).

<sup>30</sup> Coincide en la valoración: Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 609/2023, de 20 de julio de 2023, apartado II.3 a).

rectores de la política social y económica”, algunos artículos de este capítulo hablan expresamente de “derechos”: a la salud (art. 43 CE); a un medio ambiente adecuado (art. 45 CE); o a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Aunque todos estos preceptos hablan de “derechos”, lo cierto es que el art. 53.3 CE expresamente deja claro que no son accionables de forma inmediata (como ocurre con todos los derechos del capítulo 2º del Título I CE), sino sólo de conformidad con las leyes que los regulen. Esta diferenciación estructural ha dado lugar a que normalmente el Tribunal Constitucional haya evitado la utilización de los “derechos” del Capítulo 3º del Título como base del título competencial del art. 149.1.1 CE. Sólo en tiempos recientes la jurisprudencia constitucional ha comenzado a aceptar —aunque no de forma coherente ni sistemática— que los “derechos” del capítulo 3º del Título I pudieran ser verdaderos *derechos subjetivos constitucionales* y por tanto objeto de la competencia estatal de igualación básica del art. 149.1.1 CE (STC 33/2014, FJ 4)<sup>31</sup>.

37. La sinuosa jurisprudencia constitucional sobre los “derechos” del capítulo 3º del Título I CE se ha considerado suficiente por la DF 7ª.1 LDV para señalar al art. 149.1.1 CE (puesto en relación con el art. 47 CE) como título competencial justificativo del conjunto de la LDV. Recuérdese en este sentido que el art. 1 LDV identifica expresamente como objeto de la ley la regulación del derecho constitucional a acceder a una vivienda digna y adecuada (que es precisamente el tenor del art. 47 CE). Esta lectura subjetivadora del art. 47 CE, si bien tiene un notable apoyo doctrinal<sup>32</sup> (a su vez muy influido por tratados y tribunales internacionales o supranacionales<sup>33</sup>) cuenta también con *declaraciones jurisdiccionales abiertamente opuestas*. Es el caso de la STC 32/2019, FJ 6, que de forma inequívoca niega la condición de derecho constitucional inmediato al principio rector que enuncia el art. 47 CE. Esta jurisprudencia, si bien no es plenamente coherente con otras resoluciones anteriores y posteriores del propio Tribunal Constitucional<sup>34</sup>, dificulta la consideración del art. 149.1.1 CE como título competencial que ampare el conjunto de la LDV, pues es claro que el art. 149.1.1 CE sólo permite al Estado garantizar, mediante “condiciones básicas”, el disfrute de derechos constitucionales, no de “principios rectores”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Juan PEMÁN, “Comentario al art. 149.1.1 CE”, cit., p.1216.

<sup>32</sup> Fernando LÓPEZ RAMÓN, “El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda”, *Revista de Administración Pública*, núm. 212 (2020), pp. 297-308; Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, cit, p.52.

<sup>33</sup> En este sentido, Andrei QUINTIÁ, “Más allá del art. 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables”, cit., p. 124.

<sup>34</sup> Andrei QUINTIÁ, “Más allá del art. 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables”, cit., p. : 123.

<sup>35</sup> En este sentido, crítico con la subjetivación del derecho a la vivienda y con sus consecuencias competenciales: Consejo General del Poder Judicial, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el Derecho a la Vivienda*, 27 de enero de 2022, p. 2, § 5. Véase no obstante la jurisprudencia constitucional sobre varios principios rectores en sentido estricto (no enunciados expresamente como derechos) del capítulo 3º del Título I CE que menciona Juan PEMÁN GAVÍN, “Comentario al art. 149.1.1 CE”, cit., p.1216.

38. Por lo demás, en la hipótesis de que se acepte la competencia estatal para establecer “condiciones básicas” de igualdad en el disfrute del derecho constitucional a la vivienda, lo cierto es que en la LDV la dimensión igualadora *trasciende de la perspectiva eminentemente territorial* del art. 149.1.1 CE (en relación con el art. 47 CE). Por principio, dada su ubicación sistemática, el art. 149.1.1 CE tiene por fin asegurar que los derechos constitucionales de los españoles no difieren en exceso en las distintas comunidades autónomas. Pero esto no impide que el Estado, en ejercicio de ese título competencial, busque también la *igualdad sustantiva* a la que se refieren los arts. 9.2 y 14 CE. Así, por ejemplo, cuando el art. 14 LDV impone a todas las Administraciones públicas diversos mandatos de protección específica (a favor de personas sin hogar, menores, personas con discapacidad, etc.), no sólo iguala a los españoles en los distintos territorios, sino que también pretende aproximar la situación de quienes —incluso en un mismo municipio— efectivamente disfrutaban del derecho a una vivienda digna y quienes de hecho no disfrutaban de ese derecho (o no en las condiciones que exige el art. 47 CE).

#### 2.2.4. Límites de la competencia estatal ex art. 149.1.1 CE

39. Aunque en la práctica las iniciativas legislativas no distinguen con claridad entre las competencias estatales básicas y la de “condiciones básicas”, lo cierto es que el sentido y alcance los dos títulos competenciales es claramente diferenciable (STC 61/1997, FJ 7). La competencia de “condiciones básicas” para la igualación en el disfrute de derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE) guarda conexión con la cláusula de igualdad federal del (actual) art. 72.2 de la Constitución alemana (Ley Fundamental de Bonn, de 1949), lo que nos aproxima a la idea de que la competencia estatal de “condiciones básicas” no tiene por fin establecer los fundamentos normativos de una materia o asunto, sino de *uniformar o igualar* de forma proporcionada —mediante condiciones sólo básicas— derechos que han sido regulados de forma muy dispar en las distintas leyes territoriales. Más que un suelo, la competencia de igualación federal es un techo normativo, que *lima o poda las divergencias exageradas* en el ejercicio de derechos constitucionales en el conjunto del país<sup>36</sup>. En consecuencia, cuando el Estado no ejerce su competencia de igualación básica ex art. 149.1.1 CE, cada comunidad autónoma puede ejercer sin límites sustantivos su competencia exclusiva sobre vivienda (STC 16/2018, FJ 8). De otro lado, y esto es lo más importante ahora, la competencia del art. 149.1.1 CE necesariamente tiene por fin la *igualación* de derechos. Esto es, a diferencia de una norma básica estatal, que no necesariamente ha de aplicarse en todo el país (o no por igual), una norma de “condiciones básicas” tiene como *telos* intrínseco la igualación. Esto dificulta que al amparo del art. 149.1.1 CE se fijen condiciones básicas para el ejercicio del derecho de propiedad (art. 33.1 CE) o del derecho a la vivienda (art. 47 CE) que puedan ser

<sup>36</sup> En este sentido, *Informe del Consejo General*, cit., p. 19 § 47 y p. 21 § 51. Ello no obstante, la jurisprudencia constitucional que sigue a la STC 61/1997 apenas si distingue entre “bases” y “condiciones básicas” estatales: Juan PEMÁN GAVÍN, “Comentario al art. 149.1.1 CE”, cit., p. 1219.

desplazadas o inaplicadas en una comunidad autónoma. Impide, por ejemplo, que la competencia estatal *ex art.* 149.1.1 CE pueda amparar el régimen de alquileres en los “mercados residenciales tensionados”, pues el art. 18.1 LDV deja en manos de cada comunidad autónoma la efectiva aplicación de ese instrumental para la contención de los alquileres.

### 2.3. Legislación civil

40. La DF 7ª.2 a) LDV identifica al art. 149.1.8 CE (“legislación civil”) como norma competencial de varios preceptos de la ley. Se incluyen aquí, entre otros, los preceptos sobre “medidas de contención de precios” en los *contratos de arrendamiento* de vivienda. Ya anteriormente se había reconocido una cierta virtualidad a la competencia estatal *ex art.* 149.1.8 CE para el desarrollo de políticas públicas que inciden sobre el urbanismo y la vivienda, mediante la regulación de derechos de superficie, derechos de tanteo y retracto en el ámbito urbano, o deberes de conservación de los edificios<sup>37</sup>.

41. La lícita incidencia del Estado en la vivienda *ex art.* 149.1.8 CE es hoy indubitada, tras la STC 37/2022, sobre la ley catalana 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas. En aquella ocasión consideró el Tribunal Constitucional (FJ 4 c) que, de acuerdo con el tenor literal del art. 149.1.8 CE, corresponde en todo caso al Estado establecer las “bases de las obligaciones civiles”, siendo así que la regulación de los mercados de alquiler “tensos”, en los que la ley catalana permitía la fijación administrativa de rentas máximas, infringía una norma básica de arrendamientos urbanos (la libertad de precio o renta) contenida en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Esta jurisprudencia en relación con las rentas de los arrendamientos es coherente con una doctrina constitucional muy asentada que reconduce al art. 149.1.8 CE la regulación de las relaciones *inter privados* y, en general, las relaciones horizontales<sup>38</sup>. Quedaba así claro que una posible limitación de la autonomía de la voluntad, a la hora de fijar la renta en los alquileres de vivienda, debía provenir del Estado, y no directamente de una ley autonómica. Siguiendo esta doctrina, el Estado se sirve de la previa regulación catalana para regular —ahora como norma estatal— las rentas máximas de vivienda en “zonas de mercados tensionados”.

42. Aparte de la contención de los precios de los arrendamientos urbanos, otros preceptos de la LDV también descansan sobre la competencia estatal sobre legislación civil. No sólo los expresamente mencionados en la DF 7ª. 2 a) LDV, sino también otros no citados en ese listado. Es el caso, por ejemplo, del art. 30.1 b) LDV, sobre el derecho del adquirente o arrendatario de vivienda a recibir información objetiva y veraz por parte del propietario; o del art. 30.3 LDV, que impone a las empresas de intermediación inmobiliaria la obligación de contratar un seguro.

<sup>37</sup> Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El deber de conservación: una construcción inacabada*, Iustel, Madrid, 2014, p. 58.

<sup>38</sup> SSTC 14/1998, FJ 6; 28/2012, FJ 5; 54/2018, FJ 6 c); 81/2020, FJ 10.

## 2.4. Bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas

43. Aunque la DF 7<sup>a</sup> LDV no menciona expresamente al art. 149.1.18 CE, que atribuye al Estado la competencia para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, se puede considerar que este es el título competencial que mejor fundamenta algunos preceptos de la LDV.

44. Según declaró ya el Tribunal Constitucional en relación con el urbanismo, corresponde al Estado, al amparo del art. 149.1.18 CE, regular las garantías generales de los ciudadanos en los procedimientos administrativos urbanísticos, o los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones urbanísticas (derechos de participación ciudadana, derecho de acceso a la información, derecho a obtener copias de documentos urbanísticos). Caben aquí tanto la aplicación al ámbito urbanístico de las normas procedimentales básicas generales (las de la actual Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPAC) como la aprobación de normas procedimentales específicas (para el urbanismo) por medio de las cuales el Estado modula para este sector de actividad pública las garantías procedimentales generales de los ciudadanos<sup>39</sup>. También es posible que, al amparo del art. 149.1.18 CE, el Estado establezca reglas sectoriales para regular las relaciones entre las Administraciones públicas. Por ejemplo, las consultas del planificador urbanístico (ayuntamiento) a todas las Administraciones públicas afectadas (STC 141/2014, FJ 8.D).

45. Siguiendo la pauta de la jurisprudencia constitucional en torno a los procedimientos urbanísticos y al régimen jurídico de actuación administrativa-urbanística, también ahora se puede afirmar que algunas normas de la LDV, aquellas que trasladan o modulan para el ámbito de la vivienda las *garantías administrativas generales*, o las reglas generales sobre la actuación administrativa, tienen cobijo en el art. 149.1.18 CE. Así, por ejemplo, se puede considerar que el mandato de colaboración interadministrativa del art. 20 LDV es un simple reflejo, para el ámbito de la vivienda, de los principios generales sobre colaboración interadministrativa hoy presentes en los arts. 141 a 158 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

46. Especial mención merecen aquellas normas de la LDV que tienen como *única destinataria a la Administración General del Estado* (AGE). El hecho de que una norma estatal no vincule a las demás Administraciones territoriales no exime de la necesaria existencia de una competencia constitucional expresa, de las enunciadas en el art. 149.1 CE. En algunos casos, esa competencia será la básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE). Conforme a la jurisprudencia constitucional, esa competencia tanto permite dictar normas básicas generales (para cualesquiera materias) como normas básicas adaptadas a un concreto sector de

---

<sup>39</sup> SSTC 141/2014, FJ 5.C; 143/2017, FJ 2.B.c).

la realidad (STC 141/2014). Son de esta clase, a mi juicio, los deberes de información de la AGE en relación con su propio parque público de vivienda, regulados en los arts. 40 y 41 LDV y que bien se pueden calificar como normas básicas de régimen jurídico de las Administraciones públicas que adaptan al concreto ámbito de la vivienda mandatos de información más generales, como los que impone el art. 10.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Igualmente, la DA 2ª LDV regula el régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado, para su mejor servicio al objetivo constitucional de acceso de todos a una vivienda digna y adecuada. Se trata de una regulación especial de los bienes patrimoniales estatales, respecto del régimen general de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que descansa sobre la misma competencia estatal (art. 149.1.18 CE). Es asumible que una norma estatal sólo dirigida a la Administración General del Estado, aun apoyada sobre un título competencial meramente “básico” (como el del art. 149.1.18 CE), pueda alcanzar un alto grado de extensión y densidad, porque hay poco riesgo de invasión de competencias autonómicas. Pero ello no impide insistir en que todas las normas de la LDV, incluidas las que imponen mandatos organizativos a la Administración General del Estado, han de contar con un fundamento constitucional específico, que en este caso se puede localizar en el art. 149.1.18 CE.

### 3. TIPOLOGÍA DE NORMAS DE VIVIENDA

47. Por diversas razones, unas jurídico-competenciales y otras eminentemente políticas (los acuerdos para la formación de la mayoría parlamentaria), las normas de la LDV presentan formas muy diversas. Estas formas normativas se pueden ordenar por el *mayor o menor grado de deferencia* respecto de la competencia autonómica (exclusiva) sobre vivienda. De menor a mayor intensidad regulatoria (y por tanto, de mayor a menor deferencia hacia la competencia autonómica sobre vivienda), se puede distinguir la siguiente escala tipológica de normas: mandatos dirigidos únicamente a la Administración General de Estado; normas orientativas o sugerentes; normas supletorias; normas subjetivadoras de leyes autonómicas; normas autorizatorias; mandatos a comunidades autónomas y municipios; y, finalmente, normas excluyentes de toda actuación autonómica (o local).

#### 3.1. Mandatos a la Administración General del Estado

48. Son varios los preceptos de la LDV que disciplinan directamente la actuación de la Administración General del Estado (AGE) con el objetivo de promover el acceso a la vivienda. Así ocurre con los arts. 23 y 24 LDV, que ordenan al Estado utilizar sus facultades de planificación y programación para favorecer la vivienda y para apoyar la actuación de las diversas Administraciones territoriales competentes sobre vivienda. Según la DF 7ª 3 LDV estos preceptos sólo serán aplicables a la Administración General del Estado. Tratándose de planificación y programación finan-

ciera, ese título competencial puede ser el art. 149.1.13 CE, o la soberanía financiera del Estado (conforme a la STC 13/1992). En todo caso, y en lo que se refiere a la tipología de normas de la LDV que ahora se examina, parece claro que un mandato legal sólo dirigido a la AGE, a la que ordena apoyar la actuación de las demás Administraciones territoriales, es una norma que incide muy levemente en la competencia autonómica exclusiva sobre vivienda.

## 2.2. Mandatos de actuación cooperativa o coordinada a la Administración General del Estado

49. Partiendo de la premisa de que la actividad *administrativa* sobre vivienda ha de ser autonómica (*supra* § 2) o municipal (en los términos que determinen las leyes autonómicas<sup>40</sup>), la actividad administrativa del Estado ha de ser excepcional. Sobre todo en aquellos ámbitos en los que las competencias estatales están constreñidas (competencias básicas y de “condiciones básicas”). En estos casos, la actuación administrativa estatal, si bien puede ser plenamente lógica (por ejemplo, porque se refiere a bienes patrimoniales del propio Estado), ha de ser muy deferente con las comunidades autónomas. Esa deferencia se concreta, en ocasiones, en *mandatos de actuación cooperativa o coordinada*, dirigidos a la AGE. Un mandato de coordinación dirigido a la AGE se encuentra, en relación con la gestión de los bienes patrimoniales estatales, en la DA 2ª.1 LDV, que dispone que la Administración estatal deberá “coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes”. Es esta una *coordinación horizontal* o autocoordinación<sup>41</sup>, distinta de la coordinación vertical o heterónoma a la que se refiere el art. 140.1 LRJSP. En el mismo sentido, en relación con los criterios para la declaración de la zona de mercado residencial tensionado, la DA 3ª LDV ordena a la AGE su revisión en tres años “sobre la base de la cooperación con las Administraciones competentes en materia de vivienda”.

## 2.3. Normas sugerentes y orientativas

50. La LDV contiene algunas normas que se pueden calificar como *sugerentes*. Es el caso del art. 30.4 LDV que prevé la posible creación autonómica de registros voluntarios de agentes inmobiliarios. En principio, la creación de estos registros voluntarios puede acordarla *directamente la correspondiente comunidad autónoma* al amparo de su competencia exclusiva sobre vivienda. Incluso cada municipio podría crear ese registro voluntario, conforme a las competencias sobre vivienda que le atribuyan

---

<sup>40</sup> Marcos VAQUER CABALLERÍA, “El proyecto de ley por el Derecho a la Vivienda y la Intervención Local en la materia”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59 (2022), pp. 96-117 (p. 102).

<sup>41</sup> Marcos ALMEIDA CERRADA, M., “Lección 13. Las relaciones entre Administraciones públicas”, en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, p. 327 § 30.

las leyes autonómicas. Es más, resulta dudoso cuál es la posible competencia estatal para la regulación de estos registros, pues este instrumento escapa de la competencia estatal sobre legislación civil (art. 149.1.8 CE) y difícilmente se puede considerar una condición básica que asegure la igualdad para el ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 149.1.1 CE, en relación con el art. 47 CE). La posible falta de competencia estatal para la regulación de registros voluntarios de agentes inmobiliarios se pretende superar en la propia ley mediante una *reducción absoluta de eficacia* de la norma en cuestión, que en puridad ni autoriza, ni impone, ni prohíbe nada a las comunidades autónomas. En este sentido, si bien las normas “sugerentes” de la LDV tan sólo contienen propuestas a las comunidades autónomas, y por ello no son imaginables conflictos competenciales (porque difícilmente es imaginable la *vindictio potestatis* por parte de alguna comunidad autónoma), no se puede negar que tales normas son difícilmente conformes con el orden constitucional de competencias.

51. La LDV contiene también algunas normas que la propia ley califica como “orientativas”. Es el caso del art. 19.1 LDV, que enuncia un elenco de posibles medidas para aumentar el número de viviendas asequibles incentivadas. Para estas medidas, que en realidad se centran en la imposición de límites a los contratos de arrendamiento de viviendas, el propio precepto fija unas reglas que expresamente califica como de “carácter orientativo”. También el art. 28.1 LDV enuncia una serie de “criterios orientadores en la gestión de los parques públicos de vivienda”, si bien en el primer párrafo del mismo artículo pareciera que, más que “criterios orientadores”, el precepto contiene normas directamente eficaces, aunque desplazables por otras autonómicas. Por ejemplo, el mencionado art. 28.1 LDV autoriza directamente a las Administraciones públicas competentes en materia de vivienda (aparentemente, como “criterio orientativo”) para asignar recursos públicos a entidades sin ánimo de lucro que gestionen las viviendas de los parques públicos. Es dudoso que normas meramente “orientativas”, como las mencionadas, sean reconducibles a la competencia estatal de igualdad básica *ex* art. 149.1.1 CE, precisamente porque su propio sentido “orientativo” difícilmente puede considerarse idóneo para igualar el disfrute de derechos constitucionales en toda España (*supra* § 39).

52. Un efecto constitucional relevante de las normas “orientativas” consiste en satisfacer las posibles *reservas de ley* en la materia regulada. Así, si se considera que la intervención administrativa sobre la propiedad está reservada a la ley (art. 53.1 en relación con el art. 33.1 CE)<sup>42</sup>, y que las limitaciones en los usos de los inmuebles o en los precios de los alquileres afectan al disfrute o rendimiento económico de un inmueble, lógicamente se concluye que tal intervención administrativa necesita de una mínima previsión en norma con rango o valor de ley. Por ejemplo, la fijación de usos preceptivos al suelo o a los edificios, por medio de planes urbanísticos, sólo es constitucionalmente posible porque esa fijación de usos está expresamente autorizada, con algunos límites, en los arts. 4.1 y 11.1 TRLSRU y complementariamente en

---

<sup>42</sup> Por todos: Jose María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177 (2008), pp. 157-194 (p. 163).

las leyes urbanísticas autonómicas (por ejemplo, art. 9.1 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid). En el mismo sentido, y al margen del planeamiento urbanístico, la referencia del art. 17.1 a) LDV a que los poderes públicos podrán impulsar la existencia de viviendas asequibles mediante el “sometimiento de la vivienda a limitaciones específicas de destino durante un tiempo determinado” *satisface la reserva de ley* del art. 33.1 CE, sin necesidad de utilizar necesariamente los planes urbanísticos o territoriales para ese fin.

#### 2.4. Normas supletorias

53. La LDV contiene algunas normas supletorias, bien de lo que establezcan las leyes autonómicas, bien de reglamentos o disposiciones administrativas autonómicas o municipales. Como es sabido, desde la STC 118/1996, la doctrina constitucional es contraria a las normas estatales meramente supletorias. Esta doctrina llevó directamente a la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (STC 61/1997). Pero esa doctrina *no impide por sí toda suerte de normas supletorias del Estado*<sup>43</sup>. Es más, en ámbitos materiales con importantes competencias autonómicas e importantes diferencias demográficas entre regiones, las normas estatales supletorias pueden ser no sólo conformes con la Constitución, sino incluso óptimas para satisfacer el derecho de todos a una vivienda digna y adecuada.

54. El Estado, al amparo de sus competencias legislativas, tanto plenas (como la del art. 149.1.6 CE) como básicas (como la del art. 149.1.13 CE) y de condiciones básicas (la del art. 149.1.1 CE), tanto puede optar por una regulación extensa y detallada (hasta el límite que permita el correspondiente título competencial) como por una *regulación mucho más selectiva y/o principal*, dejando en consecuencia mayor margen a la regulación autonómica. Si la regulación estatal es muy extensa e intensa, apenas si hay margen para políticas autonómicas que pretendan atender a la propia singularidad de la vivienda en su territorio. Pero, del otro lado, una regulación estatal muy reducida o principal impone una alta actividad legislativa o reglamentaria a todas las comunidades autónomas, incluidas aquellas que se muestran conformes con una regulación estatal amplia. La diversa comprensión de las competencias autonómicas sobre vivienda por parte de cada comunidad autónoma, sumado a la propia diversidad del fenómeno de la vivienda en España, aconseja una *regulación estatal*

---

<sup>43</sup> Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “Algunas reflexiones sobre la cuestión catalana”, en Joaquín URÍAS MARTÍNEZ y Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Cultura constitucional en Europa: encuentro hispalense en torno a la obra del profesor Pedro Cruz Villalón*, Universidad de Sevilla, 2022, pp. 173-200 (p. 195); Joaquín TORNOS MAS, “La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 56 (2021), pp. 55-83 (p. 71). Otra es la opinión del Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen núm. 609/2023, de 20 de julio de 2023, previo a la interposición, por parte del Consejo de Gobierno andaluz, de recurso de inconstitucionalidad contra la LDV. Obviando algunas precisiones importantes en la jurisprudencia constitucional, el mencionado dictamen (apartado II.1) concluye de forma rotunda que “(...) el Tribunal Constitucional (...) niega al Estado la facultad de declarar de aplicación supletoria a las normas que dicte”.

*dual*, compuesta por preceptos aplicables *sine qua non* y otros preceptos desplazables por las leyes autonómicas. Esto es, supletorios.

55. El carácter pleno, básico o de condiciones básicas de una ley estatal no es óbice para que incluya singularidades aplicativas. Esto es, para que no se aplique de modo uniforme en toda España. De hecho, son numerosos los ejemplos de normas básicas estatales con aplicación territorial restringida o, incluso, muy acotada. Esta opción ha sido pacíficamente aceptada por la jurisprudencia constitucional, en otras materias distintas de la vivienda<sup>44</sup>. En estos casos, *es la propia norma estatal* quien opta por un cierto grado de diversidad, y no por la completa uniformidad, como patrón normativo común en toda España. En otros términos: la opción de uniformidad inherente a toda norma estatal bien puede consistir en *abrir espacios de diversidad aplicativa*, para cuando las comunidades autónomas consideren oportuno una modulación, sustitución o corrección de algunos criterios normativos estatales (los expresamente considerados como desplazables o corregibles por la propia ley estatal). Esto es, una vez asumido que una competencia estatal permite al Estado muchos grados y formas de regulación, incidiendo correlativamente sobre el alcance efectivo de las competencias autonómicas exclusivas sobre vivienda, una de esas posibles formas de regulación consiste en *dotar a sus propias normas de una eficacia limitada*, autorizando su posible desplazamiento por leyes autonómicas<sup>45</sup>.

56. Según lo dicho, la posibilidad de que el propio Estado considere que *algunas de las normas de la LDV son desplazables* por las leyes autonómicas de vivienda o urbanismo es una opción legislativa amparada en la propia competencia estatal. No estamos aquí ante una regulación estatal meramente supletoria, sino ante una regulación *directamente vinculante* que, por decisión del propio Estado, puede ser *parcialmente desplazada* en alguna comunidad autónoma. El Estado, al ejercer su competencia legislativa, lo está haciendo de la manera más favorable posible al pleno despliegue de la competencia autonómica exclusiva sobre vivienda, pues permite incluso el desplazamiento parcial de la regulación estatal. En este sentido, no es invocable aquí la jurisprudencia constitucional que enuncia severos límites a la legislación supletoria estatal (SSTC 118/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 12 c) y 68/2021, FJ 9). En estas sentencias considera el Tribunal Constitucional, que la *supletoriedad del Derecho estatal*, a la que se refiere el art. 149.3 CE, es solo una técnica de integración del ordenamiento jurídico de cada Comunidad Autónoma, y no una competencia estatal. Rechaza el Tribunal Constitucional, de forma absoluta, que allí donde el Estado carezca de un título competencial propio y expreso (alguno de los enunciados en el art. 149.1 CE) pueda aprobar leyes “meramente supletorias”, aplicables sólo en defecto de regulación autonómica. En las tres sentencias citadas, el Tribunal Constitucional considera que las correspondientes

<sup>44</sup> SSTC 214/1989, FJ 26; 147/1991, FFJJ 4 d) y 5; 109/1998, FJ 3; 50/1999, FJ 6; 132/2012, FJ 3, entre otras.

<sup>45</sup> Véase en este sentido, en relación con la competencia básica estatal sobre “régimen local”: Tomás FONT I LLOVET, “La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local”, *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 2000, pp. 231-242 (p. 235); Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2009 p. 204.

normas impugnadas no tienen anclaje en ningún título competencial estatal, y por eso declarara la inconstitucionalidad: en la STC 118/1996, porque el Estado carece de competencias sobre transporte urbano; en la STC 61/1997, porque el Estado carece de competencias sobre urbanismo; y en la STC 68/2021, porque la competencia estatal básica *ex art. 149.1.18 CE* sobre Administración local y sobre contratación pública no alcanza para fijar el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación en los entes locales (y por eso mismo el Estado no puede fijar ese órgano, ni siquiera de forma supletoria). Cuestión muy distinta es que el Estado, *allí donde cuente con un título competencial específico, expreso y suficiente* en el art. 149.1 CE (incluyendo en su caso un título competencial básico) opte por una regulación flexible, dejando un cierto margen de divergencia a cada comunidad autónoma. En tal caso, la opción legislativa estatal está amparada por un título competencial concreto (no es meramente supletoria, lo que rechaza categóricamente el Tribunal Constitucional). Y ocurre, únicamente, que en el ejercicio legítimo de su competencia legislativa el Estado puede prever y autorizar el desplazamiento o inaplicación de alguno de los preceptos estatales. De esta forma, el Estado está actuando en los límites de su competencia, pero de una forma tal que permite el mayor desarrollo posible de la competencia autonómica exclusiva sobre vivienda (pues la legislación autonómica puede incluso desplazar la aplicación de la norma estatal).

57. En especial, la regulación estatal desplazable resulta adecuada allí donde uno o varios *estatutos de autonomía* enuncian un aspecto o submateria como de competencia “exclusiva” autonómica. Es el caso, por ejemplo, de la “promoción pública de viviendas” conforme al art. 137.1 c) del Estatuto catalán (2006). Es cierto que, de acuerdo con la STC 31/2010, FFJJ 60 y 64, aquellas submaterias exclusivas autonómicas son “impropias”, en la medida en que no pueden impedir el “pleno despliegue” de las competencias estatales. Pero siendo esto incuestionable, también lo es que la válida existencia de una competencia autonómica exclusiva es una clara *directriz del bloque de la constitucionalidad* para que —salvo que exista una razón constitucional muy cualificada— la ley estatal no agote toda su extensión potencial (STC 50/2018, FJ 6 c). Esto lleva a afirmar la corrección y conveniencia constitucional de que ciertos preceptos de la LDV sean desplazables —por propia decisión del Estado— por leyes autonómicas de vivienda, en relación con aquellas sub-materias de la vivienda en las que los estatutos de autonomía han afirmado expresamente su carácter exclusivo. Pues si bien en esas sub-materias el Estado aún puede hacer un pleno despliegue de sus competencias (sobre legislación civil, bases y coordinación de la economía o condiciones básicas para la igualación de derechos constitucionales), el bloque de la constitucionalidad indica que se trata de un aspecto de la vivienda con un *alto grado de interiorización autonómica*, con lo que un ejercicio máximo, exhaustivo y uniforme de la competencia estatal podría resultar desproporcionado (si no está apoyado en otros bienes, valores o principios constitucionales primarios). El posible reproche de desproporción en el ejercicio de la competencia estatal se neutraliza mediante la previsión expresa de posibles desplazamientos aplicativos de la propia norma estatal.

58. Aclarada ya la conformidad constitucional de algunas normas estatales supletorias, en la LDV se pueden identificar algunos tipos diferenciables: Hay, en primer lugar, *normas supletorias puras*. Esto es, normas de la LDV que son eficaces en todas las comunidades autónomas desde la entrada en vigor de la ley, pero que son desplazables por las leyes autonómicas (anteriores o posteriores a la LDV). Es el caso del art. 3 LDV que contiene todas las definiciones de la LDV y de las que dice que “cuando entren en contradicción con las reguladas por las administraciones competentes en materia de vivienda (...) prevalecerán aquéllas”. Sin duda que una norma como la mencionada ha de ser interpretada de forma restrictiva, pues en otro caso el conjunto de la LDV sería inaplicable con sólo fijar un catálogo de conceptos normativos distintos a los contenidos en el art. 3 LDV. En este sentido, se puede entender que una norma autonómica puede definir de forma parcialmente distinta el concepto de “gran tenedor” de vivienda (art. 3 k LDV), pero esa divergencia no puede transformar o eliminar el concepto mismo de “gran tenedor” que expresa la LDV. Así, por ejemplo, se puede entender que una comunidad autónoma puede calificar como “gran tenedor” al propietario de cinco inmuebles (en lugar de los diez a los que se refiere el art. 3 k LDV). Pero una reducción por debajo de esa cifra no sería una adecuación del concepto general, sino una regulación alternativa a la de la LDV. Algo similar ocurre con el art. 16 LDV, que establece los principios de la vivienda protegida. Esos principios son, en realidad, la elevación a ley estatal de previos principios y criterios contenidos en las leyes autonómicas sobre vivienda protegida. Ahora, la LDV generaliza esos criterios y principios para todas las comunidades autónomas. Pero sólo lo hace de forma supletoria, declarando expresamente como prevalentes “las condiciones y requisitos establecidos por la normativa de ámbito autonómico o municipal”.

