

EL HUMANISMO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE NUESTRO TIEMPO¹

MARCOS VAQUER CABALLERÍA
Universidad Carlos III de Madrid

Cómo citar/Citation

Vaquer Caballería, M. (2023).
El humanismo del derecho administrativo de nuestro tiempo.
Revista de Administración Pública, 222, 33-64.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222.02>

«Pues lo correcto no es aún lo verdadero, es decir, aquello que nos muestra y que guarda lo más propio de una cosa».
Martin Heidegger, *Lenguaje tradicional y lenguaje técnico* (1962)

Resumen

El ordenamiento jurídico debería orientarse a preservar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Y la técnica del derecho administrativo debería ser un instrumento para tales fines, pero a veces se hace autorreferencial e incluso los desafía. En este artículo se examinan algunas amenazas de la *tekné* para el *telos* del derecho administrativo, desde la automatización de la actuación administrativa hasta el reconocimiento de derechos a los animales o de personalidad a la naturaleza. Sobre esta base, se reivindica el humanismo del derecho administrativo, pero también se propone repensarlo para adaptarlo a nuestro tiempo.

¹ Este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación *La actuación administrativa automatizada: condiciones, límites y garantías jurídicas* (PID2020-116855RB-100), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI/10.13039/501100011033).

Palabras clave

Derecho administrativo; dignidad de la persona; técnica; actuación administrativa automatizada; bienestar animal.

Abstract

The legal system should be aimed at preserving human dignity and the freedom of personal development. The technique of Administrative Law should be an instrument for such purposes, but sometimes it becomes self-referential and even challenges them. This paper examines some threats of *tekné* to the *telos* of Administrative Law, from the automation of decision making to the recognition of rights to animals or personality to nature. On this basis, the humanism of Administrative Law is claimed, but it is also proposed to rethink that humanism to adapt it to our time.

Keywords

Administrative Law; human dignity; technique; automated decision-making; animal welfare.

SUMARIO

I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL SER HUMANO, ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL PODER PÚBLICO. II. LA HIPÓTESIS DE TRABAJO: LA TECNIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. III. LAS AMENAZAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: 1. La objetividad mal entendida. 2. La automatización mal dispuesta. 3. El principalismo disolvente. 4. El individualismo excluyente. 5. La confusión ecológica. IV. LOS SEGOS DE LA CIENCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: 1. La mecanización del procedimiento administrativo. 2. La selección de materias y métodos: el embeleso tecnológico. V. LAS PROPUESTAS DE AVANCE: DE LA SIMPLIFICACIÓN A LA BUENA ADMINISTRACIÓN. VI. FINAL: UNA TESIS FINALISTA.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL SER HUMANO, ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL PODER PÚBLICO

Empecemos por lo que es fundamental, evidente y aparentemente bien conocido. Como afirma Heidegger en la conferencia que cito en el encabezamiento de este artículo, «en el campo de la meditación y la reconsideración, en el campo del preguntar reconsiderativo, en el campo del preguntar sobre lo que ya creíamos saber, nunca hay nada conocido. Todo lo que parece conocido se convierte al punto en cuestionable, es decir, en repensable»².

El punto de partida a que me refiero se encierra en los arts. 1 y 10 de la Constitución española. El primero abre su articulado, el segundo encabeza su título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales. El primero proclama que los poderes del Estado emanan del pueblo español, el segundo que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

² M. Heidegger (1962), *Lenguaje tradicional y lenguaje técnico*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, <https://tinyurl.com/mrxf3rt>. (consultado el 20 de abril de 2023).

La dignidad de la persona es «el valor que de alguna manera contiene a todos los otros»³, la «opción axiológica básica» y «valor-síntesis» de la Constitución española entera⁴. Consiste en «la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁵ y, por tanto, es una cualidad universal (atribuida por igual «a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos»⁶), pero también exclusiva del ser humano, que impone reconocerlo «como sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos»⁷. Este mandato nos evoca a la famosa formulación del imperativo categórico kantiano que manda tratar a la humanidad siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio,⁸ lo que nos explica, a su vez, la razón de su primacía, ya que solo el imperativo categórico es incondicionado, mientras que «todos los demás imperativos son técnicos y en su totalidad condicionados»⁹.

Tal estima por el ser humano es una conquista emancipatoria de la Ilustración que hoy fundamenta no solo nuestro ordenamiento constitucional, sino también el unitario europeo¹⁰ y el sistema internacional de los derechos humanos¹¹. Aunque veremos más adelante que la axiología jurídica está en permanente evolución y últimamente ampara también el bienestar de los (otros) animales, hasta el punto de reconocérseles derechos o de postular incluso su igualdad con

³ M. Atienza (2022), *Sobre la dignidad humana*, Madrid: Trotta, pág. 12.

⁴ L. Parejo (1991), «Constitución y valores del ordenamiento», en VV. AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Madrid: Civitas, págs. 111-112.

⁵ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4º.

⁶ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8º.

⁷ STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7º. También el Tribunal Constitucional Federal alemán tiene sentado que la dignidad de la persona impide convertirla «en mero objeto del poder estatal» [BVerfGE 109, 279 (312)]. En el art. 1.1 de la Ley Fundamental de ese país, la dignidad de la persona es proclamada «intangibles. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».

⁸ I. Kant (2002), *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid: Alianza, págs. 114-116.

⁹ I. Kant (1978), *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pág. 62.

¹⁰ La dignidad humana figura entre los valores comunes de la Unión Europea, según el art. 2 de su Tratado, y es asimismo proclamada como uno de los valores indivisibles y universales en los que se funda por el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que le dedica su art. 1º.

¹¹ En las palabras que abren el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana».

el ser humano, esta evolución se produce por ampliación o por asimilación,¹² no por sustitución ni por degradación¹³. Y lo mismo cabe decir respecto de quienes especulan con atribuir subjetividad a la inteligencia artificial. Dicho de otro modo: quizás lleguemos algún día a equiparar a otros seres, naturales o artificiales, pero no será en detrimento de la dignidad de la persona sino por añadidura. Por lo demás, no entraremos aquí a discutir las críticas al concepto de dignidad humana ni a la filosofía humanista que lo sustenta: por más que el primero pueda ser evanescente y susceptible de manipulación y que la segunda pueda estar en crisis, lo cierto a nuestros efectos es que rigen como paradigma de nuestro derecho positivo.

Pues bien, la Administración pública es parte del Estado cuyos poderes —en este caso, el poder ejecutivo— emanan del pueblo. Y su ordenamiento regulador —el derecho administrativo— es, en consecuencia, parte del orden político, por lo que está fundamentado en la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad. Por eso el primero de los principios que las Administraciones públicas deben respetar en su actuación y relaciones es justamente el de servicio efectivo a los ciudadanos, según el art. 3.1.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Conforme a la clásica corrección duguitiana, la Administración pública no es poder sino servicio o, si se quiere, un poder puesto al servicio de las personas.

II. LA HIPÓTESIS DE TRABAJO: LA TECNIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La era contemporánea, iniciada en Europa con la Revolución Industrial, nos ha inmerso en una época de la técnica en la que el derecho administrativo —como toda nuestra civilización— ha experimentado al menos dos grandes procesos sucesivos de tecnificación¹⁴.

Para comprenderlo, volvamos a Heidegger:

¹² La dignidad de la persona presume su subjetividad y le garantiza los derechos que le son propios o inherentes, pero no excluye la posibilidad de reconocer a otros sujetos ni de atribuirles derechos.

¹³ Alexy, por ejemplo, propone relativizar el valor de la dignidad humana cuando no le atribuye esencialmente el estatus de una regla sino de un principio, susceptible por tanto de juicios de proporcionalidad, pero rechaza que esta apertura a la ponderación implique una devaluación. R. Alexy (2007), *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 311, de nuevo en (2014), «La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad», *Parlamento y Constitución*, 16, págs. 9-28.

¹⁴ En la actualidad, ya se habla de hasta cuatro revoluciones industriales (la de la máquina de vapor, la de la electricidad, la digital y la de la fusión de las esferas física, digital y biológica: la «cuarta revolución industrial», según Klaus Schwab).

Pues dentro de la era industrial moderna, pueden señalarse una primera y una segunda revolución técnicas. La primera consiste en el tránsito desde la técnica artesanal y la manufactura a una técnica de máquinas caracterizadas por la «automoción». La segunda revolución técnica podemos verla en la aparición y en el irresistible avance de la mayor 'automoción' posible, cuyo rasgo básico viene determinado por la técnica de los reguladores y de la regulación o control, por la cibernética.

De todos es sabido que la primera Revolución Industrial —la de la *auto-moción*— trajo consigo la progresiva emancipación de las ciencias sociales, como la economía o la sociología, llamadas a explicar, organizar y acelerar el cambio social desatado, para lo que reclamaron un lugar propio en el olimpo de las ciencias y construyeron su propia dogmática. Incluida, claro está, la ciencia jurídica y, dentro de ella, la dogmática del derecho público, que experimentó su propia revolución científico-técnica entre finales del siglo XIX y mediados del XX. Su consecuencia fue una lógica exaltación de la técnica trabajosamente elaborada. En las señeras palabras de García de Enterría: «Así, todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales»¹⁵.

La segunda revolución técnica de que nos habla Heidegger —la de la *auto-moción*— lleva también décadas tocando a la puerta del derecho administrativo. En España, ya la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 llamaba en su art. 31 a «implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen del trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos». Quizás no sea casual que el filósofo alemán caracterice a la primera revolución técnica como una revolución de la producción, mientras que para la segunda utilice el término «regulación». La automoción solo es aplicable a los procesos productivos, pero la automatización lo es también a los procesos regulatorios o decisorios, es decir, a la actividad administrativa más relevante, la que tiene efectos jurídicos *ad extra* sobre las personas. Y dentro de estos procesos, se revela especialmente idónea en aquellos que tengan un mayor componente técnico y que experimenten una mayor mutabilidad. Y por ello el derecho administrativo —como el tributario, o el laboral y de la Seguridad Social— está especialmente abierto a la automatización.