59. En segundo lugar, en la LDV hay algunas normas con *eficacia supletoria diferida*. Esto es, normas estatales con eficacia supletoria no inmediata, sino pospuesta en el tiempo, para así dar margen temporal para que cada comunidad autónoma pueda evitar por completo la eficacia de la norma estatal. Ejemplo de lo dicho es la DT 2ª.1 LDV, según la cual “transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta ley sin que las Administraciones territoriales competentes hayan establecido marcos temporales y metas específicas [para el parque de viviendas destinado a políticas sociales], se establece como referencia general el compromiso de alcanzar, en el plazo de 20 años, un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 20 por ciento respecto al total de hogares que residen en aquellos municipios en los que se hayan declarado zonas de mercado residencial tensionado”. Si bien se trata de una norma poco trascendente en la práctica, se observa aquí que esta norma puede no ser nunca eficaz en algunas comunidades: en aquellas que, antes de un año, aprueben sus propios objetivos.

## 2.5. Normas subjetivadoras de normas autonómicas

60. Son muchas las normas de la LDV con escaso contenido prescriptivo, porque *remiten casi por completo* a la legislación (autonómica) de vivienda. Cuando esas normas definen facultades o deberes de los ciudadanos (como los arts. 8 y 9 LDV), o cuando proclaman como derecho de los propietarios de vivienda la realización de las “obras de conservación, rehabilitación, accesibilidad universal, ampliación o mejora” reguladas en las leyes urbanísticas y edificatorias (art. 10.1 c) LDV), se puede entender que el verdadero sentido de la norma estatal es *subjetivar el contenido prescriptivo* de la ley autonómica. Esto es, si bien los arts. 8, 9 y 10.1 LDV no definen con una mínima precisión e inmediatez el contenido de los derechos y deberes que enuncian (porque esta labor se remite a la legislación de vivienda, urbanística o edificatoria) sí queda establecido que la regulación legal autonómica dará contenido a verdaderos *derechos subjetivos*, que por tanto podrán ser ejercicios directamente por los ciudadanos ante los tribunales (art. 25.1 LJCA).

## 2.6. Normas autorizatorias

61. Una parte esencial de la LDV, la que regula los alquileres en las zonas de mercado residencial tensionado (ZMRT), es formalmente eficaz desde la publicación de la ley, pero su *eficacia real* depende de que cada comunidad autónoma (o los municipios de la comunidad, si así lo establece la ley autonómica) decida aplicarla a alguna concreta zona de la ciudad. En este sentido, la LDV es únicamente autorizatoria para la declaración de ZMRT.

62. En esta regulación, la LDV no define un supuesto de hecho (la existencia de una ZMRT) que, cuando se cumple, debe llevar a una declaración administrativa (autonómica o municipal). Más bien, la LDV *autoriza* a cada comunidad autónoma (o, en su caso, si así lo establecen las leyes autonómicas, a los municipios) para que, cuando se den las circunstancias del art. 18.3 LDV, se declare la ZMRT y consecuentemente se limiten las rentas de alquiler. En este sentido, la LDV no promueve directamente el acceso a una vivienda digna y adecuada:  *cubre el déficit competencial* de las comunidades autónomas (previamente declarado en la STC 37/2022, FJ 4) permitiéndoles hacer, con algunos límites concretos, aquello que *mutu proprio* no podían decidir las autoridades autonómicas, por corresponder a la competencia estatal sobre legislación civil. Esta autorización de intervención autonómica no es plena, sino condicionada: aunque no obliga a las comunidades autónomas a intervenir, en el caso de que una comunidad efectivamente decida intervenir en los precios de los alquileres ha de hacerlo *necesariamente* en la forma que regula el art. 18.2 LDV<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Juli PONCE SOLÉ, *Estudio sobre las novedades jurídicas de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda*, Barcelona, pp. 1-16 (p.8)

63. Dado que esta regulación de la LDV contiene normas sobre obligaciones contractuales al amparo del art. 149.1.8 CE, la introducción de *formas alternativas* de regulación de las rentas de los arrendamientos de vivienda por una comunidad autónoma sería inconstitucional, por contradicción directa de la LDV y, mediatamente, del art. 149.1.8 CE.

64. Si bien *prima facie* las reglas procedimentales para la declaración de ZMRT están directamente vinculadas a la relación contractual entre arrendador y arrendatario, lo cierto es que tales reglas procedimentales no regulan por sí la relación arrendaticia, sino la declaración de ZMRT. En esa medida, siguiendo un criterio jurisprudencial estable (desde la STC 227/1988, FJ 32, hasta hoy: SSTC 53/2017, FJ 3 y 113/2019, FJ 4) la *regulación procedimental* corresponde por principio a las comunidades autónomas, en tanto que competentes en exclusiva sobre vivienda. Ello no obstante, mirando con atención las reglas procedimentales del art. 18.2 LDV se comprueba que, en puridad, son simples *modulaciones* de las reglas generales de la LPAC (informes, audiencia, motivación, etc.) que según se dijo ya más arriba (*supra* § 43) pueden tener cobertura competencial en el art. 149.1.18 CE.

65. La LDV también contiene *autorizaciones urbanísticas* dirigidas a los ayuntamientos. Así, el art. 15.1 a) 1 LDV autoriza inmediatamente a los *ayuntamientos* para que en sus planes urbanísticos califiquen la vivienda dotacional pública como un tipo de uso posible en cualquier suelo con destino dotacional. Al incluirse esta autorización directamente en la LDV, el plan urbanístico municipal puede eludir posibles regulaciones autonómicas más restrictivas del uso dotacional público. La autorización legal comentada también permite que el planeamiento de desarrollo obvie posibles restricciones a los usos dotacionales contenidas en el planeamiento urbanístico general (que en este punto habría quedado simplemente derogado por la LDV). Un segundo ejemplo de autorización urbanística a favor de los ayuntamientos la tenemos en el art. 17.3 LDV, que permite directamente que los planes urbanísticos municipales aumenten la edificabilidad de edificios (o un cambio de uso de estos) para la generación de vivienda asequible en régimen de alquiler temporal.

## 2.7. Mandatos a comunidades autónomas y municipios

66. La LDV contiene, sobre todo en sus normas de contenido urbanístico, mandatos más o menos laxos a comunidades autónomas y municipios. Así, por ejemplo, el art. 15.3 LDV impone a la legislación urbanística autonómica el equilibrio de usos en los entornos residenciales. En puridad, este mandato no difiere del ya contenido en el actual art. 3.3 TRLSRU 2015. También el art. 15.1 b) LDV impone al planificador urbanístico la diversidad de viviendas y alojamientos adaptadas a las diferentes formas de convivencia. Finalmente, el art. 29.1 LDV, al regular el destino de los parques públicos de vivienda se refiere a “las personas y hogares con mayores dificultades para acceder a una vivienda en el mercado”, si bien la concreción de ese grupo de personas corresponde a “la legislación específica y demás normativa de

aplicación”, que lógicamente es autonómica. Todas estas son normas principales que admiten muchos niveles de cumplimiento<sup>47</sup>. Otros mandatos urbanísticos son *más concretos*. Por ejemplo, el art. 15.1 e) LDV obliga a los ayuntamientos con ZMRT ya declaradas a destinar *sine qua non* las cesiones obligatorias de aprovechamiento urbanístico a vivienda dotacional o social.

67. La legitimidad competencial de todos estos mandatos estatales no es uniforme. Los *mandatos principales* a comunidades autónomas y municipios pueden considerarse, con las cautelas y reservas que se hicieron antes (*supra* § 39) “condiciones básicas” para la igualdad en el disfrute del derecho de propiedad o a la vivienda (art. 149.1.1 CE, en relación con los arts. 33.1 y 47 CE). Más difícil es identificar el título competencial estatal que ampare el deber municipal de destinar las cesiones obligatorias de aprovechamiento a, necesariamente, el uso de vivienda dotacional.

68. Gran parte de los mandatos mencionados, dirigidos directamente a los ayuntamientos, regulan la actuación planificadora urbanística *per saltum*, al margen de la legislación urbanística autonómica. Con todo, ello no impide que las leyes urbanísticas autonómicas regulen el cumplimiento de los mandatos de la LDV, y en la misma medida introduzcan reglas complementarias. Pues el hecho de que el Estado pueda incidir sobre el planeamiento urbanístico (mediante “condiciones básicas” encaminadas a garantizar la igualdad en los derechos de propiedad y de acceso a la vivienda en toda España), y que las comunidades autónomas deban respetar esos límites o condiciones estatales, no les impide una *regulación propiamente urbanística*, al amparo de sus competencias exclusivas sobre urbanismo.

## 2.8. Normas excluyentes de la actuación autonómica o local

69. Finalmente, la LDV contiene normas que regulan por completo determinados derechos, deberes o situaciones jurídicas, sin margen alguno para la intervención autonómica o local. Estas normas se corresponden normalmente con *títulos competenciales plenos* del Estado, como el de legislación procesal (art. 149.1.6 CE). Así, la regulación de la acción pública en materia de vivienda, solo para las personas jurídicas sin ánimo de lucro (art. 5 LDV), es claramente reconducible a la competencia procesal estatal (tendencialmente exclusiva). Y lo mismo se puede decir para la regulación de los lanzamientos judiciales de personas en situación o riesgo de exclusión social, donde se pauta con precisión la intervención de los servicios sociales autonómicos y, en su caso, municipales (DF 5ª LDV).

---

<sup>47</sup> Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “La vinculación de la Administración pública a la ley y al Derecho”, en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, pp. 133-152 (p. 139 § 17).

## BIBLIOGRAFÍA

- Marcos ALMEIDA CERRADA, “Lección 13. Las relaciones entre Administraciones públicas”, en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023.
- María Antonia ARIAS MARTINEZ, “Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 11 (2019), pp. 106-121.
- Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “La vinculación de la Administración pública a la ley y al Derecho”, en Francisco VELASCO CABALLERO y M. Mercè DARNACULLETA GARDELLA, *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2023, pp. 133-152.
- Berta BASTÚS RUÍZ, *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda*. Atelier, Barcelona, 2023.
- Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “Algunas reflexiones sobre la cuestión catalana”, en Joaquín URÍAS MARTÍNEZ y Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Cultura constitucional en Europa: encuentro hispalense en torno a la obra del profesor Pedro Cruz Villalón*, Universidad de Sevilla, 2022, pp. 173-200.
- Tomás FONT I LLOVET, “La Carta Municipal de Barcelona en la reforma del régimen local”, *Justicia Administrativa*, extraordinario 2000, pp. 231-242.
- Fernando GARCÍA RUBIO, “La limitación de precios privados por actividad administrativa. El caso de los precios de los alquileres de vivienda mediante decreto-ley”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 59 (2022), pp. 164-233 (pp. 169 y 178).
- Judith GIFREU y FONT, “Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 33 (2013), pp. 30-55.
- Javier GUILLÉN CARAMÉS, “Comentario al art. 149.1.13 CE”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II, BOE y Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 1331-1340.
- Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, *Administración pública y vivienda*, Revista de Derecho Urbanístico, Madrid, 2000.
- Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ, “Distribución competencial entre Estado, comunidades autónomas y entidades locales en materia de vivienda”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59 (2022), pp. 35-64.
- Fernando LÓPEZ RAMÓN, “El reconocimiento legal del derecho a disfrutar de una vivienda”, *Revista de Administración Pública*, núm. 212 (2020), pp. 297-308.
- Diego MARÍN-BARNUEVO FABO, “Ingresos locales”, en Francisco VELASCO CABALLERO, *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2021, pp. 356-387.
- Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *El deber de conservación: una construcción inacabada*, Iustel, Madrid, 2014.
- Germán ORÓN MORATAL, “Las viviendas desocupadas como objeto de medidas constrictivas”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9 (2016), pp. 175-2000.
- Juan PEMÁN GAVÍN, “Comentario al art. 149.1.1 CE”, en Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Emilia CASAS BAAMONDE, *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo II, BOE y Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 1212-1224.
- Juli PONCE SOLÉ, “La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 8 (2008), pp. 145-195.
- Juli PONCE SOLÉ, *Estudio sobre las novedades jurídicas de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda*, Barcelona, 2023, pp. 1-16.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Las garantías constitucionales de la propiedad y de la expropiación forzosa a los treinta años de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 177 (2008), pp. 157-194.

- Joaquín TORNOS MAS, “La lucha contra la despoblación en España. Marco normativo”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 56 (2021), pp. 55-83.
- Andrei QUINTIÁ, “Más allá del art. 47 CE: Derechos fundamentales y legislación autonómica para la protección del derecho a la vivienda de grupos sociales vulnerables”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 6 (2022), pp. 1156-157.
- Marcos VAQUER CABALLERÍA, “El proyecto de ley por el Derecho a la Vivienda y la Intervención Local en la materia”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 59 (2022), pp. 96-117.
- Francisco VELASCO CABALLERO, “La ponderación y el sistema competencial”, en Luis ORTEGA ÁLVAREZ y Susana DE LA SIERRA(Coord.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, pp. 135-158.
- Francisco VELASCO CABALLERO, *Derecho local. Sistema de fuentes*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2009.
- Carles VIVER I PI-SUNYER, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989.

## ARTIFICIAL INTELLIGENCE CHALLENGING CORE STATE FUNCTIONS. A FOCUS ON LAW-MAKING AND RULE-MAKING

Nicoletta Rangone\*

**ABSTRACT:** The use of AI in the public sector is emerging around the world and its spread affects the core States functions: the administrative, the judiciary, and the legislative. Nevertheless, a comprehensive approach to AI in the life-cycle of rules—from the proposal of a new rule to its implementation, monitoring and review—is currently lacking in the rich panorama of studies from different disciplines. The analysis shows that AI has the power to play a crucial role in the life-cycle of rules, by performing time-consuming tasks, increasing access to knowledge base, and enhancing the ability of institutions to draft effective rules and to declutter the regulatory stock. However, it is not without risks, ranging from discrimination, to challenges to democratic representation. In order to play a role in achieving law effectiveness while limiting the risks, a complementarity between human and AI should be reached both at the level of the AI architecture and ex post. Moreover, an incremental and experimental approach is suggested, as well as the elaboration of a general framework, to be tailored by each regulator to the specific features of its tasks, aimed at setting the rationale, the role, and adequate guardrails to AI in the life-cycle of rules. This agile approach would allow the AI revolution to display its benefits while preventing potential harms or side effects.

**KEYWORD:** artificial intelligence, regulation, legislation, impact assessment, simplification, consultation

**SUMMARY:** 1. TRANSFORMING PUBLIC SECTOR GOVERNANCE: THE MULTIFACED IMPACT OF AI ON ADMINISTRATIVE, JUDICIAL, AND LEGISLATIVE FUNCTIONS.— 2. DIGITALISATION AND AI FOR DRAFTING LEGISLATION AND REGULATION.— 3. ENCODING A RULE WHILE IT IS BEING DRAFTED AND ADJUDICATION BY AI.— 4. IS THERE A ROOM FOR AI SETTING RULES?— 5. AI FOR CONSULTATIONS.— 6. WHAT DIGITISATION AND AI CAN DO FOR IMPACT ASSESSMENT?— 7. AI AND

---

\* The author is Professor of Administrative Law, LUMSA University, Roma, and Jean Monnet Professor on EU approach to Better Regulation. Paper presented at the Symposium *Public Administration and the EU Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence*, Barcelona, September 18-19, 2023.

THE REGULATORU STOCK REVIEW— 8. THE NEED FOR A TAILORED AND AGILE FRAMEWORK FOR AI IN THE LIFE-CYCLE OF RULES.— 9. BIBLIOGRAHY

## 1. TRANSFORMING PUBLIC SECTOR GOVERNANCE: THE MULTIFACETED IMPACT OF AI ON ADMINISTRATIVE, JUDICIAL, AND LEGISLATIVE FUNCTIONS

The use of artificial intelligence-AI in the public sector is emerging around the world and its spread affects the core States functions: the administrative, the judiciary, and the legislative<sup>1</sup>.

Early examples concern the administrative function. The most popular applications deal with civil and criminal enforcement, allowing more effective and targeted controls in sensitive sectors, such as such as policing<sup>2</sup>, road controls<sup>3</sup>, fiscal controls<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Despite the worldwide ever-increasing recourse to AI systems in the public sector, a comprehensive mapping is lacking. For a tentative inventory, see European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, 2021 (<http://data.europa.eu/89h/7342ea15-fd4f-4184-9603-98bd87d8239a> accessed June 20, 2023), and Luca TANGI, Colin VAN NOORDT, Marco COMBETTO, Dietmar GATTWINKEL and Francesco PIGNATELLI, *AI Watch. European landscape on the use of Artificial Intelligence by the Public Sector*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022. On OECD countries see Jaime BERRYHILL *et al.*, Hello, World: Artificial intelligence and its use in the public sector, in *OECD Working Papers on Public Governance*, n. 36/2019, OECD Publishing, Paris, and chapter 1, OECD, *OECD Regulatory Policy Outlook 2021*, 2021, OECD Publishing, Paris. In the US, according to the Executive Order 13960/2020 (*Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government*) federal agencies should publish inventories of non-classified and non-sensitive use cases of AI; according to the first annual inventories (<https://www.ai.gov/ai-use-case-inventories/>, accessed September 20, 2023), AI uses in the federal government in 2022 were more than 1,100 (*Are government decisions being made by AI? Lawmakers want to mandate disclosure*, NextGov, June 9, 2023 <https://www.nextgov.com/emerging-tech/2023/06/are-government-decisions-being-made-ai-lawmakers-want-mandate-disclosure/387373/> accessed September 20, 2023). For the most comprehensive analysis to date, see David Freeman ENGSTROM, Daniel E. HO, Cathrine M. SHARKEY, Mariano-Florentino CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, Report submitted to the Administrative Conference of the United States, 2020.

<sup>2</sup> In Germany, the State Criminal Police Office of North Rhine-Westphalia has been using the “Skala” software since 2015: once a week the system provides maps showing residential districts with a high probability of burglary based on past experience (European Commission, Joint Research Centre, *Selected AI cases in the public sector*, cit.).

<sup>3</sup> In Netherlands, a service under the Ministry of Water and Infrastructure Management deploys a machine learning for road accident prediction, based on data from incidents recorded between 2012 and 2016, road characteristics, speed and flow traffic data and weather data (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.).

<sup>4</sup> A supervised deep mining algorithm is used in France in order to detect fraud with value declarations (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.). In Latvia, the State Revenue Service automatically verify the submitted declarations (<https://www.vid.gov.lv/en/electronic-declaration-system>); a similar approach has been embraced by the Italian Revenue Agency (2023-2025 agreement between the Ministry for economic and finance and the Agenzia delle entrate, 2023), as well as by the Italian institute for social security-INPS (“Intelligenza artificiale e amministrazioni centrali”, Report 4, 2022, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2022, p. 261-274).

social benefit checks<sup>5</sup>, occupational safety<sup>6</sup>, food safety<sup>7</sup>, public procurement<sup>8</sup>, competition public enforcement<sup>9</sup>. Moreover, adjudication by or with the support of AI is increasing in many fields. For instance, workplace allocations to teachers according to their ranking level<sup>10</sup>, or subsidy grants<sup>11</sup>. AI is also improving administration of services, such as the numerous applications of so-called smart cities<sup>12</sup>. In addition, promising experiments promote a public administration which is collaborative towards citizens and firms. For instance, AI detects people who are eligible for benefits<sup>13</sup>, signals any risks of infringement in order to support compliance<sup>14</sup>, or identifies and communicates “with parties that may be affected by new or altered rules”<sup>15</sup>.

<sup>5</sup> In UK, a predictive system (no longer operational) was used in Hackney County to identify children and families vulnerable and at risk of child abuse, leveraging on data such as school attendance, housing information, economic indicators. The system was heavily criticized because of the lack of transparency over the risks indicators and the people involved (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.). See also footnote 75.

<sup>6</sup> For AI in managing occupational safety and health inspections in construction sites in Lombardy Region (Italy), see OECD, *DataDriven, InformationEnabled Regulatory Delivery*, OECD Publishing, Paris, 2021, p. 14 ff.

<sup>7</sup> Since November 2019, the French Ministry of Agriculture use AI to target restaurant for health inspections (IALim), leveraging on consumer feedback on online notification websites (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.). In Lombardy Region (Italy), AI help in developing risk-based classification of food establishment leveraging on data such as positive/negative audit outcomes, resolution of previous nonconformities, or propensity for compliance (Alessio VIGNA, “Modello di classificazione in base al rischio. Revisione dei metodi di pianificazione dei controlli ufficiali per la sicurezza alimentare in Lombardia”, in *Rassegna dell'Osservatorio AIR*, n. 3, 2023).

<sup>8</sup> For instance, machine learning can analyse data published on Tenders Electronic Daily-TED (the online version of the ‘Supplement to the Official Journal’ of the EU) and launch alerts when some risk indicator occur, e.g. short tender periods, limited number of proposals or contracts awarded competitively, large discrepancies between award value and contract amount (Alberto SANCHEZ-GRAELLS, *Data-driven and digital procurement governance: Revisiting two well-known elephant tales*, in *Communications Law - Journal of Computer, Media and Telecommunications Law*, vol. 24, n. 4, 2019, p. 157 ff.).

<sup>9</sup> Cary COGLIANESE and Alicia LAY, Antitrust by algorithm, in *Stanford Computational Antitrust*, vol. 2, 2022, p. 1 ss.

<sup>10</sup> In Italy, algorithm malfunction in the assignment of school substitutes (art. 12, Order of the Italian Ministry of education, May 6, 2022) led to litigations (e.g. Rome tribunal, sezione lavoro, judgment n. 1463/2023).

<sup>11</sup> For instance, the Slovenian “E-Sociala” optimise social benefits allocation and allow citizens to calculate their social rights (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.).

<sup>12</sup> For instance, real time monitoring of traffic flow; information to consumers on the density of people in a given area of a city, or on a hazard on the street; automatic control of low-emission vehicle access to urban restricted areas (for Italian application see Report 3/2022 - *Smart cities e intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2022, p. 253-259).

<sup>13</sup> In a Barcelona trial, IA identifies families eligible for a public benefits, informs them of their status with an SMS, and sends a link to accept the benefit (Juli PONCE SOLÉ, *De como la calidad normativa y los sistemas algorítmicos, unidos a las aportaciones conductuales, pueden contribuir a la buena administración: a propósito del estudio El impacto de los trámites administrativos en el acceso a las prestaciones sociales. Una perspectiva conductual – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial*, ([wordpress.com](https://www.wordpress.com)) June 3, 2022.

<sup>14</sup> “GISA Self-assessment” is an open source digital service provided to firms working in the food and veterinary areas by the Campania Region (Italy), allowing an algorithmic calculation of firms’

Footnote 15 in next page.

As for the judiciary function, AI can both replace human judges, or (more likely)<sup>16</sup> support them. Examples of technical help are advanced case-law search engines<sup>17</sup>, speech-to-text applications<sup>18</sup>, and texts pseudonymization<sup>19</sup>.

What about AI in legislative and regulatory functions?

The applications of AI in the life-cycle of rules, from the drafting of new rules to the retrospective review of existing regulation, might appear less obvious. However, they are certainly no less promising and sensitive than those affecting other State functions<sup>20</sup>. Moreover, AI for regulatory and legislative functions presents a distinctive set of features that deserve to be classified.

A comprehensive approach to the life-cycle of rules is currently lacking in the rich panorama of studies dealing with AI in the public sector from a wide range of disciplinary perspectives, such as philosophy, drafting, legimatics, parliamentary law, administrative law, constitutional law, regulation, law & economics, political science, computer science, informatics. Some of these deal with the different phases of the the life-cycle of rules. There are some overlapping interests, but scholars hardly quote each other, which suggests that they rarely read each other's work. The example of drafting and regulation is emblematic: both approach machine processable rules from different points of view (the former analyzing the challenges posed to legislative drafting, and the latter the advantages and risks of automatic adjudication). Other phases tend to remain in the shadows, for instance, AI for *ex ante* impact assessment.

The paper proposes a comprehensive analysis of AI in law and the regulation life-cycle. From the proposal of a new rule to its implementation, monitoring and review, all these phases raise distinctive challenges and are approached with a dedicated analysis. It also claims that a reciprocal enrichment (if not a cross disciplinary

---

risk level (Germana COLARUSSO and Cinzia MATONTI, "GISA Autovalutazione: un servizio digitale per la compliance volontaria in sicurezza alimentare e sanità pubblica veterinaria", in *Rassegna dell'Osservatorio AIR*, n. 3, 2023).

<sup>15</sup> Cary COGLIANESE, "E-rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process: New Directions in Digital Government Research", in *Administrative Law Review*, Vol. 56. N. 2, 2004, 353 FF.

<sup>16</sup> John MORISON and Adam HARKENS, Re-engineering Justice? Robot Judges, Computerised Courts and (Semi) Automated Legal Decision-Making, in *Legal Studies*, vol. 39, n. 4, 2019, pp. 618-635 (p. 634-635). See also Barbara MARCHETTI, "Giustizia amministrativa e transizione digitale. Spunti per riflettere su un futuro non troppo lontano", in Margherita RAMAJOLI (ed.), *Una giustizia artificiale?*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 59-90.

<sup>17</sup> European Commission for the efficiency of justice-CEPEJ, *European ethical charter on the use of artificial intelligence in judicial system and their environment*, 2019.

<sup>18</sup> Cinara ROCHA and João CARVALHO, "Artificial intelligence in the judiciary: uses and threats", in *CEUR Workshop Proceedings*, 2022.

<sup>19</sup> It is currently experimented by the Court of Cassation and the Ministry of Justice, in France, and by the Tribunal of Genoa, in Italy (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.).

<sup>20</sup> Nicoletta RANGONE, "A Regulatory Reboot Cannot Neglect Artificial Intelligence", in *The Regulatory Review. University of Pennsylvania*, December 15, 2022.

doctrinal discourse)<sup>21</sup> is crucial in order to support public authorities in dealing with legislative and regulatory processes reshaped by AI.

What above builds on some of the studies mentioned and on numerous concrete examples, in order to suggest an original approach grounded on previous works of effective administrative law<sup>22</sup>. The latter is seeking rules and implementing decisions with the capacity to achieve regulatory goals while minimising regulatory burdens and avoiding unwanted effects<sup>23</sup>. This approach leads to a juridical system, which support compliance and feed trust, respectively, a characteristic and an essential element of effective laws<sup>24</sup>. AI can be considered a new tool in building an effective administrative law, by performing time-consuming tasks, increasing access to knowledge base, allowing fine-tuning interventions, both in enforcement controls and in identifying people who is eligible for support. AI is also a technological support capable of amplifying the effectiveness of better regulation tools (such as consultation, impact assessment, and stock review), thus improving the effectiveness of rules. At the same time, however, the effectiveness of laws and regulations is also challenged by AI.

The paper is structured as follows. It begins by addressing the potential benefits and risks of drafting a law or regulation with the support of AI (Para. 2). Next, it analyses the implication of machine processable rules and adjudication by AI (Para. 3). Then it approaches the key question of whether AI can actually act as legislator or regulator (Para. 4). In the following paragraphs, the paper critically addresses the role of AI in improving better regulation tools: consultation (Para. 5), *ex ante* impact assessment (Para. 6), *ex post* evaluation (Para 7). It emerges that AI has the power to play a crucial role in the life-cycle of rules, but is not without risks, ranging from

---

<sup>21</sup> Such as the one “developed around, for instance, the legal obligation to provide a meaningful explanation on the one hand and ‘explainable machine learning’ on the other, often co-authored by lawyers, computer scientists and philosophers” (Mireille HILDEBRANDT, “Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past”, in Simon DEAKIN and Christopher MARKOU (eds.), *Is law computable? Critical perspectives on law and artificial intelligence*, Hart Publishing, Oxford, New York, Dublin, 2020, chapter 3, p. 82-83).

<sup>22</sup> “The administrative game is being played on a field identified by public policies and delimited primarily by countless *rules*, i.e., provisions that directly affect the organisation or activity of the end-users. However, the *legislation* (composed by rules and principles) is drafted in an approximate or non-transparent manner, is often unenforceable, is designed without regard to organisational data, is unenforced, generates elusive behaviour, is characterised by violations that are not adequately counteracted by the planned controls, and produces undesirable effects. *Administrative decisions* (which implement the rules) are frequently delayed, defensive, poorly motivated, challenged, sometimes perceived as unfair, or as too weak, sometimes not implemented even when the enforcement order comes from a judge. In short, the lack of effectiveness is the current stumbling stone of administrative law” (Guido CORSO, Maria DE BENEDETTO, Nicoletta RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 19, the translation is ours).

<sup>23</sup> Maria MOUSMOUTI (*Designing Effective Legislation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-UK, Northampton-USA, 2019) splits this definition into three concepts: efficacy (capacity to contribute to the policy goals and values), effectiveness (capacity to bring results) and efficiency (minimum costs for maximum benefits).

<sup>24</sup> Marco D’ALBERTI, “Prefazione”, in Guido CORSO, Maria DE BENEDETTO, Nicoletta RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, cit., p. 15-17.

discrimination to challenges to democratic representation. In order to play a role in achieving law effectiveness while limiting the risks, this complementarity should be implemented both at the level of the AI architecture (by clearly set tasks and roles), and ex post (by allowing a complete human control of each analysis and regular evaluations of outputs). Moreover, an *incremental and experimental* approach is suggested, as well as the elaboration of a *general framework*, to be *tailored by each regulator* to the specific features of its tasks, aimed at setting the rationale, the role, and adequate guardrails to AI in the life-cycle of rules (Para. 8).

## 2. DIGITALISATION AND AI FOR DRAFTING LEGISLATION AND REGULATION

Legislative drafting, traditionally viewed as a mere skill<sup>25</sup>, is now qualified as a new sub-discipline of law devoted to “the process of constructing a text of legislation”<sup>26</sup>.

The body of literature approaching the computer-based drafting system goes under the name of “legimatics”<sup>27</sup> and encompasses legal drafters and informatics<sup>28</sup>. An emerging field of LegalTech deals with technologies applied in the field of (public and private) law<sup>29</sup>. In these frameworks, automated or semi-automated drafting simplify complex but repetitive drafters’ tasks, improve the way a rule is constructed<sup>30</sup> and is available digitally<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> “Legislative technique: a craft to be valued” is the title of a special issue published in *Il Foro italiano*, 1985, V, 282 ss.

<sup>26</sup> “A new sub-discipline of law is born. It has a theoretical basis in phronetic legislative drafting. It has its principles and values in the hierarchy depicted in the pyramid of values. It has a goal in effectiveness of legislation. And it has recognised tools to achieve that goal” (Helen XANTHAKI, “Legislative drafting: a new sub-discipline of law is born”, in *IALS Student Law Review*, Vol. 1, Issue 1, 2013, pp. 57-70, p. 57).

<sup>27</sup> Wim J.M. VOERMANS, Wolmoed FOKKEMA, Remco VAN WLJK, “Free the Legislative Process of its Paper Chains: IT-inspired Redesign of The Legislative Procedure Cycle”, in *The Loophole*, January, 2012, pp. 54-73 (p. 58). On the need for drafters to cooperate with IT experts, see Giuseppe Ugo RESCIGNO, Relazione di sintesi; Atti del Seminario: Fonti, tecniche legislative, fattibilità, implementazione delle leggi e sistemi informativi, in *Quaderni a cura del servizio studi legislativi e promozione culturale dell’Assemblea regionale siciliana*, 28, 1990, pp. 753-754.

<sup>28</sup> Wim J.M. VOERMANS, Wolmoed FOKKEMA, Remco VAN WLJK, “Free the Legislative Process of its Paper Chains: IT-inspired Redesign of The Legislative Procedure Cycle”, cit., p. 59.

<sup>29</sup> LegalTech “draws on (i) advances in IT, (ii) progress in the study of the theory of law, (iii) the use of standards, (iv) understanding the business of lawmaking, and (v) the recognition of the need to consider the broader ethical and legal implications early on” (Monica PALMIRANI, Fabio VITALI, Willy VAN PUymbroEck, Fernando Nubla DURANGO, *Legal drafting in the era of artificial intelligence and digitization*. Study commissioned by the EC, Directorate-General for Informatics Solutions for Legislation, Policy & HR, Brussels, 2022, p. 16, <https://joinup.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/solution/leos-open-source-software-editing-legislation/document/drafting-legislation-era-ai-and-digitisation>).

<sup>30</sup> “The process of writing a rule can be laborious, especially if it contains many parts or addresses complex problems. In addition, writing a rule often involve inputs from a number of staff members

Footnote 31 in next page

In the last twenty years, the digitalisation of legislative sources has emerged<sup>32</sup>. Technologies supporting legislative drafting are now endorsed by the digital ready principle, introduced by the better regulation agenda of the European Union<sup>33</sup>, and many regulators and legislators around the world are using or experimenting with it<sup>34</sup>. For instance, the legislative drafting system SOLON translates into an algorithm 254 drafting guidelines of the Flemish government<sup>35</sup>. The European Commission has developed the software LEOS (Legislation Editing Open Software), which addresses the need to generate draft legislation in a legal XML format, thus facilitating the editing or reviewing of legislative texts, as well as supporting “interoperability between European institutions”<sup>36</sup>. The European Parliament has launched an open access advanced management amendment tool offered in open access (AT4AM)<sup>37</sup>. In Italy, the Parliament is experimenting with an algorithmic tool intended to support its amendment-writing activity;<sup>38</sup> UK and Scottish Parliaments and Governments

---

from different professional backgrounds (e.g., lawyers, engineers, economists, and enforcement staff). Style-checking software, templates, and collaborative drafting tools are among the IT tool relevant to this task” (Cary COGLIANESE, “E-rulemaking Information Technology and Regulatory Policy”, in cit., p. 390).

<sup>31</sup> Elena GRIGLIO and Carlo MARCHETTI, “La ‘specialità’ delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all’esperienza del Senato italiano”, in *Osservatorio delle fonti*, n. 3, 2022, pp. 361-386, p. 369.

<sup>32</sup> “Several official journals, national archives, and parliaments have sought to manage legal sources within legal corpora with the use of technologies like databases, XML, RDFmetadata, and logic formulas” (Monica PALMIRANI, Fabio VITALI, Willy VAN PUymbROECK, Fernando Nubla DURANGO, *Legal drafting in the era of artificial intelligence and digitization*, cit., p. 13).

<sup>33</sup> In this document, the ‘digital by default’ is promoted in forthcoming EU legislation “as an important tool to support digital transformation” (European Commission, *Better regulation: Joining forces to make better laws*, COM/2021/219 final). This approach is in line with the 2030 Digital Compass Communication (2030 *Digital Compass: the European way for the Digital Decade*, COM(2021) 118), and has been developed by the Better Regulation Toolbox 2021 (Tool 28, “Digital ready policy-making”).

<sup>34</sup> In 2021, one out of three parliamentary chambers at a global level (forty-nine per cent of 116 parliaments in 91 countries) “had systems for managing legislative text in digital format as it moves through deliberations” (Interparliamentary Union, *World e-Parliament Report 2020*, p. 5 and 52).

<sup>35</sup> Stijn DEBAENE, Raf VAN KUYCK and Bea VAN BUGGENHOUT, “Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System”, in *Information and Communication Technology Law*, vol. 9, issue 2, 2000, pp. 149-159. In the Netherlands, the Legislative Design and Advisory system (LEDA) alerts drafters and draws attention to relevant directives for drafting rules, for instance providing “information in the form of model clauses to be considered, advice on structure, help for definitions” (Wim VOERMANS, Wolmoed FOKKEMA, Remco VAN WIJK, “Free the Legislative Process of its Paper Chains: IT-inspired Redesign of The Legislative Procedure Cycle”, cit., p. 61).

<sup>36</sup> <https://joinup.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/solution/leos-open-source-software-editing-legislation/release/330> (accessed June 13, 2023).

<sup>37</sup> Elena GRIGLIO and Carlo MARCHETTI, “La “specialità” delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all’esperienza del Senato italiano”, cit., p. 371.

<sup>38</sup> “This system allows the user to directly edit the text of the provision and obtain the corresponding amendment proposal structured in the form of an amendment, according to the rules of technical drafting of legislative texts” (Laura TAFANI, “A Legislative Drafter’s Perspective”, in *ChatGPT series*, April 13, 2023, <https://betterregulation.lumsa.it/chatgpt-essay-series-legislative-drafters-perspective>, accessed on June 29, 2023).

developed a tool (Lawmaker) which create amendments by editing a copy of the bill<sup>39</sup>.

While digitalisation plays a crucial supporting role, AI takes it a step further. For instance, language processing tools are able to help in achieving clear, compelling writing, from grammar and spelling, to style, tone and incorrect legal citations, through suggestions that are comprehensive, and help to communicate more effectively as intended<sup>40</sup>. In the US House of Representatives, computational text analysis supports politicians, administrative staff and citizens understand a proposal impact by tracking how amendments change legislation and the impact of proposed legislation to current law<sup>41</sup>.

Recent advancements in AI might improve the supportive role and get closer to the core writing tasks, while at the same time challenging regulators and legislators. For instance, Large Language Models-LLMs<sup>42</sup> can help decision-makers move from legal jargon to citizens narrative, thus improving readability and accessibility of rules, administrative decisions<sup>43</sup>, and all communication with the public (e.g. guidelines or websites)<sup>44</sup>. Paradoxically, this same technology is challenging the traditional system of parliamentary scrutiny by allowing one amendment to be multiplied into millions by small textual or punctuation changes<sup>45</sup>. At the same time, the solution is likely to come from AI: the Italian Senate is experimenting with a “text clustering algorithms” in order to detect “massive amendments”<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Matt LYNC, “Lawmaker – the new legislative drafting service of the UK and Scotland”, in *The Loophole*, n. 2, 2022, pp. 24-39 (p. 35).

<sup>40</sup> The already mentioned LEOS is currently piloting the use of AI to detect patterns, common errors, and good practices (<https://joinup.ec.europa.eu/interoperable-europe/leos>).

<sup>41</sup> The Select Committee on the Modernisation of Congress, Final Report n. 116-562, 2020, p. 72; see also Elena GRIGLIO and Carlo MARCHETTI, “La “specialità” delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all’esperienza del Senato italiano”, cit., p. 384 and 369.

<sup>42</sup> LLM, are also known as foundation models, forms the basis of many applications, such as Open AI’s ChatGPT, Microsoft’s Bing and many website chatbot (Ada Lovelace Institute, *Explainer: what is a foundation model?*, July 17, 2023).

<sup>43</sup> For instance, AI can monitor the clarity of tendering documents in order to “decrease the risk of bidders misunderstanding the tender material” and thus “lowering the total cost of the bid” (Deloitte, *Study on up-take of emerging technologies in public procurement*, DG GROW G.4, Final Report, February 2020, p. 15).

<sup>44</sup> Generative AI can improve public authorities’ communication with the public, from legalese jargon to a more accessible voice tone or style (FCW, May 17, 2023 ([Federal CIO says IDEA Act guidance coming this summer - FCW](#)). In Spain, the “060 Service” (a contact point for all information concerning the services provided by the public administrations) uses Natural Language Processing to answer frequently asked questions and to “translate” legalese into plain language (European Commission, JRC, Selected AI cases in the public sector, cit.).

<sup>45</sup> For instance, “in 2016, AI was tested during the 17th legislature of the Italian Senate (with disruptive effects) for the production of amendments to the so-called ‘Renzi-Boschi’ constitutional reform (A.S. no. 1429): two senators of the ‘Northern League’ presented approximately 82 million amendments produced on the basis of an algorithm capable of almost endlessly processing textual modification proposals of the bill” (Laura TAFANI, “A Legislative Drafter’s Perspective”, in *ChatGPT series*, cit.).

<sup>46</sup> Tommaso AGNOLONI, Carlo MARCHETTI, Roberto BATTISTONI, Giuseppe BRIOTTI, Clustering Similar Amendments at the Italian Senate, paper presented at the 13th Edition of its Lan-

To conclude, digitalisation requires careful human supervision, since rule-making and law-making are not a simple implementation of drafting rules, but an open process in which the drafter “weighs different possible solutions in view of their relative appropriateness”<sup>47</sup>. Human supervision is all the more important when drafting moves to AI, since the recourse to this technology must respect the democratic separation of powers<sup>48</sup>, ensure the correct interpretation of the law translated into plain language, citizens narrative, or into a code, and avoid codified rules which result in discrimination (as will be articulated in the following paragraph).

### 3. ENCODING A RULE WHILE IT IS BEING DRAFTED AND ADJUDICATION BY AI

The digital ready principle, endorsed by the European institutions, is a developed reality in some countries<sup>49</sup>. The related concept of machine processable rules (or law as code)<sup>50</sup>, which arises in the legimatics<sup>51</sup> and LegalTech<sup>52</sup> frameworks, could open

---

guage Resources and Evaluation Conference of the European Language Resources Association, Marseille 2022. According to the World e-Parliament Report 2020 (cit.), in 2021 6% Parliaments worldwide were using AI-based technologies (p. 5 and 56) and the percentage is increasing rapidly. For instance, AI-based voice recognition systems “is on the threshold of becoming a standard tool in drafting” (Daniel LOVRIC, *The future of legislative drafting*, Paper for Canadian Institute for the Administration of Justice-CIAJ Legislative Drafting Conference, 8-9 September 2022, Ottawa, p. 5: [https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2022/10/ld266\\_daniel-lovric\\_the-future-of-legislative-drafting-a-strategic-approach.pdf?id=15558&1683405114](https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2022/10/ld266_daniel-lovric_the-future-of-legislative-drafting-a-strategic-approach.pdf?id=15558&1683405114)); it is used in Italy (Elena GRIGLIO and Carlo MARCHETTI, “La “specialità” delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all’esperienza del Senato Italiano”, cit., p. 379) and in Estonia to increase the accuracy of transcripts and changing traditional time-consuming stenographic work into a supervisory task (see <https://www.riigikogu.ee/en/press-releases/others/the-riigikogu-has-a-new-system-for-making-verbatim-reports/>, accessed June 17, 2023, quoted by the European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit.).

<sup>47</sup> See Wim VOERMANS (“Computer-assisted legislative drafting in the Netherlands: the LEDA system”, 2019, in <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/07/Voermans-Legimatics.pdf>), whose reasoning referred to law-making can be applied to rule-making also.

<sup>48</sup> “The rule of law implies that neither the legislature nor public administration get the last word on the meaning (the interpretation and application) of the law. Judgment is reserved for the courts. What if legislation is translated into computer code, that is, disambiguated, and what if at that very moment both its interpretation and application are de facto decided? What should courts decide if a legislature enacts law in the form of code? To what extent is the meaning of the law contestable in a court of law if the law has been disambiguated and caught in unbending rules that only allow for explicitly formulated (and formalised) exceptions? What if courts use the same software as the public prosecutor, or depend on the same legal technologies as Big Law?” (Mireille HILDEBRANDT, “Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past”, cit., p. 70).

<sup>49</sup> See, for instance, the Danish “Guidance on digital-ready legislation. On incorporating digitisation and implementation in the preparation of legislation” 2018 [Guidance on digital-ready legislation \(digst.dk\)](https://digst.dk), accessed in June, 16, 2023.

<sup>50</sup> “The idea with “rules as code” is that the government would make its single coded version available via an API [Application Programming Interface] to the public, including developers, not just those in government” (Matthew WADDINGTON, “Machine-consumable legislation: A legislative drafter’s perspective – Human v artificial intelligence”, in *The Loophole*, June 2019, pp. 22-52, p. 27).

Footnote 51 and 52 in next page

the door to a new era in which rules should preferably be written in a dual format, the traditional and the codified. This enables a computer to read the logic of a rule.

The rule as a code system has several advantages.

Firstly, the simplification embraced by this approach is positive in itself, since it requires clarity, precision, and plain language<sup>53</sup>. In other words, unclear terminology, unnecessary complex phrases, inconsistency among paragraph and sentences should be avoided<sup>54</sup>. Attaining rules with such characteristics is a substantial part of legislative drafting exercise<sup>55</sup> and an element of the better regulation approach<sup>56</sup>.

Secondly, rules as a code enhances drafting activities, by enabling an automated detection of inconsistencies or incompatibilities among rules<sup>57</sup>.

Thirdly, this benefits the consistency of new rules with the regulatory stock, facilitates impact assessment of new rules<sup>58</sup> and their *ex post* review ones<sup>59</sup> (as will be

<sup>51</sup> Leyman E. ALLEN and Charles S. SAXON, “Computer-Aided Normalizing and Unpacking: Some Interesting Machine-Processable Transformations of Legal Rules”, in Charles WALTER (ed.), *Computing Power and Legal Reasoning*, St. Paul: West Pub. Co., 1985, pp. 495-572 (p. 495 ss.).

<sup>52</sup> Monica PALMIRANI, Fabio VITALI, Willy VAN PUymbROECK, Fernando Nubla DURANGO, *Legal drafting in the era of artificial intelligence and digitization*, cit., p. 6.

<sup>53</sup> According to the Danish Guidance on digital-ready legislation, “the rules should be worded clearly and simply, unambiguously and consistently. Simple rules do not necessarily mean a brief law text. It may require more words to make it unambiguous and clear what the rules are. This does not, however, change the overall legal principle that superfluous words in the law text should be avoided” (pp. 8, 9). In the same vein is the European Commission Better Regulation Toolbox 2021, Tool#28 “Digital-ready policymaking”, p. 23.

<sup>54</sup> “Objective criteria in the legislation are a prerequisite for automation of case processing. (...) For example, the criterion “majority of the year” may be subject to discretion and interpretation whereas “more than 250 calendar days per year” can be assessed objectively. If fully automated case processing is introduced based on objective criteria (...) it must be ensured that the decision is sufficiently transparent to enable the citizen to assess his/her avenues of complaint and it must be possible to verify the decision” (*Guidance on digital-ready legislation*, cit., p. 11).

<sup>55</sup> Helen XANTHAKI, *Drafting Legislative. Art and technologies of rules for regulation*, Hart Publishing, Oxford, New York, Dublin, 2014.

<sup>56</sup> European Commission Better Regulation Toolbox 2021, TOOL # 53 p. 463 (with regard to consultation).

<sup>57</sup> Matthew WADDINGTON, “Research Note. Rules as Code”, in *Law in Context*, vol. 37, n. 1, 2020, p. 179-186.

<sup>58</sup> “Once rules are encoded, they can be tested, and that testing can be done automatically” (Jason MORRIS, “Rules as Code: How Technology May change the Language in which Legislation is Written, and What it Might Mean for Lawyers of Tomorrow”, in *Techshow*, February 5, 2021, pp. 2-16, p. 5).

<sup>59</sup> For instance, “the [US] Transportation Department’s algorithmic tools exert a unique influence on the agency’s rulemaking process. The department drafts its rules to fit a structured, agency-wide format designed to organize key meta-data elements, such as who or what the regulated entity is and who is responsible for enforcement. [It] (...) makes it relatively straightforward for subject-matter experts to encode the substance of Transportation Department rules into a “machine-readable” format, thus decreasing the cost of “teaching” the Transportation Department’s algorithmic tools the semantic meaning of regulatory text and obviating the need for NLP” (Catherine M. SHARKEY and Cade MALLETT, “Artificial Intelligence for Retrospective Regulatory Review”, in *The Regulatory Review*, September 12, 2023).

discussed in Para. 6 and 7), as well as allow the traceability of automatic adjudication and adjudication through AI<sup>60</sup>.

Fourthly, rule as a code allows an automatic adjudication of machine readable unambiguous rules<sup>61</sup>, whose application does not imply discretion or room for appreciation (e.g. in case of electronic auction awarded on the basis of the price only<sup>62</sup>, or when the law sets an age limit for a given activity, such as aircraft piloting regulation setting an age limit for aircraft pilots)<sup>63</sup>.

Lastly, machine readable rules might support adjudication by AI. In the latter example, the age limit is the easiest criterion to enforce, but it could unjustifiably exclude very (if not the most) experienced pilots. Differently, the decision to renew a licence could be based on a risk-based assessment performed by AI<sup>64</sup>, allowing a tailored approach which is more effective in pursuing the public interest (i.e. safe flights)<sup>65</sup>.

The rule as a code raises some risks.

---

<sup>60</sup> Anoush DARABI, “New Zealand explores machine-readable laws to transform government”, 11 May 2018, <https://apolitical.co/solution-articles/en/new-zealand-explores-machine-readable-laws-to-transform-government>.

<sup>61</sup> For instance, the European regulation n. 561/2006 (on the harmonisation of certain social legislation relating to road transport) prescribes daily rest or weekly rest period to road transport drivers. The law enforcement is supported by tachograph, which registers all activities. “In practice, a police officer may pull a truck over for an inspection where the tachograph data is read and interpreted by some software. Depending on the verdict of the program, the driver may be instantly fined or sometimes even imprisoned. It is known that many erroneous automated verdicts are issued”. This is mainly related to the lack of clarity of the legislation, as demonstrated by Ana de ALMEIDA BORGESA, Juan José CONEJERO RODRIGUEZ, David FERNANDEZ-DUQUE, Mireia GONZALEZ BEDMAR, Joost J. JOOSTEN (“To Drive or Not to Drive: A Logical and Computational Analysis of European Transport Regulations”, in *Information and Computation*, vol. 280, 2021).

<sup>62</sup> Art. 33, Italian legislative decree n. 36/2023. Another provision which do not imply discretion is the article establishing the criteria for automatic exclusion from tenders (art. 94 of the Italian legislative decree n. 36/2023 (public procurements legislation).

<sup>63</sup> “The holder of a pilot licence who has attained the age of 60 years shall not act as a pilot of an aircraft engaged in commercial air transport” (annex I, European Regulation n. 1178/2012, laying down technical requirements and administrative procedures related to civil aviation aircrew).

<sup>64</sup> Cary COGLIANESE and David LEHR, “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era”, in *The GeorgeTown Law Journal*, vol. 105, 2017, pp. 1147-1223 (p. 1171).

<sup>65</sup> The algorithm could run “through all of the available data about the applicant—say, school records, medical records, social media postings, and fine-grained data from the flight recorders from previous training flights flown by the applicant” (Cary COGLIANESE and David LEHR, “Transparency and Algorithmic Governance”, in *Administrative Law Review*, vol. 71, n. 1, 2019, pp. 1-56, p. 10). The algorithm might also “account for how a pilot’s age can both increase risks due to health limitations and decrease risks due to greater experience” (Cary COGLIANESE, “Moving toward personalised law”, in *The University of Chicago Law Review online*, 2022, <https://lawreviewblog.uchicago.edu/2022/03/09/wp-coglianesef/>). “In a personalized law regime, rather than establishing a one-for-all age threshold, these controls would be personalized, relying also on additional factors” (Omri Ben-SHAHAR and Ariel PORAT, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 110-111).

Firstly, the extreme simplification required to encode rules can lead to an impoverishment, if not a distortion, of the normative dictate. Therefore, the administrative implementation phase should not constrain rule-writing, leading to oversimplification or (worse) influencing the content of rules<sup>66</sup>.

Secondly, this approach tends to limit the discretionary power in adjudication<sup>67</sup>. Finding the right balance between rules and discretion is an open problem<sup>68</sup>, which falls into the “automation-versus-human debate”<sup>69</sup>. Otherwise, a rule could introduce obligations, rights, and prohibitions, or could provide guarantees, and establish responsibilities; it is the result of a balance between values;<sup>70</sup> should be abstract and generally applicable; should be designed to last over time and, through interpretation, to be able to address its purpose in a changing environment<sup>71</sup>.

Thirdly, it has been argued that the automation allowed by the rule as a code creates an overlapping between rule-making and adjudication, with a loss of procedural guarantees at both levels: on the one hand, “rulemaking by code fails to satisfy the notice-and-comment requirement”; on the other hand, automatic adjudication “endanger the basic right to be given notice of an agency’s intended actions”<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> Eva MICHEL and Anna WHALEY, “Regulatory technology: replacing law with computer code”, in *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 14, 2018, pp. 1-27 (p. 14-15).

<sup>67</sup> “As a consequence, the law would be more legislative because it would be the legislature that directly decides the shape of the law, without the need for downstream assistance from judges or administrative bureaucrats” (Michael A. LIVERMORE, “Rules by Rules”, in Ryan WHALEN, *Computational Legal Studies: The Promise and Challenge of Data-Driven Legal Research*, Edward Elgar, 2020, Cheltenham-UK, Northampton-USA, pp. 238-264, p. 252). Moreover, “according to the right to good administration and its legal obligation of due care and due diligence (...) there is a duty to develop discretionary powers considering all the relevant factors of a case and not applying rigid rules in an identical way in different possible situations” (Juli PONCE SOLE, “Some considerations on the relationship between humans and artificial intelligence: the ‘human reserve’ and human supervision (human in/ on the loop)” (draft for the Symposium *Public Administration and the EU Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence*, September 18-19, 2023).

<sup>68</sup> Robert BALDWIN, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 16 ss.; Marco D’ALBERTI, *Pubblici poteri, mercati, globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 99 ss.

<sup>69</sup> Reuben BINNS, “Human judgment in algorithmic loops: individual justice and automated decision-making”, in *Regulation & Governance*, vol. 16, 2022, p. 197-211.

<sup>70</sup> “Neither conventional expert systems nor those machine learning systems on the horizon will be in a position to resolve (without human intervention) highly context-specific debates about how society should assess the goal of a regulatory rule or an administrative adjudication” (Mariano-Florentino CUELLAR, “Cyberdelegation and the Administrative State”, in Nicholas R. PARRILLO (ed.), *The Administrative State from the Inside Out. Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*, Oxford University Press, Oxford, pp. 134.169, p. 135).

<sup>71</sup> “The open textured nature of language and law has an important connection to time, since future cases may arise that were unknowable by the drafter of a rule” (Simon CHERSTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 233). See also Michael A. LIVERMORE, “Rules by Rules”, cit., p. 247. “Law’s attitude is constructive: it aims, in the interpretative spirit, to lay principle over practice to show the best route to a better future, keeping the right faith with the past” (Ronald DWORKIN, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Ma, 1986, p. 413).

<sup>72</sup> Danielle Keats CITRON, “Technological Due Process”, in *Washington University Law Review*, vol. 85, n. 6, 2008, pp. 1249-1313, p. 1290 and 1281. Several potential reply to that has been elaborated

Fourthly, automatic adjudication opens the door to discriminatory decisions whenever errors<sup>73</sup> or biases are embedded in the system<sup>74</sup>, or when the quality of data is poor<sup>75</sup>. Adjudication by AI is challenged by similar risks.

Fifthly, an incorrect interpretation of the law or regulation, as well as an inappropriate translation into the code can challenge the constitutional democracy<sup>76</sup>.

Lastly, the automatic decision-making allowed by the “rule as a code” approach can lead to an erosion of decision-makers expertise<sup>77</sup>.

---

ted by Michael A. LIVERMORE, *Rules by Rules*, cit., p. 257-260. According to Cary COGLIANESE: “whether any particular algorithmic system will satisfy the standards of due process will depend on how well that system works and on the adequate validation of its performance” (“Regulating by robot. Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era”, cit., p. 1191). It has also been argued that rule as code risk leading to “computational legalisms” related to “the sheer speed of code’s execution. (...) Its lack of delay collapses the hermeneutic gap, because not only does text (the source code) constitute both rule and reality, but its application is pre-determined and imposed immediately at the point of execution” (Laurence DIVER, “Computational legalism and the affordance of delay in law”, in *Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law*, 2020, pp. 2-15, p. 6).

<sup>73</sup> Mark KELMAN, *The Heuristics Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 21. On both bias and errors, see Cary COGLIANESE and Alicia LAI, “Algorithm v. Algorithm”, in *Duke Law Journal*, vol. 72, 2022, pp. 1281-1340, p. 1293-1302. “First, a model can simply fail to fit any data — training or test — well. In such a scenario, even if the training and test data were perfectly representative of real-world data, the model would be inaccurate when deployed. Second, an algorithm can fit its training and, perhaps, test data well, but fail to generalize and perform equally well in real-world data” (David LEHR and Paul OHM, “Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning”, in *University of California*, vol. 51, 2017, pp. 653-717, p. 711).

<sup>74</sup> Sandra G. Mayson, “Bias In, Bias Out”, in *The Yale Law Journal*, 128, 2019, pp. 2219-2300, p. 2224 footnote 23; Minesh TANNA and William DUNNING, “Bias and discrimination”, in Charles KERRIGAN (ed.), *Artificial intelligence. Law and Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham-UK, Northampton-USA, 2022, p. 422-441; Aylin CALISKAN, Joanna J. BRYSON, Arvind NARAYANAN, “Semantics derived automatically from language corpora contain human-like biases”, in *Science*, n. 356, 2017, pp. 183-186; Cathy O’NEIL, *Weapons of math destruction. How Big Data increases inequality and threatens democracy*, Penguin, London, 2016, p. 21; Cass R. SUNSTEIN, “Algorithms, correcting biases”, in *Social Research: An Int. Quart.*, vol. 86, n. 2, 2019, p. 499-511.

<sup>75</sup> Being collected by subjects who are in a conflict of interests, or extrapolated from assumptions not validated by the person concerned, e.g. when taken from people’ digital footprint or collected for different purposes (Nello CRISTIANINI, “Shortcuts to Artificial Intelligence”, in M. Pelillo and T. Scantaburlo, *Machine we trust. Perspective on dependable AI*, The Mit Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2021, p. 15-16). Automated decisions in sensitive areas, such as teacher evaluation and social security have already devastated numerous people and prompted litigation in many legal systems. For instance, in 2021 the algorithm *Systeem Risico Indicatie-SyRI* used by the Dutch government to detect various forms of fraud (including social benefits, and taxes) wrongly accused 26,000 families and was judged in breach of article 8 of the European Convention on Human Rights by the Hague District Court. The Michigan Integrated Data Automated System-MiDAS used to interpret small mistakes as signs of unemployment fraud (Sofia RANCHIRDAS, “Empathy in the digital administrative State”, in *Duke Law Journal*, vol. 71, 2022, pp. 1341-1389, p. 1348; see also Alejandro DE LA GARZA, “States’ Automated Systems Are Trapping Citizens in Bureaucratic Nightmares With Their Lives on the Line”, in *Times*, May 28, 2020).

<sup>76</sup> Mireille HILDEBRANDT, “Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past”, cit., p. 83.

<sup>77</sup> Mariano-Florentino CUELLAR, “Cyberdelegation and the Administrative State”, cit., p. 154; Michael A. LIVERMORE, “Rules by Rules”, cit., p. 261; Mireille HILDEBRANDT, “Law as compu-

A reasonable conclusion from the above is to suggest that legislation and regulations should be written in dual format in selected areas, according to the proportionality principle. On the one hand, designing a syntax suitable for both legal purposes and computer evaluation is not always feasible<sup>78</sup> or desirable: some rules may indeed be translated into a logical representation (e.g. road traffic laws)<sup>79</sup>; other may not (e.g. principles and the principles-based regulation<sup>80</sup>, or clauses such as “good faith”<sup>81</sup>). On the other hand, write rules in dual format requires humans telling the computer what the law says, “and not the other way around”<sup>82</sup>. For the time being, this time-consuming exercise seems hardly compatible with the time pressure and multiple steps characterising the legislative and most, while it could be experimented in some sectorial regulation<sup>83</sup>.

#### 4. IS THERE A ROOM FOR AI SETTING RULES?

Simple linear algorithms or AI seldom can substitute the sensitive role of law-makers and rule-makers<sup>84</sup>. Nonetheless, they can play a relevant supportive role.

---

tation in the era of artificial legal intelligence. Speaking law to the power of statistics”, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 68, n. 1, 2020, pp. 12-35, p. 33.

<sup>78</sup> To be sure, “sometimes language may be inherently ambiguous. The statement that ‘I saw the girl with the telescope’ might mean either that the speaker looked through a telescope or that the girl was carrying one” (Simon CHESTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, p. 230).

<sup>79</sup> “Road traffic laws, for example, state that exceeding a given speed limit constitutes an offence. Many jurisdictions use speed cameras that automatically record infringements and issue fines” (Simon CHESTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, cit., p. 231).

<sup>80</sup> Robert BALDWIN, Martin CAVE, Martin LODGE, *Understanding regulation. Theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, Oxford, second ed., 2012, p. 302-311.

<sup>81</sup> “Terms such as ‘good faith’ or ‘unconscionability’ are notoriously difficult to define in terms that would be useful to a machine” (Simon CHESTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, cit., p. 231). Moreover, “even if a law appears on its face to be expressed clearly, however – ‘no vehicles in the park’ (...) – how it is to be applied in practice may be less so. We might agree that it covers automobiles, but what about bicycles, roller skates, toy cars?” (Simon CHESTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, cit., p. 233).

<sup>82</sup> “Rules as Code is Not Artificial Intelligence”: “as of now there are inadequate examples of one-to-one translations between rules and code to be able to train artificial intelligence to do the translation” (Jason MORRIS, “Rules as Code: How Technology May change the Language in which Legislation is Written, and What it Might Mean for Lawyers of Tomorrow”, cit., p. 14). Therefore, “the much prized overall efficiency benefits may in practice be somewhat modified” (Michael GOTZE, “Political and systematic push for legal pre-accept of AI solutions”, draft for the Symposium *Public Administration and the EU Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence*, September 18-19, 2023).

<sup>83</sup> For instance, the above mentioned US “Transportation Department’s practice of drafting regulations in a structured format which facilitates better comprehension of rules by computers” (Catherine M. SHARKEY and Cade MALLETT, “Artificial Intelligence for Retrospective Regulatory Review”, cit.).

<sup>84</sup> “Rules are forward-looking, but they also involve complex normative judgments, not merely predictive ones. Determining the content of rules often requires making difficult choices about the entities to be regulated, the conduct or outcome that the rule tells these entities to achieve or avoid, and the nature and degree of the consequences that follow from adhering or not adhering to the rule’s

Firstly, a law or regulation can delegate an algorithm to set rules. For instance, according to the European regulation, electricity market operators (managing a bidding zone)<sup>85</sup> use algorithms to set electricity selling prices among electric utilities and to allocate interconnection capacity<sup>86</sup>. During the Covid 19 pandemic, an AI system conducted periodic risk assessments to classify Italian regions or municipalities into a color band to which a different regulation of economic and civil activities corresponded<sup>87</sup>.

Secondly, AI can play a role at a stage that may precede the rule-making or law-making<sup>88</sup>. For instance, decision-makers could use AI to detect compounds<sup>89</sup> or activities<sup>90</sup> that should be subject to regulation or to a stricter regulation. A need for new regulation might result from a retrospective review performed through AI (Para. 7). AI might also support them in collecting and processing data from various sources, such as complaints<sup>91</sup> or enforcement activities, which may in turn reveal the need for a regulatory intervention or an updating of existing regulations.