Así que las revoluciones técnicas descritas han provocado una configuración técnica del mundo que, desde luego, también ha implicado a la Administración pública. En palabras de Habermas, desde el siglo XVIII, «las leyes de la autorreproducción exigen de una sociedad industrialmente avanzada que se mantenga, si pretende sobrevivir, en la escala de un dominio técnico sobre la naturaleza constantemente ampliado y de una Administración de los hombres y sus relaciones

¹⁵ E. García de Enterría (1962), «La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, 38, pág. 161.

mutuas cada vez más refinada en el plano de la organización social. En este sistema, la ciencia, la técnica, la industria y la Administración se fusionan en un proceso circular¹⁶. Y según Foucault, «a partir del siglo XVII y XVIII, ha existido un verdadero desbloqueo tecnológico de la productividad del poder»¹⁷.

La tecnificación del derecho administrativo es un proceso evidente¹⁸ e imparable. También positivo. La *tekné* no es mera *praxis* sino que forma parte de la *poiesis*, el proceso creativo/productivo. Recurriendo una vez más a la autoridad de Heidegger: la técnica que es aplicación de una ciencia «no es un concepto concerniente al hacer, sino un concepto concerniente al saber». Quiere esto decir que esta tecnificación es resultado de un proceso consciente y científico de aprendizaje, llamado a producir desocultamiento y conducir a la verdad¹⁹.

Pero no debería rebelarse contra su creador. «La técnica moderna, en tanto que instrumento humano tal como la hemos caracterizado, exige que también quede bajo control humano, que el hombre quede a su altura y pueda dominarla como algo producido por él». La técnica es un medio para un fin, no un fin en sí mismo. De lo contrario, «el hombre, frente a la pretensión de poder de la técnica, se ve empujado al desconcierto y a la impotencia, es decir, a la necesidad de tener que aceptar y afirmar, sea de forma expresa o tácita, lo incontenible de la dominación de la técnica».

Bajo la aséptica apariencia de la «racionalidad tecnológica» pueden ocultarse ideología, voluntad de poder, coerción y subversión de los sistemas de valores. «El concepto de racionalidad que impone con decisión conlleva más bien, en último término, una organización completa de la sociedad en la que una tecnología independiente sigue dictando aún, en nombre de la libertad de valores, el sistema de valores, o sea, el suyo propio, a los ámbitos de la *praxis* usurpados por ella». Para ello, opera una «reducción subjetivista de los intereses decisivos para la orientación en la acción a “sentimientos” ya no susceptibles de racionalización [...] y mediatiza los restantes intereses de la *praxis* vital en función del interés exclusivo

¹⁶ J. Habermas (1990), *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, pág. 289.

¹⁷ M. Foucault (1992), *Microfísica del poder*, 3ª ed., Madrid: Ediciones de la Piqueta, pág. 182.

¹⁸ En los siguientes apartados se verán varios ejemplos. Baste por ahora observar el uso que hacemos del lenguaje cuando nos referimos a la «programación» de la Administración por las leyes, por los planes y programas y últimamente también por los algoritmos informáticos, y al proceso de toma de decisiones como «ejecución» de tales programas.

¹⁹ Así lo afirma en otro de sus trabajos en la materia: «La técnica no es, pues, simplemente un medio. La técnica es un modo del desocultar. Si prestamos atención a eso, entonces se nos abriría un ámbito distinto para la esencia de la técnica. Es el ámbito del desocultamiento, es decir, de la verdad». M. Heidegger (2019), «La pregunta por la técnica», en *Filosofía, ciencia y técnica*, 7ª ed., Santiago de Chile: Ed. Universitaria, pág. 79.

en la efectividad de los resultados y en la economía en el empleo de los medios» o la «eficiencia»²⁰.

Así que la exaltación en la técnica debe cuidarse mucho de su pretensión de poder y reconducirla permanentemente a sus justos fines, como el propio García de Enterría se cuidó de advertir: «A los juristas nos toca siempre [...] intentar que los sofisticados mecanismos jurídicos puedan servir, cuando han de aplicarse, a su función profunda, que es la única que les justifica: servir a los hombres —a todos los hombres y a cada uno de ellos—»²¹.

La cuestión que me propongo desarrollar es si la tecnificación del derecho administrativo puede estar apartándolo de su fundamento y propósito humanistas. Este peligro es real y bien puede deberse a que la técnica jurídico-administrativa se torne autorreferencial y pierda su carácter instrumental, o bien a que derive hacia fines distintos o incluso contraindicados, como la preservación, la desviación o la ocultación del poder. Lo analizaré a continuación en dos apartados sucesivos, dedicado uno al ordenamiento y el otro a la ciencia del derecho administrativo.

III. LAS AMENAZAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

1. LA OBJETIVIDAD MAL ENTENDIDA

Solemos atribuir la creación del derecho administrativo contemporáneo a los revolucionarios liberales e ilustrados, que sacralizaron el imperio de la ley (que debía regir con la misma universalidad y certidumbre que las leyes de la física newtoniana) y aspiraban a conseguir que la Administración actuara como un mecanismo de ejecución automática de las leyes aprobadas por el parlamento, así como los jueces debían actuar como seres inanimados que pronunciaran las palabras de la ley, según la famosa máxima de Montesquieu²². Este modelo mecanicista subsiste todavía hoy y suscita algunos problemas para la debida configuración de conceptos jurídicos como la objetividad, de que nos ocupamos ahora, la automatización, a la que dedicaremos el siguiente epígrafe, o el procedimiento, sobre el que volveremos más adelante.

²⁰ J. Habermas (1990, págs. 301-308).

²¹ E. García de Enterría (1981), *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2ª ed., Madrid: Tecnos.

²² E. García de Enterría (1984), *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid: Civitas; J. Ponce (2019), «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, págs. 18-21.

Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales, reza el inciso inicial del art. 103.1 de la Constitución. Las técnicas desarrolladas por el derecho administrativo al servicio de la objetividad persiguen evitar en los agentes de la Administración las motivaciones distintas del interés general, como pueda ser el interés personal o patrimonial, la emoción o el sentimiento. Pensemos en las causas de abstención y recusación. Ahora bien, la objetividad de la Administración pública no debe ser un obstáculo para su comunicación efectiva con los interesados ni una excusa para frustrar sus intereses legítimos o violar sus derechos subjetivos. La objetividad de la Administración no puede desdeñar la subjetividad de la persona.

En efecto, en el importantísimo campo de los servicios a la persona (los sanitarios, los sociales, los educativos o los culturales)²³, la eficacia de las Administraciones públicas las conmina a combinar su objetividad con la subjetividad de sus agentes. Dicha eficacia suele implicar la gestión de emociones y sentimientos. Dicho de otro modo, la objetividad de la Administración no siempre puede reprimir la subjetividad de sus agentes, sino que en ocasiones debe sublimarla mediante técnicas organizativas y procedimentales de objetivación. En estos servicios públicos, son oportunas —cuando no necesarias— las emociones de los prestadores, así como las relaciones intersubjetivas que generen vínculos de confianza y empatía con el prestatario. El prestador —el educador de niños, el cuidador de ancianos, el asistente de personas enfermas o vulnerables— no puede ser ni comportarse como un autómatas. En algunos casos, su subjetividad está incluso protegida por derechos fundamentales, como las libertades de creación y producción artística, literaria, científica y técnica o de cátedra del art. 20 CE, en los casos de la mirada de artistas, profesores e investigadores que son empleados públicos.

Un ejemplo puede servir para ilustrar esta tesis: el de la actividad administrativa en el sector del arte. ¿Cómo preservar la objetividad de la Administración cuando, por ejemplo, programa exposiciones temporales o representaciones escénicas, selecciona obras para sus colecciones permanentes o subvenciona determinadas expresiones artísticas, siendo así que el juicio estético suele ser considerado «puramente subjetivo»²⁴?

A través de la técnica de la imputación, puede sublimarse la subjetividad de los agentes en la objetividad de la Administración. Una *subjetividad objetivada*²⁵. En efecto, la Administración puede salvaguardar su objetividad si (1º) selecciona

²³ M. Vaquer (2000), «Los servicios atinentes a la persona en el Estado social», *Cuadernos de Derecho Público*, 11, págs. 31-72.

²⁴ Así lo califica, al menos, Kant (1876) en su *Crítica del juicio seguida de las observaciones sobre el asentimiento de lo bello y lo sublime*, Madrid: Librerías de Francisco Travedra, Antonio Novo, pág. 39.

²⁵ M. Vaquer (2023), «Las Administraciones públicas ¿sirven con objetividad a la libertad del arte?», en J. Prieto y R. Dedeu (coords.), *Libertad, arte y cultura. Reflexiones jurídicas sobre la libertad de creación artística*, Madrid: La Cultivada / Marcial Pons.

con objetividad a tales sujetos, de forma que estén legitimados por su idoneidad para emitir el juicio estético de que se trata, y (2º) constata con objetividad «el estado en que se encuentra el sujeto, cuando es afectado por la representación», es decir, se asegura que su juicio ha sido estético, lo que significa guiado por el gusto y no por el interés, ya que «todos deben reconocer que un juicio sobre la belleza en el cual se mezcla el más ligero interés, es parcial, y no es un juicio del gusto»²⁶.

Así que la objetividad de la Administración de las artes no debería presumirse ni simplemente mandarse, sino preservarse mediante técnicas organizativas y procedimentales idóneas que nos son bien conocidas, pero que apenas se han desplegado por nuestro ordenamiento jurídico en este sector. El resultado son las sospechas de censuras y de sesgos ideológicos en decisiones de la gestión pública cultural que son noticia con demasiada frecuencia. Este ejemplo de inhibición de la *tekné* al servicio de la libertad del arte contrasta elocuentemente con otros de sobreactuación tecnocrática que veremos a lo largo del texto.