Thirdly, AI can support humans in writing a law or regulation. For instance, translation software can already “render rules in plain language to assist with public understanding and compliance”<sup>92</sup>. In perspective, Large Language Models could “produce a rough but credible first legislative draft”<sup>93</sup>, or a citizens’ initiative bill. It

---

commands. Machine-learning algorithms cannot directly make the choices about these different aspects of a rule’s content not only because some of these choices are normative ones, but also because learning algorithms are merely predictive and thus unable to overlay causal interpretations on the relationship between possible regulations and estimated effects” (Cary COGLIANESE and David LEHR, “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era”, cit., p. 1173)

<sup>85</sup> Art. 7, comma 1, Regulation (EU) 2015/1222, establishing a guideline on capacity allocation and congestion management.

<sup>86</sup> Artt. 36-37, Regulation (EU) 2015/1222, cit.

<sup>87</sup> Italian Ministry for Health, 30 April 2020.

<sup>88</sup> Information gathering, in the Karen YEUNG taxonomy (“Algorithmic regulation: A critical interrogation”, in *Regulation & Governance*, vol. 12, 2018, pp. 505-523, p. 507).

<sup>89</sup> Mariano-Florentino CUELLAR, “Cyberdelegation and the Administrative State”, cit., p. 147.

<sup>90</sup> The US FDA uses AI techniques for postmarket surveillance to update rules and guidance (David Freeman ENGSTROM, Daniel E. HO, Cathrine M. SHARKEY, Mariano-Florentino CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, cit., p. 53).

<sup>91</sup> For instance, consumer’ complaints are reorganised by the Bank of Italy through AI (*Regulation on the processing of personal data in the management of complaints from clients*, 30th March 2022).

<sup>92</sup> Cary COGLIANESE, “E-rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process: New Directions in Digital Government Research”, cit., p. 16.

<sup>93</sup> Daniel LOVRIC, “The future of legislative drafting”, cit., p. 6. For instance, the US Congress is exploring the following functionalities in legislative process: “generating constituent response drafts and press documents; summarizing large amounts of text in speeches; drafting policy papers or even bills; creating new logos or graphical element for branded office resources and more” (Nihal KRISHAM, “Congress gets 40 ChatGPT Plus licenses to start experimenting with generative AI”, in *Fedscoop*, April 24, 2023, [Congress gets 40 ChatGPT Plus licenses to start experimenting with generative AI | FedScoop](#)); Eric EGAN, “Generative AI Offers Federal Agencies Common-Sense Opportunities to Simplify and Improve How They Work”, in *Information technology and Innovation Foundation*, June 28, 2023 ([Generative AI Offers Federal Agencies Common-Sense Opportunities to Simplify and Improve How They Work | ITIF](#)).

could also translate comments received in a consultation into a text that could be referred to Parliament for discussion<sup>94</sup>.

These examples raise some concerns.

First, LLM producing a draft or translating comment in a text can challenge representative democracy whether application goes beyond the mere support to decision-makers (e.g., processing large quantity of data, selecting words or proposition) and make political choices<sup>95</sup>.

Second, AI can hinder the guarantee of participation in rule-making; in the electricity market and Covid examples, although the rule-making establishing the role of the algorithm was (in theory) open to stakeholders participation, the automatic rule-setting clearly excluded any stakeholder involvement<sup>96</sup>.

Third, AI can lower the quality of information available to decision-makers;<sup>97</sup> in the example of AI used at a stage that might precede regulation, an inadequate design of the algorithm can lead reports or complaints to receive less attention because of spelling mistakes or jargon<sup>98</sup>.

Lastly, there is a risk that decision-makers assume that the human drafter is becoming redundant, while “the kind of drafts that an AI system could produce would likely be very rough and contain fundamental flaws”<sup>99</sup>.

To conclude, humans would always be needed to supervise and integrate the AI produced text. Moreover, “humans must specify the targets, commands, and consequences of potential rules from which an embedded machine-learning system might choose the best. More importantly, humans can, at any time, choose to reject a machine-chosen rule, alter an algorithm’s specifications, or even “pull the plug” on the system entirely”<sup>100</sup>.

## 5. AI FOR CONSULTATIONS

The rise of rule-making digitization twenty years ago appeared as a turning point, both in lowering regulators’ costs and increasing stakeholders’ engagement<sup>101</sup> (thus

<sup>94</sup> Laura TAFANI, “A Legislative Drafter’s Perspective”, in *ChatGPT series*, cit.

<sup>95</sup> Laura TAFANI, “A Legislative Drafter’s Perspective”, in *ChatGPT series*, cit.

<sup>96</sup> It is therefore crucial that the consultation launched in the rule-making clearly disclose the use of AI, the reason why, as well as the related risks.

<sup>97</sup> Aram A. GAVOOR, “The Impending Judicial Regulation of Artificial Intelligence in the Administrative State”, in *Notre Dame Law Review Reflection*, vol. 97, 2022, pp. 197-206, p. 180 ss.

<sup>98</sup> Sidney A. SHAPIRO, “Marginalized Groups and the Multiple Languages of Regulatory Decision-Making”, in *The Regulatory Review*, 14 March 2022.

<sup>99</sup> Daniel LOVRIC, “The future of legislative drafting”, cit., p. 6.

<sup>100</sup> Cary COGLIANESE and David LEHR, “Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era, cit.”, p. 1181.

<sup>101</sup> Cary COGLIANESE, “E-rulemaking Information Technology and Regulatory Policy”, cit., p. 355.

improving trust and the effectiveness of laws). Hopes were only partially fulfilled. On the one hand, the exponential increase in participation challenged the ability of regulators to manage the large amount of comments received and allowed the emergence of the mass comment phenomenon. On the other hand, the mechanism of e-notice and comment raised the participation of the better-organized firms, but not of citizens and micro firms, whose lack of inclusiveness hinder the quality of information available, thus the quality of rules enacted.

The digitization itself offered some important answers to the first problem, by providing application to analyze huge amounts of comments (such as Data Oriented Services-DORIS+<sup>102</sup> or Compositional Data Analysis-CoDa used by the European Commission). Moreover, AI provides new tools to help decision-makers in reorganizing and analysing comments collected in consultations with extremely high participation rates<sup>103</sup> (e.g., text categorization of public comments<sup>104</sup>, identification of duplicates, and summarization of overall comment sentiment). AI not only allows a significant time saving<sup>105</sup>, but also prevents decision-makers being affected by information overload bias, which could impede an adequate the assessment of comments<sup>106</sup>. However, AI in consultation does not come without risks, since an inadequate design of the algorithm could compromise the guarantees of participation and the quality of information available<sup>107</sup>. For instance, these outcome can occur if comments provided in mass campaign are automatically de-quoted<sup>108</sup>, excluded,

---

<sup>102</sup> “Nowadays DORIS can process results of surveys coming from EUSurvey and Better Regulation Portal. It allows users to analyze data from open and closed questions, and offers a dashboard through which users can visualize the results of the analysis” (About DORIS+ | Joinup (europa.eu)).

<sup>103</sup> “Agencies can use advanced computational techniques to respond to the challenges of the era of mass commenting, specifically by identifying the most substantive comments that require more sustained attention and by aggregating and analyzing comments to identify emergent content that is only apparent when comments are understood in relationship to each other and not simply read as individual, atomized responses to a regulatory proposal” (Michael A. LIVERMORE, Vladimir EIDELMAN, Brian GROM, “Computationally Assisted Regulatory Participation”, in *Notre Dame Law Review*, vol. 93, n. 3, 2018, pp. 977-1034, p. 1034).

<sup>104</sup> This functionality has been identified by Cary COGLIANESE (“E-rulemaking Information Technology and Regulatory Policy”, cit.) already in 2004. For instance, CitizenLab (a Belgian supporting governments around the world) uses NLP technique, with the capacity to automatically classify and analyse thousands of contributions collected on citizen participation platforms, to identify the main topics and group similar ideas together into clusters (European Commission, JRC, *Selected AI cases in the public sector*, cit., and <https://www.citizenlab.co/platform-online-engagement-toolbox>).

<sup>105</sup> David Freeman ENGSTROM, Daniel E. HO, Cathrine M. SHARKEY, Mariano-Florentino CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, cit., p. 60.

<sup>106</sup> Nicoletta RANGONE, “Improving consultation to ensure the European Union’s democratic legitimacy: From traditional procedural requirements to behavioural insights”, in *European Law Journal*, vol. 28, n. 4-6, 2022, p. 154-171.

<sup>107</sup> “The act of reading comment grouped as “for” or “against” (or no position) may also impact the agency factfinder in the presentation of the information she is assimilating” (Melissa MORTAZAVI, “Rulemaking Ex Machina”, in *Columbia Law Review*, vol. 117, n. 6, 2017).

<sup>108</sup> Steven J. BALLA, Alexander R. BECK, Elisabeth MEEHAN, Arymal Prasad, “Lost in the flood?: Agency responsiveness to mass comment campaigns in administrative rulemaking”, in *Regula-*

or considered as a single one;<sup>109</sup> as well as if comments which “are not expressed using the standard narrative of policy making” are ignored or devaluated<sup>110</sup>. The robustness of the result depends also on the adequacy of the techniques deployed to assess data<sup>111</sup>.

The second problem of the limited participation of citizens and small firms is still an issue, due to the lack of digital literacy and motivation. Even when some overcome these barriers, their contributions lack the format (the narrative) to be taken seriously. There is no single answer to tackle the lack of inclusiveness, but one is definitively to use language and consultation techniques appropriate to the target audience<sup>112</sup>. Against the current reference to standard categories of stakeholders to be involved, AI could provide decision-makers with a precise identification of stakeholder groups interested in a consultation proceedings<sup>113</sup>, which in turn would enable regulators to address different stakeholders by diverse and adequate means (e.g. seminars and community listening sessions during comment periods to facilitate citizens’ participation).

New advancements in AI, such as LLM, can also help in overcoming the lack of inclusiveness by transforming the citizens’ narrative into technical language that

---

*tion & Governance*, 2020.

<sup>109</sup> To tackle this challenge, the European Commission (*Better Regulation Toolbox*, 2021, p. 472 ff.) and the European Court of Auditors (*‘Have your say!’: Commission public consultations engage citizens, but fall short of outreach activities*, special report n. 14/2019, 39-40) suggest analyzing campaigns separately. In the United States, the discussion of the role to be attributed to mass comments is divisive, with most observers arguing the uselessness if not the harmfulness of these comments (Comment to ACUS from Senior Fellow R.J. Pierce on Mass Comments, Computer-Generated Comments and Fraudulent Comments, May 22, 2021), with notable exceptions emphasizing their value (Michael HERZ, “Malattributed comments in agency rule-making”, in *Cardozo Law Review*, in vol. 42, 2020, pp. 1-67; Nina A. MENDELSON, “On the Value of Comments from Individual Members of the Public (ACUS Update)”, in *Notice and Comment. A Blog from Yale Journal of Regulation*, July 14, 2021, <https://www.yalejreg.com/nc/nina-a-mendelson-on-the-value-of-comments-from-individual-members-of-the-public/>). Among the latter, it has been underlined that “the Executive Order [14094/2023, Modernizing the regulatory review] also includes a placeholder indicating the need for OIRA to develop “guidance or tools” to handle the large volumes of individual comments submitted through *Regulations.gov* on certain high-visibility agency rules. As OIRA addresses this issue, OIRA should recognize, critically, that these comments, as with targeted community outreach, can represent important sources of both “data,” including local information or situated knowledge, and “views,” in the words of the APA. The vaguely pejorative term “mass comments” perhaps could also be upgraded to “large-volume individual comments” (Nina A. MENDELSON, “Public Engagement, Equity, and Executive Order 14094”, Symposium on Modernizing Regulatory Review, June 7, 2023).

<sup>110</sup> Sidney A. SHAPIRO, “Marginalized Groups and the Multiple Languages of Regulatory Decision-Making”, cit.

<sup>111</sup> David Freeman ENGSTROM, Daniel E. HO, Cathrine M. SHARKEY, Mariano-Florentino CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, cit., p. 61.

<sup>112</sup> Nicoletta RANGONE, “Improving consultation to ensure the European Union’s democratic legitimacy: From traditional procedural requirements to behavioural insights”, cit.

<sup>113</sup> Fabiana DI PORTO, Paolo FANTOZZI, Maurizio NALDI, Nicoletta RANGONE, “Identifying stakeholders’ interests in EU consultations through a text mining approach”, forthcoming.

is more likely to be considered by the regulators<sup>114</sup>. However, the same tools can make it extremely easy for a large quantity of comments by the private sector to be produced<sup>115</sup>, leading to mass campaigns being almost impossible to identify<sup>116</sup>, and challenging the ability of decision-makers to assess all documents received and “threaten to weaken the signal those words provide”<sup>117</sup>.

The examples and remarks in this paragraph show that AI is a valuable support to decision-makers and an empowerment tool to prevent information overload bias<sup>118</sup>, as well as in tackling the inclusiveness of “missed stakeholders”<sup>119</sup>. However, AI couldn’t supplant the sensitive public comment review task<sup>120</sup> (the risk being a break to the right to participate in decision-making), nor is it a decisive answer to inclusiveness.

## 6. WHAT DIGITALISATION AND AI CAN DO FOR IMPACT ASSESSMENT?

Impact assessment (IA) is a systematic and comparative appraisal of how proposed rules will affect stakeholders, regulators, economic sectors, and the environment. It aims at identifying in advance all the intended and unintended consequences of feasible regulatory options, in order to allow evidence-based legislation and regulation. In this exercise, digitalisation<sup>121</sup> and the interconnection of public datasets<sup>122</sup> are crucial in improving the analytical basis for regulatory choices.

---

<sup>114</sup> Bridget C.E DOOLING and Mark FEBRIZIO, “Robotic rulemaking”, in *Brookings series on Regulatory Process and Perspectives*, April 4, 2023, [Robotic rulemaking \(brookings.edu\)](https://www.brookings.edu/robotic-rulemaking/) accessed June 20, 2023. With the same purpose of getting people involved in rulemaking, an app could inform people interested in a particular topic (using social media to infer the individual’s interests) that it is the subject of a proposed rule ([Bot-generated comments on regulatory proposals could be useful. \(slate.com\)](https://www.slate.com/ai-generated-comments-on-regulatory-proposals/), accessed June 20, 2023).

<sup>115</sup> Bridget C.E DOOLING and Mark FEBRIZIO, “Robotic rulemaking”, cit.

<sup>116</sup> Bridget C.E DOOLING and Mark FEBRIZIO, “Robotic rulemaking”, cit.

<sup>117</sup> Sarah KREPS and Douglas KRINER, “How generative Artificial Intelligence impact democratic engagement”, March 21, 2023, in *How generative AI impacts g engagement | Brookings*.

<sup>118</sup> For instance, a platform for the automatic analysis of linguistic data, which works through AI techniques of semantic analysis and modules for the automatic processing of natural language, was used by the Italian Ministry of Education to analyze 270 thousand comments received in the public consultation launched in 2014 on the so-called “La buona scuola” policy ([Collaboration with MIUR | Digital Humanities group @ FBK](https://www.miur.gov.it/collaboration-with-miur-digital-humanities-group-at-fbk/), in JRC, *Selected AI cases in the public sector*, 2021, cit.).

<sup>119</sup> The so-called “missing stakeholders” are “those directly affected by the proposed rule who are historically unlikely to participate in the traditional comment process” (Administrative Conference of the United States, *Adoption of Recommendations and Statement Regarding Administrative Practice and Procedure*, *Federal Register* 76269, vol. 78, n. 242/2013, 76271).

<sup>120</sup> Melissa MORTAZAVI, *Rulemaking Ex Machina*, cit., 2017.

<sup>121</sup> Cary COGLIANESE, “E-rulemaking Information Technology and Regulatory Policy”, cit., p. 395.

<sup>122</sup> Eric EGAN, “Generative AI Offers Federal Agencies Common-Sense Opportunities to Simplify and Improve How They Work”, cit.

Due to its predictive nature, a variant of this tool is currently being promoted by some scholars and institutions in order to identify the impact of AI applications in advance<sup>123</sup>. Besides IA of AI, what AI can do for IA?

In order to answer this question, two characteristics of IA are decisive.

First: IA is not a mere technical exercise and it requires a broad approach and policy coherence, as well as a multidisciplinary view of the problem<sup>124</sup> and of the regulatory options to address it.

Second: IA is part of the motivation of the final law or regulation, whether or not legislators/regulators follow the IA outcome. In order to fulfill this supportive role, the data used in the IA should be transparent and the identified impacts need to be explainable and replicable; therefore, IA should provide causal connections rather than just identify correlation<sup>125</sup>.

Third: in the IA activity, one size does not fit all, and the depth of the assessment should be proportional to the issue at stake, its potential impact and resources available. For instance, is up to humans to identify the proportionate level of analysis which each case deserves (e.g. whether a cost-benefit or multicriteria analysis should be used, or the number of consultations to be carried out), or to establish what measure is preferable overall (e.g., in multicriteria analysis, whether a measure protects the environment or jobs, but could have a negative impact on competition).

Due to these characteristics, it is unlikely that AI can replace humans in IA. Nevertheless, AI could certainly play a supportive role in IA, while at the moment it is of very limited application, to the best of our knowledge<sup>126</sup>.

AI delivers some potential explored by studies devoted to AI in the administrative and the judiciary function.

Firstly, less staff and time is required in proceedings leveraging on AI<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> “The idea to apply an impact assessment approach to AI has been proposed in the academic literature (Calvo et al. 2020; Stix 2021) and has found resonance in national policy (UK AI Council 2021) international bodies, such as the European Data Protection Supervisor (EDPS) (2020), the European Fundamental Rights Agency (FRA) (2020) and UNESCO (2020)” (Bernd Carsten STAHL, Josephina ANTONIOU, Nikita BHALLA *et al.*, “A systematic review of artificial intelligence impact assessments”, in *Artificial Intelligence Review*, 2023). See also Andrew D. SELBST, *An institutional view of algorithmic Impact Assessment*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 35, n. 1, 2021, p. 117-191.

<sup>124</sup> Regulatory Scrutiny Board, *Annual report 2022*, Publication Office of the European Commission, 2023, p. 19.

<sup>125</sup> Besides transparency problem, correlation can lead to statistical hallucinations and have a conservative tendency (Juli PONCE SOLE, “Some considerations on the relationship between humans and artificial intelligence: the “human reserve” and human supervision (human in/on the loop)”, *cit.*).

<sup>126</sup> The Portuguese Technical Unit for Impact Assessment is currently developing a pilot-project for an AI tool to support IA with regard to the identification of administrative obligations and estimation of related administrative burdens (the IA<sup>2</sup>AI project described by OECD, *Regulatory databases and analytical tools to support regulatory analysis*, forthcoming).

<sup>127</sup> On the support of judicial function, see Zichun XU, “Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities”, in *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36, n. 1, 2022).

Secondly, an increased access to a knowledge base that would not otherwise be attainable can address limited data availability constraints, which is a common issue for IA around the world<sup>128</sup>. On the one hand, “language processing tools could analyze a proposed rule to determine its subject matter area, then crawl through related academic research to find and submit relevant scientific studies to the agency”<sup>129</sup>. On the other hand, AI can help in analyzing public dataset<sup>130</sup>. For instance, the Italian national statistical institute-ISTAT delivered a platform (IstatData)<sup>131</sup> enabling natural language-based searches on datasets contained in its archives and provides the most interesting and relevant answers from certified data<sup>132</sup>.

AI could also provide support specific to IA activities.

Firstly, AI could identify the relevant regulatory framework interested by the proposal and show if a regulatory option is redundant or incompatible with existing regulations<sup>133</sup>.

Secondly, when (if ever) rules are written as code, AI allows the automatic testing of the impact of new proposals or amendments, thus improving the ability to forecast whether a regulatory option actually can reach the expected outcomes<sup>134</sup>.

Thirdly, AI can support the identification of administrative obligations introduced by the regulatory options, the administrative tasks per obligation and the estimation of their cost for end-users. In reality, these tasks do not require AI, being easily accomplished by humans (who identify the administrative burdens and related

---

<sup>128</sup> With regard to the European Commission IAs, “the Board acknowledges that the assessment of impacts can be constrained by limited data availability and raise analytical challenges” (Regulatory Scrutiny Board, *Annual report 2022*, cit., p. 17).

<sup>129</sup> [Bot-generated comments on regulatory proposals could be useful. \(slate.com\)](#)

<sup>130</sup> Eric EGAN, “Generative AI Offers Federal Agencies Common-Sense Opportunities to Simplify and Improve How They Work”, cit.

<sup>131</sup> <https://esploradati.istat.it/databrowser/#/it/dw/dashboards>

<sup>132</sup> ISTAT, *Relazione al Parlamento sulle attività dell’Istat e degli uffici del sistema statistico nazionale e stato di attuazione del programma statistico nazionale (art. 24, D. Lgs. n. 322 del 1989) - anno 2022*, 2023, pp. 69 e ss.

<sup>133</sup> The US Centers for Medicare & Medicaid Services-CMS is exploring the use of AI for prospective and retrospective analysis (Cathrine M. SHARKEY, *Algorithmic tools in retrospective review of agency rules*, Report for the Administrative Conference of the United States, May 3, 2023, p. 33).

<sup>134</sup> “Computer systems can generate random fact scenarios, enter those fact scenarios into the rules, and calculate the consequences. Those consequences can then be compared to expected outcomes. For example, a proposed amendment to a piece of tax legislation might be intended not to increase anyone’s taxes. You can specify a fact scenario, and the taxes owing that you expect before and after the change, and determine whether or not it has the expected effect. But you can also state generally that no outcome should result in increased taxes, and have the computer randomly generate any number of fact scenarios and test them to see if that condition is ever violated. (...) The development of OpenFisca [an open source library for the Python programming language] and its use in the LexImpact tool [by the National Assembly] for analyzing the impact of amendments to French tax law are the most direct real-world example of the use of Rule as Code today” (Jason MORRIS, “Rules as Code: How Technology May change the Language in which Legislation is Written, and What it Might Mean for Lawyers of Tomorrow”, cit., p. 5, 7-8).

activities), supported by a standard cost model-SCM calculator (in order to quantify their total annual cost).

A precondition for the fulfillment of the above-mentioned potentials of AI for IA is data quality and availability. On the one hand, public databases on critical data for IA should be easily accessible to decision-makers (e.g., inventories of business acting in a given sector, or regulatory compliance cost derived from previous reduction programs). On the other hand, these data should be “contextualized”, so that decision-makers can be aware of the purpose of their collection and thus interpret them for regulatory purposes<sup>135</sup>.

A last point to be considered when AI is used for IA is that the latter is forward looking, while the former leverages mainly on historical data, thus risks leading to an under-evaluation of new entrants and new risks<sup>136</sup> and supporting the wrong assumption that people’s behaviour is always consistent<sup>137</sup>.

## 7. AI AND THE REGULATORY STOCK REVIEW

AI can dramatically improve the traditional labour-intensive *ex post* evaluations<sup>138</sup>. AI supports retrospective review of existing law and regulations by identifying outdated or redundant rules, overlapping among regulatory areas<sup>139</sup>, “typographical errors or inaccurate cross-reference”; rules that “might benefit from elaboration or clarification”<sup>140</sup>. AI can also facilitate retrospective review aimed at identifying

<sup>135</sup> OECD, *Regulatory databases and analytical tools to support regulatory analysis*, cit., p. 4.

<sup>136</sup> Robert BALDWIN and Julia BLACK, “Really Responsive Risk-Based Regulation”, in *Law & Policy*, vol. 32, n. 2, 2010, pp. 181-213, p. 205-206.

<sup>137</sup> “The radical uncertainty of the future is exacerbated by the fact that predictions impact the behaviour they supposedly predict (Mireille HILDEBRANDT, “Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past”, cit., p. 73). In addition, people may react strategically to elude detection (David Freeman ENGSTROM, Daniel E. HO, Cathrine M. SHARKEY, Mariano-Florentino CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, cit., p. 86 ff.). In the field of justice, this implies that judgments crystallizes the past to the detriment, among other things, of the system evolution (Luisa TORCHIA, “La giustizia amministrativa digitale”, in Margherita RAMAJOLI (ed.), *Una giustizia amministrativa digitale?*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 39-58, p. 55).

<sup>138</sup> Administrative Conference of the United States, *Using algorithmic tools in retrospective review of agency rules*, Recommendation, June 27, 2023.

<sup>139</sup> For instance, neural network are used to create topic cluster of the US Code of Federal Regulation (Daniel BYLER, Beth FLORES, Jason LEWRIS, “Using advanced analytics to drive regulatory reform”, Deloitte, 2017 (<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/public-sector/us-ps-using-advanced-analytics-to-drive-regulatory-reform.pdf>)).

<sup>140</sup> Cathrine M. SHARKEY, “Algorithmic tools in retrospective review of agency rules”, cit., p. 3. RegData (a quantitative dataset developed by The Mercatus Center researchers at George Mason University) uses two metrics to compare regulatory complexity: sentence length and the frequency of new ideas identified by the Shannon entropy (i.e., a system measuring “the frequency of new ideas introduced in documents, with simpler and more focused documents having a lower entropy score”). Patrick A. McLAUGHLIN, “RegData Canada: A Data-Driven Approach to Regulatory Reform”, in *Mercatus Center, George Mason University, Policy Brief*, 2019, pp. 1-5, (p. 4-5). The US Department

regulatory restrictions<sup>141</sup>, or regulatory stock in need of adaptation to a changing context. Further potential application can also be envisioned, such as using case law data to identify rules whose compliance is resisted.

AI is therefore useful in signalling where there is potential to improve regulation and it avoids the classical problem of the regulators who have promoted a rule being in charge of its revision or suppression<sup>142</sup> (confirmation bias).

However, AI might also lead to false-positive output, if set out without taking into consideration the complex nature of the legal system. Take for instance an algorithm that counts obligations, without considering at the same time even lifting, limiting, or dispensing with obligations<sup>143</sup>. Moreover, a de-regulatory or pro-regulatory approach (of the developer or of the regulator commissioning the system) might deeply affect the functioning of the algorithm. This proves particularly dangerous because when an AI system performs reviews, the consultation that could counter-balance these results does not take place<sup>144</sup>.

Therefore, it is crucial that AI plays a supportive role in regulatory review. Human intervention (lawyers in cooperation with computer scientists) is crucial in setting the

---

of Transportation elaborated a dashboard (which incorporated an open-source platform developed by Mercatus Center) which employs machine learning to quantify regulatory load (count of restrictions, word count, regulatory complexity via Shannon entropy, conditional count, sentence length, last update). Cathrine M. SHARKEY, “Algorithmic tools in retrospective review of agency rules”, cit., p. 13.

<sup>141</sup> RegData qualify regulatory restrictions as words and phrases that indicate specific obligations or prohibitions, counting words and phrases such as shall, may not, must, required, and prohibited (Patrick A. McLAUGHLIN, “RegData Canada: A Data-Driven Approach to Regulatory Reform”, cit., p. 2). In addition, machine-learning text-classification was used to predict industries primarily affected by each obligation (Omar AL-UBAYDLI and Patrick McLAUGHLIN, “RegData: A Numerical Database on Industry-Specific Regulations for All United States Industries and Federal Regulations, 1997-2012”, in *Regulation and Governance*, vol. 11, n. 1, 2017, pp. 109-123).

<sup>142</sup> Cathrine M. SHARKEY, “AI for retrospective review”, in *Belmont Law Review*, vol. 8, 2021, footnote 73, pp. 374-408 (p. 390).

<sup>143</sup> Cary COGLIANESE, Gabriel SCHEFFLER and Daniel WALTERS have “replicated the methods underlying RegData and also adapted and expanded them to the task of measuring unrules based on a dictionary of five comparable obligation-alleviating terms: waive, exclude, except, exempt, and variance. (...) [They] used computerized computational techniques to search for both obligation imposing and obligation-alleviating terms throughout the Federal Register and the CFR, as well as in the United States Code” (“Unrules”, in *Stanford Law Review*, 2021, pp. 885-967, p. 921-922).

<sup>144</sup> In 2019, the US Department for Health and Human Services-HHS launched a pilot project called “AI for deregulation. In the Notice of Proposed Rulemaking, “Securing Updated and Necessary Statutory Evaluations Timely” (85 Fed. Reg. 70096, 70111, Nov. 4, 2020) the agency “explicitly noted that AI augmented human insights to identify “potential reform opportunities.” HHS’s pilot project formed the basis, at least in part, for the new proposed rule. Here—and in its earlier rule—HHS disclosed that AI was used to help identify “outmoded” regulations, but there is nary a detail regarding how the AI worked or was used in the process. (...) But HHS’s “Regulatory Clean Up Initiative” rule was not subject to the notice-and-comment process. The rule, moreover, offered only the most general description of the AI-driven NLP techniques used” (Cathrine M. SHARKEY, “AI for retrospective review”, cit., p. 404 and 378; see also Cathrine M. SHARKEY, “Algorithmic tools in retrospective review of agency rules”, cit.).

algorithm with regard to what it is intended to look at (e.g., what counts as restriction or linguistic complexity), and what it means (e.g., unnecessary administrative burdens or justified provisions). Moreover, ensuring accuracy of rule interpretation in encoding rules is crucial both for decision-makers and regulated entities which increasingly embrace rules as a code in their compliance tasks<sup>145</sup>. These decisions should be made transparent, along with “information about the training data, the process for classifying subtopics, how the clustering algorithm works and with what accuracy”<sup>146</sup>. Human intervention is also crucial in interpreting and monitoring AI-based output, since human-machine collaboration is based on ongoing fine-tuning.

## 8. THE NEED FOR A TAILORED AND AGILE FRAMEWORK FOR AI IN THE LIFE-CYCLE OF RULES

The analysis showed that AI has the power to play a crucial role in life-cycle of rules, by performing time-consuming tasks, increasing access to a knowledge base that would not otherwise be attainable, as well as enhancing the ability of institutions to draft effective rules and to declutter the regulatory stock.

However, the AI revolution is not without risks. It may hinder the guarantees of participation or discriminate stakeholders taking part in consultation and compromise the quality of information available to decision-makers; it may decrease human autonomy or make political choices, thus challenging the democratic representation; it might be biased for or against a de-regulatory or pro-regulatory approach, and so on. In order to contribute in achieving law effectiveness while limiting the risks, AI should play an enabling and *supportive role* to human intervention, which should remain pivotal. Otherwise, applications of AI that surreptitiously dictate the content of rules or *de facto* restrict the right to be heard challenge the separation of powers and the rule of law, thus questioning the very legitimacy of rules.

However, it is not obvious how to set and police the line between human and the machine, due to possible over-reliance or aversion to AI<sup>147</sup>, as well as to cognitive bias<sup>148</sup>, thus leading to ineffectiveness of human intervention. It is therefore neces-

---

<sup>145</sup> If a rule states “one week”, the programmer “may ask for a legal interpretation of what “week” means in that context” (“does a week begin on January 1, and a new week start every 7 days? Does a week begin on Sunday? Does it begin on Monday? If a week starts on January 28, what fiscal year is it a part of?”) (Jason MORRIS, “Rules as Code: How Technology May change the Language in which Legislation is Written, and What it Might Mean for Lawyers of Tomorrow”, cit., p. 3).

<sup>146</sup> Cathrine M. SHARKEY, “AI for retrospective review”, cit., p. 407.

<sup>147</sup> Mariano-Florentino CUELLAR, “Cyberdelegation and the Administrative State”, cit., 2017, p. 154 and 156); Gabriele BUCHHOLTZ, “Artificial intelligence and legal tech: challenges to the rule of law”, in Thomas WISCHMEYER, Timo RADEMACHER, *Regulating artificial intelligence*, Springer International Publishing, 2020, pp. 175-198 (p. 193).