2. LA AUTOMATIZACIÓN MAL DISPUESTA

La transformación digital de las Administraciones públicas encuentra, hoy por hoy, sus máximas expresiones en la actuación administrativa automatizada (AAA) y en el empleo de herramientas de inteligencia artificial (IA), dos fenómenos distintos pero frecuentemente interrelacionados. La automatización, tal y como es definida en el art. 41 LRJSP, implica la sustitución del ser humano por la máquina en la actuación de que se trate (un acto del procedimiento administrativo o el procedimiento entero hasta su resolución), mientras que la inteligencia artificial «se refiere a los sistemas que muestran un comportamiento inteligente, analizan el entorno y toman medidas con cierto grado de autonomía para lograr objetivos específicos», según la amplia definición ofrecida por la Comisión Europea en su estrategia en la materia [COM(2018) 237 final]. La automatización es una forma de actuación administrativa, mientras que la inteligencia artificial es una herramienta informática que puede ser utilizada en ella. El primero es un concepto jurídico, el segundo, técnico. Y aunque suelen ir acompañadas, cabe automatización sin empleo de la IA y empleo de la IA sin automatización.

Los beneficios o perjuicios que traigan la AAA y la IA dependen del empleo que se haga de ellas. Sus oportunidades y sus amenazas ya han sido identificadas y estudiadas: de un lado, pueden aportar grandes mejoras en la eficacia y eficiencia administrativas (sobre todo en actuaciones masivas y regladas), pero de otro también introducir sesgos discriminatorios, complicar la participación de los interesados (por la brecha digital), mermar el acceso a lo actuado o dificultar su control. Dentro del panorama de la sociedad del riesgo, los riesgos digitales son singulares porque no comprometen nuestra supervivencia física, como los ambientales o

²⁶ I. Kant (1876, pág. 39).

sanitarios, pero sí nuestra libertad y, en última instancia, la dignidad humana, y porque es más difícil reconocerlos y tomar conciencia de ellos al operar en un soporte lógico complejo²⁷ que a los legos se nos aparece (y se nos oculta) como una fuerza invencible e inhibidora.

Mucha es la literatura jurídica ya dedicada a la digitalización, los algoritmos y la inteligencia artificial, pero no tanta a la automatización²⁸. Sin embargo, esta última provoca una auténtica mutación de todo nuestro derecho administrativo, que ha sido concebido para la actuación por agentes humanos. Desde la organización (pensemos en la delegación o las causas de abstención), el procedimiento (los plazos, el silencio) y el acto (la autoría, la motivación) hasta las garantías y el control (la transparencia, la responsabilidad) cobran un sentido diverso cuando actúa una máquina sin intervención humana directa. La actuación administrativa automatizada —es decir, literalmente *inhumana*— constituye, en suma, un reto mayúsculo para el humanismo del derecho administrativo.

La codificación de la automatización en lenguajes propios, la complejidad operativa de su desarrollo y los costes de su implantación pueden servir de razón o de excusa para una nueva tecnocracia reticente a sujetarse a otras reglas distintas de las suyas propias. Pues bien, al derecho administrativo le cumple una doble misión, garantista de los ciudadanos y directiva de la Administración, que debe proyectar sobre estos fenómenos para ordenarlos y reducir sus riesgos a niveles socialmente tolerables. Pero hasta ahora, en España, solo lo ha hecho de forma parcial y defectuosa: ya se ha abierto y señalado el campo, pero apenas se han establecido las reglas del juego.

La primera derivada de esta reflexión es la relativa a la apertura del campo y la fijación de los límites materiales de la automatización. La apertura del campo, solo requerida de su «establecimiento» caso a caso, la han hecho con carácter general el art. 41 LRJSP y con carácter especial los arts. 100.2 de la Ley General Tributaria y 130.2 de la Ley General de la Seguridad Social, por ejemplo. A su vez, los

²⁷ J. Vida (2022), «La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 14, 1, págs. 489-503.

²⁸ Aunque ya ha merecido en España algún estudio destacable, como los que le han dedicado I. Martín (2009), «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *Revista de Administración Pública*, 180, págs. 353-386), A. Cerrillo (2021), «Robots, asistentes virtuales y automatización de las Administraciones públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, 61, págs. 271-309), A. Soriano (2021), «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho público: Teoría y método*, vol. 3) y E. Gamero (2023, «Sistemas automatizados de toma de decisiones en el Derecho administrativo español», *Revista General de Derecho Administrativo*, 63), este último dentro de una sección monográfica de derecho comparado coordinada por Oriol Mir.

límites materiales o ámbitos excluidos constituyen una «reserva de humanidad»²⁹. Por ella ya ha avanzado precautoriamente el ordenamiento vigente, cuando ha prohibido —a su vez, bajo reserva de dispensación condicionada al cumplimiento de unas garantías por concretar— las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado que produzca efectos jurídicos en los interesados o les afecte significativamente el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (art. 22) o ha excluido a las pensiones no contributivas de las resoluciones automatizadas en los procedimientos de gestión la Ley General de la Seguridad Social (art. 130).

Pero no basta con excluir determinadas materias o actuaciones de la automatización. Allí donde esta se implante, debe cumplir con ciertos requisitos que aseguren el sometimiento efectivo de los medios a los fines, lo que es tanto como decir su servicio efectivo a los ciudadanos. Como ha afirmado la Comisión Europea en su Comunicación *Construyendo confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano* [COM(2019) 168 final]: «La confianza es un requisito previo para garantizar un enfoque de la IA centrado en el ser humano: la IA no es un fin en sí mismo, sino una herramienta que tiene que servir a las personas con el objetivo final de aumentar el bienestar humano. Para lograrlo, se debe garantizar la confiabilidad de la IA». El legislador tiene ante sí la misión de generar esa confianza, que no es solo deseable sino imperativa cuando la IA se utiliza para la producción de actos administrativos ejecutorios. Pero la regulación positiva siempre es más compleja que la mera prohibición.

Por eso, aunque también avanza ya por esta segunda vía nuestro ordenamiento jurídico, lo hace todavía de forma insuficiente y tentativa, como acredita la redacción —tan bien orientada como mal expresada— del art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, según el cual «las Administraciones públicas favorecerán la puesta en marcha de mecanismos para que los algoritmos involucrados en la toma de decisiones que se utilicen en las Administraciones públicas tengan en cuenta criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, *siempre que sea factible técnicamente*» (las cursivas son mías). La expresión del inciso final como una condición («*siempre que*») es tan candorosa como desafortunada. La factibilidad técnica no puede condicionar la licitud de las herramientas empleadas, sino acaso su viabilidad. Dicho de otro modo, si no es factible técnicamente la minimización de riesgos, la transparencia o la rendición de cuentas, no son estas garantías quienes deben ser descartadas, sino el algoritmo en cuestión. Pero además de desafortunada, la locución empleada también es elocuente, porque expresa con candor la voluntad de la *tekné* de imponerse al *telos*.

²⁹ J. Ponce (2019) y de nuevo en (2022), «Reserva de humanidad y supervisión humana de la inteligencia artificial», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, págs. 58-67.

3. EL PRINCIPIALISMO DISOLVENTE

El excesivo principialismo de nuestro Derecho administrativo disuelve los principios, enervando su eficacia. Esta paradoja debe ser explicada.

Los principios son los arquetipos del ordenamiento jurídico: expresan las ideas de valor jurídico que fundamentan el ordenamiento y, en consecuencia, informan su interpretación y aplicación. Nacieron formalmente como fuente del derecho ante la imposibilidad práctica de que las leyes regulasen exhaustivamente todos los supuestos de hecho que se pudieran plantear³⁰. Se trataba de apuntalar los dogmas problemáticos de la unidad y compleción del ordenamiento, para lo que se requería de enunciados prescriptivos de carácter abstracto hasta el punto de prescindir del supuesto de hecho, que pudieran ser utilizados como referentes para integrar las lagunas que los intérpretes y aplicadores hallaran en las normas escritas. Con este objeto, los «principios generales del Derecho» fueron incorporados al sistema de fuentes del derecho, como establece el art. 1 del Código Civil, por cuya virtud «se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Ahora bien, y pese a su función subsidiaria como fuente autónoma del Derecho, los principios generales del derecho planteaban un reto al legislador, por el riesgo de que la doctrina y la jurisprudencia —las destiladoras de los principios generales del Derecho— defraudasen o torciesen la *voluntas legislatoris* mediante la apreciación de lagunas que activasen a los principios generales como fuente y/o el recurso a ellos como parámetro interpretativo de la ley (que les ayudase a desvelar una *voluntas legis*). Para evitarlo, empezaron a explicitar en sus textos los principios que los inspiraban, de manera que la norma escrita ganase capacidad de autointegración como fuente del derecho. Ante la «*jurisprudencia principial*»³¹ y para ponerle coto, se ha erigido la «*legislación principial*».

Estos principios del derecho positivo deben ser diferenciados de los principios generales del derecho: ambos tienen en común su naturaleza expresiva de valores fundamentales del ordenamiento (o de parte de él), su función informativa y su forma de enunciado abstracto, pero difieren en su eficacia jurídica: los principios del derecho positivo no son una fuente del derecho, sino que su fuente es la ley o norma escrita que los enuncia, por lo que su eficacia no se la confiere el valor que expresan, sino la ley.³² En consecuencia, su lugar en el sistema de fuentes es el primario de la ley y no el terciario que ocupan los principios generales del derecho.

Ya sea como fuente del derecho, ya sea formando parte de la ley, los principios cumplen una importante función informadora del ordenamiento. Y más en el derecho administrativo. Los individuos son seres de fines en sí y para sí y, en

³⁰ M. Beladiez (2010), *Los principios jurídicos*, 2ª ed., Madrid: Civitas, pág. 130.

³¹ E. García de Enterría (1984).

³² M. Beladiez (2010, págs. 189-191).

consecuencia, el derecho privado está inspirado en la autonomía de la voluntad. Pero la Administración es heterónoma: es una creación del derecho público y no tiene capacidad para disponer sobre sus propios fines, que le vienen dados por el ordenamiento. Por lo que la idea de que la Administración se halla vinculada al derecho solo en los medios y en los límites que ha de observar, pero no en la dirección y el fin de su actividad, ya no es aceptable³³. En nuestro Estado de derecho, el derecho no solo determina los medios y límites de la Administración, sino también sus fines. De ahí que el Derecho administrativo haya sido caracterizado por un sector de la doctrina contemporánea no solo como un derecho defensivo, sino también eminentemente directivo³⁴.

Se explica así que la regulación o positivización de los principios sea un fenómeno muy extendido en el derecho público. Un buen ejemplo de principios constitucionales lo tenemos en el art. 103.1 CE. Pero el principialismo no solo ha cundido en las constituciones, cuya abstracción y condición de canon de validez de las demás leyes las hace especialmente propicias al enunciado de principios jurídicos que informen al legislador, al juez y, en general, a todos los poderes públicos constituidos (véase, en este sentido, el art. 53.3 CE).

También las leyes sucumben cada día más a la profusión de principios. En particular, las leyes del derecho administrativo. En una sociedad, una economía y un Estado cada vez más complejos, se hace más evidente la imposibilidad de reglar exhaustivamente el funcionamiento de la Administración o, lo que es lo mismo, la necesidad de dejar ciertos espacios de decisión abiertos a la discrecionalidad administrativa. En esos supuestos en los que no cabe predeterminedar en una regla concreta el binomio supuesto de hecho-consecuencia jurídica, el legislador opta por ofrecer al menos referencias abstractas —principios— para encauzar y limitar la discrecionalidad, evitando que mute en pura arbitrariedad. Los principios cum-

³³ «Deshalb kann es auch nicht mehr als zulässig gelten, Justiz und Verwaltung dahin zu unterscheiden, dass das Recht für die erstere Selbstzweck, für die letztere nur Mittel zum Zweck oder blosse Schranke sei. ... Danach sind Justiz und Verwaltung dadurch geschieden, dass die erste ausschliesslich rechtsgebunden ist, während die Verwaltung im Rahmen der Gesetze nach ihrem Ermessen verfährt». E. Forsthoff (1973), *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10ª ed., München: C. H. Beck, pág. 5.

³⁴ Se deja sentir en esto la influencia de la doctrina alemana y, en particular, de Schmidt-Assmann, para quien: «El Derecho administrativo no se reduce, pues, a la perspectiva que proporciona la tutela judicial, sino que habrá de tener en cuenta también aquellos sectores a los que la sonda del control judicial no llega. No se trata solo, por tanto, de racionalizar o limitar la acción administrativa desde el exterior, sino que es preciso ahorrarla desde dentro, de acuerdo con los patrones del principio democrático y del Estado de Derecho. [...] La ciencia del Derecho administrativo ha de ser concebida como ciencia de dirección y vertebración». E. Schmidt-Assmann (2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Madrid: INAP-Marcial Pons, págs. 24, 27. Más ampliamente, Hoffmann-Riem, Schmidt-Assmann y Vosskuhle (2006), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, München: C. H. Beck.

plen, pues, una doble función directiva de la Administración y también defensiva de los ciudadanos frente a ella, pues informan la actuación administrativa y sirven de parámetros para su control judicial.

Así pues, a los principios de organización y funcionamiento de las Administraciones públicas consagrados en el art. 103 CE hay que añadir las variaciones y ampliaciones hechas por el legislador básico, por el estatutario y por el de desarrollo de ambos, tanto el general como el especial. El paisaje resultante se nos aparece como una frondosa *selva principal*, que no es posible transitar sin acometer primero una enérgica labor de desbroce. Dos ejemplos servirán para ilustrar esta aseveración y constatar que no es en absoluto exagerada:

En primer lugar, es reseñable el desparrame principal de las leyes de régimen jurídico del sector público y del procedimiento administrativo común. Después de reproducir el art. 103.1 CE, el art. 3.1 LRJSP establece un listado de once letras que contienen un total de 25 principios diferentes, sin distinguir —al menos de forma general, porque la diferencia aparece aludida en algunas letras como la c) y la k)— entre principios de actuación y principios de las relaciones jurídicas. A ellos les siguen algunos principios específicos de las relaciones interadministrativas electrónicas —la interoperabilidad y la seguridad, ¿son principios?: a tal interpretación conduce su inserción en el art. 3.2 pero no su extraño enunciado dentro de una subordinada relativa en subjuntivo— y, ya en el art. 4, el principio de proporcionalidad de la actividad administrativa de intervención.

A estos «principios de actuación y funcionamiento del sector público» —así se intitula el Título Preliminar de la LRJSP— hay que añadirles al menos los principios de la potestad sancionadora (arts. 25 a 31 LRJSP) y de la responsabilidad patrimonial (art. 32 LRJSP), los «principios generales de actuación» del sector público institucional (art. 81 LRJSP) y los «principios generales de las relaciones interadministrativas» (art. 140 LRJSP), que reiteran unos, definen otros y aun añaden otros más a los del art. 3; así como también los principios del procedimiento de los arts. 71.1, 72.1 y 75.4 LPAC —los principios de «agilidad» del procedimiento de la LRJSP y de «celeridad» del procedimiento de la LPAC: ¿son el mismo o difieren entre sí?— o los principios de buena regulación del art. 129 LPAC.

En segundo lugar, podemos traer a colación los principios legales de buena conducta de los empleados públicos, contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, la Ley de Transparencia y Buen Gobierno o la Ley de Ejercicio del Alto Cargo en la Administración General del Estado: el art. 52 del EBEP proclama hasta 15 principios distintos, 16 el art. 26 de la LTBG y 5 el art. 3.1 de la LEAC. Además del evidente problema de su solapamiento y sus discordancias³⁵,

³⁵ Los principios de ejercicio del alto cargo del EAC se afirman como especiales y añadidos a los de buen gobierno de la LTBG, pero sin alusión alguna a los del EBEP, pese a que los altos cargos son también empleados públicos. Pues bien, tanto el EBEP para los empleados públicos en general como el EAC para los altos cargos coinciden en prescribir la objetividad, la integridad, la transparencia, la responsabilidad y la austeridad. Pero el EBEP añade

su natural indeterminación hace que no cumplan con el principio de tipicidad para poder sancionar su incumplimiento, por lo que su única virtualidad es la orientadora de la interpretación de estas leyes, como ellas mismas afirman después de proclamarlos.

Ya hemos visto que los principios legales cumplen una función particular no desdeñable en el derecho administrativo. Ahora bien, su profusión excesiva puede frustrar dicha función. Esta inflación conlleva de suyo una devaluación. Los principios configurados como normas abstractas y fundamentales no pueden multiplicarse indefinidamente. Cuanta mayor es su abundancia, menor su eficacia porque constituyen otros tantos parámetros de orientación y control, entre los que es preciso arbitrar cuando entran en conflicto.

Respecto de los principios del Estatuto de Autonomía de Andalucía aducidos en alusión como fundamento de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley de reestructuración del sector público, ya ha afirmado el Tribunal Constitucional que

[...] resulta evidente que el art. 133.1 EAAAnd contiene un largo elenco de principios de distinto alcance y naturaleza (principios de actuación administrativa *stricto sensu*, principios de funcionamiento de la Administración, principios de organización administrativa, principios de relación con los ciudadanos, principios de relación con otras Administraciones públicas, etc.) y que, por tanto, cada uno de ellos tiene una distinta capacidad de proyección sobre las diversas parcelas de actuación de la Administración. Del precepto estatutario no se deduce una obligación de la Administración autonómica o de los poderes públicos andaluces de realizar todos y cada uno de los principios al mismo tiempo y con la misma intensidad, pues mientras hay principios que son taxativos y alegables en sede jurisdiccional (sujeción a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico), otros admiten diversos grados de realización, constituyen más bien directrices normativas y deben conciliarse con otros principios constitucionales y estatutarios, [por lo que el legislador de desarrollo tiene] un amplio margen de maniobra para concretar y conciliar entre sí los muy diversos principios (STC 236/2015, de 19 de noviembre, F. J. 4º).

Así pues, debemos discernir dentro de los preceptos que se pretenden «principios» legales, distinguiéndolos ya sea por su ámbito de aplicación ya por su fundamentalidad relativa y consecuente capacidad informadora del ordenamiento. Una forma de evitar su devaluación por inflación sería asumir que no todo lo

también, entre otros muchos, los principios de confidencialidad, de ejemplaridad y de honradez, que el EAC omite respecto de los altos cargos. La omisión de la confidencialidad se salva por el deber de reserva previsto en el art. 26.2.b).2º LTBG, pero no las demás. Así que una interpretación sistemática del ordenamiento abocaría a entender la omisión del EAC —ley posterior y especial— como una exoneración a los altos cargos de ser ejemplares y honestos, por lo que será mejor hacer una interpretación finalista.

que no es una regla deba ser un principio³⁶. Acaso necesitemos interponer un tipo de norma, el *criterio*, entendido como la norma que fija pautas de determinación de los principios o —en la terminología de Alexy— relaciones de preferencia para su optimización. Los criterios son, pues, normas-puente entre los principios y las reglas o —siguiendo con Alexy— entre las razones *prima facie* de aquellos y las razones definitivas de estas, dentro del proceso de determinación progresiva del derecho³⁷. En consecuencia, más que subprincipios o principios de segundo nivel, los criterios serían otro tipo de norma: los principios son normas finales, mientras que los criterios serían normas modales. No cabe ponderar entre unos y otros, como sí cabría entre dos principios diversos, porque no se puede ponderar entre los fines y los modos de su consecución. Y tampoco serían los criterios reglas, al menos si por tales entendemos las normas que fijan un supuesto de hecho y determinan su consecuencia jurídica, porque los criterios tienen un grado de abstracción superior.

La propia Constitución española utiliza el término «criterios» en cuatro ocasiones, para referirse a los criterios de reciprocidad en el art. 13.2, los de eficiencia y economía en el art. 31.2, los de representación proporcional en el art. 68.3 y los que han de seguirse en el ejercicio de la delegación legislativa en su art. 82.4, que diferencia expresamente entre «principios y criterios».