<sup>148</sup> Among the bias that may play a role are: automation bias (Linda J. SKITKA et al., “Automation Bias and Errors: Are Crews Better Than Individuals?”, in *The International Journal of Aviation Psychology*, 2000, vol. 10, n. 1, pp. 85-97; Kathleen L. MOSIER and Linda J. SKITKA, “Automation Bias: De-

sary to devise the complimentary and supportive role already at the level of algorithm setting, in addition to an ex post human control. In this purpose, the collaboration of computer scientists and lawyers is crucial not only “to ensure that computer architectures incorporate fundamental safeguards against bias, invasion of privacy”, or unreliable assessments<sup>149</sup> but also to clearly identify what the AI tasks are, and what the role of humans is. For instance, if AI identifies overlapping rules, it is up to the regulator or lawmaker to suggest whether the previous rule should be repealed (since when a rule intervenes over an already regulated matter, complete overlap is unlikely, and repeal always requires substantive evaluation)<sup>150</sup>. In impact assessment, humans should instruct AI how to balance advantages with disadvantages, or how to value sensitive factors (such as human life, or air quality)<sup>151</sup>. Moreover, the system must allow complete human control of the analysis. For instance, a final step should allow humans to review the cost benefit-analysis of a proposed rule to update the standard cost of a particular administrative burden, or to minimize the negative impact of a proposed rule on SMEs, as well as to change its inadequate approach to gender equality.

As the use of AI in parliamentary and regulatory processes increase and the EU existing norms or those that are in the process of being approved at EU level do not tackle AI for legislation or regulation as such<sup>152</sup>, it is necessary to establish a national power-conferring legislation framing the use of AI in regulation<sup>153</sup>.

---

cision Making and Performance in High-Tech Cockpits”, in *International Journal of Aviation Psychology*, 1997, n. 8, vol. 1, p. 47-63; Kate GODDARD, Abdul ROUDSARI, Jeremy C. WYATT, “Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators”, in *J. Am. Med. Inform. Assoc.*, 2012, vol. 19, pp. 121-127; David LEHR and Paul OHOM, “Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning”, in *University of California*, vol. 51, 2017, pp. 653-717, p. 716); algorithm aversion (Berkeley J. DIEVORST, Joseph P. SIMMONS, Cade MASSEY, “Algorithm aversion: People erroneously avoid algorithms after seeing them err”, in *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 144, n. 1, 2015, pp. 114-126); illusion of validity (Amos TVERSKY and Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, in *Science*, vol. 185, n. 4157, 1974, pp. 1124-1131, p. 1126; Daniel KAHNEMAN and Gary KLEIN, “Conditions for Intuitive Expertise. A Failure to Disagree”, in *American Psychologist*, 2009, pp. 515-526, p. 517); confirmation bias (Charles G. LORD and Cheryl TAYLOR, “Biased Assimilation: Effects of Assumptions and Expectations on the Interpretation of New Evidence”, in *Social and Personality Psychology Compass*, 2009, n. 3, pp. 827-841; Eyal ZAMIR and Doron TEICHMAN, *Behavioural law and economics*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 399). On the impact of anchoring in sentencing disparities, see Birthe ENOUGH and Thomas MUSSWEILER, “Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom”, in *Journal of Applied Social Psychology*, 31, 2001, pp. 1535-1551.

<sup>149</sup> Mireille HILDEBRANDT, “Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past”, cit., p. 83.

<sup>150</sup> In the same vein, in the exercise of encoding regulation, it is to humans to clarify what “a week”, or “the majority of the year means” (see footnote n. 145).

<sup>151</sup> OECD, *Regulatory databases and analytical tools to support regulatory analysis*, cit., p. 27.

<sup>152</sup> Current privacy regulation requires public authorities to ensure transparency on the existence of automated decision-making only if it involves the processing of personal data (art. 12, para. 1, Regulation n. 2016/679/UE). As per the EU proposal of AI regulation, the automated adjudication allowed by rule as a code in sensitive areas (such as social security and teacher evaluation) are examples of high-risk applications, and human intervention should be ensured, among other guarantees. However, the

Footnote 153 in next page.

This legislation should set the guiding principles, not unlike those outlined for the administrative and judicial functions: complementary role of humans and AI (human in the loop), transparency<sup>154</sup>, explainability<sup>155</sup>, data governance, and security<sup>156</sup>. Each regulator should then adapt these principles to its own activity. These regulations should also set minimum procurement conditions which a third-party vendor should follow (when the preferable<sup>157</sup> in-house solution does not prove to be viable), in order to be in line to the above-mentioned principles<sup>158</sup>, and to avoid a *de facto* delegation of legislative or regulatory power to a third party provider.

---

proposal does not set a discipline for AI in rule-making and law-making based on “narrow AI applications” (i.e., trained on specific data for a specific task and content). Nevertheless, it could be argued that AI in rule life-cycle might be classified as high-risk systems if it is likely to produce adverse impacts on fundamental rights, such as the right to non-discrimination or the right to be heard as a component of the right to a good administration (see the example of AI excluding comments characterized by informal narrative, or resulting from a mass campaign in Para. 5). Moreover, recent amendments to the proposal take into account foundation models, specifying as they might fall under the high-risk category based on their use or purpose in development only. However, foundation models shall respect similar obligations. For instance, deployers who are public authorities shall comply with registration obligations, and with transparency requirements. Additionally, foundation models intended to work as “generative AI” (e.g. LLM supporting rules drafting, rule setting, and consultation) shall: i) comply with specific transparency obligations, ii) be trained, designed, and developed to ensure adequate safeguards and without prejudice to fundamental rights; and iii) be publicly available through a sufficiently detailed summary of the use of training data. On human oversight, the latter is added as a general principle applicable to all AI systems, but explicitly detailed for high-risk systems, while not mentioned in obligations of the providers of a foundation model.

<sup>153</sup> Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, “Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law”, in *European Public Law*, vol. 27, n. 1, 2021, pp. 103-129 (p. 104).

<sup>154</sup> Cary COGLIANESE and David LEHR, “Transparency and algorithmic governance”, cit.

<sup>155</sup> “The administrative state is about translation – from expert knowledge and legal authority discourses to a conversation that allows at least somewhat more public deliberation. A key question is what happens to that process when automated systems have an ever more prominent role in the administrative state, and their capacity to explain their decisions implicates at best a big principal agent problem and at worst is limited given their very architecture and ability to encourage decisions that humans would not have otherwise made” (Mariano-Florentino CUELLAR, “Cyberdelegation and the Administrative State”, cit., p. 156-157).

<sup>156</sup> On the accountability and security issues specific to Parliaments, see World e-Parliament Report 2020, cit., p. 56. Concerning regulation, see Mariano-Florentino CUELLAR, “Cyberdelegation and the Administrative State”, cit., p. 153.

<sup>157</sup> The critical role of AI handling a key public function and leveraging of sensitive data suggests an in-house development. It would also allow a better tailoring of AI to the needs of legislators and regulators, as well as to make it easy to explain its functioning and output. Moreover, AI should be developed with open-source standards, so as to be easily shared with public authorities acting in the same phase of the rule life-cycle (e.g. the EC LEOS for legislation drafting and DORIS for consultation, as well as “GISA Self-assessment” developed by the Campania Italian Region for law enforcement). A more nuanced approach is suggested by the Administrative Conference of the United States, *Using algorithmic tools in retrospective review of agency rules*, cit., point 2 (see also Administrative Conference of the United States, *Agency use of artificial intelligence*, Recommendation, December 31, 2021, point 4).

<sup>158</sup> According to Cary COGLIANESE and Erik LAMPMANN (“Contracting for algorithmic accountability”, in *Public law and legal theory research paper series*, Research paper n. 21-20, 2021), these minimum conditions should be identified by contract, with the advantage of a flexible framework that administration can adequate overtime, when necessary. On the contractual preconditions for acquiring

As per the legislative function, parliaments should enact regulations (or soft regulation) for AI driven legislation, tailoring these principles to the peculiar features of their activities and needs, the legislative being characterized by an intense politicization and flexible nature of the procedure<sup>159</sup>.

The above mentioned power-conferring legislation should also incentivise experimentation. The analysis showed that not all applications reached the same maturity (e.g., AI in IA seems to be in its infancy), and others require important investment in terms of human resources and are not applicable to all types of rules (e.g., rule as a code). An incremental and experimental approach to AI in the life-cycle of rules is therefore suggested. In the short term, the potential of AI is particularly relevant for drafting, consultation, *ex post* evaluation. Other applications should be experimented in controlled fields, in order to test their real potential and tackle critical issues<sup>160</sup>. For instance, the regulatory framework of a given sector (e.g., taxation) or activity (e.g., public procurements) could be translated into codes, after having simplified and reorganized the regulatory stock, with the support of AI; then, the expected outcomes of alternative options for new proposals or amendment of this framework should be tested through AI. This agile approach would allow the AI revolution to display its benefits while preventing potential harms or side effects<sup>161</sup>.

## 9. BIBLIOGRAHY

Omar AL-UBAYDLI and Patrick McLAUGHLIN, “RegData: A Numerical Database on Industry-Specific Regulations for All United States Industries and Federal Regulations, 1997-2012”, in *Regulation and Governance*, vol. 11, n. 1, 2017, pp. 109-123.

---

algorithmic systems, see Ada Lovelace Institute, AI Now Institute and Open Government Partnership, *Algorithmic Accountability for the Public Sector*, 2021, p. 33-35 and 44-45, <https://www.opengovpartnership.org/documents/algorithmicaccountability-public-sector/>. Guidelines for AI procurement has been published by the UK Government in 2020 and by the city of Amsterdam (*Standard Clauses for Municipalities for Fair Use of Algorithmic Systems*, 2020, <https://www.amsterdam.nl/innovatie/digitalisering-technologie/contractual-terms-for-algorithms/>). Instead, Canada opted for a pre-selected list of suppliers also based on compliance with «demonstrated competence in AI ethics» (<https://buyandsell.gc.ca/procurement-data/tender-notice/PW-EE-017-34526>).

<sup>159</sup> Elena GRIGLIO and Carlo MARCHETTI, “La “specialità” delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all’esperienza del Senato italiano”, cit., p. 336. See also Fotios FITSILIS et al., *Guidelines on the Introduction and Use of Artificial Intelligence in the Parliamentary Workspace*, 2023, <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.22687414.v1>.

<sup>160</sup> The goal of the so-called agile regulation “is to bridge the growing gap between the slower timescale of regulatory development and the faster timescale of innovation while also protecting the transparency, accountability, rigor, and relevance of our regulatory system” (Heidi R. KING, “Regulation Must Become Agile to Remain Relevant”, in *The Regulatory Review*, August 2, 2023. This is possible by a constant test and learn, based on field or lab experiments, as well as regulatory sandboxes.

<sup>161</sup> Cary COGLIANESE, “Why Regulating AI Is Like Regulating Air or Water”, August 4, 2023, <https://www.pymnts.com/artificial-intelligence-2/2023/why-regulating-ai-is-like-regulating-air-or-water-says-upenn-professor/>.

- Layman E. ALLEN and Charles S. SAXON, "Computer-Aided Normalizing and Unpacking: Some Interesting Machine-Processable Transformations of Legal Rules", in Charles WALTER (ed.), *Computing Power and Legal Reasoning*, St. Paul: West Pub. Co., 1985, pp. 495-572.
- Robert BALDWIN, *Rules and Government*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- Robert BALDWIN, Martin CAVE, Martin LODGE, *Understanding regulation. Theory, strategy, and practice*, Oxford University Press, Oxford, second ed., 2012.
- Robert BALDWIN and Julia BLACK, "Really Responsive Risk-Based Regulation", in *Law & Policy*, vol. 32, n. 2, 2010, pp. 181-213, p. 205-206.
- Steven J. BALLA, Alexander R. BECK, Elisabeth MEEHAN, Arymala PRASAD, "Lost in the flood?: Agency responsiveness to mass comment campaigns in administrative rulemaking", in *Regulation & Governance*, 2020.
- Omri BEN-SHAHAR and Ariel PORAT, *Personalized Law. Different Rules for Different People*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- Jamie BERRYHILL et al., "Hello, World: Artificial intelligence and its use in the public sector", in *OECD Working Papers on Public Governance*, n. 36/2019, OECD Publishing, Paris.
- Reuben BINNS, "Human judgment in algorithmic loops: individual justice and automated decision-making", in *Regulation & Governance*, vol. 16, 2022, p. 197-211.
- Daniel BYLER, Beth FLORES, Jason LEWRIS, "Using advanced analytics to drive regulatory reform", Deloitte, 2017.
- Aylin CALISKAN, Joanna J. BRYSON, Arvind NARAYANAN, "Semantics derived automatically from language corpora contain human-like biases", in *Science*, n. 356, 2017, pp. 183-186.
- Simon CHERSTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- Danielle Keats CITRON, "Technological Due Process", in *Washington University Law Review*, vol. 85, n. 6, 2008, pp. 1249-1313.
- Stefano CIVITARESE MATTEUCCI, "Public Administration Algorithm Decision-Making and the Rule of Law", in *European Public Law*, vol. 27, n. 1, 2021, pp. 103-129.
- Simon CHERSTERMAN, *We, the Robots: Regulating artificial intelligence and the limits of the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- Cary COGLIANESE, "Why Regulating AI Is Like Regulating Air or Water", in *PYMNTS*, August 4, 2023
- Cary COGLIANESE and Alicia LAY, "Antitrust by algorithm", in *Stanford Computational Antitrust*, vol. 2, 2022, p. 1-22.
- Cary COGLIANESE, "E-rulemaking Information Technology and Regulatory Policy", in *Administrative Law Review*, vol. 56, n. 2, 2004, pp. 353-402.
- Cary COGLIANESE and David LEHR, "Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine Learning Era", in *The George Town Law Journal*, vol. 105, 2017, pp. 1147-1223.
- Cary COGLIANESE and David LEHR, "Transparency and Algorithmic Governance", in *Administrative Law Review*, vol. 71, n. 1, 2019, pp. 1-56.
- Cary COGLIANESE, "Moving toward personalised law", in *The University of Chicago Law Review online*, 2022.
- Cary COGLIANESE and Alicia LAI, "Algorithm v. Algorithm", in *Duke Law Journal*, vol. 72, 2022, pp. 1281-1340.
- Cary COGLIANESE, Gabriel SCHEFFLER and Daniel WALTERS, "Unrules", in *Stanford Law Review*, 2021, pp. 885-967.
- Cary COGLIANESE and Erik LAMPMANN, "Contracting for algorithmic accountability", in *Public law and legal theory research paper series*, Research paper n. 21-20, 2021.
- Germana COLARUSSO and Cinzia MATONTI, "GISA Autovalutazione: un servizio digitale per la compliance volontaria in sicurezza alimentare e sanità pubblica veterinaria", in *Rassegna dell'Osservatorio AIR*, n. 3, 2023.
- Guido CORSO, Maria DE BENEDETTO, Nicoletta RANGONE, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Il Mulino, Bologna, 2022.

- Mariano-Florentino CUELLAR, "Cyberdelegation and the Administrative State", in Nicholas R. PARRILLO (ed.), *The Administrative State from the Inside Out. Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw*, Oxford University Press, Oxford, pp. 134-169.
- Nello CRISTIANINI, "Shortcuts to Artificial Intelligence", in M. Pelillo and T. Scantaburlo, *Machine we trust. Perspective on dependable AI*, The Mit Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2021.
- Ana DE ALMEIDA BORGESA, Juan José CONEJERO RODRIGUEZ, David FERNANDEZ-DUQUE, David Freeman ENGSTROM, Daniel E. HO, Cathrine M. SHARKEY, Mariano-Florentino CUELLAR, *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*, Report submitted to the Administrative Conference of the United States, 2020.
- Gabriele BUCHHOLTZ, "Artificial intelligence and legal tech: challenges to the rule of law", in Thomas WISCHMEYER, Timo RADEMACHER, *Regulating artificial intelligence*, Springer International Publishing, 2020.
- Alejandro DE LA GARZA, "States' Automated Systems Are Trapping Citizens in Bureaucratic Nightmares With Their Lives on the Line", in *Times*, May 28, 2020.
- Berkeley J. DIEVORST, Joseph P. SIMMONS, Cade MASSEY, "Algorithm aversion: People erroneously avoid algorithms after seeing them err", in *Journal of Experimental Psychology: General*, vol. 144, n. 1, 2015, pp. 114-126.
- Marco D'ALBERTI, *Pubblici poteri, mercati, globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- Anoush DARABI, "New Zealand explores machine-readable laws to transform government", 11 May 2018, <https://apolitical.co/solution-articles/en/new-zealand-explores-machine-readable-laws-to-transform-government>.
- Stijn DEBAENE, Raf VAN KUYCK and Bea VAN BUGGENHOUT, "Legislative Technique as Basis of a Legislative Drafting System", in *Information and Communication Technology Law*, vol. 9, issue 2, 2000, pp. 149-159.
- Fabiana DI PORTO, Paolo FANTOZZI, Maurizio NALDI, Nicoletta RANGONE, "Identifying stakeholders' interests in EU consultations through a text mining approach", forthcoming.
- Laurence DIVER, "Computational legalism and the affordance of delay in law", in *Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law*, 2020, pp. 2-15.
- Bridget C.E DOOLING and Mark FEBRIZIO, "Robotic rulemaking", in *Brookings series on Regulatory Process and Perspectives*, April 4, 2023.
- Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Ma, 1986.
- Eric EGAN, "Generative AI Offers Federal Agencies Common-Sense Opportunities to Simplify and Improve How They Work", in *Information technology and Innovation Foundation*, June 28, 2023.
- Birthe ENOUGH and Thomas MUSSWEILER, "Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom", in *Journal of Applied Social Psychology*, 31, 2001, pp. 1535-1551.
- Fotios FITSILIS et al., *Guidelines on the Introduction and Use of Artificial Intelligence in the Parliamentary Workspace*, 2023, in <https://joinup.ec.europa.eu/collection/egovernment/solution/hocrt/document/guidelines-introduction-and-use-artificial-intelligence-parliamentary-workspace>
- Aram A. GAVOOR, "The Impending Judicial Regulation of Artificial Intelligence in the Administrative State", in *Notre Dame Law Review Reflection*, vol. 97, 2022, pp. 197-206, p. 180 ss.
- Kate GODDARD, Abdul ROUDSARI, Jeremy C. WYATT, "Automation bias: a systematic review of frequency, effect mediators, and mitigators", in *J. Am. Med. Inform. Assoc.*, 2012, vol. 19, pp. 121-127.
- Mireia GONZALEZ BEDMAR, Joost J. JOOSTEN, "To Drive or Not to Drive: A Logical and Computational Analysis of European Transport Regulations", in *Information and Computation*, vol. 280, 2021.
- Michael GOTZE, "Political and systematic push for legal pre-accept of AI solutions", draft for the Symposium *Public Administration and the EU Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence*, September 18-19, 2023.
- Elena GRIGLIO and Carlo MARCHETTI, "La "specialità" delle sfide tecnologiche applicate al drafting parlamentare: dal quadro comparato all'esperienza del Senato italiano", in *Osservatorio delle fonti*, n. 3, 2022, pp. 361-386.

- Michael HERZ, “Malattributed comments in agency rule-making”, in *Cardozo Law Review*, in vol. 42, 2020, pp. 1-67.
- Mireille HILDEBRANDT, “Code-driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past”, in Simon DEAKIN and Christopher MARKOU (eds.), *Is law computable? Critical perspectives on law and artificial intelligence*, Hart Publishing, Oxford, New York, Dublin, 2020, chapter 3.
- Mireille HILDEBRANDT, “Law as computation in the era of artificial legal intelligence. Speaking law to the power of statistics”, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 68, n. 1, 2020, pp. 12-35.
- Daniel KAHNEMAN and Gary KLEIN, “Conditions for Intuitive Expertise. A Failure to Disagree”, in *American Psychologist*, 2009, pp. 515-526.
- Mark KELMAN, *The Heuristics Debate*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Heidi R. KING, “Regulation Must Become Agile to Remain Relevant”, in *The Regulatory Review*, August 2, 2023.
- Nihal KRISHAM, “Congress gets 40 ChatGPT Plus licenses to start experimenting with generative AI”, in *Fedscoop*, April 24, 2023.
- Sarah KREPS and Douglas KRINER, “How generative Artificial Intelligence impact democratic engagement”, March 21, 2023, in *How generative AI impacts g engagement | Brookings*.
- David LEHR and Paul OHOM, “Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning”, in *University of California*, vol. 51, 2017, pp. 653-717.
- Michael A. LIVERMORE, Vladimir EIDELMAN, Brian GROM, “Computationally Assisted Regulatory Participation”, in *Notre Dame Law Review*, vol. 93, n. 3, 2018, pp. 977-1034.
- Michael A. LIVERMORE, “Rules by Rules”, in Ryan WHALEN, *Computational Legal Studies: The Promise and Challenge of Data-Driven Legal Research*, Edward Elgar, 2020, Cheltenham-UK, Northampton-USA, pp. 238-264.
- Charles G. LORD and Cheryl TAYLOR, “Biased Assimilation: Effects of Assumptions and Expectations on the Interpretation of New Evidence”, in *Social and Personality Psychology Compass*, 2009, n. 3, pp. 827-841.
- Matt LYNC, “Lawmaker – the new legislative drafting service of the UK and Scotland”, in *The Loophole*, n. 2, 2022, pp. 24-39.
- Sandra G. MAYSON, “Bias In, Bias Out”, in *The Yale Law Journal*, 128, 2019, pp. 2219-2300.
- Barbara MARCHETTI, “Giustizia amministrativa e transizione digitale. Spunti per riflettere su un futuro non troppo lontano”, in Margherita RAMAJOLI (ed.), *Una giustizia artificiale?*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 59-90.
- Patrick A. McLAUGHLIN, “RegData Canada: A Data-Driven Approach to Regulatory Reform”, in *Mercatus Center, George Mason University, Policy Brief*, 2019, pp. 1-5.
- Nina A. MENDELSON, “On the Value of Comments from Individual Members of the Public (ACUS Update)”, in *Notice and Comment. A Blog from Yale Journal of Regulation*, July 14, 2021.
- Nina A. MENDELSON, “Public Engagement, Equity, and Executive Order 14094”, Symposium on Modernizing Regulatory Review, June 7, 2023.
- Eva MICHEL and Anna WHALEY, “Regulatory technology: replacing law with computer code”, in *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 14, 2018, pp. 1-27.
- Johon MORISON and Adam HARKENS, “Re-engineering Justice? Robot Judges, Computerised Courts and (Semi) Automated Legal Decision-Making”, in *Legal Studies*, vol. 39, n. 4, 2019, pp. 618-635.
- Melissa MORTAZAVI, “Rulemaking Ex Machina”, in *Columbia Law Review*, vol. 117, n. 6, 2017.
- Jason MORRIS, “Rules as Code: How Technology May change the Language in which Legislation is Written, and What it Might Mean for Lawyers of Tomorrow”, in *Techshow*, February 5, 2021, pp. 2-16.
- Kathleen L. MOSIER and Linda J. SKITKA, “Automation Bias: Decision Making and Performance in High-Tech Cockpits”, in *International Journal of Aviation Psychology*, 1997, n. 8, vol. 1, p. 47-63.
- Maria MOUSMOUTI, *Designing Effective Legislation*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-UK, Northampton-USA, 2019.
- Cathy O’NEIL, *Weapons of math destruction. How Big Data increases inequality and threatens democracy*, Penguin, London, 2016.

- Monica PALMIRANI, Fabio VITALI, Willy VAN PUYMBROECK, Fernando Nubla DURANGO, *Legal drafting in the era of artificial intelligence and digitization*, Study commissioned by the EC, Directorate-General for Informatics Solutions for Legislation, Policy & HR, Brussels, 2022.
- Juli PONCE SOLE, “Some considerations on the relationship between humans and artificial intelligence: the “human reserve” and human supervision (human in/on the loop)”, draft for the Symposium *Public Administration and the EU Proposal for a Regulation of Artificial Intelligence*, September 18-19, 2023).
- J. PONCE SOLE, “De como la calidad normativa y los sistemas algorítmicos, unidos a las aportaciones conductuales, pueden contribuir a la buena administración: a propósito del estudio El impacto de los trámites administrativos en el acceso a las prestaciones sociales. Una perspectiva conductual – Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial”, ([wordpress.com](https://www.wordpress.com)) June 3, 2022.
- Sofia RANCHIRDAS, “Empathy in the digital administrative State”, in *Duke Law Journal*, vol. 71, 2022, pp. 1341-1389.
- Nicoletta RANGONE, “Improving consultation to ensure the European Union’s democratic legitimacy: From traditional procedural requirements to behavioural insights”, in *European Law Journal*, vol. 28, n. 4-6, 2022, p. 154-171.
- Nicoletta RANGONE, “A Regulatory Reboot Cannot Neglect Artificial Intelligence”, in *The Regulatory Review. University of Pennsylvania*, December 15, 2022.
- Giuseppe Ugo RESCIGNO, “Relazione di sintesi; Atti del Seminario: Fonti, tecniche legislative, fattibilità, implementazione delle leggi e sistemi informativi”, in *Quaderni a cura del servizio studi legislativi e promozione culturale dell’Assemblea regionale siciliana*, 28, 1990.
- Cinara ROCHA and João CARVALHO, “Artificial intelligence in the judiciary: uses and threats”, in *CEUR Workshop Proceedings*, 2022.
- Alberto SANCHEZ-GRAELLS, “Data-driven and digital procurement governance: Revisiting two well-known elephant tales”, in *Communications Law - Journal of Computer, Media and Telecommunications Law*, vol. 24, n. 4, 2019, p. 157-170.
- Andrew D. SELBST, “An institutional view of algorithmic Impact Assessment”, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 35, n. 1, 2021, p. 117-191.
- Sidney A. SHAPIRO, “Marginalized Groups and the Multiple Languages of Regulatory Decision-Making”, in *The Regulatory Review*, 14 March 2022.
- Catherine M. SHARKEY and Cade MALLETT, “Artificial Intelligence for Retrospective Regulatory Review”, in *The Regulatory Review*, September 12, 2023.
- Cathrine M. SHARKEY, “Algorithmic tools in retrospective review of agency rules”, Report for the Administrative Conference of the United States, May 3, 2023.
- Cathrine M. SHARKEY, “AI for retrospective review”, in *Belmont Law Review*, vol. 8, 2021, pp. 374-408.
- Bernd Carsten STAHL, Josephina ANTONIOU, Nikita BHALLA *et al.*, “A systematic review of artificial intelligence impact assessments”, in *Artificial Intelligence Review*, 2023.
- Cass R. SUNSTEIN, “Algorithms, correcting biases”, in *Social Research: An Int. Quart.*, vol. 86, n. 2, 2019, p. 499-511.
- Linda J. SKITKA *et al.*, “Automation Bias and Errors: Are Crews Better Than Individuals?”, in *The International Journal of Aviation Psychology*, 2000, vol. 10, n. 1, pp. 85-97.
- Minesh TANNA and William DUNNING, “Bias and discrimination”, in Charles KERRIGAN (ed.), *Artificial intelligence. Law and Regulation*, Edward Elgar, Cheltenham-UK, Northampton-USA, 2022, p. 422-441.
- Laura TAFANI, “A Legislative Drafter’s Perspective”, in *ChatGPT series*, April 13, 2023, <https://bettereregulation.lumsa.it/chatgpt-essay-series-legislative-drafters-perspective>
- Luca TANGI, Colin VAN NOORDT, Marco COMBETTO, Dietmar GATTWINKEL, and Francesco PIGNATELLI, *AI Watch. European landscape on the use of Artificial Intelligence by the Public Sector*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022.
- Luisa TORCHIA, “La giustizia amministrativa digitale”, in Margherita RAMAJOLI (ed.), *Una giustizia amministrativa digitale?*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 39-58

- Amos TVERSKY and Daniel KAHNEMAN, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, in *Science*, vol. 185, n. 4157, 1974, pp. 1124-1131.
- Alessio VIGNA, “Modello di classificazione in base al rischio. Revisione dei metodi di pianificazione dei controlli ufficiali per la sicurezza alimentare in Lombardia”, in *Rassegna dell’Osservatorio AIR*, n. 3, 2023.
- Wim J.M. VOERMANS, Wolmoed FOKKEMA, Remco VAN WLJK, “Free the Legislative Process of its Paper Chains: IT-inspired Redesign of The Legislative Procedure Cycle”, in *The Loophole*, January, 2012, pp. 54-73.
- Wim VOERMANS, “Computer-assisted legislative drafting in the Netherlands: the LEDA system”, 2019, in <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/07/Voermans-Legimatics.pdf>
- Matthew WADDINGTON, “Machine-consumable legislation: A legislative drafter’s perspective – Human v artificial intelligence”, in *The Loophole*, June 2019, pp. 22-52.
- Matthew WADDINGTON, “Research Note. Rules as Code”, in *Law in Context*, vol. 37, n. 1, 2020, p. 179-186.
- Helen XANTHAKI, *Drafting Legislative. Art and technologies of rules for regulation*, Hart Publishing, Oxford, New York, Dublin, 2014.
- Helen XANTHAKI, “Legislative drafting: a new sub-discipline of law is born”, in *IALS Student Law Review*, Vol. 1, Issue 1, 2013, pp. 57-70.
- Zichun XU, “Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities”, in *Applied Artificial Intelligence*, vol. 36, n. 1, 2022.
- Karen YEUNG, “Algorithmic regulation: A critical interrogation”, in *Regulation & Governance*, vol. 12, 2018, pp. 505-523.
- Eyal ZAMIR and Doron TEICHMAN, *Behavioural law and economics*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

**ORGANIZACIÓN, PROCEDIMIENTO  
Y NORMAS DE CONTROL DE LA REVISIÓN  
DE LAS CALIFICACIONES UNIVERSITARIAS.  
UN ESTUDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
DE LA CIENCIA**

**ORGANIZATION, PROCEDURE AND CONTROL  
OF THE UNIVERSITY MARKS REVIEW.  
AN ANALYSIS OF ADMINISTRATIVE LAW OF SCIENCIE**

Jorge Del Coso Mateo  
Doctorando en Derecho administrativo  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID:0009-0002-7739-459X

**RESUMEN:** En el presente trabajo se ofrece un análisis del proceso de impugnación y revisión de las calificaciones universitarias, tanto en la vía administrativa como judicial, partiendo del estudio de una muy diversa normativa y de la jurisprudencia existente sobre la materia. La investigación se centra en la metodología aplicativa del Derecho administrativo y emplea dos instrumentos fundamentales: el primero es la distinción entre la norma de conducta empleada por el órgano evaluador para la adopción de la decisión calificadora, la norma de control empleada por la propia Administración en vía de revisión, y la norma de control empleada por la jurisdicción; y el segundo es la distinción entre el estándar empleado para el control formal del proceso y el control material sobre la calificación. Con ello se pretende esbozar los límites entre la discrecionalidad técnica de la Administración universitaria y la garantía del derecho del alumno a una evaluación objetiva de su rendimiento académico.

**PALABRAS CLAVE:** metodología aplicativa; calificaciones universitarias; norma de conducta; norma de control; criterios de evaluación; discrecionalidad técnica; revisión; control judicial.

**ABSTRACT:** This paper contains an analysis of the university marks appeal and review procedure, whether in Public Administration or in Court, taking into consideration the norms diversity and the jurisprudence established on this matter. An application methodology in Administrative Law (based on the distinction between the rule governing administrative action and the rule governing judicial control, and the distinction between the standard of control of the formal process or the substantive control of the score) can be helpful to achieve an understanding of the limits in the technical administrative discretion of the university and the protection of the student right to be objectively assessed.

**KEYWORDS:** application methodology; university marks; rule governing administrative action, rule governing judicial control, assessment criteria; administrative technical discretion; administrative and judicial review.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y MARCO TEÓRICO.— 2. DERECHOS Y DEBERES DEL ALUMNO UNIVERSITARIO. EL DERECHO A UNA VALORACIÓN OBJETIVA.— 3. LA CALIFICACIÓN Y SU REVISIÓN ANTE EL ÓRGANO CALIFICADOR: 3.1. Competencia y facultades del órgano calificador; 3.2. Límites al establecimiento de los criterios de evaluación.— 4. LA REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA: 4.1. Los tribunales de revisión: 4.1.1. Requisitos de acceso al tribunal; 4.1.2. Formación y composición del tribunal; 4.1.3. Objeto de la revisión y facultades del tribunal; 4.2. Los recursos administrativos. El recurso de alzada ante el rector.— 5. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CALIFICACIONES UNIVERSITARIAS: 5.1. El control formal del proceso de evaluación y revisión; 5.2. El control material sobre la calificación. — 6. CONCLUSIÓN.— 7. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA Y MARCO TEÓRICO<sup>1</sup>

Este artículo analiza el procedimiento de revisión de los exámenes universitarios a través de un estudio de la metodología aplicativa que emplean (o deberían emplear) los diferentes operadores jurídicos encargados de controlar las calificaciones. El objeto de este trabajo difiere por tanto del estudio del régimen jurídico del examen universitario (especialmente su caracterización como acto administrativo) o del estudio del control judicial de las calificaciones resultantes de procesos de concurrencia competitiva. Cuestiones que, a lo largo del tiempo, han sido tratadas en profundidad por la doctrina académica<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo, desarrollado en el marco del Máster en Investigación Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, fue concluido el 28 de junio de 2023. Las abreviaturas empleadas en él son las siguientes: CE (Constitución Española), cit. (citado o citada), EUAM (Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid), EUC-LM (Estatutos de la Universidad de Castilla-La Mancha, EUCM (Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid), LJCA (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), LPAC (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), núm. (número), STC (sentencia del Tribunal Constitucional), STS (sentencia del Tribunal Supremo) y STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia).

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, Elisa MOREU CARBONELL, “Régimen jurídico de los exámenes universitarios”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 86, 2010, pp. 133-160; o José Antonio TAR-

La aproximación metodológica de este trabajo, diferente de la metodología tradicional en el ámbito académico que generalmente limitaba su análisis al exclusivo control de legalidad también en la vía administrativa<sup>3</sup>, se deja ver con facilidad ya en su propia estructura.

En este artículo se analizará, en primer lugar (*infra 2*), y de entre los distintos derechos que configuran la esfera jurídica del estudiante universitario, el derecho a una valoración objetiva de su rendimiento académico, así como las distintas dimensiones del mismo y las implicaciones que se derivarían de su observancia.

A continuación (*infra 3*), el trabajo se centrará en el proceso de evaluación, haciendo un especial énfasis en los criterios que deberían (o no deberían) integrar la norma de conducta del órgano calificador.

En tercer lugar (*infra 4*), se abordará el proceso de revisión e impugnación en vía administrativa, considerando la composición técnica y las facultades que asisten al órgano revisor para, finalmente (*infra 5*), adentrarnos en el control jurisdiccional de los exámenes universitarios, diferenciando el control formal del control sustantivo sobre la calificación.

A través de la distinción entre norma de conducta y norma de control<sup>4</sup>, se pretende identificar los criterios de racionalidad que informan la decisión administrativa y su revisión, así como los criterios de legalidad que sirven como única referencia para el órgano judicial. Esto hará posible conocer la distinta intensidad de control que cabe imputar a cada uno de los operadores jurídicos que intervienen en el proceso de impugnación, entendiendo dicha distinción no solo como una consecuencia de la diferente capacitación técnica de cada instancia revisora sino, principalmente, como una consecuencia ineludible de la diferente posición constitucional de la Administración y del Poder Judicial<sup>5</sup>, siendo este último el encargado de velar por la legalidad de la actuación administrativa (sometida a *la ley y al Derecho*) respetando en lo demás el margen de discrecionalidad que el propio ordenamiento jurídico ha otorgado<sup>6</sup>.

Por otra parte, el concepto de discrecionalidad empleado no será aquel que la contempla como un conjunto diverso de potestades de elección entre opciones igualmente válidas por parte de la Administración<sup>7</sup> y que abarca, en su máxima expresión,

---

DÍO PATO, *Control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.

<sup>3</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 529-564.

<sup>4</sup> José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

<sup>5</sup> Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp. 77- 84.

<sup>6</sup> Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El juego del legislador, la Administración y el juez” en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL G y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de derecho administrativo: Volumen 1*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 861-994.

<sup>7</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962, pp. 171-176.

las decisiones de *conveniencia política*<sup>8</sup>, sino exclusivamente como una facultad que asiste a la misma para construir su propia norma de conducta en base a criterios no estrictamente jurídicos (en este caso *técnicos*) pero no por ello desprovistos de las exigencias de racionalidad derivadas del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución)<sup>9</sup>.

En consecuencia, la distinción entre la norma de conducta administrativa, norma de control administrativa y norma de control judicial se hace más evidente cuanto mayor es el margen discrecional de la Administración, pues esto conlleva necesariamente un incremento de la presencia de criterios distintos de la mera legalidad. En nuestro caso, la corrección de las pruebas y exámenes universitarios supone una valoración técnica por parte de los órganos encargados de tal función que es en buena parte inmune al control judicial sobre el fondo de la decisión, ya sea por el contenido técnico del juicio o por el respeto a la facultad otorgada por el ordenamiento a la Administración universitaria<sup>10</sup>.

Para el análisis de la normativa aplicable al procedimiento administrativo de calificación y revisión, teniendo en cuenta el inabarcable volumen de estatutos y reglamentos derivado del uso de la potestad normativa de cada universidad (vinculada a su autonomía universitaria consagrada en el artículo 27.10 de la Constitución), se utilizará con carácter ilustrativo la regulación vigente en la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Castilla-La Mancha, selección realizada en el entendimiento de que su regulación es, en lo común, lo suficientemente representativa para ilustrar el panorama general, y en lo divergente, lo suficientemente representativa para ilustrar las distintas opciones reguladoras. En cualquier caso, siempre que sea necesario, se utilizarán ejemplos de la normativa aplicable en otras universidades.

Para identificar la norma de control empleada por los órganos judiciales, se procederá a un análisis de la jurisprudencia relativa a la temática que nos ocupa, y que ofrece una comprensión casi unánime de esta. Así pues, todas las resoluciones analizadas en el presente trabajo, si bien no se indicará expresamente por una cuestión de economía, habrán de entenderse referidas a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-administrativa<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo Parte General*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 94-96.

<sup>9</sup> Tesis que tiene origen en Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, 1997.

<sup>10</sup> Juan Francisco MESTRE DELGADO, “Consideraciones sobre la denominada discrecionalidad técnica”, en José Ramón CHAVES GARCÍA (coord.), *La génesis del derecho universitario español en la democracia. Usos y abusos del Derecho Universitario: Homenaje a Juan Manuel Valle*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 119-122.

<sup>11</sup> Las sentencias se citarán con el número de la resolución y la fecha. Cuando estas no hayan sido enumeradas, se identificarán a través del Nº R.O.J. que ofrece el Centro de Documentación Judicial (*Cendoj*) del Consejo General del Poder Judicial. Para facilitar su acceso, siempre que hayan sido indexadas, se adjuntará su identificador ECLI.

No resulta difícil suponer que la casuística relativa a la impugnación y revisión de las calificaciones universitarias puede exceder las cuestiones relacionadas con la esfera de derechos del administrado y las potestades de la Administración, afectando a bienes jurídicos que, por su trascendencia para el orden público, son merecedores de otro tipo de tutela<sup>12</sup>. Todo ello, como es lógico, excede del objeto de nuestro trabajo.

## 2. DERECHOS Y DEBERES DEL ALUMNO UNIVERSITARIO. EL DERECHO A UNA VALORACIÓN *OBJETIVA*

El derecho del estudiante a una valoración objetiva tuvo un reconocimiento temprano en la Ley General de Educación de 1970 (Ley 14/1970, de 4 de agosto). En concreto, su artículo 130 Tres (el mismo precepto que reconocía el derecho del alumno a que durante su formación básica se impidiera “*su dedicación a trabajos que perturben sus asistencia escolar o que perjudiquen su normal desarrollo físico-psíquico*”) reconocía el derecho de cualquier estudiante a “*una valoración objetiva de su rendimiento académico que se articulará reglamentariamente mediante los oportunos medios de impugnación*”. Esta proclamación del derecho, junto con la garantía de impugnación y su remisión a disposiciones reglamentarias, ha sido, tal y como se comprobará a continuación, una tríada recurrente en la regulación posterior sobre la materia.

Con la instauración del régimen democrático en España, esta regulación unitaria fue gradualmente sustituida, promulgándose, en primer lugar, la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, de aplicación únicamente a la enseñanza general básica y media, y posteriormente, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, que reconoció también el derecho del alumnado no universitario a la valoración de su rendimiento conforme a “*criterios de plena objetividad*” (artículo 6.1.b). Sin embargo, esta última norma derogó expresamente el artículo 130 Tres de la Ley de 1970 (disposición derogatoria segunda), por lo que el Estatuto del Estudiante (antes comprendido en el Título Cuarto de la ley) pasó a tener entidad propia por medio de un Real Decreto cuyos derechos reconocidos lo eran solo para los alumnos del sistema educativo hasta el nivel de bachillerato (Real Decreto 1543/1988, de 28 de octubre). A partir de ese momento, la legislación educativa general dejaba de reconocer expresamente la posición del alumno universitario a la hora de ser calificado, por más que

---

<sup>12</sup> Sirva de ejemplo la STS (Sala de lo Penal) de 10 de febrero de 2017 (Nº R.O.J. 438/2017, ECLI:ES:TS:2017:438), que condenó por primera vez a un profesor universitario por un delito de prevaricación al calificar de sobresaliente a una alumna que no se presentó al examen, o incluso la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 128/2023, de 1 de marzo (ECLI:ES:APM:2023:2065), que condenó a una estudiante de la Universidad Autónoma de Madrid por falsedad en documento público al aprovechar la revisión de un examen para modificar el sentido de sus respuestas.

pareciera evidente que, en cualquier caso, dicha valoración objetiva formaba parte del contenido esencial del derecho constitucional a la educación<sup>13</sup>.

Todo lo anterior tenía lugar ante el silencio que guardaba la legislación específica sobre universidades. Nada se decía en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (probablemente por la vigencia en el momento de su promulgación de la Ley de 1970), ni tampoco hubo cambios notables con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, ni con su modificación a través de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril. En ellas únicamente se reconocía el derecho de los estudiantes a “*la publicidad de las normas de las Universidades que deben regular la verificación de los conocimientos*” (artículo 46.2.d).

Debido a esto, con el transcurso del tiempo, se dejó en manos de las propias universidades, a través de sus respectivos estatutos, el reconocimiento de ese derecho junto con las garantías concretas aseguradoras de su efectividad (principalmente la publicidad de los criterios de corrección y la posibilidad de revisión de la calificación). Estos estatutos, además, fueron incluyendo un abanico cada vez mayor de derechos y deberes que se integraban en la esfera jurídica del alumnado (derechos de asociación, representación y participación en el gobierno universitario, atención individualizada a través de tutorías etc.).

Derechos y deberes que tuvieron de nuevo rango supraestatutario con la entrada en vigor del Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, en cuyo artículo 7 se recoge, junto con el derecho a la evaluación objetiva “*y siempre que sea posible continua*” (apartado h), el derecho del estudiante a “*ser informado de las normas de la universidad sobre la evaluación y el procedimiento de revisión de las calificaciones*” (apartado g), esto es, un derecho de información destinado a suplir las carencias de aquellos estatutos universitarios donde no se recogía expresamente el deber de publicidad de las normas y criterios de evaluación empleados.

El Estatuto, además de reconocer el derecho a una evaluación objetiva, dispone en su artículo 25 que la evaluación del rendimiento “*responderá a criterios públicos y objetivos*”, y que se ajustará a lo establecido en los planes docentes de asignaturas aprobados por los departamentos (artículo 25.2).

Finalmente, la nueva Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, en su artículo 33 reconoce el derecho del estudiantado a una evaluación objetiva, añadiendo junto a este el derecho a la publicidad de “*las normas que regulen los procedimientos de evaluación y verificación de los conocimientos, incluido el procedimiento de revisión de calificaciones y los mecanismos de reclamación disponibles*”. El precepto (que tiene carácter orgánico según la disposición final séptima de la ley) blinda, al igual que hizo en su día el Estatuto del Estudiante, una serie de garantías mínimas que, a partir de su entrada en vigor, dejan de estar al arbitrio de la regulación de cada universidad.

---

<sup>13</sup> Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “El derecho a la educación”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, pp. 267-305.

Si bien el reconocimiento del derecho del estudiante a la valoración objetiva de su rendimiento ha ido gozando, con el tiempo, de mayor reconocimiento en nuestro ordenamiento, no por ello debemos dejar de atender a la concreta regulación de los estatutos de cada universidad, pues debido a la prolongada tradición de reserva de esta materia a la regulación interna de las universidades<sup>14</sup>, cada institución lo ha consagrado a través de garantías concretas y diversas, así como de procedimientos para su protección que no siempre convergen (este último extremo, mucho más notable, se tratará oportunamente cuando abordemos el proceso de impugnación de las calificaciones).

Así, los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid<sup>15</sup> (en adelante, EUCM) disponen, en su artículo 115, que los estudiantes tienen derecho “*a una evaluación objetiva de su rendimiento académico, a la revisión de sus evaluaciones y a ejercer, en su caso, los medios de impugnación correspondientes, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto del Estudiante*” (apartado i). Además, de forma particularmente garantista, los estudiantes tienen también derecho a conocer la programación docente, los criterios de evaluación y corrección, el régimen de convocatorias así como la bibliografía básica de cada asignatura “*con anterioridad a su matriculación*” (apartado e).

Por otra parte, de forma similar a lo contemplado en el Estatuto del Estudiante, los Estatutos de la Universidad de Castilla-La Mancha<sup>16</sup> (en adelante, EUC-LM) reconocen, entre los derechos de los estudiantes, el derecho “*a la valoración objetiva de su rendimiento académico y a conocer los criterios de evaluación empleados*”, así como “*a la publicidad de las calificaciones y a la revisión de las pruebas de evaluación, en los términos que establezca el Consejo de Gobierno*” (artículo 130, apartados h e i).

Los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid<sup>17</sup> (en adelante, EUAM), quizá de forma algo más detallada, disponen en su artículo 83.g que los estudiantes tendrán derecho a “*recibir una evaluación objetiva de su rendimiento académico, acceder a la revisión de sus evaluaciones antes del cierre definitivo de las actas oficiales y ejercer, en su caso, los medios de impugnación correspondientes*”, añadiendo que “*los Reglamentos de cada Centro establecerán el procedimiento para hacer efectivo este derecho*”.

---

<sup>14</sup> Es preciso señalar que este hecho, aunque pudiera tener un origen inmediato en el silencio de las normas legales que regían sobre la materia, de fondo tuvo un rol esencial la existencia de una concepción muy amplia de la autonomía universitaria tras el advenimiento de la democracia, así como la subsistencia doctrinal en la década de 1980 de las denominadas *relaciones especiales de sujeción*.

<sup>15</sup> Decreto 32/2017, de 21 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>16</sup> Resolución de 18/11/2015, de la Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación, por la que se ordena la publicación de los Estatutos de la Universidad de Castilla-La Mancha, aprobados por el Claustro Universitario el 15 de junio de 2015.

<sup>17</sup> Decreto 214/2003, de 16 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid, en la redacción dada por el Decreto 94/2009, de 5 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Universidad Autónoma de Madrid.

Este conjunto de derechos relativos a la evaluación y calificación del rendimiento del estudiante tiene como contrapartida una serie de deberes que los estatutos universitarios también recogen. Por ejemplo, el deber del estudiante de “realizar el trabajo académico propio de su condición universitaria”, respetar las normas de disciplina académica, “abstenerse de la utilización o cooperación en procedimientos fraudulentos en las pruebas de evaluación” (artículo 116 EUCM) o cumplir con “los procedimientos establecidos por el profesorado para la realización de las pruebas de evaluación de sus conocimientos” (artículo 131 EUC-LM). Evidentemente, el nivel de exigencia y precisión de los deberes de los estudiantes determinará también su posición a la hora de impugnar las calificaciones asignadas, especialmente cuando la valoración defectuosa pueda imputarse, si quiera parcialmente, a la concurrencia de su conducta o al incumplimiento de aquello que le era exigible por la normativa académica.

En todo caso, de la regulación contenida tanto en el Estatuto del Estudiante como en los estatutos universitarios seleccionados se puede extraer dos conclusiones. La primera es que todos estos textos recogen, de forma más bien homogénea, un derecho a la evaluación objetiva del estudiante, acompañando dicha proclamación con un derecho a la impugnación o revisión de sus calificaciones, de una remisión a la normativa infraestatutaria de otros órganos de la universidad, así como de un derecho a conocer con cierta antelación los criterios de evaluación empleados.

La segunda conclusión es que, si bien este derecho ha ido gozando progresivamente de mayor reconocimiento conforme aumentaba el rango de la norma que lo reconocía, su contenido no ha sido definido en ninguno de los preceptos que lo recogen, por lo que la *evaluación objetiva* del rendimiento académico ha de considerarse un concepto jurídico indeterminado.

Intentaremos pues desentrañar el alcance de lo que se puede considerar como una evaluación “objetiva” del rendimiento del estudiante. Interpretando sistemáticamente la normativa universitaria, la jurisprudencia sobre la materia y la doctrina administrativa general sobre evaluación (desde otros niveles de enseñanza hasta los concursos y oposiciones), podemos inferir que una evaluación objetiva tiene, al menos, tres dimensiones. La primera, relativa a que los propios criterios utilizados para evaluar han de ser objetivos en el sentido, primero, de ser susceptibles de aplicarse *objetivamente*, independientemente de la condición particular del estudiante o del momento de realización de la prueba; y, segundo, de tener la capacidad suficiente para reflejar el dominio del estudiante sobre la materia impartida. Se trata pues de una cualidad material de *aplicabilidad* que debe estar presente en cada criterio, atendiendo a una relación de medios-fines. La publicidad de las normas y de los criterios de evaluación empleados son garantías para asegurar el cumplimiento de esta dimensión del derecho.

La segunda dimensión comprende el derecho a que esos criterios *objetivos* sean aplicados de forma *objetiva*<sup>18</sup>. En este caso, la objetividad vendría a equipararse a la

---

<sup>18</sup> De hecho, el Estatuto del Estudiante regula por separado la objetividad de la evaluación como derecho del estudiante (artículo 7.1.h), de la objetividad y publicidad de los criterios como una obliga-

neutralidad de la decisión calificadoradora. El profesor o el órgano calificador deberán situarse en una posición similar a la del juez cuando aplica la ley en un caso concreto, teniendo en cuenta únicamente el rendimiento del estudiante para valorar el grado de satisfacción de cada criterio. En este caso, no se trata pues de una cuestión de adecuación sino de imparcialidad, siendo este además el ámbito de la pura discrecionalidad técnica, inmune al control judicial para las resoluciones que niegan la posibilidad sobre un pronunciamiento de fondo, tal y como se verá en el apartado quinto del presente trabajo<sup>19</sup>.

Por último, una tercera dimensión, reconocida por los tribunales debido (principalmente) a su reticencia a entrar a conocer sobre el fondo, es la garantía formal de revisión, entendiendo que una valoración objetiva lo es cuando puede ser revisada por una instancia superior que, independientemente de si comparte o no la valoración efectuada, está en condiciones de conocer los criterios y las razones de la calificación<sup>20</sup>. Como puede deducirse, cuando el tribunal juzgador niega la posibilidad de conocer sobre el fondo, será un derecho a la revisión únicamente en vía administrativa.

Es preciso señalar que, incluso ante el silencio de la ley, y pese a que la jurisprudencia ha evitado delimitar el alcance del contenido del derecho a una evaluación objetiva, la existencia de este derecho ha tenido un papel muy relevante en el debate doctrinal relativo al control jurisdiccional de las calificaciones, pues parece más apropiado entender que la protección de dicho derecho solo puede darse cuando los tribunales entran a revisar el fondo de la cuestión (esto es, el acierto de la decisión calificadoradora) que reconocer legalmente un derecho que únicamente puede verse satisfecho en la vía administrativa, sin que este pueda ser objeto de control (al menos exhaustivo) de los tribunales, lo que supondría vaciar de contenido el derecho reconocido al privarlo de las garantías jurisdiccionales necesarias para su protección. Sirva de ejemplo la STS núm. 1186/1988, de 31 de octubre (cit.), que reconoce que el derecho a la evaluación objetiva implica su revisión tanto en vía administrativa como judicial, y la posterior STS núm. 537/1988, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:1988:3501), negadora del control judicial sobre el fondo, entendiendo que solo se habría lesionado dicho

---

ción de la Administración (artículo 25.1).

<sup>19</sup> Si bien no se niega que el establecimiento de los criterios de evaluación se pueda identificar, en buena parte, como una decisión discrecional amparada por dicha doctrina, esta cuestión no ha sido tratada por la jurisprudencia al no generar apenas controversia en los procesos judiciales de impugnación de las calificaciones universitarias.

<sup>20</sup> De hecho, la STS núm. 1.186/1988, de 31 de octubre (ECLI:ES:TS:1988:11945), reconoce la posibilidad para la Consejería de Educación de la Comunidad Valenciana de revisar un examen de bachillerato, a pesar de no haberse previsto procedimiento alguno, pues de la Ley Orgánica de 1985 *“se infiere no solo la existencia de tal derecho, sino también la posibilidad jurídica de su actuación cuando el alumno considere que le ha sido vulnerado”* por lo que la alumna tiene derecho a recurrir su calificación *“sin que sea impedimento la inexistencia de un procedimiento específico”*. Así *“en orden a la protección jurídica del derecho del alumno a recibir una valoración objetiva de su rendimiento”* incluso es posible reconocer una competencia de revisión a los órganos superiores de la Administración de la Comunidad Valenciana sin previsión legal alguna.

derecho si se hubiese impedido la revisión de la calificación en vía administrativa. Así pues, ambas líneas jurisprudenciales, al resolver sobre las garantías que ofrece este derecho, difieren tanto en el alcance de su contenido como en las facultades de la jurisdicción para garantizarlo, sea entrando a resolver sobre el fondo de la cuestión o bien limitándose a un control formal de una decisión materializable únicamente en vía administrativa.

En cualquier caso, bajo nuestra consideración, no parece que la proclamación de este derecho en un ordenamiento democrático como el nuestro pueda innovar sustancialmente en la esfera de derechos del estudiante, o en el conjunto de obligaciones de la Administración (más allá del análisis del cumplimiento de las concretas exigencias de publicidad de las normas o criterios de evaluación). Esto es, no parece que nada puede exigirse o censurarse que no estuviera amparado o prohibido por la observancia de los principios constitucionales de objetividad e imparcialidad de la Administración Pública (artículo 103 CE), interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) e incluso más directamente, por las exigencias que se derivan del respecto al contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la igualdad (artículo 14 CE)<sup>21</sup>.

### 3. LA CALIFICACIÓN Y SU REVISIÓN ANTE EL ÓRGANO CALIFICADOR

Considerando la calificación como el acto final que resuelve un proceso previo de evaluación, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el profesor a la hora de calificar se constituye como un órgano unipersonal de la Administración, y en segundo lugar, que algunas universidades (como la Universidad de Castilla-La Mancha) contemplan la posibilidad de que el estudiante, bajo la concurrencia de unas determinadas circunstancias (como puede ser el agotamiento de un número concreto de convocatorias), pueda optar porque su evaluación la realice directamente un tribunal<sup>22</sup>. Por estos motivos, en lo sucesivo se usará preferiblemente el término *órgano calificador original o inicial* en lugar de *profesor o profesora* responsable de la calificación.

---

<sup>21</sup> Específicamente en el ámbito universitario, la STS núm. 538/1988, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:1988:3502), haciendo suya la doctrina constitucional fijada a partir de la STC núm. 7/1982, de 26 de febrero (ECLI:ES:TC:1982:7), entendió que este derecho a la valoración objetiva “no exige la absoluta prohibición de la diferenciación de trato a diversas categorías”, pues solo se quiebra la igualdad “cuando la diferenciación no está basada en motivos objetivos”, por lo que el derecho no se conculca cuando este trato diferenciado tiene una justificación “racional y suficiente”, concluyendo que “los poderes públicos no pueden, en casos sustancialmente iguales, modificar el sentido de sus actos, salvo que el apartarse de sus precedentes vaya acompañado de una fundamentación razonada”.

<sup>22</sup> Así lo disponía, en su artículo 19, el antiguo reglamento de evaluación de la Universidad Autónoma de Madrid (Normativa de Evaluación Académica de la Universidad Autónoma de Madrid aprobada en Consejo de Gobierno de 8 de febrero de 2013) modificado recientemente tras la finalización de este trabajo mediante el Acuerdo 22/CG de 13 de julio de 2023, por el que se aprueba la Normativa de Evaluación Académica.

### 3.1. Competencia y facultades del órgano calificador

En su Sentencia núm. 1132/1989, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TS:1989:6924), el Tribunal Supremo expresó que “*el Catedrático o Profesor Titular encargado de la Cátedra es el competente para redactar el programa o temario a impartir, por constituir una manifestación del (derecho) de libertad de cátedra reconocido en el art. 20.1.c) de la Constitución*” (Fundamento de Derecho Tercero). Sin embargo, el Alto Tribunal también se ha mostrado tajante al entender que la potestad calificadora no está amparada por la libertad de cátedra, pues “*al ser perfectamente deslindables la labor de enseñar y la labor de examinar, sin que ésta sea consecuencia necesaria de aquélla, nada justifica que el derecho de libertad de cátedra alcance o se extienda también a esa función examinadora y calificadora*” (Fundamento de Derecho Octavo de la STS de 15 de diciembre de 1999, Nº R.O.J. 8044/1999, ECLI:ES:TS:1999:8044), tratándose la calificación como un ejercicio de discrecionalidad técnica en lugar de como una expresión de un derecho o una libertad constitucionalmente garantizada (STS núm. 725/1990. de 25 de abril, Nº R.O.J. 13241/1990, ECLI:ES:TS:1990:13241), con las consideraciones y limitaciones que se abordarán en el apartado quinto del presente trabajo.

Por otra parte, hay reglamentos que contemplan expresamente el deber de abstención del profesor o la facultad de recusación del estudiante cuando se den las circunstancias contempladas en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La decisión final, previo informe del profesor, recaerá en la dirección del departamento, correspondiendo a partir de ese momento la evaluación del estudiante al tribunal formado siguiendo el procedimiento previsto para el tribunal de revisión de la calificación (artículo 10 del reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha<sup>23</sup> o artículo 10.5 del reglamento de la Universidad de Sevilla<sup>24</sup>). En cualquier caso, parece adecuado entender que esta misma posibilidad, con idéntica solución, es la única procedente en las universidades cuyos reglamentos guardan silencio al respecto (es el caso, por ejemplo, de la Universidad Complutense<sup>25</sup> o de la Universidad Autónoma de Madrid).

Una vez realizada la corrección, tanto los estatutos como los reglamentos universitarios establecen (cumpliendo así con lo dispuesto en el Estatuto del Estudiante) la obligatoriedad de la publicación de los resultados tanto de las pruebas finales como de aquellas que conforman la evaluación continua (normalmente, a través de medios

---

<sup>23</sup> Reglamento de evaluación del estudiante de la Universidad de Castilla-La Mancha aprobado por el Consejo de Gobierno el día 23 de mayo de 2022 (publicado por Resolución de 24/05/2022, de la Universidad de Castilla-La Mancha).

<sup>24</sup> Normativa reguladora de la evaluación y calificación de las asignaturas aprobada por el Acuerdo 6.1 del Consejo de Gobierno en la sesión de 29 de septiembre de 2009 y modificada por el Acuerdo 1.1 del Consejo de Gobierno en la sesión de 18 de marzo de 2010.

<sup>25</sup> Estatuto del Estudiante de la Universidad Complutense de Madrid (publicado mediante Resolución de 30 de mayo de 1997, de la Universidad Complutense de Madrid).

electrónicos), estableciendo la obligatoriedad de fijar, junto con las calificaciones, los plazos para su revisión ante el evaluador<sup>26</sup>.

Esta revisión se puede instar tanto para las pruebas finales como para las correspondientes a la evaluación continua, pues “*a lo largo del curso, el profesor dará (...) las explicaciones oportunas sobre las calificaciones realizadas sobre su progreso a través de las pruebas de evaluación (...) con la finalidad de que los estudiantes extraigan el máximo aprovechamiento (...) y confirmen la correcta aplicación de los criterios de evaluación*” (artículo 17.2 del reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha).

La revisión, consistente en el ofrecimiento de las oportunas explicaciones orales, debe ser “*personal*” e “*individualizada*” (si bien es posible su realización grupal cuando los estudiantes se muestren conformes) y en cualquier caso se debe poner a disposición del estudiante las pruebas objeto de revisión, así como cualquier otro documento en el que se base la calificación (por ejemplo, artículo 10.2 del reglamento de la Universidad Autónoma de Madrid)<sup>27</sup>.

Pese a lo obvia que pudiera parecer *a priori* esta cuestión, resulta de cierto interés determinar ante quién debe efectuarse la revisión, pues la casuística puede llegar a ser bastante compleja: varios profesores que examinaron globalmente a través de una única prueba, asignaturas donde cada prueba es realizada por un profesor, siendo uno de ellos el coordinador de la asignatura, o incluso el ayudante que evalúa pero no firma el acta (STS de 18 de octubre de 1991, Nº R.O.J. 5529/1991, ECLI:ES:TS:1991:5529). Los reglamentos universitarios siguen un criterio puramente material, realizándose la revisión ante el docente encargado de la evaluación (artículo 17.5 reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha) y “*en el caso de que hayan participado varios profesores, cada docente revisará la parte que le corresponda*” (artículo 10.3 del reglamento de la Universidad Autónoma de Madrid).

### 3.2. Límites al establecimiento de los criterios de evaluación

A medio camino entre la composición del temario y el ejercicio de la facultad examinadora, se encuentra el establecimiento de los criterios de evaluación, donde la discrecionalidad técnica y la libertad de cátedra se constriñen por igual, sea por el cumplimiento de disposiciones emanadas de órganos jerárquicamente superiores o por la necesidad de coordinación entre profesores. Todo ello queda plasmado en

---

<sup>26</sup> Si bien algunos reglamentos establecen plazos concretos, especialmente si se trata de la revisión de las calificaciones finales (Universidad de Castilla-La Mancha), la mayoría únicamente se limitan a señalar que la fecha de revisión se indicará con la antelación suficiente y siempre antes del cierre de las actas (Universidad Autónoma de Madrid). Parece sin embargo unánime el transcurso de un período mínimo de dos días entre la publicación de las calificaciones y la revisión.

<sup>27</sup> Como se puede apreciar, esta revisión difiere sustancialmente de lo que podría considerarse como una revisión en el sentido jurídico-administrativo de la palabra. Es por eso que incluso ha sido definida como “*un simple trámite de audiencia*” (Elisa MOREU CARBONELL, “Régimen jurídico de los exámenes universitarios”, cit., p.155).

la programación docente de la asignatura, que suele ser aprobada por la junta del centro y debe ser acorde con la memoria del título correspondiente. Estos criterios de evaluación, junto con los criterios de puntuación de cada ejercicio, constituyen en esencia la norma de conducta del órgano calificador inicial.