³⁶ Como ya se ha advertido, los principios son normas carentes de supuesto de hecho y, por ende, más abstractas que las reglas. Por esta razón, puede afirmarse que la diferencia entre principio y regla es asimilable a la que hay entre teoría y práctica, respecto de la cual Kant (2006, *Teoría y práctica*, Madrid: Tecnos, págs. 3-4) ya afirmó —y aplicó al derecho público— que la teoría es un conjunto de normas prácticas «pensadas como principios, con cierta universalidad y, por tanto, siempre que hayan sido abstraídas de la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación», para después advertir que «por muy completa que sea la teoría, salta a la vista que entre la teoría y la práctica se requiere aún un término medio como enlace en el tránsito de la una hacia la otra», pues al entendimiento se tiene que añadir un acto de la facultad de juzgar, y que «para la facultad de juzgar no siempre se pueden dar reglas conforme a las cuales tenga que regirse en la subsunción». Los criterios pueden aportar ese enlace a veces necesario entre el juicio ponderativo propio de la interpretación de los principios y el subsuntivo que rige la aplicación práctica de las reglas o —en todo caso y aún en defecto de estas— la solución jurídica del caso concreto.

³⁷ Cuando trata del principio de proporcionalidad, el autor afirma que los tres «subprincipios» en que se articula (idoneidad, necesidad y ponderación) tienen que catalogarse como reglas (R. Alexy, 2007, pág. 92, nota 84). Análogamente, podemos entender que los criterios de optimización que aquí consideramos como un *tertium genus* interpuesto, serían para él reconducibles a la categoría de las reglas. Pues los principios son *razones prima facie* y las reglas *razones definitivas*, y «el camino que conduce desde el principio, es decir, desde el derecho *prima facie*, hasta el derecho definitivo, transcurre por la determinación de una relación de preferencia. Sin embargo, la determinación de una relación de preferencia es, de acuerdo con la ley de la colisión, el establecimiento de una regla» (*ibid.*, pág. 83). Los criterios son, pues, en la terminología de Alexy, «relaciones de preferencia» que sirven de puente entre el principio y la regla y determinan «razones definitivas» para la decisión en los casos concretos.

Ejemplo de este tipo normativo es la eficiencia, expresamente calificada como criterio para la gestión del gasto público en el art. 31.2 CE porque sirve para maximizar la eficacia³⁸, pero elevada a la categoría de principio en el art. 3.1 LRJSP, como si cupiera ponderar entre la eficacia de su letra h) y la eficiencia de la j); como a mi juicio también son criterios los de mérito y capacidad (aunque a estos el art. 103.3 CE los califica como «principios»), que determinan los principios de objetividad de la Administración e igualdad de los ciudadanos en materia de función pública³⁹; o los criterios de simplicidad y de celeridad o agilidad (también calificados como principios en el art. 3.1 LRJSP), que asimismo modalizan la eficacia de la Administración en materia de procedimiento; o los criterios interpretativos que desarrollan el principio de legalidad en el art. 3.1 del Código Civil, etc.

La asunción de esta categoría normativa intermedia no solo tendría un efecto clarificador, sino también ordenador y, en consecuencia, serviría para revalorizar a los principios, que ya no se verían confundidos con una legión de criterios a los que no deben estar yuxtapuestos, sino superpuestos. Mientras tanto, hemos constatado que la proliferación desordenada de supuestos principios y subprincipios concurrentes en una misma materia impide aplicarlos mediante juicios racionales de ponderación con una mínima seguridad jurídica. Y, por tanto, frustra su vocación orientadora de la discrecionalidad administrativa y enemiga de la arbitrariedad.

Pues bien, la afirmación de lo que son, por naturaleza, meros criterios técnicos como si fueran principios, discutiendo el primado de los genuinos, es otra manifestación del intento de la técnica por elevarse del terreno instrumental o modal al terreno final, que no le corresponde.

4. EL INDIVIDUALISMO EXCLUYENTE

La persona a cuyo servicio pone la Constitución a los poderes públicos no es solo el individuo: es una persona social, que comprende tanto a los individuos como a los grupos en que se integran (art. 9.2 CE), los pueblos de España (art. 46 CE) o su reunión en el pueblo español (arts. 1, 66 y 117 CE), del que emanan los poderes propios de un Estado social (art. 1 CE).

Análogamente, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado reiteradamente que en la idea de la dignidad humana subyace «la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad»⁴⁰.

³⁸ M. Vaquer (2011), «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, págs. 102-106.

³⁹ Sobre la violación del mérito y la capacidad en unas pruebas de acceso a la función pública como un problema de objetividad, puede verse la STS de 27 de febrero de 2012, cas. 1978/2009.

⁴⁰ BVerfGE 45, 187 (227).

Sin embargo, el derecho administrativo español se resiste a asumir la dimensión colectiva del humanismo y sigue encerrado en el individualismo que ya denunciara Alejandro Nieto, quien lo describió como un «Derecho de ricos», volcado en la defensa procesal de ciertos intereses particulares (patrimoniales) y desentendido de los intereses colectivos que, «aun en el supuesto de que estén reconocidos en las normas, carecen de verdadera operatividad jurídica». «La ideología liberal ha encontrado en el derecho administrativo uno de sus últimos reductos y han sido los administrativistas quienes mejor han sabido afinar las técnicas de paralización del Estado, por muy paradójico que parezca». Una visión «esquemática y simplista», como reconoce el autor, pero iluminadora de otra desviación técnica relevante para este estudio⁴¹.

Aunque el derecho administrativo haya evolucionado en las cuatro últimas décadas y esté hoy más socializado, las resistencias se observan todavía claramente en algunos bienes jurídicos que son objeto de intereses colectivos o difusos, como el medio ambiente, el territorio o la cultura. Algunos ejemplos nos permitirán comprobarlo.

Llaman la atención, en primer lugar, las dificultades técnicas que seguimos encontrando para proteger el paisaje, más allá de espolvorear su invocación por las leyes sobre la ordenación del territorio y el patrimonio natural y el cultural. O para articular instituciones de distribución de la riqueza entre las comunidades rurales y las urbanas, cuando es evidente la transferencia de rentas y de bienestar de las primeras a las segundas favorecida, cuando no impuesta, por el ordenamiento jurídico⁴².

También son llamativos algunos contrastes. Como el que se observa entre la hiperregulación de los derechos individuales de propiedad intelectual y la práctica anomia existente sobre el dominio público intelectual, pese a que este dominio público es tan especial (por su carácter inmaterial y por su uso común general) y tan valioso (no solo en términos culturales, sino también económicos: hablamos de la obra de todos los clásicos) como aquella propiedad privada o como otros demanios para cuya policía el legislador administrativo se ha afanado por dotar a la Administración de prerrogativas y potestades⁴³. O el que hay entre la consoli-

⁴¹ A. Nieto (1975), «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, 76, págs. 9-30.

⁴² Baste recordar la legislación sobre actividades clasificadas, que aleja de los núcleos urbanos las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, o la legislación ambiental, territorial y urbanística que limita los usos constructivos y los aprovechamientos económicos de las zonas rurales. Disposiciones todas ellas necesarias, pero acaso insuficientes si no se valoran conjuntamente ni se compensan con otras que favorezcan el desarrollo sostenible del medio rural.

⁴³ La Ley de Propiedad Intelectual está compuesta de más de doscientos artículos, dedicados a establecer y proteger los derechos morales y patrimoniales de los autores y sus demás titulares. De todos ellos, solo el escueto art. 41 es dedicado al dominio público intelectual,

dación que ha alcanzado la protección del patrimonio cultural «material» frente a la novedad y debilidad que caracteriza todavía a la protección del patrimonio cultural «inmaterial». El principal problema para la protección de este no reside en su inmaterialidad (la construcción con piedra seca —inscrita en 2018 por la UNESCO en la lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad— no es más inmaterial que una obra musical o literaria), sino en que la práctica totalidad de los bienes que lo integran son una creación comunitaria o popular.

Por último, en este derecho administrativo «orientado por y para el Foro»⁴⁴ se había conseguido instaurar la acción pública para proteger los intereses colectivos y generales frente a la ilegalidad en amplios sectores del derecho territorial y urbanístico, ambiental y cultural. Pero esta institución también está en peligro, sujeta a críticas y amenazas de derogación, o limitación al menos de la legitimación para ejercerla, que aprovechan los abusos cometidos en algunos casos particulares de litigantes de mala fe. En lugar de penalizar a la mala fe, se propone penalizar a la acción popular.

5. LA CONFUSIÓN ECOLÓGICA

Una de las víctimas del individualismo jurídico ha sido la ecología.⁴⁵ Pero en las últimas décadas está cobrando fuerza la tendencia a superarlo mediante el reconocimiento de derechos a sujetos que hasta ahora eran objetos del derecho, ya sean animales, ecosistemas o incluso la naturaleza misma. Veamos a continuación dos ejemplos notorios en el derecho español.

La Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales invoca el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que a su vez conmina a la Unión y los Estados miembros a tener plenamente en cuenta «el bienestar de los animales como seres sensibles»⁴⁶. A tal bienestar, la Ley española le añade derechos así definidos: «Se entiende por derechos de los animales su derecho al buen trato, respeto y protección, inherentes y derivados de su naturaleza de seres sintientes, y con las obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a las personas, en particular a aquéllas que mantienen contacto o relación con ellos» (art. 1.2). Ahora bien, como seres sintientes, a los animales les son inherentes ciertos derechos pero ninguna obligación, que solo tienen las

concebido meramente como un límite de aquellos derechos, pero no como un instituto jurídico merecedor de tutela.

⁴⁴ A. Nieto (1975, pág. 14).

⁴⁵ L. Parejo (1994), «La fuerza transformadora de la Ecología y el Derecho: ¿hacia el Estado ecológico de Derecho?», *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, 100-101, pág. 229.

⁴⁶ Sobre el bienestar animal, son conocidas las tempranas referencias de S. Muñoz Machado (1999), *Los animales y el Derecho*, Madrid: Civitas, y G. Doménech (2004), *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona: Atelier.

personas que se relacionan con ellos. Y pese a ser igualmente sintientes, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley los animales utilizados en espectáculos taurinos, los «animales de producción», los utilizados en la experimentación científica y la docencia, los silvestres y los utilizados en actividades deportivas, profesionales o de caza (art. 1.3)⁴⁷.

Las consecuencias jurídicas extraídas por la ley de tales derechos consisten en diversas competencias administrativas (de planificación y formulación de políticas públicas, fomento, llevanza de registros, estadísticas públicas, servicios públicos de recogida y alojamiento de animales, función inspectora y potestad sancionadora) y obligaciones y prohibiciones para las personas tenedoras y convivientes. Todo ello habría sido igualmente posible configurando el bienestar animal como un fin de interés general, sin atribuir subjetividad ni derechos a los animales, como venían haciendo las leyes autonómicas precedentes en la materia. Porque la ley ni les atribuye a los sujetos titulares de los derechos facultades concretas, ni la legitimidad para ejercer acciones en su tutela, ni ninguna otra capacidad jurídica ni de obrar. Su subjetividad no conlleva personalidad ni más efectos que la titularidad de tales derechos: los animales siguen siendo identificados «a nombre de una persona» (art. 51.1) y siendo objeto de compra-venta por las personas (arts. 55 ss.).

Unos meses antes, se había aprobado la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. El art. 1º de la ley declara, efectivamente, la personalidad jurídica del mencionado ecosistema, tan valioso como amenazado, al «que se reconoce como sujeto de derechos». Tales derechos vienen enunciados y determinados en su art. 2º: «a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración» y «también el derecho a existir como ecosistema y a evolucionar naturalmente». Pero pese a tener declarada su personalidad jurídica, tampoco el Mar Menor es legitimado por la ley para ejercer sus derechos⁴⁸. Su representación y gobernanza es atribuida a tres órganos colegiados (formados por personas físicas —humanas—) que forman «la Tutoría del Mar Menor» (art. 3º), mientras que la legitimación para defender al ecosistema es atribuida a «cualquier persona física o jurídica»

⁴⁷ Del otro lado, la disposición adicional 4ª de la ley emplaza al Gobierno a presentar un proyecto de ley de grandes simios en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor.

⁴⁸ Por ello, «el reconocimiento de personalidad jurídica no aporta *per se* un avance cualitativo a su protección, pues lo importante es que esta tutela jurídica, *establecida por los seres humanos y a ellos dirigida*, se lleve a cabo de forma eficaz». B. Lozano y A. García de Enterría (2022), «La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica. Un “embrollo jurídico”», *Diario La Ley*, 10163. A lo que se añade la dificultad de atisbar cuál es la relación entre esa persona jurídica y el bien de dominio público que a todas luces es el Mar Menor *ex art.* 132 CE, como han advertido B. Soro y S. Álvarez (2022), «El reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca como respuesta a la crisis del Derecho ambiental», en *Estudios sobre la efectividad del Derecho de la biodiversidad y del cambio climático*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 166.

(art. 6º) excepto el propio Mar Menor, claro está. Así las cosas, no se comprende bien cuál es la naturaleza y el sentido de la personalidad jurídica atribuida al ecosistema: se le reconocen ciertos derechos que no puede ejercer y en los que se agota su capacidad jurídica (no tiene deberes, ni patrimonio, ni capacidad para adquirirlo, ni para obligarse...) y se sujeta a la «tutoría» o tutela de otros, como a los menores e incapacitados. Así que, a lo sumo, el Mar Menor sería una persona incapaz.

Pero es que dudo que sea una persona. No porque el ordenamiento jurídico no pueda atribuirle la personalidad jurídica a otros seres o realidades distintas del ser humano, sino porque esa atribución no se produce por la mera invocación, sino que hace falta dotarles de los atributos de la personalidad. Esta ley declara sujeto de derechos al Mar Menor, pero eso no parece suficiente para ser persona⁴⁹. Las personas tienen capacidad jurídica no solo para ser titulares de derechos o adquirirlos, sino también para contraer obligaciones y ejercer acciones (art. 38 CC). En derecho, las cosas y las personas son lo que son. Su *nomen iuris* no siempre coincide, por desgracia, con el *nomen legis*.

La tendencia descrita con estos ejemplos patrios quiere superar las limitaciones intrínsecas a la lógica antropocéntrica del derecho del medio ambiente y evolucionar hacia un derecho ecológico, superador de la contraposición hombre-naturaleza propia de nuestra cultura jurídica⁵⁰. Expresa una toma de conciencia muy necesaria —y, hasta hace poco, ausente— por el bienestar de los animales y la biodiversidad.

Ahora bien, una cosa es la conciencia y otra bien distinta la confusión. Porque (1º) es una lógica antes política (humana) que ecológica la que inspira dotar de personalidad al Mar Menor⁵¹ y no a otras lagunas, acuíferos o ecosistemas amenazados, o atribuir ciertos derechos a los animales domésticos que niega a los de ganadería o de caza o a los silvestres. Esta preferencia por un determinado hábitat o por los animales domésticos, lejos de superar al humanismo antropocéntrico, parece su epifanía⁵². Y (2º), en las palabras de Manuel Atienza (2022, pág. 38),

⁴⁹ En esta línea apuntan B. Soro y S. Álvarez (2022, pág. 168) cuando la califican como una «personificación retórica».

⁵⁰ K. Bosselmann (1992), *Im Namen der Natur. Der Weg zum ökologischen Rechtsstaat*, Bern: Scherz; L. Parejo (1994).

⁵¹ Además de un ecosistema frágil y degradado, el Mar Menor es también un entorno urbano y turístico cuyo parque de viviendas se estima que se ha devaluado un 43 %, unos 4 000 millones de euros, entre 2015 y 2021. M. Lamas, M. L. García, M. Medina, y G. Pérez, (2023), «Impact of climate risk materialization and ecological deterioration on house prices in Mar Menor, Spain», *Scientific Reports*, 13, <https://tinyurl.com/bdz39jy4>. (consultado el 28 de agosto de 2023).

⁵² Es muy revelador que Peter Sloterdijk, quien achaca al humanismo una voluntad de «amansamiento» o «domesticación» del hombre, destaque sus «efectos fuertemente selectivos»: «los tiempos de la técnica y la antropotécnica» hacen del hombre un seleccionador, que genera alrededor suyo «el entorno de un parque» allá donde vive. Y que señale asi-

«no parece tener mucho sentido decir de una entidad que es titular de un derecho, aunque no haya ninguna circunstancia posible en que pueda ejercerlo».

El Estado es una comunidad política formada solo por seres humanos, en la que solo ellos tienen reconocido el derecho de sufragio, porque el pueblo soberano del que emana todo poder público es solo el pueblo humano. Solo las personas físicas tienen el poder constituyente, solo ellas ejercen los poderes constituidos y solo ellas tienen reconocido el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos. Y eso es porque, según Adela Cortina, las personas son «seres dotados de competencia comunicativa, es decir los interlocutores válidos, que se reconocen mutuamente no solo razón capaz de argumentar, sino *razón encarnada en un cuerpo*, razón humana»⁵³. El humanismo que inspira nuestro derecho nace de una comunidad política conformada mediante la intercomunicación, por eso su crítica más feroz descubre en su núcleo «una fantasía sectaria o de club» y denuncia «el fantasma comunitario que está en la base de todos los humanismos»⁵⁴. Quizás cabría imaginar otra sociedad en la que desarrollemos una capacidad de comunicación y entendimiento con otros seres vivos que nos permita formar comunidad política con ellos. Entonces, esos seres quizás luchen por sus derechos y argumenten convincentemente acerca de la justicia de las leyes que los consagren y, sobre esa base, podamos construir con ellos un reconocimiento mutuo como miembros legisladores en el «reino de los fines» kantiano⁵⁵. Hoy por hoy, esta hipótesis fascinante es objeto de la ciencia ficción, no del derecho.

En el contexto actual, la atribución de personalidad persigue un fin emancipador de dignificación por analogía. Pero, paradójicamente, también admite una interpretación patriarcal —o «domesticadora», en la terminología de Sloterdijk (2006, pág. 23)—, porque somos los humanos quienes les concedemos los derechos a otros seres, quienes decidimos sus titulares, su objeto, su contenido y sus límites, y quienes los ejercemos por ellos; todo, mientras seguimos arrojándonos su propiedad y comerciando con ellos.

Los mejores teóricos de los derechos de los (otros) animales defienden su liberación y su igualdad, en el sentido de rechazar la superioridad ontológica y también moral o jurídica de los humanos, pero son bien conscientes de que «extender de un grupo a otro el principio básico de igualdad no implica que tengamos que tratar a los dos grupos exactamente del mismo modo, ni tampoco garantizar los mismos derechos a ambos. [...] El principio básico de la igualdad

mismo como elementos interconectados del proceso «el amansamiento del hombre por la casa» y «la epopeya de los animales domésticos» (2006, *Normas para el parque humano: una respuesta a la "Carta sobre el humanismo" de Heidegger*, 4ª ed., Madrid: Siruela, págs. 57-58, 69-70, 75-76). Entre el hombre, sus «parques» o espacios protegidos y sus animales domésticos hay una relación en la que no participan el resto de seres o cosas.

⁵³ A. Cortina (2009), *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Madrid: Taurus, pág. 225.

⁵⁴ P. Sloterdijk (2006, pág. 23).

⁵⁵ I. Kant (2002, págs. 121 ss).

no exige un *tratamiento* igual o idéntico, sino una misma consideración (...) Pero el elemento básico —tener en cuenta los intereses del ser, sean cuales sean— debe extenderse, según el principio de igualdad, a todos los seres, negros o blancos, masculinos o femeninos, humanos o no humanos»⁵⁶.