A continuación, ofrecemos dos tipos de consideraciones que pueden servir para el establecimiento de límites a la hora de configurar los criterios de evaluación y corrección<sup>28</sup>.

a) *Limitaciones derivadas del derecho a una evaluación objetiva y del sometimiento a los fines de la institución universitaria en cuanto Administración pública*

En el año 2017 resurgió una polémica en Estados Unidos cuando, a raíz de una denuncia, el Departamento de Justicia comenzó a investigar los criterios de admisión empleados por el *Harvard College*. Estos criterios no valoraban únicamente el expediente académico, pues también tenían en cuenta otras circunstancias relacionadas con la personalidad del solicitante (como su amabilidad o simpatía) o incluso el hecho de descender de otro antiguo estudiante. El resultado de la aplicación de estos criterios había resultado en una sobrerrepresentación de estudiantes de origen latino y afrodescendiente en perjuicio de los solicitantes de origen asiático (quienes, precisamente, habían denunciado).

Esta noticia no era del todo nueva para la sociedad americana. En 1978 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tuvo que pronunciarse sobre un caso similar, el caso *Bakke*. Por aquel entonces el prestigioso jurista americano Ronald Dworkin se pronunció a favor del uso de la raza como un criterio de admisión, junto con las calificaciones obtenidas en el pasado y en la prueba de acceso realizada al efecto<sup>29</sup>. Entendía que la mayor parte de los criterios de admisión incluían factores como la aptitud para el estudio que, en cualquier caso, también están fuera del control del candidato. Se discutía pues si existía un derecho a que la universidad valorase a sus estudiantes (o futuros estudiantes) única y exclusivamente en base a criterios académicos.

La Universidad de California en el caso *Bakke* y la Universidad de Harvard en este último caso habían insistido en que su función no se limitaba a la transmisión del conocimiento, sino que aspiraban a fomentar la representatividad de los diferentes colectivos en la sociedad, entendiendo por ejemplo que, si los jueces tenían cierta diversidad racial, sus decisiones tendrían más aceptación en una sociedad diversa como

---

<sup>28</sup> Como se verá, estos límites constituyen la mayor aportación del trabajo al denominado *Derecho administrativo de la ciencia*. Esto es, al Derecho público que regula la protección y promoción estatal de la ciencia y el conocimiento.

<sup>29</sup> Ronald DWORKIN "Why Bakke Has No Case", *New York Review of Books*, vol. 24, 10 de noviembre de 1977.

la norteamericana. La universidad entendía que esta diversidad también aumentaba la calidad de la experiencia educativa<sup>30</sup>.

Ronald Dworkin concluyó que no existía un derecho a ser evaluado solo conforme a criterios que reflejasen los méritos académicos, pues la universidad era libre para elegir “*su misión*” y establecer sus criterios de admisión en función de esta, y solo cuando su misión fuera definida y materializada a través de criterios concretos, los solicitantes podían exigir un trato igualitario según el grado de cumplimiento de dichos criterios.

Sin entrar en mayores consideraciones sobre cómo habría de resolverse el caso bajo nuestra doctrina constitucional del derecho a la igualdad, del anterior relato podemos extraer dos observaciones. La primera se refiere a la relevancia de la distinción entre la objetividad en la configuración de los criterios y la objetividad en la aplicación de los mismos. Nadie discutía en este caso un trato discriminatorio en la aplicación de un criterio común a un conjunto homogéneo de estudiantes, lo que se discutía era si el contenido del propio criterio, aún aplicado objetivamente, podía dar lugar potencialmente a una discriminación injustificada. La segunda apreciación tiene que ver con los límites al establecimiento de los criterios de evaluación. Cuestión que, según Dworkin, estaba directamente subordinada al *telos* de la universidad.

Ahora bien, en nuestro caso la discusión sobre la misión de la universidad es completamente prescindible, en primer lugar, porque a través de sus respectivos estatutos cada universidad proclama los fines que persigue y los principios que inspiran su labor ante el conjunto de la sociedad<sup>31</sup>. En segundo lugar, y aún más importante para el objeto de este trabajo, porque nuestro ordenamiento jurídico ya define con suficiente precisión los fines que legítimamente deben vincularse al establecimiento de los criterios de evaluación.

Cuando el Estatuto del Estudiante o la Ley Orgánica de Universidades declara el derecho del estudiante “*a una evaluación objetiva de su rendimiento académico*” también están otorgando un mandato a la institución universitaria, y este mandato no es otro que, cuando sus órganos unipersonales o colegiados tengan que evaluar y calificar a un estudiante, lo que se ha de valorar no es otra cosa que su rendimiento académico. Por lo que, a la hora de establecer los criterios de evaluación, todos deben virtualmente poder relacionarse con la capacidad de transmisión de los conocimientos contenidos en la programación docente.

---

<sup>30</sup> Michael J. SANDEL, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, 5ª ed. Penguin Random House, Barcelona, 2018.

<sup>31</sup> Por ejemplo, son fines de la Universidad Autónoma de Madrid “*la creación, el desarrollo, la transmisión y la crítica de la ciencia, de la técnica, de la cultura y del arte, siempre orientadas hacia la libertad, el desarrollo humano sostenible, la justicia, la paz, la amistad y la cooperación entre los pueblos*”, como también lo son “*la preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos, así como la actividad creadora en todos sus campos*” y también lo son “*el apoyo científico y técnico al desarrollo cultural, social y económico en todos sus ámbitos, tanto nacionales como internacionales*” (artículo 2 de sus estatutos).

Pongamos un ejemplo reciente<sup>32</sup>: una alumna de la Facultad de Medicina de la Universidad de Barcelona, al finalizar el examen de la asignatura de Patología sistémica, terapéutica y farmacológica clínica, decide entregar la hoja de respuestas guardándose la hoja que contenía las preguntas, subiendo al poco tiempo una fotografía de esta a sus redes sociales.

La consecuencia fue, como resume la propia sentencia del caso, que *“la calificación de la asignatura se dividía en conocimientos 45% (la alumna obtuvo 28.75%), habilidades 50% (obtuvo 26,04%) y actitudes 5% (obtuvo 0). Al suspender el apartado de a(c)titudes, suspendió la asignatura”*.

La alumna, una vez agotada la vía administrativa, recurre ante el juzgado de lo contencioso-administrativo, cuya sentencia declara que *“la actuación administrativa no es contraria a Derecho”*, pues *“la inexistencia de norma o reglamento que expresamente impida difundir exámenes fuera del aula no debe ser óbice para desestimar el recurso interpuesto (...) debido a que no estamos ante una sanción ni una infracción sino ante una cuestión de evaluación”*, ya que *“no todos los pormenores de la vida académica universitaria han de ser regulados”* (Fundamento de Derecho Primero de la sentencia).

La cuestión es que en el presente caso no existía un procedimiento sancionador que, por su previsión legal expresa, pudiera condicionar la calificación del estudiante, por lo que *“simplemente se trataría (de) una falta de aptitud para cumplir los objetivos de evaluación fijados en los objetivos de aprendizaje de la asignatura. Y es que la presente cuestión debe dilucidarse en el ámbito de la discrecionalidad técnica”* (Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia).

Llegados a este punto, y puesto que nos encontraríamos ante *“un juicio fundando en elementos de carácter exclusivamente técnico”*, la sentencia enumera los límites de la discrecionalidad técnica dibujados por nuestra jurisprudencia, siendo uno de ellos *“los hechos determinantes”*, debiendo la Administración recurrida señalar *“cuáles son las concretas circunstancias de hecho”* y no limitarse a *“invocar genéricamente una potestad discrecional para justificar su criterio”*.

Así, el elemento que inclina la balanza para que el tribunal estime el recurso de apelación y revoque la sentencia de instancia no es otro que la falta de acreditación de los elementos fácticos, en concreto, que la publicación de la demandante *“quizá pudiera afectar a la calificación (del resto de alumnos) puesto que el examen no hubo terminado, pero puede también que no lo hiciera”*, por lo que no se habría demostrado una *“variación significativa de la calificación”* ni que esta pudiera ser *“consecuencia de la difusión del examen”*, lo que les lleva a concluir que *“la actuación de la universidad no soporta un juicio riguroso de la discrecionalidad técnica”* (Fundamento de Derecho Tercero).

Cuestiones discrecionales y probatorias a parte, lo que tratamos de sostener aquí es que un criterio de evaluación consistente en las *actitudes* del estudiante no tiene ninguna capacidad para reflejar (ni objetiva ni subjetivamente) el rendimiento

---

<sup>32</sup> STSJ de Cataluña núm. 3002/2022, de 27 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2022:10738).

académico del mismo, por lo que directamente habría de considerarse contrario al ordenamiento por desconocer tanto el derecho a la valoración objetiva que asiste al estudiante como el mandato otorgado a la universidad por el legislador (esto es, que califique valorando el rendimiento académico del estudiante de forma objetiva). Todo ello sin necesidad de realizar ninguna valoración sobre la correcta o incorrecta aplicación del criterio.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la admisión de un criterio inválido priva de toda racionalidad a la decisión que lo aplica, pues al no tratarse de un procedimiento sancionador, ha de entenderse la asignación de un determinado grado de cumplimiento de un criterio de evaluación como una expresión de la discrecionalidad técnica del profesor, sin que quede claro cuál es la especial capacidad técnica del profesor universitario en Patología sistémica, terapéutica y farmacológica para valorar (mediante una asignación numérica) la actitud de un estudiante hacia la materia, la medicina o la vida en general (pues tampoco se define qué clase de actitud es la que se valora). Mucho menos se alcanza a entender qué razones ofrecería nuestro ordenamiento jurídico que impedirían al órgano judicial hacer prevalecer su criterio frente al de la Administración, en ausencia de norma o disposición alguna que haya atribuido a esta última la potestad para la realización del juicio discrecional de la valoración de la actitud del estudiante en lugar de la valoración objetiva de su rendimiento académico (valoración que, como hemos visto, sí se encomienda expresamente a las universidades).

b) *Limitaciones derivadas del respeto a la vertiente objetiva del derecho fundamental a la educación (artículo 27 de la Constitución)*

Consideramos que es posible hablar también de otro tipo de limitaciones, consecuencia de las exigencias constitucionales que se proyectan sobre el ámbito educativo.

El Tribunal Constitucional señaló en su momento que el derecho a la educación incluye “*junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prescricional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho*” (Fundamento Jurídico Tercero de la STC núm. 86/1985, de 10 de julio, ECLI:ES:TC:1985:86).

Por consiguiente, teniendo en consideración el papel determinante de la función pública en el ámbito educativo universitario, así como la vinculación existente entre el proceso de evaluación y el desarrollo de la formación académica del alumno, no cabe duda de que el diseño de la evaluación repercute en la efectividad del derecho a la educación, debiendo analizarse en qué medida el establecimiento de ciertos criterios de corrección podrían ser contrarios a la vertiente jurídico-objetiva de este derecho<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Si bien partiendo de que no es admisible sostener que “*cualquier infracción del ordenamiento jurídico que de lugar al desconocimiento del derecho a una calificación adecuada o correcta (...) vulnera a su vez del derecho a la educación*” (Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJ de Andalucía, sede de Málaga, núm. 614/2005, de 1 de julio, ECLI:ES:TSJAND:2005:972).

Así, por ejemplo, establecer un diseño de la evaluación de una asignatura de anatomía humana en base a un examen de etimología de los órganos del cuerpo, sin atender (o sin otorgar el peso suficiente) a la capacidad del estudiante para el reconocimiento, identificación y localización de los órganos del cuerpo (independientemente de que esto se haga través de una exploración), supondría privar de efectividad al derecho a la educación del estudiante, por más que estos criterios, paradójicamente, sí tuvieran la facultad de poder expresar objetivamente el rendimiento académico del alumno.

Otro ejemplo sería que el criterio preponderante para la corrección de un trabajo de Derecho procesal fuera el número de folios empleados (Fundamento de Derecho Sexto de la STSJ de Andalucía, sede de Málaga, núm. 614/2005, de 1 de julio, cit.).

No se trata pues de establecer criterios más o menos admisibles en función de su grado de acierto, ni tampoco de juzgarlos por la inclusión de cuestiones ajenas a la programación de la asignatura (lo que, evidentemente, está vedado por los reglamentos universitarios). A nuestro parecer, la vertiente jurídico-objetiva del derecho contemplado en el artículo 27 de la Constitución implicaría que la Administración no pudiera perjudicar con sus criterios de corrección la transmisión de conocimientos en el ámbito material de la asignatura evaluada, generando incentivos negativos, ni podría diseñar la evaluación de la asignatura al margen de las concretas especialidades del ámbito científico del que se trate<sup>34</sup>, al igual que sucedería con la vertiente jurídico-objetiva de la libertad de investigación, siendo “*constitucionalmente necesario aplicar criterios de evaluación distintos a disciplinas diversas*”<sup>35</sup>.

## 4. LA REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA

### 4.1. Los tribunales de revisión

Una vez finalizada la revisión ante el órgano evaluador, los estatutos y reglamentos universitarios contemplan de forma unánime la posibilidad de revisión ante un tribunal, materializando así lo previsto en el Estatuto del Estudiante (si bien esto ya era la práctica común de las universidades con anterioridad a su promulgación).

La regulación de estos tribunales se encuentran en las mismas normas infraestatutarias que regulan la calificación y revisión ante el calificador originario, si bien en el pasado era frecuente que estas disposiciones se encontraran en los propios estatutos de la universidad (así sucedía, entre otras muchas, en la Universidad Complutense de Madrid, en la Universidad de Cantabria o en la Universidad de Murcia).

---

<sup>34</sup> Así, las herramientas que el conocimiento científico ofrece al Derecho administrativo, como lo que una correcta regulación jurídico administrativa puede ofrecer al conocimiento científico, también tiene un papel determinante en el ámbito de la impugnación de las calificaciones universitarias, pues la educación es, junto con la investigación, el ámbito principal de transmisión del conocimiento humano, dentro y fuera de la universidad.

<sup>35</sup> José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Is Einstein better than Kelsen? The assessment of legal research in Spain”, *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 1, 2020, pp. 271-312.

#### 4.1.1. *Requisitos de acceso al tribunal*

La primera cuestión que se plantea a la hora de proceder a la revisión por parte de un tribunal es la relativa a los requisitos para instar su formación.

Dependiendo de la universidad, la solicitud razonada habrá de dirigirse bien al Consejo del Departamento (Universidad Complutense de Madrid), bien al director del Departamento (Universidad Autónoma de Madrid), a la Dirección del Centro, al coordinador del máster cuando este dependa del Centro de Postgrado (Universidad de Castilla-La Mancha) o incluso al propio Decanato (Universidad de Murcia)<sup>36</sup>.

En cuanto al carácter preceptivo de la revisión del examen ante el órgano calificador inicial para poder acudir posteriormente al tribunal, la mayoría de los reglamentos guardan silencio, por lo que se ha de entender que no es preceptivo por más que recomendable. En cambio, hay universidades que, si bien no lo indican expresamente, entienden que el objeto de decisión del tribunal debe ser “*el resultado de la revisión de la calificación final*” (Universidad de Castilla-La Mancha), y por tanto solo procede la impugnación “*en caso de disconformidad*” con esta (Universidad Complutense de Madrid).

Más lejos llega aún la Universidad Autónoma de Madrid, al establecer que la segunda revisión ante el tribunal solo puede darse “*tras la revisión de las pruebas de evaluación que contribuyen a la calificación final*” (artículo 13).

En cualquier caso, el período de revisión publicado junto con la calificación puede tener trascendencia como presupuesto formal de admisibilidad al determinar el plazo para recurrir al tribunal. Así, en la Universidad de Castilla-La Mancha la solicitud ha de presentarse en un plazo de cinco días hábiles tras la finalización del periodo de revisión (artículo 18.1), mientras que en la Universidad Autónoma de Madrid el plazo de cinco días hábiles para instarla tendrá su *dies a quo* en la fecha de la revisión de la última calificación.

Por último, es preciso señalar que alguna universidad (como la Universidad de Valencia) contempla la posibilidad de que el tribunal decida no admitir la solicitud de revisión (artículo 21.1 de su reglamento)<sup>37</sup>. Extremo controvertido a la luz del derecho a la revisión que consagra tanto el Estatuto del Estudiante como la Ley de Universidades (si bien cabría interpretar que dicho derecho se ve suficientemente garantizado con la revisión ante el profesor o tribunal calificador).

---

<sup>36</sup> Reglamento de evaluación de estudiantes aprobado en sesión de Consejo de Gobierno de 25 de octubre de 2019 y modificado en sesión de 29 de noviembre de 2019.

<sup>37</sup> Reglamento de evaluación y calificación aprobado en Consejo de Gobierno de 30 de mayo de 2017.

#### 4.1.2. *Formación y composición del tribunal*

Pese a que los estatutos universitarios recogen de forma unánime una composición de tres miembros, siendo uno de ellos el presidente y estableciéndose como regla de decisión la mayoría por dos votos, existen importantes divergencias.

La primera se refiere al momento de la composición, pues si bien la regla general es la formación de tribunales *ad hoc* después de recibida la reclamación del estudiante, también hay tribunales permanentes que se constituyen al inicio del curso académico (Universidad Complutense de Madrid). Esta cuestión podría parecer poco relevante si no fuera porque determina, en buena medida, el grado de especialización sobre la materia de los miembros del tribunal.

La segunda divergencia es, precisamente, la relativa al origen y especialización del tribunal.

En el caso de la Universidad de Castilla-La Mancha, una vez se recibe la solicitud, la dirección del centro nombra (bajo su criterio) un tribunal formado exclusivamente por tres profesores (y otros tantos suplentes), debiendo ser el presidente “*un profesor doctor con vinculación permanente en la universidad*” (artículo 20.3). Sin embargo, también se dispone que “*en la constitución del tribunal de revisión se tenga en cuenta la especialización que demande la asignatura*” (artículo 18.5). En el caso de los estudios de máster organizados por Postgrado, el tribunal se compondrá por el coordinador general (presidente) y “*dos personas que desempeñen labores de coordinación de campus*”, sustituyéndose uno de los dos por el coordinador de prácticas si se revisa la calificación de estas (artículo 20.5).

Por su parte, la Universidad Autónoma de Madrid en su antiguo reglamento disponía que la dirección del departamento nombraría un tribunal formado por “*tres docentes del área correspondiente u otras afines*” (artículo 11.3). Sin embargo, tras su reciente reforma, el requisito de afinidad con el área ha desaparecido (actual artículo 13.4).

Para la Universidad Complutense de Madrid basta con tres profesores del centro con sus tres suplentes, sin ningún tipo de requisito de especialización. Esto no es de extrañar si tenemos en cuenta que son nombrados por el consejo del departamento “*en la primera sesión de cada curso académico*” (artículo 49.3).

Mayor complejidad reúne el proceso en la Universidad de Murcia, donde el departamento designa a dos profesores del área y el otro docente es nombrado directamente por el decano. Es más, “*en caso de que la reclamación derive de una discrepancia en la aplicación de los criterios de evaluación publicados en la guía docente, su resolución será competencia del decanato*” (artículo 28.2). Habrá de interpretar dicha discrepancia como un desacuerdo en el porcentaje del criterio sobre la calificación final pues, en caso contrario, toda revisión supone una discrepancia en la aplicación de un criterio.

Esta universidad preveía en su antigua normativa la participación de un alumno como observador (figura ya eliminada). Sin embargo, existen ejemplos de participación del alumnado en la composición del tribunal. Quizá el más representativo sea el de la Universidad de Valencia, que establece que la comisión estará compuesta por “tres profesores y un estudiante”, siendo el presidente de la comisión el delegado del centro.

Sin entrar en mayor detalle sobre el método de elección del estudiante, conviene hacer dos puntualizaciones. La primera es que este tipo de regulaciones son expresión del incremento de los derechos y garantías de participación del alumnado en la toma de decisiones de la universidad, opción regulativa auspiciada por la idea de gobernanza como mecanismo de democratización en la Administración pública (cuestión que, desde luego, excede del objeto de este trabajo).

La segunda puntualización nos permite comenzar a tratar el sentido que tiene estudiar la composición del tribunal revisor para el análisis del control de la calificación en la vía administrativa, pues se entenderá sin mayor esfuerzo argumentativo que la fortaleza de la idea de discrecionalidad técnica en la que se ampara la negativa de los órganos jurisdiccionales para entrar a resolver sobre el fondo de las calificaciones depende, de forma significativa, del grado de especialización de los miembros del tribunal, esto es, de esa capacidad de juicio técnico que al órgano judicial le es imposible sustituir con su decisión<sup>38</sup>.

Una vez abordada la cuestión de quiénes son los miembros del tribunal, nos queda, por último, tratar la cuestión de quiénes no pueden serlo. A este respecto, procede comenzar señalando que son de aplicación las causas de abstención y recusación que rigen para los órganos calificadoros en origen, y que nos remite a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Sin embargo, las universidades han asegurado lo anterior incluyendo en sus normas un listado de personas que no pueden formar parte del tribunal revisor. Esta regulación puede ser más garantista, impidiendo la participación del “profesorado de

---

<sup>38</sup> Recientemente, sobre la relación entre la composición técnica del órgano revisor y la intensidad de su control en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, véase Sofie OOSTERHUIS, “The rise of complex decision-making in the European Union: boards of appeal as a mechanism to mitigate challenges of scientific uncertainty. The cases of the European Chemicals Agency and the Agency for the Cooperation of Energy Regulators”, *Review of European Administrative Law*, núm. 16, 2023, pp. 113-135. A efectos de este trabajo, es preciso señalar que la jurisprudencia del TJUE justifica la menor intensidad de su control más por una limitada capacidad para emitir un juicio técnico (frente a las agencias europeas formadas por personal especializado) que por la diferente posición de la Administración y de los tribunales de justicia en el entramado institucional de la Unión. En cualquier caso, esta doctrina jurisprudencial, en el ámbito de las valoraciones económicas complejas, ha empezado a ser acogida por la jurisprudencia española. Véase también Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, “El control judicial en el ámbito de la regulación económica”, en Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 47-213.

*las asignaturas cuyas calificaciones sea objeto de revisión*” (Universidad de Castilla-La Mancha) o más pragmática, excluyendo a todos aquellos que evaluaron al estudiante (Universidad Autónoma de Madrid). Esta elección normativa no es más que el resultado de una ponderación: cuanto más se reduzca el círculo de la incompatibilidad, más riesgo de contaminación entre sus miembros, pero mayor grado de especialización en la materia. Paradójicamente, muchos de estos reglamentos preveían en el pasado la participación en el tribunal, precisamente, del profesor responsable de la asignatura.

Es preciso traer a colación en este momento la STS de 18 de octubre de 1991 (cit.), que resolvía sobre una revisión en la Universidad de Cantabria, donde el reclamante solo había sido oído por dos miembros del tribunal (argumentando la universidad que, al tratarse únicamente de una prueba escrita, los tres miembros habían tenido la oportunidad de revisarla). Además, el alumno alegaba que había formado parte del tribunal el profesor titular de la asignatura (si bien, según este, y a pesar de haber sido firmada el acta de calificación por el profesor, la evaluación del examen la había realizado un becario). Al estudiante le fue desestimado su recurso de alzada ante el rector por no haber recusado al miembro del tribunal al momento de su composición.

Sobre esta primera cuestión, el Tribunal entendió que *“el principio de la audiencia de las partes por el Tribunal que ha de resolver la cuestión planteada ha de entenderse conculcado en el presente caso por esa actuación que no puede ser subsanada por la posterior actuación del miembro ausente en la deliberación y resolución ya que convocado el acto, (la) audiencia ha de realizarse en presencia de todos los miembros del Tribunal”* (Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia).

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal sentó jurisprudencia concluyendo que *“una interpretación literal, lógica y teleológica del texto no permite concluir que entre esos tres profesores se encuentre el profesor cuya evaluación ha sido impugnada. La obligada imparcialidad del Tribunal excluye, ciertamente, de su composición a quien es parte del juicio de revisión de la evaluación por él efectuada, según el principio de que nadie puede ser juez de la propia causa. No se trata, por tanto, del interés personal del profesor en lo que constituye el objetivo desempeño de su profesión docente, sino de la necesaria imparcialidad para revisar la propia actuación cuando ésta ha sido impugnada. (...) la imparcialidad del Tribunal es condición sine qua non de la justicia intrínseca y aparente, ordinaria y administrativa de la decisión que se adopte”* (Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia).

Por lo que, a pesar de *“las diferencias existentes entre la actuación de los Tribunales Administrativos y los Ordinarios(,) los principios que afectan (a la) imparcialidad y sometimiento al Derecho así como las garantías procedimentales del administrado de prohibición de indefensión (...) son comunes, sin perjuicio de la función revisora que incumbe a los Tribunales Ordinarios según el art. 106,1 de la Constitución y que se ejerce por el orden jurisdiccional contencioso administrativo”*. Entendiendo el Tribunal Supremo que el acto era nulo por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento (artículo 47.1 de la LPAC).

#### 4.1.3. Objeto de la revisión y facultades del tribunal

En cuanto a qué calificaciones pueden ser objeto de revisión ante un tribunal, como ya se ha adelantado, en el caso de la Universidad Autónoma de Madrid solo se puede solicitar la revisión por parte del tribunal tras la revisión de todas las pruebas que conforman la calificación final (artículo 13) por estar el estudiante en desacuerdo con “*la nota obtenida en la asignatura*”. Sin embargo, esto es compatible con entender que la impugnación puede referirse a la calificación de una sola de las pruebas realizadas durante el curso, pues en cualquier caso este desacuerdo se proyectaría sobre el conjunto de la nota (que solo se podría revisar al final del curso académico). Así, el estudiante al solicitar la revisión debe indicar qué “*prueba o pruebas*” serán objeto de la misma (artículo 13.3). De igual manera, el artículo 18.1 del reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha entiende que el objeto de decisión del tribunal es “*el resultado de la revisión de la calificación final*” realizada por el profesor previamente <sup>39</sup>.

En cuanto a las facultades del tribunal, la primera de ellas es, como es lógico, la de solicitar cuanta información necesite, sean documentos que no hayan sido remitidos con el expediente o informes y dictámenes de profesores especialistas en la materia (dictámenes que evidentemente no vinculan al tribunal), solicitando cualquier asesoramiento que se estime necesario. De hecho, incluso en algunos casos es preceptivo un informe razonado del profesor que calificó inicialmente, sin poder resolver el tribunal hasta la remisión del informe (por ejemplo, artículo 18.3 del reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha).

La segunda facultad del tribunal es la revisora propiamente dicha, donde este, haciendo uso de sus potestades discrecionales puede decidir “*motivadamente sobre el fondo del asunto confirmando o corrigiendo*” la calificación recurrida (artículo 18.2 del reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha). La decisión de mantener la nota o sustituirla por la que el tribunal considere correcta quedará recogida en su correspondiente acta, “*dando respuesta en ella a las peticiones concretas de la solicitud del estudiante*” y aplicando “*los criterios de evaluación establecidos en las guías docentes*” (artículo 18.2 y 18.4 del mismo reglamento).

La normativa universitaria guarda un abrumador silencio sobre los criterios que debe emplear el tribunal revisor para ejercer su potestad, lo que permite suponer que la norma de control en esta instancia administrativa se integra por los mismos criterios de evaluación y puntuación que fueron empleados por el calificador inicial. Sin embargo, en la práctica, rara vez el tribunal revisor conoce los criterios concretos de puntuación de cada ejercicio, sea porque no constan en el informe previo, sea por la dificultad para reproducirlos, o porque directamente no ha habido ninguna comunicación entre el órgano calificador y el revisor.

---

<sup>39</sup> Obsérvese que el hecho de que haya que disponer de la calificación final para recurrir al tribunal, cuando el inicio del cómputo del plazo suele fijarse en el final del período de revisión, puede ser problemático en casos (frecuentes) donde la calificación final de la asignatura no acompaña de un período de revisión específico, pues se publica directamente tras finalizar la revisión de la prueba final de la asignatura.

Existe una tercera facultad, y es que el tribunal acuerde la realización de nuevas pruebas de evaluación (artículo 20.2 del reglamento de esta universidad). Esta medida parece desproporcionada en una prueba escrita donde todo los elementos de evaluación se encuentran en la documentación que se acompaña, por lo que debería aplicarse únicamente en los casos de revisión de exposiciones orales o prácticas. Además, esta posibilidad tiene un problema adicional, y es que, como habrá adelantado el lector del trabajo, ninguna repetición es igual que su antecesora y, por tanto, difícilmente se puede entender que estamos ante una “revisión” propiamente dicha en lugar de la realización de una nueva prueba ante un nuevo órgano calificador que, previsiblemente, tendrá menos aptitudes técnicas que el órgano calificador original. Esto es especialmente cierto si se tiene en cuenta, como se ha expuesto, que la revisión ante el tribunal tiene lugar con la publicación de la calificación final de la asignatura, pudiendo proyectarse la revisión sobre una prueba oral realizada incluso meses atrás. Si bien hay universidades (como la Universidad Autónoma de Madrid) que no prevén tal posibilidad, habrá situaciones en las que el derecho del alumno a la revisión de sus calificaciones exigirá necesariamente la repetición de la prueba.

Por último, cabría preguntarse sobre el alcance que puede tener la revisión del tribunal en lo relativo a la cuestión de si el tribunal únicamente puede decidir no modificar la calificación o admitir las alegaciones del estudiante mejorándola, o si, por el contrario, la nueva calificación puede ser inferior a la que tenía originalmente pues, en definitiva, el tribunal realiza un control sustantivo amparado, en teoría, por su capacidad de juicio técnico.

La mayoría de la normativa aplicable guarda silencio sobre esta cuestión. Sin embargo, hemos de entender que no es admisible tal posibilidad en base a la doctrina de los actos propios, el principio general de prohibición de la *reformatio in peius*, de confianza legítima y el principio procesal de congruencia (pues si solo el estudiante puede recurrir al tribunal, en ausencia de alegaciones que justifiquen una revisión a la baja, este no podría dar nada que no se hubiera pedido).

No obstante, algún reglamento sí se pronuncia expresamente descartando tal posibilidad. El reglamento de la Universidad de Murcia entiende que la impugnación “no podrá suponer una revisión a la baja de calificación inicialmente obtenida, salvo que se haya producido un error material en el cómputo de la misma” (artículo 28.5). También lo hace el de la Universidad de Valencia, estableciendo que no se podrá empeorar la situación del estudiante y que la revisión tendrá “*todos los efectos retroactivos*” que le sean favorables (artículo 21.6).

#### **4.2. Los recursos administrativos. El recurso de alzada ante el rector**

Con fundamento en el antiguo artículo 114 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la normativa universitaria entendía que la resolución del tribunal podía ser recurrida en alzada ante el rector. Sin embargo, en atención al te-

nor de este precepto, contenido hoy en el artículo 121 de la LPAC, al establecer que “*los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos*” se hace difícil comprender la decisión de que el recurso de alzada se interponga ante el rector en lugar de ante el decano (órgano superior del centro al que se adscribe el tribunal).

En realidad, dicha cuestión tiene más que ver con la tradición administrativa de asignar al rector una superioridad inmediata sobre cualquier órgano universitario, principalmente por causa de la falta de claridad en las líneas jerárquicas de una organización profundamente corporativa como es la universidad, por lo que, con carácter general, la decisión del tribunal no pone fin a la vía administrativa (artículo 22 del antiguo reglamento de la Universidad de Castilla-La Mancha, artículo 50 de los Estatutos de la Universidad Complutense y artículo 13.8 del nuevo reglamento de la Universidad Autónoma de Madrid).

Por otra parte, la mayoría de los reglamentos actuales únicamente se limitan a disponer que el recurso de alzada se regulará conforme a las previsiones de la LPAC. Así pues, el recurso puede interponerse tanto ante el tribunal como directamente ante el rector, en el plazo de un mes (artículos 121.2 y 122.1 LPAC). Si bien hay universidades que han introducido, en algunos casos de forma cuestionable, cambios sobre estos extremos<sup>40</sup>.