Dice Alexy (2014, pág. 20) que «la vinculación de la dignidad humana con los derechos puede expresarse del siguiente modo: Todo individuo que posea dignidad humana tiene el derecho a ser tomado en serio como persona». Y añade: «Parece una verdad analítica que ser tomado en serio como persona significa que se le deben atribuir derechos humanos.» También parece llegada la hora de tomarnos en serio a otros seres vivos y a la naturaleza. Ahora bien, esto podría «lograrse también —y con parecida facilidad— a base de insistir en los deberes que tenemos hacia los animales como consecuencia del valor que ellos poseen y no solo *para* nosotros, sino en sí mismos»⁵⁷.

¿Cómo se protegen mejor los intereses de los diferentes seres no humanos (sensibles, vivos)? ¿atribuyéndoles algunos derechos análogos a los humanos? La analogía en consideración no necesariamente trae causa, ni menos aún produce el efecto de una analogía óptica ni tampoco jurídica. Y una similar consideración tenida hacia seres diferentes puede valerse de técnicas diferentes.

Hemos visto que unos ordenamientos jurídicos están empezando a atribuirles personalidad o al menos derechos, pero otros proclaman su consideración jurídica sin emplear tales técnicas. El ya citado art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por ejemplo, se limita a mandar a las instituciones europeas y los Estados miembros a tener «plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles», esto es, a fijar un fin o valor sin predeterminedar las técnicas a su servicio. Y que se opte por un principio objetivo o por un derecho subjetivo nada dice sobre su consideración, pues un principio puede prevalecer sobre un derecho en caso de conflicto.

Por lo demás, hoy nuestro ordenamiento persigue la protección de la biodiversidad y la naturaleza sin discutir la primacía de los intereses vitales de las personas. Sirva como ejemplo la supremacía del uso del agua para abastecimiento de poblaciones, que el Texto Refundido de la Ley de Aguas consagra no solo frente a otros usos (art. 60.3), sino también frente a los caudales ecológicos —esto es, los mínimos para mantener la vida piscícola y de la vegetación de ribera— o demandas ambientales (art. 59.7).

Y es que el reconocimiento de derechos subjetivos o incluso de personalidad a determinados animales o ecosistemas solo puede tener un carácter técnico-jurídico, es decir, constituir un instrumento para preservar mejor ciertos valores o bienes jurídicos. Ni es un fin en sí mismo ni podemos pretender que se alcanza taumatúrgicamente con solo enunciarlo. No debemos perder de vista el carácter técnico de la subjetividad o la personalidad jurídica atribuida (por los seres huma-

⁵⁶ P. Singer (2011), *Liberación animal*, Madrid: Taurus, págs. 18, 21.

⁵⁷ M. Atienza (2022, pág. 149).

nos y solo por ellos) a entes o seres distintos de los humanos, igual que cuando atribuimos la personalidad jurídica a patrimonios o a organizaciones sociales. Si sirve y es idónea para mejorar la eficacia de su protección, bienvenida sea. En caso contrario, debe ser criticada.

IV. LOS SEGOS DE LA CIENCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

1. LA MECANIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Más atrás, a propósito de la objetividad y de la automatización, ya he descrito algunos riesgos de un modelo mecanicista de Administración pública para el ordenamiento jurídico. Cumple ahora advertir riesgos similares en la doctrina científica.

Dice Heidegger que la técnica reduce el lenguaje a información. Paralelamente, también reduce la comunicación a gestión de información. Pero el lenguaje no es solo información: también es un mundo interpuesto entre el espíritu y los objetos, como reclamara von Humboldt. Y el procedimiento administrativo no es solo gestión de la información: también es un foro de diálogo entre las personas que participan en una relación jurídica.

La definición del procedimiento administrativo como un proceso ordenado racionalmente de obtención y tratamiento de la información ha sido propuesta por Schmidt-Assmann⁵⁸. Yo creo que esta es una buena descripción pero una mala definición del procedimiento administrativo⁵⁹. Acierta a poner el acento en un aspecto del procedimiento que es esencial y abstracto, lo que le permite sustentar su tesis de ampliación de la noción a otras relaciones jurídico-administrativas distintas de las resolutorias. Además, la consideración del procedimiento como un proceso de gestión racional de la información propicia su mecanización y automatización, en línea con las tendencias actuales. Pero ese aspecto informativo es asimismo genérico y no diferencial. Y, por tanto, poco definitorio. La misma definición podría utilizarse para el proceso judicial, para el procedimiento legislativo o, ya puestos, para la investigación científica o la periodística. Y nadie se plantearía definir al reglamento, al acto administrativo o al contrato —productos del procedimiento— como conjuntos ordenados racionalmente de información, pese a que sin duda lo son como cualquier otro acto o documento.

⁵⁸ E. Schmidt-Assmann (2003, pág. 358) y (2008), «Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho alemán, europeo e internacional», en E. Schmidt-Assmann y J. Barnes (coords.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, pág. 75.

⁵⁹ El propio autor enriquece y matiza esta definición cuando «subraya el papel de la información y de la comunicación» (2008, pág. 75, las cursivas son mías) y afirma que el procedimiento puede cumplir múltiples funciones.

Que el procedimiento gestiona información me parece indiscutible y acepto que esta sea una de sus principales funciones. Pero también hace —debería hacer— algo más. Los procedimientos administrativos cumplen una triple función ordenadora, dialéctica e informativa, de la que en nuestra época destaca la dialéctica, consistente en servir de foro de diálogo entre personas⁶⁰. Pues el procedimiento da siempre forma a una relación jurídica entre personas y, en una sociedad compleja y un Estado compuesto como los nuestros, cada vez abundan más los procedimientos poliédricos (con más de una Administración afectada y/o varios interesados en común o en competencia) en los que la función dialéctica o comunicativa es crítica.

El procedimiento es una forma de comunicación entre las Administraciones y las personas interesadas en la relación jurídico-administrativa de que se trate, donde recabar y verificar la información necesaria para decidir, desde luego, pero también compartir conocimiento, generar empatía y confianza mutuas, asistir en la superación de las dificultades para participar en él, construir consensos, instruir sobre las consecuencias de dicha decisión y propiciar su aceptación y cumplimiento voluntario por el destinatario. Resulta empobrecedor y arriesgado, según creo, reducir todo ello a un proceso racional de gestión de la información.

La concepción del procedimiento administrativo como un proceso de gestión de la información es una aproximación técnica, sin duda correcta, pero que ignora la vocación humanista que debería tener toda actuación administrativa formalizada. Es, pues, otro destello cegador de la técnica.

2. LA SELECCIÓN DE MATERIAS Y MÉTODOS: EL EMBELESO TECNOLÓGICO

A lo largo de este trabajo he puesto algunos ejemplos del derecho administrativo cultural o del social. Sectores poco cultivados del derecho administrativo y menos aún puestos como sectores de referencia para construir su teoría general.

Un somero trabajo de campo permite comprobar la preferencia de la doctrina jurídico-administrativa contemporánea por ciertos sectores sobre otros que habían recibido más atención en el pasado: en efecto, en nuestra literatura actual tienen escasa presencia los temas clásicos de la seguridad y el orden público, ha perdido asimismo peso relativo el derecho administrativo social y, por el contrario, cobran auge el derecho urbanístico y ambiental y, sobre todo, el dominante derecho administrativo económico, con protagonismo de los servicios económicos de interés general en detrimento de los sectores económicos

⁶⁰ M. Vaquer (2020), «¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?», en L. Parejo y M. Vaquer (coords.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo III: Instituciones*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 53-69.

tradicionales⁶¹. Y eso no es baladí, porque la selección que hagamos de los sectores de referencia es «una cuestión capital»⁶² para la construcción dogmática del Derecho administrativo. El desinterés por los servicios a la persona hemos visto que puede estar sesgando nuestra concepción del principio de objetividad, o también de la actividad prestacional o de servicio público, por ejemplo. Esos servicios —la educación, la cultura, la sanidad o los servicios sociales— tienen por objeto necesidades existenciales de la persona, por lo que contribuyen al libre desarrollo de la personalidad y conectan directamente con su dignidad⁶³. Merecen protagonismo en un derecho administrativo inspirado por estos valores.

Pero la seducción de la economía no alcanza solo a las materias, sino también a la metodología. La penetración del análisis económico del Derecho (*law and economics*) es cada día más evidente y, según creo, está justificada. Primero, porque tanto el derecho como la economía pretenden abordar racionalmente problemas de asignación de bienes o recursos escasos⁶⁴. Segundo, porque la tecnificación del Derecho favorece —cuando no impone— los análisis cuantitativos, a través de los cuales puede hallarse soluciones objetivas para problemas complejos.

Ni la Administración ni los jueces, en su control, pueden sustraerse a los análisis económicos ni al empleo de métodos cuantitativos para probar hechos o justificar decisiones, sobre todo en el entorno de la sofisticación regulatoria de los servicios de interés económico general, donde el canon de validez de normas y actos ya no es solo técnico-jurídico, sino también económico y tecnológico⁶⁵.

⁶¹ Véase M. Vaquer (2014), «La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100, págs. 3010-3015.

⁶² E. Schmidt-Assmann (2003, pág. 12).

⁶³ El Tribunal Constitucional tiene dicho que al principio de la dignidad de la persona le repugna que se sacrifique «el mínimo económico vital» (STC 158/1993, de 6 de mayo). En el derecho comparado europeo, los tribunales constitucionales de Alemania (por todas, Sentencias de 9 de febrero de 2010 —1 BvL 1/09—, 18 de julio de 2012 —1 BvL 10/10— y 19 de octubre de 2022 —1 BvL 3/21—) y de Portugal (Sentencias 232/1991, 62/2002 y 187/2013, de 5 de abril) han ido más allá, al extraer de la dignidad de la persona el derecho fundamental a un mínimo existencial o de subsistencia. Y en el derecho unitario europeo, la Comisión ha tratado de enriquecer y matizar su discurso previo sobre los servicios de interés general reivindicando la categoría de los servicios sociales, que pueden ser económicos o no, pero que son «servicios esenciales prestados directamente a la persona», «cumplen una misión fundamental de cohesión social» y garantizan «la aplicación de derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona» [Comunicación de 26 de abril de 2006, «Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea», COM (2006) 177 final].

⁶⁴ M. Vaquer (2011, pág. 95); G. Doménech (2014), «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública*, 195, pág. 103.

⁶⁵ Por razones de economía expositiva, nos centraremos aquí en lo primero, pero un similar desarrollo se podría hacer con la positivización jurídica del lenguaje de otras tecnologías, como las físicas, las bioquímicas o las informáticas.

Aboca a ello el recurso por el ordenamiento jurídico a conceptos tales como, por ejemplo, los que emplean los arts. 13 y 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico: «sostenibilidad económica y financiera», «eficiencia económica», «retribución adecuada», «tasas de retribución financiera», «mercados diario e intradiario», «precio resultante del equilibrio entre la oferta y la demanda», «pérdidas incurridas en las redes» o «costes derivados de las alteraciones del régimen normal de funcionamiento del sistema de ofertas». Una similar profusión de conceptos económicos utiliza el art. 10 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia como canon del ejercicio de la potestad de control de las concentraciones empresariales de la CNMC. Desde su incorporación a las leyes, tales conceptos pasan a sujetar a todos, incluidos los poderes públicos que deben desarrollarlos, ejecutarlos y aplicarlos con objetividad y seguridad jurídica. En estos contextos, la técnica es necesaria para el *desocultamiento* de verdades complejas, como propusiera Heidegger, pero también puede ser utilizada contrariamente, para su *encryptamiento* guiado por la voluntad tecnocrática contra la que previene Habermas.

Los métodos cuantitativos, en particular, no son un patrimonio epistemológico de la economía, pero ciertamente esta es la ciencia social que más ha avanzado en su uso tanto descriptivo, para la comprensión de la realidad social, como prescriptivo, para la toma de decisiones racionales: modelos de optimización de la utilidad social, teoría de juegos, análisis coste-beneficio, etc. Sin embargo, esto no justifica el embeleso acrítico. Son ya muy relevantes las voces que han denunciado los sesgos ideológicos, los intereses creados o los riesgos morales que pueden ocultarse bajo el recurso aparentemente aséptico a estas tecnologías. En cuanto a los primeros, frente a los desarrollos iniciales del *law and economics* impulsados en Estados Unidos por la escuela de Chicago, vinculados a la ideología liberal o conservadora y orientados al valor de la eficiencia, la Universidad de Yale ha protagonizado una cierta «reacción progresista» caracterizada por una mayor sensibilidad hacia los problemas de la equidad⁶⁶. Por lo que hace a los segundos, es conocida la existencia de estudios financiados —abiertamente o no— por *lobbies*, que han llevado a denunciar la existencia de un «vigoroso mercado de datos académicos»⁶⁷. Y respecto a los terceros, también es célebre la denuncia de Amartya Sen según la cual la economía moderna ha evolucionado hacia la caracterización de la motivación humana en términos «extraordinariamente estrechos» y hacia un carácter autoconscientemente «no ético» que la ha empobrecido⁶⁸.

Una vez más, cumple sujetar la técnica a los fines.

⁶⁶ S. Rose-Ackerman (1988-1989), «Progressive Law and Economics-And the New Administrative Law», *The Yale Law Journal*, 98; G. Napolitano y M. Abrescia (2009), *Analisi economica del diritto. Teoria, applicazioni e limiti*, Bologna: Il Mulino, págs. 21-30.

⁶⁷ E. Warren (2002), «The Market for Data: The Changing Role of Social Sciences in Shaping the Law», *Wisconsin Law Review*, 1.

⁶⁸ A. Sen (1987), *On ethics & economics*, Oxford y Cambridge, Massachusetts: Basil Blackwell.

V. LAS PROPUESTAS DE AVANCE: DE LA SIMPLIFICACIÓN A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

No todo son amenazas para el humanismo en el derecho administrativo, también existen oportunidades encarnadas en doctrinas que tratan de restablecer su primado. Pero estas propuestas corren asimismo el riesgo de ser devoradas por la tecnocracia, como Saturno devoró a sus hijos para asegurarse de que no desafiaban su imperio.

Así, por ejemplo, la corriente supuestamente liberadora de la simplificación administrativa se configuró de tal forma —con la sustitución masiva de autorizaciones por declaraciones responsables y comunicaciones previas— que pronto se observó que podría acarrear perjuicios no ya para el interés general, sino también para los intereses colectivos e individuales de consumidores, vecinos o competidores de los beneficiarios en cada caso concreto, que quedaban desprovistos de su derecho al procedimiento administrativo⁶⁹.

A esta certera crítica habría que añadir una reflexión sobre su implantación efectiva: la simplificación puesta en marcha, ¿sirve para aumentar la libertad efectiva de todas las personas o solo la libertad económica de algunas personas, en la tradición ya denunciada del «Derecho de ricos»? El fuerte impulso recibido por la Directiva Bolkestein, que solo tenía por objeto los servicios en el mercado interior, unido a la forma impulsiva e irreflexiva en que fue traspuesta en España, parece abocar a lo segundo.

Un caso reciente lo tenemos en el Ingreso Mínimo Vital, una prestación «dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas», según reza el art. 1 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, que la establece. Cuanto más extrema y perentoria sea la necesidad de la persona, con mayor sencillez y celeridad debería ser subvertida por el poder público. No creo que pueda rebatirse este axioma en un Estado social y democrático de derecho en el que el pueblo es soberano, los poderes públicos están para remover los obstáculos y promover la efectividad de la libertad y la igualdad de las personas, cuya dignidad funda y preside el orden político y la paz social. Y, sin embargo, el procedimiento de reconocimiento del IMV es de una lentitud y complejidad pasmosas, máxime

⁶⁹ J. M. Baño (2014), «Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada “better regulation”», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, págs. 23-44, y (2018), «Derecho al procedimiento en la relación administrativa multipolar: los derechos fundamentales como límite a la renuncia del legislador al control previo de actuaciones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, págs. 47-68.

si se compara con la rapidez y sencillez con que, aparentemente, la ayuda puede ser suspendida o revocada⁷⁰.

Otro ejemplo nos lo ofrece el concepto de la buena Administración. Pese a que ya es profusamente utilizado por la legislación y la jurisprudencia, todavía dudamos sobre su naturaleza jurídica —¿principio, derecho o ambos?— y, lo que es más importante, su contenido y alcance: ¿es solo un macroconcepto integrador de los principales requerimientos ya vigentes del régimen administrativo en un Estado de derecho (como la audiencia de interesados, la resolución en un plazo razonable o la motivación de los actos) o es un mandato de optimización de la debida diligencia administrativa, cuyo contenido potencial es prácticamente ilimitado?

Resulta sugerente recordar en este punto que también seguimos discutiendo todavía en España la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en el capítulo III del título I de la Constitución —¿son auténticos derechos subjetivos o solo principios objetivos del ordenamiento?— y el peso ponderativo de los mandatos que contienen, pese a que ya han transcurrido más de cuarenta años desde su promulgación. Acaso sea una coincidencia, o quizás ambos ejemplos —la buena Administración y los derechos sociales— expresen las mismas resistencias a consolidar como derechos subjetivos perfectos las prescripciones normativas dirigidas a profundizar en la emancipación de la persona frente al poder público y la correlativa subordinación de este a la libertad y la igualdad de aquella, más allá de las viejas libertades civiles y políticas (que —no lo olvidemos tampoco— hubieron de ser instauradas mediante la revolución).

VI. FINAL: UNA TESIS FINALISTA

La tesis aquí defendida es que el derecho administrativo se desarrolla como una *tekné* que conlleva un peligro permanente de pérdida de su esencia finalista, su *telos*. Como hemos visto, la técnica jurídico-administrativa, unas veces se des-

⁷⁰ Baste aquí advertir que el plazo máximo para resolverlo se extiende a 6 meses (art. 28 de la Ley 19/2021), que es un procedimiento electrónico (art. 27.1) y bifásico (puede iniciarse por la Administración local o autonómica, pero debe resolverlo el Instituto Nacional de la Seguridad Social: art. 25), que su solicitud debe acompañarse de la acreditación documental o de la declaración responsable del cumplimiento de diversos requisitos (p. ej., arts. 10.2, 11.5, 13.3, 21 y 27) y que su instrucción incluye varias verificaciones preceptivas (p. ej., con Hacienda, arts. 11.5 y 21.7). El listado de las obligaciones de los beneficiarios recogido en el art. 36 es asimismo elocuente sobre las cargas administrativas impuestas a personas tan necesitadas y vulnerables —por lo común, poco versadas en derecho y faltas de recursos para suplir sus carencias— y explica el alto número de incidencias que ha generado la gestión del IMV. Para mayor amplitud, puede verse M. Vaquer (2022), «El ingreso mínimo vital desde la óptica del Derecho público: sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico», *Revista de Derecho público: Teoría y método*, vol. 5, págs. 139-140.

borda y otra se inhibe, pero tanto esos excesos como estos defectos frustran su sujeción efectiva a los fines a los que sirve. Este peligro solo puede conjurarse si los operadores jurídicos (el legislador, la Administración, los jueces y tribunales y la doctrina científica) inspiran diariamente su labor (de desarrollo, ejecución, aplicación e interpretación del derecho) en los valores, principios y derechos primigenios de la Constitución. Debemos recordar siempre que, como propusiera Fritz Werner, el derecho administrativo es derecho constitucional concretado.

La cuestión no consiste en elegir entre un derecho administrativo garantista o uno directivo. Este es un falso dilema que deberíamos haber superado hace ya tiempo. Tanto uno como otro pueden ponerse al servicio de la persona (o también erigirse en sus enemigos), pues tanto los derechos individuales como la eficacia de la Administración al servicio de los intereses generales pueden y deben fundar un derecho administrativo genuinamente humanista.

La verdadera cuestión radica en impedir que la *tekné* mate al *telos* del derecho administrativo. Un peligro de subversión que creo haber demostrado muy real y que hace necesario reivindicar el humanismo del derecho administrativo para restaurar su primado, pero también repensarlo para adaptarlo a los desafíos de nuestro tiempo.