A diferencia de lo que sucede en muchos casos con la revisión ante el órgano calificador inicial, la revisión por parte del tribunal es preceptiva si se quiere interponer este recurso administrativo y, por consiguiente, poder acceder a la vía jurisdiccional.

Es necesario poner de manifiesto nuevamente cómo, incluso de forma más evidente, en esta alzada se aprecia el padecimiento que sufre el argumento de la inmunidad jurisdiccional frente a la discrecionalidad técnica, pues si bien cabe todavía la suposición de cierta capacidad de juicio técnico amparado por el conocimiento de los miembros del tribunal para conocer en su revisión sobre el fondo de la evaluación (presunción que, como ya se ha visto, es cuestionable en multitud de casos), aquí es prácticamente imposible tener duda alguna sobre la incapacidad del órgano que resuelve en alzada para formular un juicio técnico sobre el fondo del asunto. Y si bien el rector tiene acceso a toda la documentación que se le remite, y puede solicitar los informes que considere necesarios, su posición al respecto no se diferenciaría de la del órgano jurisdiccional a la hora de resolver. La única distinción apreciable, pero determinante en la cuestión que nos ocupa, sería la legitimidad del rector, en cuanto a que por su autoridad y posición jerárquica, su resolución continúa siendo la decisión que contiene el parecer de la Administración calificadora.

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, la Universidad de Valencia especifica que el recurso se interpondrá a través de la sede electrónica de la universidad (artículo 21.8 del reglamento). Por su parte, la Universidad de Vigo establece un plazo de diez días hábiles desde la notificación de la resolución del tribunal para recurrir ante el rector (artículo 61.1 del Reglamento sobre Evaluación aprobado en Claustro de 18 de abril de 2023).

En atención a lo anterior, podemos concluir que, en las dos instancias de revisión administrativa, la norma de control, formalmente, no cambia. Sin embargo, en la práctica, la progresiva disminución de la capacidad técnica del revisor reduce considerablemente la posibilidad de resolver replanteando el juicio técnico emitido por el calificador original, hasta poder considerar que en el caso del recurso ante el rector, la revisión se reducirá, *de facto* y en la mayoría de los casos, a un mero control de legalidad.

Podríamos preguntarnos en este punto qué papel ostenta el profesor calificador en la impugnación de su resolución en vía administrativa pues, como regla general, el profesorado *“siempre ha tenido gran interés en la vigilancia de los procedimientos de revisión académica instados por los alumnos discolos y disconformes con sus juicios técnicos”*<sup>41</sup>.

Existe jurisprudencia sobre el caso de una profesora que recurrió la decisión de no permitirle impugnar en vía administrativa la revisión efectuada por el tribunal, después de que este decidiera elevar la nota de su antiguo estudiante pasando del suspenso al aprobado. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Valladolid número 2, contra todo pronóstico, concluyó en su Sentencia núm. 12/2016, de 22 de enero, que se debía entender legitimada porque *“si la comisión de garantías decide dejar sin efecto la calificación de la profesora, dicha actuación puede sin duda afectar a su respeto y autoridad por parte del resto de los alumnos y del personal universitario”*.

Sin embargo, y pese a lo anterior, la jurisprudencia entiende de forma casi unánime que *“cuando se cuestiona la decisión de tal órgano unipersonal, se pone en marcha un procedimiento administrativo de revisión de su criterio, en el cual su intervención queda limitada a la emisión del oportuno informe que le sea solicitado acerca de la reclamación presentada por el alumno”* (STSJ de Valencia núm. 1626/2009, de 14 de diciembre, ECLI:ES:TSJCV:2009:8911).

Finalmente, de forma casi anecdótica, hasta no hace mucho tiempo, la Universidad de Vigo permitía la constitución de un *“tribunal de garantías”* que podía revisar en tercera instancia la decisión tomada por el rector. Dicha posibilidad ha desaparecido con la entrada en vigor del nuevo reglamento de 18 de abril de 2023.

## 5. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CALIFICACIONES UNIVERSITARIAS

Procederemos ahora a analizar el control judicial de las calificaciones universitarias tomando como referencia las resoluciones dictadas por los órganos judiciales del Orden Contencioso-administrativo.

---

<sup>41</sup> Concepción CALVO SIMAL y Rafael BARRERO GIRALDA, “Calificaciones: la piedra lunar”, en José Ramón CHAVES GARCÍA (coord.), *La génesis del derecho universitario español en la democracia. Usos y abusos del Derecho Universitario: Homenaje a Juan Manuel Valle*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 211-216 (p. 213).

### 5.1. El control formal del proceso de evaluación y revisión

No es difícil presuponer que el control judicial sobre los aspectos formales del proceso de calificación y revisión administrativa ha sido admitido de forma unánime por la jurisprudencia. No obstante, es preciso señalar que, si bien la posibilidad de realizar un control formal no entraña por sí misma controversia alguna, las resoluciones judiciales que lo realizan están a su vez condicionadas por su posición doctrinal en cuanto al control de fondo.

En consecuencia, a la hora de realizar un control formal, hay sentencias que entienden dicho control como un precedente lógico del control sustantivo, mientras que otras simplemente no ven la necesidad de entrar al fondo habiendo suficientes defectos formales invalidantes. Frente a ellas, se erigen de forma abrumadamente mayoritaria las que directamente niegan con rotundidad la posibilidad de realizar cualquier otro tipo de control no formal.

Las resoluciones negadoras del control jurisdiccional de los aspectos no formales tienen su precedente en dos sentencias. La primera, de la Audiencia Nacional de 29 de Abril de 1978, distinguía el control del acto decisorio final (esto es, la calificación) de los actos formales instrumentales (como pudieran ser la práctica del examen, la documentación, o el cumplimiento de los requisitos sobre la constitución del tribunal de revisión). La segunda, del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1979, recoge la doctrina sentada por las sentencias de 14 de marzo de 1970 y 26 de enero de 1972. En este último grupo de resoluciones el Tribunal Supremo se había mostrado tajante proclamando la inmunidad de la jurisdicción sobre el control de la calificación más allá de la revisión de los aspectos formales.

El núcleo esencial de esta concepción es el paradigma de la discrecionalidad técnica, que enfatiza la necesidad de diferenciar las cuestiones de estricta legalidad de aquellas valoraciones que se corresponden con la realización de un juicio técnico, cuya elaboración corresponde a la Administración en función, tanto de su capacidad de especialización (de la que no dispondría el órgano jurisdiccional) como de su posición constitucional, así como por poderosas razones de respeto al principio de igualdad, evitando que concurran en unos administrados los criterios de la Administración y en otros los criterios de la jurisdicción (entre otras muchas, Fundamento de Derecho Sexto de la STS de 16 de diciembre de 2014, Nº R.O.J. 5341/2014, ECLI:ES:TS:2014:5341).

La posición actual del Tribunal Supremo quedó establecida en el ámbito universitario con la STS núm. 537/1988, de 10 de mayo (cit.), que resolvía sobre las reclamaciones de un alumno de la asignatura de Derecho mercantil de la UNED:

*“La pretensión de la demanda inicial de este proceso fundada en la vulneración de los artículos 14 y 27 de la Constitución Española, consiste en que «se dicte sentencia que modifique la calificación impugnada en el sentido de considerar APTO a mi representado»; (...) esta pretensión excede, como dice la sentencia apelada, de la declaración de la posible vulneración de los artículos constitucionales citados, pues sólo se podría pretender, si se le negó al recurrente la revisión del examen, con infracción de los*

*preceptos citados; mas no sustituir el criterio de la Autoridad académica, única competente, en materia de enseñanza*". (Fundamento de Derecho Primero de la mencionada sentencia).

El Tribunal Supremo confirmó dicha posición doctrinal en su STS núm. 725/1990, de 25 de abril (cit.), que resolvía sobre el recurso planteado por un estudiante de economía de la Universidad de La Laguna, entendiendo el Tribunal que:

*"Cumplidos correctamente los trámites de procedimiento y asegurado el respeto al principio de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, ha de afirmarse, como hizo la sentencia apelada, que se ha observado el artículo 33-i) de los Estatutos de la Universidad (...) del derecho de los alumnos a «ser valorados en su rendimiento académico, solicitar la revisión de sus evaluaciones y ejercer los medios de impugnación correspondientes»; todo ello dentro del propio deslinde de los ámbitos académico y jurisdiccional, es decir, que el enjuiciamiento del Tribunal contencioso-administrativo sobre las dichas valoración, revisión y medios impugnativos, ha de realizarse en su órbita del control de la legalidad (...), sin poder penetrar, ni menos sustituir, a la autoridad académica en las evaluaciones, revisiones e impugnaciones propiamente académicas, debiendo limitarse, desde el exterior, a comprobar la existencia de esos obligados mecanismos de control académico, mas sin introducirse en su desarrollo interior presidido por el rigor técnico y académico"* (Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia).

Es precisamente esta posición del Tribunal Supremo, aceptada de forma pacífica y prácticamente unánime por nuestra jurisprudencia, la que se ha mantenido hasta nuestros días, consistente en la realización de un control formal del proceso de calificación y reclamación pues, en casos donde el estudiante opone su propio criterio al manifestado por el evaluador, se sitúa el debate *"en un ámbito regido por criterios de discrecionalidad técnica"*, entendiendo los tribunales que en el seno de la Administración, la *"doble intervención (...) garantiza el acierto de la calificación y satisface el derecho reconocido a los estudiantes (...) a ser valorados objetivamente en su rendimiento académico"* (Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 2 de febrero de 1999, Nº R.O.J. 588/1999, ECLI:ES:TS:1999:588).

Desde entonces, esta doctrina se ha venido proyectando sobre la más variada casuística que recorre el conjunto de fases del proceso de evaluación y revisión (expuestos en los apartados tercero y cuarto de este trabajo), como pueda ser el suspenso en un examen por la realización de prácticas fraudulentas (STS de 9 de noviembre del 2000, Nº R.O.J. 8147/2000, ECLI:ES:TS:2000:8147)<sup>42</sup> o la presentación de alegaciones ante el tribunal de revisión sin haberse facilitado al estudiante una copia del examen, retro trayendo las actuaciones hasta el momento anterior a la formulación de las mismas (STSJ de Cataluña núm. 918/2002, de 27 de noviembre,

---

<sup>42</sup> Es el caso de un estudiante de la asignatura de Filosofía del Derecho de la Universidad de Las Palmas, en el que la profesora aprobó inicialmente al alumno y, posteriormente, al tener constancia de que este había copiado durante la realización de la prueba, decidió suspenderlo. El Tribunal Supremo entendió que no se vulneraba el derecho del artículo 24 de la Constitución pues *"el cambio de calificación no ha tenido lugar en el ámbito de un procedimiento sancionador sino en el ejercicio de las facultades calificatorias que tienen los Profesores universitarios en los exámenes a que son sometidos los alumnos, facultades que se expresan mediante actos producidos en el marco de la discrecionalidad técnica, cuyo control jurisdiccional se encuentra sujeto a modulaciones que se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar el examen"* (Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia).

ECLI:ES:TSJCAT:2002:13731), todo ello interpretado de forma respetuosa con una concepción de la discrecionalidad que conoce como únicos límites “*los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho*” (Fundamento de Derecho Tercero de la STSJ de Cataluña núm. 3002/2022, de 27 de julio, cit.)<sup>43</sup>.

Cabría por último plantearse la legitimación activa del calificador en la vía jurisdiccional (legitimación que, como ya se ha analizado, es rechazada de forma casi unánime en vía administrativa). El punto de partida debería ser lo dispuesto en el artículo 20 a) de la LJCA, que dispone que la actividad de una Administración no puede ser recurrida por “*los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados*”.

En el ámbito universitario, en casos en los que los profesores interesaban el mantenimiento de la calificación asignada inicialmente, y partiendo de la consideración del profesor calificador como órgano unipersonal, el Tribunal Supremo ha venido señalando que no concurre un interés que justifique su legitimación, pues este solo existe “*cuando de prosperar la acción entablada se originaría un beneficio en favor del accionante, no bastando el simple interés derivado del pondonor o crédito profesional en que se mantenga una resolución adoptada como titular de un órgano administrativo, pues dicho interés, además de ser indirecto, es ajeno al tema debatido en el recurso, tema centrado en decidir si la calificación que corresponde a la alumna en la asignatura (...) es la de insuficiente, que fue la inicialmente asignada*” (Fundamento de Derecho Primero de la STS de 15 de octubre de 1988, N° R.O.J. 11990/1988, ECLI:ES:TS:1988:11990).

Aún así, hay todavía resoluciones que admiten la legitimación del profesor, debido al persistente interés del profesorado en los procesos de revisión, entendiéndose que si el tribunal revisor ha dejado sin efecto la calificación del profesor, “*dicha actuación puede sin duda afectar a su respeto y autoridad por parte del resto de los alumnos y personal universitario*” (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Valladolid núm. 12/2016 de 22 de enero).

En cualquier caso, la mayoría de los órganos judiciales a día de hoy sostienen que la intervención del profesor “*queda limitada a la emisión del oportuno informe que le sea solicitado*”, por lo que “*en ningún caso*” estaría legitimado para recurrir judicialmente “*la decisión del órgano superior en esa jerarquía de control intrauniversitaria, pues no nos hallamos ante la existencia de unos intereses legítimos diferenciados de los de la universidad*” (STSJ de Valencia núm. 1626/2009, de 14 de diciembre, cit.).

## 5.2. El control material sobre la calificación

Las sentencias que reconocen la posibilidad de realizar un control sobre el fondo del asunto parten de una concepción que desafía la comprensión tradicional de la materia, y cuyo razonamiento gira en torno a la inviabilidad de la existencia de actos administrativos inmunes al control jurisdiccional en un Estado de Derecho que

---

<sup>43</sup> Dichos límites fueron determinados por el Tribunal Supremo en el ámbito de las oposiciones con la STS núm. 908/1989, de 5 octubre (ECLI:ES:TS:1989:10741).

reconoce a sus ciudadanos la tutela judicial efectiva en la defensa de sus derechos e intereses legítimos (incluidos en ellos lógicamente tanto el derecho a la igualdad como el derecho a la evaluación objetiva del rendimiento), por lo que no sería lícito a los tribunales desamparar al administrado escudándose en el discrecionalidad técnica de la Administración<sup>44</sup>.

Según esta doctrina, la sustitución por parte del órgano judicial de la calificación asignada por la Administración no diferiría de la labor ordinaria de los tribunales de cualquier otro orden jurisdiccional, pues si bien su decisión se remite a estrictos criterios de legalidad, el juicio sobre cuestiones de carácter técnico que exceden de su formación jurídica por su complejidad, cuando es determinante para entender la realidad de los hechos sobre los que ha de decidirse, puede ser cubierto a través del peritaje. No es difícil entender que es posible por lo tanto que el acierto de la decisión del profesor pueda ser cuestionado por un informe pericial (esto es precisamente lo que sucede en algunos casos en los tribunales administrativos de revisión), entendiendo además que no hay ley ni disposición constitucional que garantice la protección de una decisión errada con efectos perniciosos en la esfera de derechos del administrado.

Como ya hemos visto, para los juzgadores que niegan la posibilidad de realizar un control judicial sobre la calificación en sí, estos derechos son los mismos, pero con un contenido y alcance diferente, ya que solo se pueden entender vulnerados cuando “*se negó al recurrente la revisión del examen*” (STS núm. 537/1988, de 10 de mayo, cit.).

Debemos precisar también que, en este sentido, cuando hablamos de la doctrina jurisprudencial reconocedora del control sobre el fondo, hablamos de la posibilidad de que el órgano judicial asigne una nueva calificación en base a su propio criterio, no nos referimos a los casos de error material (donde puede ser posible *recalcular* la nota correcta)<sup>45</sup> o incluso a aquellos en los que una calificación haya sido incrementada o disminuida persiguiendo fines contrarios al ordenamiento<sup>46</sup> (vicios que en cualquier caso se encuadrarían en las causas de invalidez derivadas del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad). De igual manera, tampoco podría considerarse un control sobre el fondo a estos efectos el hipotético caso en el que un estudiante alegue la vulneración del derecho a la igualdad con respecto de la corrección de otros compañeros, debiendo ser analizadas por parte del órgano judicial tanto la califica-

---

<sup>44</sup> José Antonio TARDÍO PATO, “La función calificador de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 1996, pp. 373-417 (pp. 395 y 396).

<sup>45</sup> Según la STS de 16 de diciembre de 2014 (cit.), si bien en un caso de concurso oposición, “*la revisión del núcleo del juicio técnico del órgano de calificación del proceso selectivo sólo resulta jurídicamente procedente cuando se justifica un error de la entidad y características que acaban de expresarse, pues en ese singular caso esa gravísima equivocación sí merece una calificación jurídica, que no es otra que la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución; y, paralelamente, ha de insistirse en que dicha revisión carece de justificación jurídica cuando, como aquí acontece, lo único aportado es una mera diferencia de criterio que solo demuestra ese margen de apreciación que, como ya se ha dicho, debe respetarse por ser legítimo en cuanto inevitable*” (Fundamento de Derecho Octavo).

<sup>46</sup> Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 9 de noviembre del 2000 (cit.).

ción obtenida por el demandante como las circunstancias concretas de la evaluación a la luz del *tertium comparationis* aportado<sup>47</sup>.

Es preciso señalar que aunque esta concepción, relativa al control absoluto por parte del órgano judicial, pueda resultar convincente (especialmente para un juzgador), en su articulación, a mi juicio, se parte de una comprensión superficial de las verdaderas razones que inducen a negar el control judicial sobre la calificación, quizá porque tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho un especial énfasis en las mejores capacidades técnicas de la Administración como fundamento del respeto a su margen de decisión discrecional.

En primer lugar, existe una cuestión fáctica. Nadie discute que un perito pueda ayudar a entender al órgano judicial lo que ha sucedido en el caso concreto. El problema es que, si bien en muchos casos podrá detectarse un error material del profesor, en otro grupo de casos abrumadamente mayoritario (como se verá a continuación) la situación no es tan evidente, y los dictámenes acaban aportando más confusión que claridad al proceso, por lo que el órgano judicial decide simplemente sustituir el criterio del profesor sin tener mayor certeza sobre el acierto de la calificación, por tratarse de supuestos de una discrecionalidad “*irremediable*” (STS núm. 725/1990, de 25 de abril, cit.).

En segundo lugar, a consecuencia de lo anterior, dada una cuestión necesitada de un juicio técnico en un contexto con un grado de complejidad elevado, lo procedente es determinar a quién encomienda nuestro ordenamiento constitucional la potestad para hacer valer su decisión. Así, el elemento determinante en la doctrina negadora del control judicial sobre el fondo no es tanto la diferencia entre capacitaciones técnicas sino de la posición constitucional de la Administración frente a la jurisdicción, entendiendo que el acto de calificación se corresponde con una potestad otorgada únicamente a la función pública (a la que asiste la legitimidad del principio democrático), tanto como a los jueces y tribunales se encomienda garantizar el sometimiento pleno de la Administración al Derecho (artículo 103.1 CE) a través del control de la potestad reglamentaria, la legalidad de su actuación y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE).

En cualquier caso, descendiendo de las consideraciones doctrinales, no es fácil encontrar resoluciones que admitan el pleno control sobre el fondo. De hecho, a

---

<sup>47</sup> Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que para apreciar la lesión del derecho a la igualdad por parte de la Administración es necesario aportar al menos dos resoluciones administrativas que acrediten una diferencia de trato injustificada, por lo que en estos casos le resultaría imposible al órgano judicial realizar un control estrictamente formal, ya que “*resultará necesario examinar si los supuestos de hecho aportados por el recurrente como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere*” (STC núm. 194/2014, de 1 de diciembre, ECLI:ES:TC:2014:194). Si bien, la constatación de que se haya vulnerado por parte de la universidad el artículo 14 de la Constitución “*nunca llevaría a estimar la pretensión de su demanda, sino a una nueva reconsideración de las pruebas por la autoridad académica competente*” (STS núm. 537/1988, de 10 de mayo, cit.).

diferencia de lo que sucede en el caso de concursos de méritos y oposiciones<sup>48</sup>, no parece haber, desde el inicio del período constitucional, ninguna resolución del Tribunal Supremo que haga suya esta doctrina, por lo que únicamente podemos acudir a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

Destacan entre estas la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia (actual Tribunal Superior de Justicia) núm. 291/1986, de 22 de abril, que admitía sin complejos un control absoluto porque la Constitución exigía que ningún acto administrativo estuviera exento del control judicial (remitiendo las dificultades del juicio técnico a una cuestión de dificultad probatoria). En este caso, la Sala de lo Contencioso-administrativo desestimó un recurso interpuesto por un centro educativo contra la resolución de la Consejería de Educación de la Comunidad Valenciana, que estimaba la reclamación efectuada sobre el suspenso en la asignatura de Religión. El Tribunal, a la hora de resolver, solicitó la realización de un informe al Arzobispado, que concluyó que procedía mantener el insuficiente dado por el profesor, y otros tres informes a profesores de Religión de institutos de bachillerato (cuyo resultado, para más discordia, oscilaba entre el suficiente, el notable y el sobresaliente, resaltando todos ellos las dificultades para su elaboración al no conocer el temario impartido en clase). La sentencia entendió que los informes favorables de los docentes poseían mayor valor “*por haber sido producidos por profesores que tienen mayor habitualidad de tales ejercicios*”.

La anterior sentencia fue recurrida (y revocada) en apelación. El Tribunal Supremo entendió que procedía “*declarar la disconformidad a derecho de los actos administrativos a que se refiere (los actos de revisión); declarando en su lugar que la calificación académica que, en la asignatura de Religión se efectuó (...) por el centro docente (...) es ajustada a derecho*” (Fundamento Jurídico Octavo de la STS núm. 1186/1988, de 31 de octubre, cit.).

Ahora bien, el Tribunal Supremo tampoco se limitó a un control formal, sino que, frente a la sentencia que concedía “*mayor relevancia probatoria a los informes emitidos por los profesores (...) que al dado por la Inspección Religiosa del Arzobispado de Valencia*”, el Tribunal Supremo entendió que dichos argumentos no eran válidos debido a las “*manifiestas contradicciones*” entre los informes, así como a que, por medio del Acuerdo con la Santa Sede de 1979, era competencia de la autoridad religiosa “*velar para que la enseñanza sea impartida adecuadamente*”, lo que otorgaba “*una situación privilegiada*” y una “*presunción iuris tantum de certeza de su informe*” (Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia).

Esta última resolución parece ser, en cuarenta años de Administración democrática, el único pronunciamiento del Tribunal Supremo resolviendo a favor del control de fondo de las calificaciones como forma de asegurar el derecho del estudiante a recibir una valoración objetiva de su rendimiento. Ahora bien, si parece no admitir discusión el hecho de que la sentencia se pronuncie sobre el fondo de la decisión ca-

---

<sup>48</sup> José Antonio TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes académicos*, cit.

lificadora, cabe también, a nuestro parecer, considerar que no se trataba tanto de la defensa de una posición doctrinal concreta sobre la intensidad del control judicial, sino más bien de una enmienda parcial a una apreciación defectuosa de la prueba realizada por la instancia inferior, sin que por ello el Tribunal aceptase los planteamientos de la sentencia recurrida, negándose simplemente (quizá por desidia) a replantear la cuestión del control formal y la discrecionalidad técnica del profesor. Esta interpretación que ofrecemos podría apoyarse teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Supremo negadoras del control sobre el fondo del asunto inmediatamente previas (STS núm. 537/1988, de 10 de mayo, cit.) e inmediatamente posteriores (STS núm.725/1990, de 25 de abril, cit.).

Sin embargo, cuando la cuestión parecía completamente pacífica (desde luego en el ámbito de las calificaciones universitarias en particular y educativas en general), con una jurisprudencia perfectamente consolidada, recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos) ha emitido una sentencia<sup>49</sup> que ha vuelto a enturbiar (de manera innecesaria en nuestra opinión) lo que ya era cristalino desde hacía varias décadas.

El caso es el siguiente: un estudiante del Grado de Magisterio de la Universidad de Burgos impugna un examen de la asignatura de *Matemáticas en el aula de primaria*, confirmando el tribunal administrativo la calificación otorgada por el profesor. El estudiante sostiene que el profesor no le ha dado las explicaciones oportunas, pues dado el planteamiento del enunciado, cabían varias interpretaciones posibles, siendo la suya una de ellas.

El estudiante recurre en alzada al rector (sin éxito) para interponer a continuación recurso-contencioso-administrativo, que es resuelto por el juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Burgos, en cuya sede se nombra a un perito judicial. Lo trascendente del caso es que, si bien el Juzgado desestima el recurso (en base a la valoración de la prueba), su sentencia es apelada ante el Tribunal Superior de Justicia, que en lugar de reiterar la aplicabilidad al caso de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración, revisa la valoración de la prueba pericial:

*“La sentencia apelada, en contra de la lógica y de la prueba pericial practicada, y en contra del error manifiesto puesto de relieve en el procedimiento, acoge el hecho de que sólo hay una interpretación en base al manual de la asignatura y excluye cualquier tipo de inseguridad y de discrecionalidad basada en la arbitrariedad”* (Fundamento de Derecho Primero de la sentencia).

Por lo que corresponde valorar el informe pericial partiendo de que *“es cierto que examinado el enunciado la perito no ha dudado en afirmar que hubo error manifiesto al tiempo de redactar el problema, por cuanto sí admitía varias interpretaciones y de hecho la del profesor también sería válida al igual que la (que) dio el alumno”* (Fundamento de Derecho Segundo).

---

<sup>49</sup> STSJ de Castilla y León (sede de Burgos) núm. 99/2021, de 18 de mayo (ECLI:ES:TSJCL:2021:1946).

Sin embargo, el Tribunal, que analiza la falta de motivación dada por la profesora y por el tribunal de revisión, comienza una disertación sobre el ejercicio matemático controvertido (que reproduce planteando las posibles respuestas), todo ello a pesar de dedicar específicamente un fundamento de derecho (el Sexto) a la discrecionalidad técnica, argumentando que si bien “*la decisión sobre la calificación de la solución dada a un ejercicio que forma parte de un examen está investida de la discrecionalidad técnica*”, dicha discrecionalidad tiene límites, siendo uno de ellos “*la necesidad de motivar el juicio técnico*” para cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3, enumerando las razones para el respeto al juicio técnico de la Administración citando la confusa jurisprudencia existente a este respecto sobre la materia de concursos y oposiciones.

La desafortunada y extensa sentencia concluye que “*en los términos en los que se formuló el ejercicio, a la vista del contenido de la prueba pericial, el apelante hizo una resolución correcta del mismo*” por lo que se anulan las resoluciones previas “*puntuando dicho ejercicio con la puntuación máxima establecida para el mismo*”. Cabe, sin embargo, presagiar una resolución diferente del caso si el Tribunal Supremo toma finalmente la palabra.

## 6. CONCLUSIÓN

El análisis del proceso de revisión administrativa y judicial de las calificaciones universitarias a través de un enfoque metodológico como el presente, que enfatiza la distinción entre norma de conducta del evaluador y norma de control del revisor, así como la distinción entre el control de los elementos formales y el control material sobre la calificación, facilita una comprensión sistemática e integradora del conjunto del proceso que permite identificar con claridad las cuestiones que impiden su correcta articulación o que lo privan de coherencia.

Como se ha podido comprobar, la Administración, a la hora de calificar, integra su norma de conducta con criterios de evaluación y de puntuación no exentos de límites, pero sí amparada por la doctrina de la discrecionalidad técnica. Esto puede dificultar el control jurisdiccional sustantivo, pero no impide la revisión del juicio técnico del calificador en hasta dos instancias administrativas.

Sin embargo, pese a que estas dos instancias han sido formalmente dotadas por el ordenamiento de amplias facultades de control, situándose en una posición análoga a la del decisor primario, la composición técnica del órgano revisor reduce gradualmente las posibilidades de realizar un control sobre el contenido del juicio técnico, disminuyendo la capacidad de revisión de los criterios de racionalidad empleados (criterios que, *de iure*, siguen integrando la norma de control de ambos revisores en vía administrativa). Esto se hace especialmente patente en el caso del recurso de alzada ante el rector, en el que difícilmente podría esperarse un nuevo juicio técnico (por más que parcial a la cuestión objeto de impugnación) en lugar de una revisión asimilable a la que efectuarían los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, el análisis jurisprudencial ofrecido (como cabe esperar, limitado por el número de resoluciones judiciales sobre la materia) es capaz de ilustrar una visión general (no exenta de excepciones) sobre el control jurisdiccional de los exámenes universitarios. Control que, de nuevo, amparado por la doctrina de la discrecionalidad técnica, limita su juicio a los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del Derecho.

Estos límites llevan en la práctica (en la mayoría de supuestos) a un control formal de la legalidad del procedimiento de calificación e impugnación en vía administrativa, y a un control sustantivo muy limitado, derivado del principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) y del derecho a la igualdad (artículo 14). Cánones de control empleados con tal escasa intensidad que únicamente parece censurar los casos de error patente (principalmente, el error aritmético) y de una diferencia de trato injustificable a la luz de un *tertium comparationis*.

En cualquier caso, puede concluirse que, conforme se desplaza el centro de decisión sobre la calificación universitaria, se produce una gradual disminución de la capacidad de revisión (esto es, de la intensidad de su control). Disminución que, dependiendo de la instancia revisora, podrá deberse bien a las menores facultades de realización de un nuevo juicio técnico, bien a la función encomendada por el ordenamiento jurídico al órgano encargado de resolver.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Mariano BACIGALUPO SAGGESE, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, 1997.
- Concepción CALVO SIMAL y Rafael BARRERO GIRALDA, “Calificaciones: la piedra lunar”, en José Ramón CHAVES GARCÍA (coord.), *La génesis del derecho universitario español en la democracia. Usos y abusos del Derecho Universitario: Homenaje a Juan Manuel Valle*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 211-216.
- Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “El derecho a la educación”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, pp. 267-305.
- Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, “El juego del legislador, la Administración y el juez” en José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Gabriel DOMÉNECH PASCUAL G y Luis ARROYO JIMÉNEZ (coords.), *Tratado de derecho administrativo: Volumen 1*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 861-994.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *Revista de Administración Pública*, núm.38, 1962, pp. 171-176.
- Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002.
- Juan Francisco MESTRE DELGADO, “Consideraciones sobre la denominada discrecionalidad técnica”, en José Ramón CHAVES GARCÍA (coord.), *La génesis del derecho universitario español en la democracia. Usos y abusos del Derecho Universitario: Homenaje a Juan Manuel Valle*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 119-122.
- Elisa MOREU CARBONELL, “Régimen jurídico de los exámenes universitarios”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 86, 2010, pp. 133-160.
- Sofie OOSTERHUIS, “The rise of complex decision-making in the European Union: boards of appeal as a mechanism to mitigate challenges of scientific uncertainty. The cases of the European

- Chemicals Agency an the Agency for the Cooperation of Energy Regulators”, *Review of European Administrative Law*, núm. 16, 2023, pp. 113-135.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, “Is Einstein better than Kelsen? The assessment of legal research in Spain”, *Revista de Derecho Público: teoría y método*, núm. 1, 2020, pp. 271-312.
- Francisco José RODRÍGUEZ PONTÓN, “El control judicial en el ámbito de la regulación económica”, en Elisenda MALARET GARCÍA (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 47-213.
- Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo Parte General*, Tecnos, Madrid, 2017.
- Michael J. SANDEL, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, 5ª ed. Penguin Random House, Barcelona, 2018.
- Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel. Madrid, 2018.
- José Antonio TARDÍO PATO, *Control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.
- José Antonio TARDÍO PATO, “La función calificador de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 1996, pp. 373-417.

